

**A SAÚDE COMO DIREITO SOCIAL-FUNDAMENTAL E O(S)
POSICIONAMENTO(S) DO JUDICIÁRIO APÓS A AUDIÊNCIA
PÚBLICA CONVOCADA PELO STF EM 2009: UMA ANÁLISE DAS
DECISÕES PROFERIDAS NA JUSTIÇA ESTADUAL NA COMARCA
DE CAXIAS DO SUL-RS**

Germano Schwartz¹

Alex Caldas de Souza²

RESUMO: o artigo tem como objetivo a análise das decisões proferidas pela Magistrada Maria Aline Vieira Fonseca, da Justiça Estadual, no Município de Caxias do Sul – RS, no que diz respeito às ações de direito à saúde, tendo como norte a Audiência Pública realizada pelo Supremo Tribunal Federal, nos dias 27, 28 e 29 de abril e 04, 06 e 07 de maio de 2009. Assim, buscou-se observar se os preceitos estabelecidos pelo STF foram seguidos nas decisões. Nessa esteira, como data de corte, optou-se por processos iniciados a partir de 01 de fevereiro de 2011 e julgados até 31 de dezembro de 2012. Da pesquisa no site do Tribunal de Justiça Gaúcho, logrou-se encontrar vinte processos que preenchiam os requisitos estabelecidos. As prestações de saúde requeridas são diversas, não sendo possível traçar um perfil. Todos os pedidos foram deferidos em caráter liminar e confirmados na decisão terminativa de mérito, com parecer favorável do Ministério Público.

PALAVRAS-CHAVE: direito fundamental; direito à saúde; Audiência Pública, Justiça Estadual, Caxias do Sul.

ABSTRACT: The article has the objective of analyzing the rulings of Judge Maria Aline Vieira Fonseca on State Court, in the city of Caxias do Sul – Rio Grande do Sul State, about the right to health, adopting as a starting point the Public Meetings that took place in the Brazilian Supreme Court on the 27th, 28th and 29th of April, and 04th, 06th and 7th of May, 2009. With all this in mind, the research looks to analyze if the standards established in the

¹ Pós-Doutor em Direito (University of Reading). Doutor em Direito (Unisinos) com estágio sanduíche na Université Paris X – Nanterre. Professor do Curso de Direito da Faculdade da Serra Gaúcha e do Mestrado em Saúde e Desenvolvimento Humano do Unilasalle/Canoas. Segundo Vice-Presidente da Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito (ABRASD). Secretário do Research Committee on Sociology of Law. Líder do Grupo Social and Legal System do RCSL.

² Acadêmico do Curso de Direito da Faculdade da Serra Gaúcha. Bolsista FAPERGS de iniciação científica.

public meetings were followed. The rulings analyzed were from those cases that started from the February, 1st up until December, 31st, 2012. From the search on the State's website, 20 cases were found to fit those established requirements. The medical assistance requested were multiple, in a way in which it is not possible to draw a profile from those. All requests were ruled in favor of the requester preliminarily and were confirmed by the final decision, along with a favorable opinion of the Public Prosecution office.

KEYWORDS: Fundamental Rights; Right to Health; Public Meeting; State Court; Caxias do Sul.

INTRODUÇÃO E JUSTIFICATIVA DE ABORDAGEM

A judicialização do direito à saúde na Comarca de Caxias do Sul-RS, no âmbito da Justiça Estadual, constituiu o objeto de estudo deste artigo. De início, convém explicar que, a fim de que a pesquisa pudesse ser empreendida, torna-se necessário estabelecer delimitações temporais e espaciais, porquanto elaborada com desígnio de analisar decisões terminativas de 1º grau, as quais se apresentam em números leviatânicos no território deste país de extensão continental. De tal sorte, determinou-se, como ponto de partida para tal feito a Audiência Pública realizada no Supremo Tribunal Federal nos dias 27, 28 e 29 de abril e 04, 06 e 07 de maio de 2009, a respeito da judicialização do direito à saúde³. Isso porque, no procedimento retrorreferido, a Corte Maior posicionou-se, perante os demais Magistrados, em relação às dúvidas pertinentes à interpretação dos preceitos legais que versam sobre o tema.

Nessa esteira, como data de corte, optou-se por processos iniciados a partir de 01 de fevereiro de 2011 e julgados até 31 de dezembro de 2012. Deve-se explicar que o ano de 2011 foi preferido ao ano de 2010 pelas seguintes questões: entendeu-se que os Magistrados precisavam de um certo tempo para se adaptarem às novas orientações; outrossim, necessário se fez aguardar que o Supremo Tribunal Federal publicasse o acórdão da sua decisão, bem como aguardar o ingresso de novas lides pleiteando o direito em tela.

Firmado o marco temporal, fez-se necessário escolher quais decisões seriam estudadas, pela impossibilidade de se analisar, no período de um ano, todas as sentenças proferidas pelo Judiciário em primeiro grau, no Brasil. Partindo desse pressuposto, em

³ Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublica.asp?tipo=realizada>. Acessado em 25 de março de 2013.

consonância com o artigo 7º, inciso IX, alíneas “a” e “b”, da Lei 8.080/90⁴, que apresenta o conceito de descentralização da saúde, de onde exsurge o entendimento de municipalização da mesma, com vista à maior proximidade das autoridades ao cidadão, é o Município de Caxias do Sul, no Estado do Rio Grande do Sul, o escolhido para servir de experiência. Mas por que Caxias do Sul? No Município, está situada a Instituição de Ensino à que o Grupo de Pesquisa⁵ dos autores está vinculado. Destarte, a conclusão é estudar a realidade dos pesquisadores na cotidianidade. Isso aponta para os pesquisadores examinarem um problema no qual estão inseridos. Compreendendo o estudo por esse viés, ver-se-á, como alhures mencionado, que o mesmo se coaduna com a determinação da Lei Superior, isto é, a prestação do direito à saúde deve ser descentralizada, de sorte que o Município encontra papel fundamental nessa política de resguardo ao direito em questão, justificativa da pesquisa que redonda cujo tema redonda neste artigo.

Executado o corte espacial e temporal, o grupo de pesquisa dividiu-se entre a Justiça Federal e a Estadual, razão por que o presente estudo se foca exclusivamente na Justiça Estadual⁶. Tecnicamente falando, tal Justiça é compreendida como de cariz “residual”, porque, aos Magistrados estaduais compete decidir, tão somente, sobre o que não cabe àqueles da Justiça Federal e das outras Justiças Especiais⁷. Não obstante, os interesses do Grupo de Pesquisa vão além. Aspira-se a comparar a real(idade) Federal e Estadual, de modo a diagnosticar as peculiaridades de cada uma das esferas, contrapondo-as, consecutivamente, em oportunidade vindoura.

II – DA METODOLOGIA

⁴ Este dispositivo legal, encontrado na lei do SUS, tem baluarte no artigo 198, inciso I, da Constituição Federal de 1988, o qual determina que: “As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo”.

⁵ O Grupo de Pesquisa “Direito, Saúde e Cidadania”, coordenado pelo Professor Doutor Germano André Doederlein Schwartz, vinculado à Faculdade da Serra Gaúcha, objetiva elencar os problemas de eficácia dos direitos à saúde no Brasil e em especial na região de Caxias do Sul; avaliar as possibilidades legais de participação popular no processo decisório referente ao direito à saúde e demonstrar a necessidade de compartilhamento decisório na gestão sanitária brasileira.

⁶ O mesmo trabalho foi realizado no âmbito da Justiça Federal, por outro integrante do grupo. Nesta quadra, impõe trazer a lume o artigo 109, inciso I, da Lex Superior, o qual aduz que “Aos juízes federais compete processar e julgar: I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho”.

⁷ Por oportuno, gize-se, aqui, que a saúde não é de competência apenas da Justiça Estadual. Pelo contrário. Como preconiza o artigo 23, inciso II, da CF/88, a saúde é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, podendo o direito em tela ser oponível contra qualquer um dos Entes da Federação, portanto. Essa é a mais salutar hermenêutica, de sorte que as medidas de hierarquização e descentralização, princípios basilares do Sistema Único de Saúde, são de cariz administrativo, tão somente.

Aqui, importa esclarecer os métodos utilizados para a coleta das decisões até então comentadas. Para tanto, utilizou-se o site do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁸. Após, a seleção da opção “jurisprudência” e, em seguida, a subopção “pesquisa de jurisprudência”. Em continuidade, optou-se pela “busca avançada”, de sorte que os seguintes campos foram assim preenchidos: “Tribunal: Tribunal de Justiça do RS”; “Órgão Julgador: Todos”; “Relator: Todos”; “Inteiro Teor: selecionado”; “Ementa: *in albis*”; “Seção: Cível”; “Tipo de processo: Apelação Cível”; “Número: *in albis*”; “Comarca de Origem: Caxias do Sul”; “Tipo de Decisão: Acórdão”; “Data de Julgamento: 01/01/2011 até 31/12/2012”; “Data de Publicação: *in albis*”; “Procurar resultados com a expressão: direito à saúde”; “Classificar: por data crescente”.

De tal busca, encontraram-se 448 (quatrocentos e quarenta e oito) acórdãos, dos quais 22 (vinte e dois) tiveram o processo iniciado no ano de 2011, sendo julgados até a data-limite, o último dia do ano de 2012, preenchendo, por conseguinte, os requisitos do corte temporal pré-estabelecido.

Em “ver dados de primeiro grau”, foram coletadas as sentenças objeto do estudo. Excluíram-se duas por se tratarem de ações que não interessam à pesquisa, por não serem processos contra ente federativo, com o escopo de exigir seja proporcionado o direito em tela. Restaram 20 (vinte) sentenças que serão esmiuçadas adiante, ocasião em que as decisões serão cruzadas com as coordenadas dadas pela Audiência Pública alhures citada.

Por consequência do estudo, foram levantados alguns questionamentos, a fim de elucidar o tema e, igualmente, abolir determinadas dúvidas concernentes a ele. Por corolário lógico, as perguntas retrorreferidas consistem no objeto do próximo item deste artigo, estação que servirá para desvelar aquilo que orientou os pesquisadores, no momento de empreender a investigação em tela.

III – DA PROBLEMATIZAÇÃO

Colhidas as decisões terminativas de 1º grau, como se pretendia, os pesquisadores buscaram responder às perguntas que se seguem, e, por conseguinte, revelar o conteúdo das decisões, com o fito de verificar se os Julgadores estão, ou não, seguindo as recomendações do Supremo Tribunal de Federal.

⁸ www.tjrs.jus.br

A priori, imprescindível saber qual a prestação de saúde que as partes postulavam judicialmente. Tais informações foram úteis no sentido de se poder traçar um perfil das ações judiciais, ou seja, perceber se algo havia em comum, e, constatando-se que sim, descobrir qual o fato ensejador daquelas. Em consequência, sabido qual era o pedido, importava saber se o mesmo era registrado pela ANVISA, com o devido protocolo padrão de tratamento.

Tem-se, por convenção, que antes do postulado judicial, o requerimento deve ocorrer na seara administrativa. Porém, como é cediço, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Assim, a fim de tornar a pesquisa mais consistente, intenta-se saber, também, se a administração pública negou o objeto da ação, antes do ingresso judicial.

Por derradeiro, aprecia-se a conclusão alcançada em cada decisão, visando a saber se o pedido realizado foi deferido, bem como os principais argumentos utilizados para fundamentar a sentença. *Ad argumentandum tantum*, no que tange aos argumentos trazidos à baila, mormente pela parte requerida, no momento de sua defesa, normalmente o da “reserva do possível” é um dos mais empregados e que carece de especial atenção. Portanto, atenta-se para que, nos casos em que essa tese é aventada, verificar se é produzida prova a fim de corroborá-la.

Esquemáticamente, aspirando a facilitar a compreensão, são estes os questionamentos aventados:

- 1) Qual o medicamento e/ou ação que foi requerida judicialmente?
- 2) O objeto do pedido possui registro na ANVISA, com protocolo padrão de tratamento?
- 3) Houve requerimento administrativo antes da ação judicial?
- 4) Quais os principais argumentos utilizados para fundamentar a sentença?
- 5) Aventada a tese da “reserva do possível”, foi produzida alguma prova a fim de confirmá-la?

Haverá de se responder à problematização referida nesta quadra, consecutivamente, na parte deste estudo que se pode considerar fulcral, composta pelos itens que haverão de trazer à luz as conclusões que a Corte Máxima chegou após a aludida solenidade, bem como o conteúdo das decisões proferidas na Comarca de Caxias do Sul, momento em que será possível cruzar as informações, verificando se elas jazem em consonância.

IV – DA SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

À guisa de dar uma direção ao ensaio, destaque-se que a Constituição Federal de 1988 traz avanços consideráveis no que tange à positivação dos direitos fundamentais (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 427). Antes de adentrar, todavia, em específico, a discussão sobre o direito fundamental à saúde, impõe referir que a Lei Magna tem como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana. E ambos, direito à saúde e à dignidade (inclua-se, aqui, também, o direito à vida), estão umbilicalmente atrelados. Devem, necessariamente, coexistir. É nesse raciocínio, por consequência, que deve ser pensado o direito à saúde: como circunstância elementar, ou seja, *sine qua non*, para o exercício de uma vida minimamente digna.

Entalhada no rol dos direitos sociais, não há, hodiernamente, de acordo com a mais moderna doutrina (ASENSI, 2013, p. 59), como negar a fundamentalidade da saúde, no Brasil. Isso porque os direitos retrorreferidos (e essa lógica se estende aos direitos de nacionalidade e políticos) estão elencados no Título II da CF/88, denominado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. Essa é, pois, a mais saudável hermenêutica. Na mesma esteira, ainda que não restasse a saúde positivada na Constituição Federal, de acordo com o artigo 5º, em seu parágrafo 2º, a mesma deveria ser reconhecida e considerada como direito fundamental implícito, eis que encontra-se estampada na Lei Máxima e, outrossim, nas legislações inferiores.

O reconhecimento de um direito fundamental impõe ao Estado um ônus, porquanto ele é o garantidor e, em *ultima ratio*, o maior protetor da aludida conquista social. Nessa ambiência, tem, por conseguinte, o dever de fazer perseverar aquilo que na Lex Superior está insculpido. E tal proteção deve se dar através de condutas de cariz positivo e/ou negativo (SARLET, 2010, p. 205-228). Postura de cariz positivo diz respeito àquelas ações intervencionistas do Estado, que, através de políticas públicas e outras medidas, visem a transformar a realidade existente, aspirando a fazer com que todos aqueles que são detentores de um direito tenham, em verdade, a oportunidade de desfrutá-lo. De outra banda, as ações negativas estão, mormente, relacionadas ao direito de liberdade. O Estado, por consequência, abstém-se. Permanece inerte. O objetivo não é, neste momento, agir, mas, sim, permanecer imóvel. Garante-se, aqui, a liberdade, outro direito fundamental.

Perceba-se que a saúde é garantida de ambas as formas. E o Estado é responsável por provê-la. Esta é a inteligência do artigo 196 da Lei Magna, que declara que a saúde é

direito de todos e dever do Estado. O mesmo artigo ensina, ademais, como se há de empreender essa garantia. *Ipsis litteris*: “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”.

Por sua vez, oportuno referir que a saúde é direito público subjetivo⁹, o que garante a possibilidade de, em caso de o indivíduo não encontrar a prestação que lhe é de direito, exigi-la judicialmente, opondo-a contra o Estado. E, mais, por ser direito fundamental, a saúde deve ser percebida nas suas mais amplas e variadas dimensões. Como direito de primeira dimensão, entendamos o seu cariz negativo, o que significa a não intervenção do Estado, protegendo assim a liberdade de o indivíduo determinar-se no tempo e no espaço. Dessa forma, dita dimensão reside também no direito de o indivíduo ter livre acesso na procura dos serviços que melhor garantem sua saúde, e, em consequência, protejam seu direito à vida.

Por outro lado, elencada no rol dos direitos sociais (fundamentais), pressupõe uma atitude prestacional do Estado¹⁰, o que, impreterivelmente, coloca-a como direito fundamental de segunda dimensão. Veja-se, nesse ponto, que é dever do Estado garantir a saúde, conforme determina o artigo 196, e isso implica prestações positivas que, em síntese, tenham por escopo a garantia e a efetivação da saúde. A inércia do Estado, nesta quadra, pressupõe a ineficácia do direito ora discutido, daí, conseqüentemente, exsurge a imprescindibilidade de se compreender a saúde como direito de segunda dimensão.

Não obstante ser considerada como direito de primeira e de segunda dimensão, impende ressaltar que sua compreensão não se limita, tão somente, a essas duas percepções. Veja-se, por exemplo, que a saúde é um direito transindividual, em outras palavras, coletivo e difuso. Admitindo-se a sua transindividualidade, impossível se torna que qualquer cidadão invoque, em relação a ela, propriedade. É patrimônio da humanidade. Destarte, impõe que seja, também, vista como direito de terceira dimensão, em que podemos empreender a reflexão pensando-a como direito de solidariedade, situação em que estaria atrelada a outros direitos fundamentais, com os da cepa do direito ao trabalho e à alimentação, tendo como norte a construção de uma sociedade solidária, por um Estado de postura transformadora.

⁹ Direito público subjetivo é um instrumento jurídico, que tem por escopo o controle da atuação do poder do Estado, de sorte que permite ao seu titular exigir judicialmente, do Estado, aquilo que esse teria o dever de prestar e, por motivos outros, não o fez.

¹⁰ Nesse mesmo vértice, a Lei 8.080/90 (Lei do SUS), mormente em seu artigo 2º, define que o Estado deve prever as condições indispensáveis ao exercício do direito fundamental à saúde.

Posto isso, entende-se que a saúde, como elemento de cidadania, deve ser observada como um bem primário, ou seja, como já foi aqui defendido, um direito público subjetivo oponível contra o Estado, que, atrelado umbilicalmente ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana, é elemento *sine qua non* para a possibilidade de exercício de outros direitos fundamentais.

V – DA ESTRUTURA DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

A saúde resta, como alhures comentado, consagrada no artigo 196 da Constituição Federal (o que é reforçado pela Lei 8.080/90), como um direito de todos e dever do Estado, e deve ser implementada por meio de políticas sociais e econômicas, que visam à redução do risco de doenças e, concomitantemente, ao acesso igualitário às ações.

O modelo de saúde adotado no Brasil é, principalmente, de cariz preventivo. O Sistema Único de Saúde tem por escopo a descentralização e, ao mesmo passo, a retirada do hospital como sendo o centro do sistema.

As ações de saúde supramencionadas podem/devem ser compreendidas de três formas: a) ações de promoção: no sentido de que a qualidade de vida é construída, ponto em que redonda conectada a outros sistemas (cite-se, à guisa de exemplificar, o meio ambiente); b) ações de proteção: encontram-se compreendidas, aqui, as medidas profiláticas de atuação sanitária, que antecedem a doença; c) ações de recuperação: neste hiato a doença já ocorreu, ocasião em que deverá ser tratada, ou, nos mesmos termos, recuperada.

O artigo 197, complementando o tema, impõe à saúde a característica de serviço de relevância pública, vinculando, por consequência, o Ministério Público, Órgão constitucionalmente instituído como o *Custus Legis*. Do seu caráter de relevância pública depreende-se, ainda, que a saúde, junto com a dignidade da pessoa humana, é alçada como um direito fundamental primário, *sine qua non* para o exercício de outros direitos do homem. Nada obstante, cabe dizer que, como consequência óbvia da relevância pública, impende, pois, ao Poder Público dispor sobre a regulamentação, fiscalização e controle da saúde. Nesse palmar, destaque-se que a regulamentação é competência concorrente entre os Entes da Federação, enquanto que fiscalização e controle são de competência comum entre os mesmos. No mister da regulamentação, cabe à União dizer sobre a defesa da saúde e sua proteção, bem como implantar políticas públicas que devem ser seguidas em todo o território nacional. Aos Estados cabe suplementar a legislação federal, especificando as generalidades. Já aos

Municípios, cabe suplementar a legislação estadual, de acordo (atente-se) com os interesses locais.

O Sistema Único de Saúde se organiza numa rede regionalizada e hierarquizada, sob as diretrizes da descentralização, com direção única em cada esfera do governo; atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; e participação da comunidade, o que se encontra insculpido no artigo 198 da Constituição Federal. A lei 8.080/90 especifica e esclarece o tema¹¹.

Tanto a rede pública, quanto a rede privada de saúde, obedecem aos mesmos princípios do SUS, quais sejam, integralidade, igualdade e participação comunitária. Como já foi aqui referido, o SUS foi idealizado para priorizar a saúde à doença, numa estrutura que visa à extinção da ideia de que o hospital é o centro do sistema de saúde. Em síntese, o SUS tem por escopo que o hospital seja medida de *ultima ratio*.

Aspirando a concluir, é conveniente elucidar que a municipalização da saúde é uma postura de cariz democrático, eis que coloca em tela os anseios locais, numa maneira moderna de administração, priorizando o contato do titular do direito com a administração. Nesse mote, compreenda-se, ademais, a hierarquização do sistema como uma divisão do nível ascendente de complexidade.

O artigo 200 da Constituição Federal define as competências do SUS:

I) controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; II) executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; III) ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; IV) participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; V) incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico; VI) fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; VII) participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; VIII) colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

No que tange ao financiamento do Sistema Único de Saúde, será esse financiado com os recursos da Seguridade Social, da União, Estados, Distrito Federal, Municípios e outras fontes. A Lei complementar 141/12¹² determina os recursos mínimos a serem empregados na preservação da saúde. Dita legislação aduz que a União deve investir o

¹¹ Aqui, remeta-se o leitor, especificamente, ao título III da Lei 8.080/90.

¹² Especificamente, Capítulo III (Da aplicação de recursos em ações e serviços públicos de saúde); Seção I (Dos recursos Mínimos); artigo 5º ao 11º.

montante aplicado no exercício anterior, acrescido da variação do Produto Interno Bruto. Se, por desventura, o PIB resultar negativo, mantém-se o percentual aplicado no exercício anterior. Os Estados, por outro lado, devem aplicar, no mínimo, 12% daquilo que arrecadam com impostos e seus recursos, ao passo que, na mesma situação, os Municípios deverão investir 15%.

Finalmente, a Constituição manda que, em algumas situações, a saúde deve receber ainda maior atenção. É o caso da criança e adolescente (especialmente, gize-se, a parcela pertencente a esse grupo que possui alguma espécie de dependência química); do educando; do idoso; índio e pessoas portadoras de necessidades especiais.

VI – DA AUDIÊNCIA PÚBLICA

Como bem asseverou, metaforicamente, o Professor Dr. Salo de Carvalho (2008, p. 105), o profissional do Direito, por vezes, padece de um “Complexo de Narciso”, de modo que se apaixona tanto pela própria imagem, a ponto de crer que os problemas mundanos podem ser resolvidos tão só através da ciência jurídica. Ledo engano. Na sociedade complexa¹³ em que vivemos, o caminho mais saudável (e seguro) a seguir para aquele que busca solucionar um problema que dela é originário é a interdisciplinaridade. Nenhuma ciência, sobretudo a do Direito, é absoluta e autossuficiente, a ponto de se permitir dispensar a complementação de outras disciplinas. Ciente disso, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, à época Presidente do Supremo Tribunal Federal, convocou uma Audiência Pública sobre Direito à Saúde, para ouvir a opinião de autoridades no assunto, com o desígnio de que a Corte Máxima pudesse formar, iluminada pelos conhecimentos ali trazidos, o melhor discernimento a respeito de como o Judiciário deve se posicionar, quando provocado para decidir a respeito do direito fundamental à saúde.

A Audiência Pública se realizou nos dias 27, 28 e 29 de abril e 04, 06 e 07 de maio de 2009, contando com a participação de Gestores Públicos, Representantes da Magistratura, Defensoria Pública, Advocacia da União, Ministério Público, Estados, Municípios, Entidades e Organismos da Sociedade Civil, além de Acadêmicos que se dedicam a estudar o assunto.

¹³ Por complexidade, entendamos a totalidade das possibilidades de experiência ou ações, cuja ativação permita o estabelecimento de uma relação de sentido. Referindo-se à questão, Germano Schwartz afirma que “vivemos em uma sociedade complexa. Logo, contingente. Daí, que a estruturação da sociedade como sistema autopoietico, por meio de sua dinâmica hermético-recursiva e, também, de suas expectativas decisórias, assume particular relevo na redução de dita complexidade (sanitário-jurídica), mesmo que contenha em si a probabilidade de dano.” SCHWARTZ, Germano. O tratamento jurídico do risco no direito à saúde. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p.44.

Ao seu término, as principais conclusões alcançadas foram as trazidas a lume no Voto do Presidente do Supremo, e Relator, ao julgar o agravo regimental, interposto pela União, contra decisão da presidência do STF que indeferiu o pedido de suspensão de tutela antecipada nº 175, contra acórdão proferido pela 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, nos autos da Apelação Cível nº 408729/CE (2006. 81. 003148-1):

- I) Há política estatal que abranja a prestação pleiteada? Se houver, não restam dúvidas a respeito do direito subjetivo oponível contra o Estado.
- II) No caso de não existir, deve-se verificar se a inexistência de política é oriunda de:
 - a) decisão administrativa de não fornecer a prestação pleiteada; b) omissão legal ou administrativa; c) vedação legal. Em se tratando de vedação legal, não se pode falar em direito.
- III) De outro lado, se o Poder Público decidiu não fornecer a prestação pleiteada, devem ser observadas as seguintes circunstâncias: a) o SUS fornece tratamento alternativo, conquanto não adequado a determinado paciente; b) o SUS não possui tratamento específico para a patologia que afeta o paciente. No caso de o SUS fornecer tratamento alternativo, o Magistrado deve dar preferência aos Protocolos Clínicos, todavia, tal fato não significa que não seja possível decidir de maneira diversa se, por razões peculiares do organismo daquele que requer a prestação estatal, for comprovada a ineficácia do tratamento fornecido.
- IV) Porém, se o SUS não propicia tratamento específico para certa patologia, há de ser questionado: a) o tratamento é puramente de cariz experimental? b) trata-se de tratamentos ainda não incorporados pelo Sistema Único de Saúde? No caso de o tratamento ser meramente experimental, o Estado não pode ser obrigado a fornecê-lo. Quanto aos novos tratamentos, a omissão administrativa pode ser objeto de impugnação judicial, com espaço para ampla produção de provas.

Para concluir, uma vez que já foram explanadas as principais contribuições dadas pela Audiência Pública, cabe-nos, por fim, estudar as decisões coletadas na Comarca de Caxias do Sul-RS¹⁴, para verificar se o Judiciário, em primeiro grau, está seguindo as determinações do Guardião da Constituição Federal, tema de estudo do próximo item.

¹⁴ A Comarca de Caxias do Sul não jurisdiciona nenhum outro Município.

VII – AS SENTENÇAS COLETADAS

Neste item, serão examinadas as decisões coletadas no trilhar da pesquisa, oriundas da Comarca de Caxias do Sul, de modo que se buscará responder à quesitação trazida à baila em momento anterior deste artigo.

Da busca empreendida, lograram-se encontrar vinte e dois processos que preenchiam os requisitos de antemão estabelecidos pelos pesquisadores. Dois desses processos foram descartados, porquanto não haviam sido intentados em desfavor de algum dos Entes da Federação. Assim, restaram 20 (vinte) decisões a respeito de postulados judiciais, que pleiteavam ao Estado prestar ao autor da ação o direito à saúde que lhe é garantido pela Constituição Federal.

Das prestações de saúde postuladas, impossível se faz traçar um perfil geral da judicialização, eis que os requerimentos, em sua maioria, pouco se repetem, variando da *Budesonida*, medicamento para problemas respiratórios, ao *Dicloridrato de Pramipexol*, utilizado no tratamento do Mal de Parkinson, como se poderá ver na tabela constante ao final deste item.

Em sequência, cabe discorrer a respeito das decisões proferidas pela Magistrada. No tocante, adiante-se que todos os pedidos foram liminarmente deferidos, entendimento que permanece nas decisões terminativas de mérito, posteriormente. Assim, tendo o autor provado, por meio de laudo médico, a necessidade da prestação de saúde, a Magistrada ratificou o entendimento constitucional de que o direito em tela é de todos e deve ser prestado pelo Estado. Nesse teor, afasta de plano o argumento mais vezes sustentado pelas partes requeridas, qual seja, o da *ilegitimidade passiva*, afirmando que:

quando o usuário da rede pública de saúde direciona o seu pleito judicial – que não deve ser igualado ao plano administrativo – efetuando a eleição do polo passivo de acordo com a regra constitucional da solidariedade, não pode haver óbice arrimado na invocação de divisões de competências que vinculam unicamente as pessoas jurídicas de direito público de modo recíproco, gerando uma eficácia interna e não erga omnes.¹⁵

¹⁵ Processo Judicial nº 01011100099441.

Situação peculiar, no que tange aos pedidos, deu-se no processo judicial nº 01011100012346, no qual o autor, portador de Malformação Arteriovenosa (MAV), requereu fosse o tratamento executado, bimestralmente, em Hospital competente para tanto, no caso, o Hospital Santa Casa (em Porto Alegre). Diante do problema, a Julgadora – acertadamente, diga-se – entendeu por acatar o pedido, afastando a possibilidade, levantada pelo Município, de o tratamento ser realizado no Hospital Pompéia (em Caxias do Sul), “pois isso pode(ria) acarretar-lhe regressividade”¹⁶.

No mesmo trilho de que a saúde deve ser prestada pelo Estado, ainda que não haja política pública própria para tal feito, foram concedidos os medicamentos postulados que não faziam parte da lista dos fornecidos pelo Sistema Único de Saúde. Todavia, nessas situações, a Magistrada não enfrentou diretamente os argumentos de que, por não constarem os fármacos na lista do SUS, o Estado não precisaria provisioná-los. Ela apenas julgou procedente a ação.

De outra banda, mesmo que algumas prestações requeridas não encontrassem guarida em políticas de públicas, todas possuíam registro de protocolo de tratamento na ANVISA.

Por derradeiro, seguindo os nortes da Audiência Pública, o Ministério Público manifestou-se favoravelmente ao requerimento do autor em todos os processos. Ademais, todos os autores foram beneficiados pela Assistência Judiciária Gratuita.

Veja-se, esquematizadamente, o resultado das sentenças, na tabela que segue:

<i>Processo</i>	<i>Réu</i>	<i>Medicamento pedido</i>	<i>Registro ANVISA</i>	<i>Doença</i>	<i>Pedido Adm.</i>	<i>Concessão</i>
01011100015302	RS	Oxigenoterapia hiperbárica	Sim	Osteomelite crônica na tíbia esquerda	Sim	Sim
01011100172050	Caxias do Sul	Budesomida aquosa nasal	Sim	Alergia grave; anafilaxia; urticária; angioedemas gastrintestinais e respiratórios.	Não informado	Sim
		Budesomida + Formeteol	Sim			Sim
		Cetirizina	Sim			Sim
		Prednisona	Sim			Sim
01011100147233	Caxias do Sul e RS	Dicloridrato de Pramipexol	Sim	Mal de Parkinson	Não	Sim
01011100139338	Caxias do Sul	Formoterol	Sim	Doença pulmonar obstrutiva crônica	Não informado	Sim

¹⁶ Processo Judicial nº 01011100012346

	e RS					
		Budesonida	Sim			Sim
		Tiotrópico	Sim			Sim
01011100111506	Caxias do Sul e RS	B-Interferon Beta 1-a	Sim	Esclerose múltipla	Não informado	Sim
01011100012346	Caxias do Sul e RS	Tratamento na Santa Casa de POA	Sim	Malformação arteriovenosa (MAV)	Não	Sim
01011100026134	Caxias do Sul e RS	Oxigenoterapia Hiperbárica	Sim	Úlcera de decúbito sacral com sequelas neurológicas de traumatismo craniano.	Não informado	Sim
01011100052860	RS	Rivastigmina	Sim	Demência do tipo Alzheimer de Início tardio.		Sim
01011100078533	Caxias do Sul e RS	Clopidogrel	Sim	Cardiopatia esquêmica	Não informado	Sim
01011100099441	Caxias do Sul e RS	Ácido Zoletrônico	Sim	Osteoporose lombar e Dispepsia	Não informado	Sim
01011100136533	Caxias do Sul e RS	Dieta líquida oral/Enteral polimérica hipercalórica Normo ou hiperproteica com densidade calórica de 1,5 Cal/mL e fraldas geriátricas	Sim	Mal de Parkinson	Não informado	Sim
01011100137688	Caxias do Sul e RS	Bissulfato de clopidogrel	Sim	Infarto antigo do miocárdio	Não	Sim
01011100138803	Caxias do Sul e RS	Januvia (Sitaglinida) e tiras Onetouch	Sim	Diabetes Mellitus	Não informado	Sim
01011100147152	Caxias do Sul	Olanzapina	Sim	Transtorno esquizoafetivo do tipo maníaco	Não informado	Sim
01011100155929	Caxias do Sul e RS	Alimentação especial enteral- isosource soya 1.800 Kcal	Sim	Sequela de acidente vascular cerebral	Não informado	Sim
01011100171401	RS	Oxigenoterapia hiperbárica	Sim	Osteliomelite	Não informado	Sim
01011100182934	Caxias do Sul	Betaína	Sim	Homocistinúria	Não	Sim
		Piridoxina	Sim			Sim
		Ácido Fólico	Sim			Sim
		Ácido Acetilsalicílico	Sim			Sim
		Alendronato	Sim			Sim
		Cálcio	Sim			Sim
		Vitamina D	Sim			Sim
01011100260978	Caxias do Sul e RS	Infliximabe	Sim	Artrite soronegativa e psoríase	Não informado	Sim
01011100268707	Caxias	Aparelho BIPAP	Sim	Esclerose lateral	Não	Sim

	do Sul e RS			amiotrófica	informado	
01011100351868	RS	Aparelho CPAP	Sim	Síndrome de Apneias e hipopneia obstrutiva do sono de acentuada intensidade	Não informado	Sim

VIII – CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS.

Consoante já foi enfrentado, as decisões terminativas de primeiro grau em estudo são oriundas da Comarca de Caxias do Sul-RS, especificamente, da 2ª Vara Cível, responsável pelas ações movidas contra a Administração Pública. Todas as sentenças foram proferidas pela Juíza de Direito Maria Aline Vieira Fonseca, titular na respectiva Vara.

É de se destacar que todos os pedidos foram deferidos em caráter liminar, sendo confirmados na sentença terminativa, posteriormente. Outrossim, todos os autores foram beneficiados pela gratuidade da assistência judiciária, circunstância que permite pressupor que aquele que postula judicialmente uma prestação Estatal de direito à saúde, na maior parte das vezes, é indivíduo de baixo poder aquisitivo, e que o faz por não ser capaz de custear o seu tratamento sem privar-se de suas condições mínimas de existência.

De outro ponto de vista, ao se analisarem as patologias portadas por aqueles que ingressaram com as ações, impossível se faz traçar um perfil que possa ligar uma à outra, eis que não apresentam relação entre si, aparentemente.

Ponto positivo, que merece reconhecimento, é que todos os pedidos foram deferidos, sendo o Estado condenado a satisfazer o direito em tela, garantido aos autores pela Constituição Federal, malgrado a uniformização das decisões, fenômeno conhecido como “copia e cola”, moléstia que acomete a prática jurídica nesta pós-modernidade.

Por se tratar de decisões “em lote”, de cariz (pode-se até dizer) genérico, alguns argumentos, quando aventados pelo(s) réu(s), não foram enfrentados pela Magistrada com a devida profundidade. É o caso, por exemplo, das prestações que não figuravam na lista do SUS, as quais o Poder Público foi coagido a proporcionar, contudo, sem uma justificativa diretamente motivada. O mesmo ocorreu com a tese da “reserva do possível”, sustentada em dois processos, que foi simplesmente ignorada pela Julgadora, decidindo o caso sem afrontá-la, ainda que não se tenha sido produzida prova pelo(s) réu(s) no objetivo de corroborá-la.

Lado outro, e por questão de justiça, diga-se que o argumento mais trazido à tona pelo(s) réu(s) foi categoricamente rebatido, com transparentes e corretas justificativas, qual seja, o da ilegitimidade passiva.

Neste período, à guisa de conclusão, é possível afirmar: o fenômeno da estandardização das práticas jurídicas na contemporaneidade não se faz ausente na realidade pesquisada. Peca a Julgadora, portanto, por não enfrentar diretamente cada tese sustentada pelas partes (principalmente a parte requerida). Entretanto, ainda que deixando de lado alguns detalhes (que não são menos importantes), as determinações da Audiência Pública convocada foram seguidas. Em síntese, a Magistrada buscou, mesmo com alguns deslizes que, em razão última, decorrem do grande volume de trabalho na Justiça Estadual, proteger ao máximo o direito fundamental à saúde, o que é louvável, sentencie-se.

REFERÊNCIAS

[Www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublica.asp?tipo=realizada](http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublica.asp?tipo=realizada). Acessado em 25 de março de 2013.

www.tjrs.jus.br. Acessado em fevereiro de 2013.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 2. São Paulo: Saraiva, 2013.

SCHWARTZ, Germano. **O tratamento jurídico do risco no direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ASENSI, Felipe. **Direito à Saúde. Práticas Sociais Reivindicatórias e sua Efetivação**. Curitiba: Juruá, 2013.

SARLET, Ingo. **A Titularidade Simultaneamente Individual e Transindividual dos Direitos Sociais à Luz do Exemplo do Direito à Proteção e Promoção da Saúde. Direitos Fundamentais & Justiça**. Porto Alegre: HS Editora, 2010.