

EM 30 ANOS, A SAÚDE NO BRASIL SE TORNOU OBESA¹

Ana Cristina Moraes Warpechowski²

Heloísa Tripoli Goulart Piccinini³

Resumo: O direito fundamental à saúde foi ampliado a partir da Constituição Federal de 1988. Como consequência do acesso e da cobertura universal frente à escassez dos recursos financeiros, o Poder Executivo tem encontrado dificuldades na implementação da referida garantia, em especial pelo excesso de judicialização, com demandas legítimas e ilegítimas tratando de pedidos diversificados e que interferem no planejamento do orçamento público. Em sendo assim, precisa-se romper o ciclo vicioso com a adoção de medidas inovadoras e o estabelecimento de diálogos entre as instituições públicas, privadas e a coletividade, a fim de que o caminho seja mudado com a introdução de um modelo democrático de governança, adaptado à nova realidade que se apresenta.

Palavras-Chave: saúde, acesso universal, judicialização, orçamento público, mudança da trajetória, governança.

¹ Originalmente publicado em: *Revista Eletrônica do TCE-RS*. Edição Especial – 30 anos da Constituição Estadual, 2019, pp. 11-36, ISSN 2446-8703. Disponível em: <http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/publicacoes/revista_tce_remo-ver/REVISTA%20ELETRONICA%20-%20TCERS%2017-07.pdf>.

² Mestre em Direito (UFRGS); Especialista em Direito de Família e Sucessões (ULBRA), Processo Civil (ULBRA), Direito Público (UNIRITTER), Direito e Processo do Trabalho (UNISINOS). Conselheira Substituta do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul.

³ Especialista em Direito Processual Civil (PUC/RS). Representou o TCE/RS no Fórum Permanente de Combate ao Uso de Bebidas Alcoólicas por Crianças e por Adolescentes, instituído pelo Ministério Público Estadual em 25 nov. 2011, e coordenou o Grupo de Trabalho Legislativo (2011-2016). Conselheira Substituta do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul.

IN 30 YEARS, HEALTH IN BRAZIL BECOMES OBESE

Abstract: The fundamental right to health was extended to the Federal Constitution of 1988. As a consequence of access and universal coverage in the face of scarce financial resources, the executive branch took place to implement the guarantee base, in particular, demands and foundations and processes of diverse requests and that interfere in the planning of the public budget. In this way, a vicious treatment is needed with an array of innovative tools and the establishment of a democratic system of governance, adapted to the new reality that presents itself.

Keywords: health; universal access; judiciary; public budget; change of trajectory; governance.



Desde os primórdios⁴, o ser humano exterioriza as suas atividades por meio das relações desenvolvidas com os seus semelhantes ou bens, materiais ou imateriais, proporcionando meios de conservação e sobrevivência⁵. No entanto, a manutenção de uma determinada ordem social depende da existência de regras que possibilitem a existência de direitos e incentivem o cumprimento dos respectivos deveres.

Como importante ferramenta estrutural de um Estado, a Constituição é uma forma de autovincular a sociedade, os indivíduos e os representantes estatais a assumirem uma série de restrições de longo prazo às decisões feitas no presente, concretizando as bases para o viver social. Apesar de ser uma abstração, a existência hígida de um texto constitucional depende da crença

⁴ Agradecimentos à Márcia Raquel Paiva e Holanda pelas pesquisas realizadas para a construção do presente ensaio.

⁵ RÁO, Vicente (1892-1978). *O direito e a vida dos direitos*. (1. ed. 1952) 5. ed. Anot. e atual. Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 53.

dos indivíduos nas matrizes institucionais estabelecidas.

Neste sentido, Yuval Noah Harari⁶ aduziu que é difícil a compreensão de “ordens imaginadas” porque as pessoas presumem que há apenas dois tipos de realidade: a objetiva e a subjetiva. Contudo, existe um terceiro nível, chamada de realidade intersubjetiva⁷, que não depende dos elementos físicos ou das crenças e sentimentos individuais, mas da comunicação entre os seres humanos, cujas histórias começam a fazer sentido a grupos cada vez maiores. Como exemplos, a democracia e a república são opções políticas estabelecidas e que podem variar ao longo do tempo, seja em decorrência da vontade dos governantes, seja por causa de alterações nos costumes e comportamentos das pessoas⁸.

À vista disso, as instituições políticas, sociais, econômicas, administrativas, judiciais, dentre outras, são estabelecidas para se manifestarem como o coletivo de experiências comuns de um grupo, servindo para balizar as ações dos indivíduos no meio social. Em decorrência, a dinâmica das instituições está relacionada com a credibilidade na força coercitiva das regras instituídas e no poder de adaptação às novidades que vão se apresentando no desenrolar da História. Caso estas ordens imaginadas não estejam funcionando adequadamente, haverá a substituição por outras que, novamente, irão requerer a aceitação dos indivíduos, reajustando-se às pressões exercidas no ambiente

⁶ HARARI, Yuval Noah. *Homo Deus: uma breve história do amanhã*. Original publicado em inglês em 2015. Trad. Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 150.

⁷ *Ibidem*, p. 152.

⁸ De acordo com Acemoglu e Robinson: “A política é o processo pelo qual uma sociedade escolhe as regras que vão governá-la. [...] Sempre que houver conflito em torno das instituições, o que acontecerá vai depender das pessoas ou grupos que vencerem o jogo político – quem conseguir mais apoio, obtiver mais recursos e formar mais alianças eficazes. Em suma, o vencedor será determinado pela distribuição de poder político na sociedade.”. ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. *Por que as nações fracassam: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza*. Original publicado em inglês em 2012. Trad. Cristiana Serra. 5. tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. Livro digital do Kindle.

social, em um movimento constante que pode resultar em avanços ou retrocessos.

No presente artigo, destaca-se uma destas realidades intersubjetivas, de extrema relevância para a sociedade: o direito fundamental à saúde. Em virtude do aniversário da Constituição Federal de 1988 e da proximidade do transcurso de idêntico período para a nossa Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, em 03 de outubro de 2019, foi feita uma breve análise da evolução deste direito, dividida em duas partes. A primeira traz reflexões sobre o passado e o presente, a partir da abertura do sistema com o acesso universal e a expansão da atividade judiciária brasileira. A segunda, por sua vez, explora a necessidade de mudança da trajetória, considerando aspectos acerca do ciclo vicioso que se formou e da premência de se pensar em um modelo de governança que valorize as capacidades institucionais de cada segmento envolvido.

1. O PASSADO E O PRESENTE DO ACESSO UNIVERSAL À SAÚDE

Anteriormente à Constituição Federal de 1988, o direito à saúde estava restrito aos grupos de trabalhadores urbanos ou rurais que vertiam contribuições ao sistema público, sendo entendido apenas aos dependentes cadastrados. Os segurados e beneficiários deveriam portar as suas carteiras de “Identidade do Beneficiário” nas assistências médicas administradas pelo Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS – autarquia criada em 1977, conforme Lei Federal nº 6.439), revalidando anualmente para comprovar a manutenção da relação de trabalho e, conseqüentemente, a condição de contribuinte.

Depois de 05 de outubro de 1988, a saúde passou a ser garantia fundamental e direito social (art. 6º), de acesso universal e igualitário (art. 196), independentemente de contribuição,

havendo a unificação no Sistema Único de Saúde (SUS), com competências transferidas às esferas federal, estadual e municipal (regulamentado por meio das Leis Federais nºs 8.080/90 e 8.142/90). A responsabilidade pela gestão passou a ser descentralizada e compartilhada entre os entes federativos e, com isso, o INAMPS foi extinto (Lei Federal nº 8.689/93).

De início, pensava-se que a garantia universal de saúde estava restrita aos brasileiros, mas com o passar dos anos, a interpretação constitucional dos tribunais alargou o conceito para alcançar estrangeiros, ainda que sem residência fixa⁹, e, mais recentemente, aos refugiados¹⁰, como representação da atitude humanitária de preservar a vida de indivíduos em situação de risco extremo.

No Estado do Rio Grande do Sul, seguindo o princípio da simetria material, o direito à saúde constou da Seção I do Capítulo III do Título VII da Carta promulgada em 03/10/1989, como uma das obrigações da Segurança Social, dever das instâncias estadual e municipal. Da combinação das regras constitucionais, tem-se que a responsabilidade para garantir a saúde aos gaúchos é da União, do Estado e dos 497 Municípios.

Destarte, em decorrência do resultado da expansão do acesso à saúde e do crescimento da expectativa de vida dos brasileiros¹¹, aumentaram-se as estruturas administrativas de

⁹ Exemplos: STF, HC 94016 MC/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. 7/4/2008 (assegurou a estrangeiro, mesmo sem ser residente no Brasil, o direito de ver respeitadas, pelo Poder Público, as prerrogativas de ordem jurídica e as garantias de índole constitucional que o ordenamento positivo brasileiro confere e assegura a qualquer pessoa); TRF 4ª Região, AG 2005.04.01.032610-6/PR, j. 29/8/2006 (autorizou o transplante de medula, tendo em vista que o art. 5º da Constituição Federal estendeu as garantias fundamentais a brasileiros e estrangeiros, não se exigindo o domicílio destes, ainda que estejam em situação irregular no Brasil).

¹⁰ Conforme Cartilha para Refugiados no Brasil, publicada pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR). Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Cartilha-para-Refugiados-no-Brasil_ACNUR-2014.pdf>. Acesso em 20/11/2018.

¹¹ Conforme “Gráfico 1 – Brasil – Esperança de vida ao nascer – Ambos os sexos – 1980 - 2009”, a expectativa de vida em 1980 era de 62,57 anos; enquanto que, em

suporte aos atendimentos de baixa, média e alta complexidade. Porém, considerando as dificuldades de se estabelecer os planos de cobertura de um sistema público em tão larga escala, o Poder Executivo, nas três esferas federativas, começou a enfrentar o problema da incapacidade de atendimento a todas as demandas pleiteadas pelos beneficiários da garantia constitucional. Em vista disso, o escopo das atividades judiciais foi ampliado, pois muitos passaram a utilizar o Poder Judiciário como mecanismo assecuratório dos seus direitos, assim como outros encontraram uma chance para o oportunismo.

1.1 O ALARGAMENTO DAS ATIVIDADES JUDICIAIS

A Constituição Federal chancelou opções políticas anteriores e trouxe novos institutos e instituições para formatar o Estado Democrático de Direito. Dentre as mudanças, houve as especializações do direito material com a edição de diversos estatutos próprios e as modificações nas normas processuais, que provocaram a expansão significativa da intervenção judicial.

Hoje, portanto, o juiz é chamado a desenvolver funções que, ontem, pareciam reservadas a outras instituições, como as legislativas e administrativas¹². O crescimento do Judiciário é uma das principais novidades na evolução das democracias contemporâneas, pois aumentaram as atividades sociais jurisdicionalizadas que, ao menos em parte, eram de competência de outros agentes, situação esta que acentuou o problema dos limites entre os três poderes e a própria natureza da atuação judicial¹³. Nessa perspectiva, as palavras de Luís Roberto Barroso são

2009, 73,17. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Observações sobre a evolução da mortalidade o Brasil: o passado, o presente e perspectivas*. Rio de Janeiro, 2010.

¹² PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Org. e Rev. Téc. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 5.

¹³ *Ibidem*, pp. 11-12.

precisas¹⁴:

[A judicialização] significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo. Essa expansão da jurisdição e do discurso jurídico constitui uma mudança drástica no modo de se pensar e de se praticar o direito no mundo romano-germânico.

Em contrapartida, pessoas físicas e jurídicas, públicas ou privadas, começaram a transferir a solução dos seus conflitos ou as suas tomadas de decisões ao Judiciário, surgindo uma parcela significativa de litigantes inautênticos, que utilizam os meios procedimentais ou a própria jurisdição para se beneficiar. Como efeitos reversos desta espécie de atitude, é possível identificar o crescimento exponencial dos índices de litigância e a consequente lentidão dos procedimentos judiciais, ficando cada vez mais distante o ideal de duração razoável do processo.

Neste quadro, verifica-se a “seleção adversa”¹⁵, pois os detentores legítimos de direitos e a população de menor renda são afastados do Poder Judiciário, enquanto outros são atraídos justamente para protelar o adimplemento das suas obrigações¹⁶, restando privilegiada a conduta daqueles que agiram com oportunismo ou má-fé. Mas também, pode ser identificado o “risco moral”¹⁷, uma vez que não há como controlar o comportamento

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil Contemporâneo. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, Renovar, ano 4, n. 16, pp. 03-42, out./dez. 2009, p. 6-7. Também: BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida: e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

¹⁵ MANKIW, Nicholas Gregory. *Introdução à Economia*. Original publicado em inglês em 2012. 3. reimp. 3. ed. brasileira de 2013. Trad. 6. ed. norte-americana Allan Vidigal Hastings e Elisete Paes e Lima. Rev. Téc. Manuel José Nunes Pinto. São Paulo: Cengage Learning, 2016, p. 444.

¹⁶ GICO JR., Ivo Teixeira. *A tragédia do Judiciário: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário*, 2012, 146 f. Tese (Doutorado em Economia) – Universidade de Brasília, Brasília, 2012, p. 112.

¹⁷ MANKIW, *op. cit.*, p. 442.

de alguns indivíduos e, diante de uma oferta infinita de acesso, com risco reduzido para si e com o aumento de vantagens para os grandes litigantes, o interessado não vê motivos para moderar o uso ou para atuar de forma diversa¹⁸.

A ideia geral que se tem da Administração Pública é no sentido de se criar mais competências, mais estruturas, maiores dotações orçamentárias, mais tributos; sendo que estes, ao fim e ao cabo, são pagos pela coletividade para sustentar a expansão estatal. O Direito muitas vezes ignora a finitude de recursos, daí a importância de se conhecer o conceito econômico de escassez, que está relacionada com o uso subjetivo de algo, pois um bem se torna escasso quando não há mais quantidade suficiente para que todos os indivíduos possam usufruí-lo, importando em fazer escolhas e buscar modelos de gerenciamento que induzam à melhor alocação dos bens, sejam públicos ou privados.

Logo, pensa-se que o problema maior não está em garantir o acesso à justiça aos que dela necessitam para pleitear o seu direito fundamental à saúde, por se tratarem de garantias constitucionais e cláusulas pétreas, mas na forma como os litigantes usam o sistema judicial. Consequentemente, é recomendável a adoção de medidas que filtrem o ajuizamento de demandas frívolas, habituais ou protelatórias para assegurar o acesso legítimo daqueles que realmente necessitam da tutela do Poder Judiciário. Neste sentido, Rodolfo Mancuso asseverou que¹⁹:

A rigor, o problema não está (ou ao menos não tanto) na singela questão do *acesso à Justiça* (já que a instância estatal hoje é alcançável por diversas vias, valendo lembrar que o necessário não só ao ângulo econômico, mas até mesmo o *carente organizacional* se beneficia de “assistência jurídica integral e gratuita” (CF, art. 5º, LXXIV) e sim, nos modos e meios pelos quais o Estado haverá que assegurar a finalidade última do

¹⁸ CRUZ, Luiz Antônio Ribeiro da. Acesso à Justiça e risco moral: estudo de caso. *Revista CEJ*, Brasília, ano XVI, n. 56, pp. 06-14, jan./abr. 2012, p. 8.

¹⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas* (1. ed. 2012) 2. ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 208-209 (grifos originais).

processo, qual seja a composição justa e tempestiva do conflito judicializado, ou, se se quiser: o *acesso à ordem jurídica justa*.

Os indivíduos e suas relações sociais estão cada vez mais intrincados, sendo necessário repensar o modelo atual de gestão da saúde, passando-se a um comportamento em rede, com o envolvimento dos três Poderes e de todos os órgãos que podem colaborar com a sua expertise, a exemplo dos Ministérios Públicos, Tribunais de Contas, Procuradorias e Defensorias, a fim de que sejam estabelecidas novas diretrizes a partir de ações conjuntas ou coordenadas.

1.2 A JUDICIALIZAÇÃO DA VIDA, DA FRAUDE E DA MORTE

A Administração Pública é a primeira devedora dos direitos fundamentais à população. Como prepondera o princípio da igualdade, cada indivíduo é o destinatário potencial das prestações públicas primárias, elencadas no artigo 6º da Constituição Federal. Apenas para revelar a dimensão da problemática da saúde, no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, o IBGE²⁰ estimou que a população, no ano de 2018, era de cerca de 11,3 milhões de habitantes; enquanto o número chegava, no Brasil, a 208,5 milhões, que são os potenciais beneficiários da garantia constitucional.

Diante da descentralização do SUS, inúmeros processos judiciais são ajuizados contra os Municípios, os Estados, o Distrito Federal e a União, que participam de forma isolada ou solidária. Não se discute a legitimidade do Poder Judiciário em tomar decisões, posto que, quando provocado, tem o dever de conceder ou negar os pedidos; mas o que se critica é a falta de filtros ou limites que possam mitigar atitudes oportunistas, já que todos os recursos destinados ao financiamento da saúde e da própria

²⁰ Informação disponível em: <<https://cidades.ibge.gov.br/brasil/rs/panorama>>. Acesso em 10 dez. 2018.

instituição judiciária advém dos tributos pagos pela coletividade. Ou seja, por detrás da gratuidade dos acessos à justiça e à saúde universal, existe “alguém” que paga a conta²¹.

Destarte, diante da variedade de pedidos que chegam aos fóruns e tribunais envolvendo a temática, vislumbram-se três hipóteses que serão abaixo exemplificadas: a judicialização da vida, da fraude e da morte.

Na primeira delas – a judicialização da vida –, a busca por medicamentos é um assunto recorrente. O fornecimento de remédios de alto custo não incluídos em programas nacionais ou não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária são duas matérias que compõem o objeto de milhares de demandas no nosso país. Em virtude da sua relevância, tramitam no Supremo Tribunal Federal os Recursos Extraordinários nº 566.471/RN (Tema nº 006) e 657.718/MG (Tema nº 500), ambos com repercussão geral reconhecida.

Quanto ao fornecimento de remédios de alto custo, o Relator afirmou que o reconhecimento do direito individual de receber do Estado medicamento em tais circunstâncias dependeria da comprovação de três requisitos: (i) imprescindibilidade do uso do remédio – adequação e necessidade; (ii) impossibilidade de substituição do fármaco; e (iii) incapacidade financeira do enfermo e dos membros solidários da família, conforme previsto no Código Civil. Contudo, embora tenha transcorrido mais de onze anos da interposição do recurso, ainda não houve julgamento final, permanecendo o assunto sem diretriz institucional.

Já no tocante aos remédios não registrados na ANVISA, o Relator considerou que o registro seria requisito inafastável

²¹ Sobre os custos públicos dos direitos fundamentais, Casalta Nabais afirmou que: “[...] não há direitos fundamentais de borla. Efectivamente todos eles têm custos financeiros públicos. Sendo certo que, ao contrário do que a rejeitada distinção pretende fazer crer, os clássicos direitos e liberdades não só assentam em custos públicos, como assentam em custos públicos com efeitos visivelmente regressivos.”. NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. *Revista Direito Mackenzie*, São Paulo, ano 3, n. 2, pp. 9-30, 2002, p. 29 (ortografia original).

para obrigar o Estado ao provisionamento. Após serem lançados dois outros votos, houve o deferimento do pedido de liminar; mas, depois de ser recebida a confirmação de que a paciente (recorrente) estava recebendo o remédio de modo regular, foi proferida decisão, em 08/8/2018, extinguindo o processo sem julgamento do mérito e determinando a remessa de cópia da decisão à Presidência do Supremo Tribunal Federal para que fossem oficiados os Estados para a remessa de outro recurso que eventualmente poderá vir a substituir o paradigma da repercussão geral. Isto é, a matéria também carece de orientação, sendo possível que demore até a retomada dos debates pela Corte Suprema.

No Superior Tribunal de Justiça, esta última matéria também está sendo discutida nos autos do REsp nº 1.657.156/RJ (Tema nº 106), em que a 1ª Seção decidiu recurso repetitivo, em 25/4/2018, afirmando que é obrigação do Poder Público o fornecimento de remédios não incorporados em atos normativos do SUS, desde que preenchidos, cumulativamente, três requisitos: (i) comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; e (iii) existência de registro na ANVISA do medicamento. Houve a modulação de efeitos para considerar que os critérios e requisitos estipulados na decisão somente poderiam ser exigidos para os processos distribuídos a partir da conclusão do julgamento. E, no caso concreto, foi negado provimento ao recurso do Estado do Rio de Janeiro, mantendo-se a obrigação de fornecer o medicamento²².

Estes exemplos nos levam a questionar sobre o dever do Estado de garantir a saúde de forma ilimitada, porque, não

²² Na data da consulta, estavam pendentes de julgamento os Embargos de Declaração. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1641175&num_registro=201700256297&data=20180504&formato=PDF>. Acesso em 14 set. 2018.

obtendo o direito de forma direta, o Judiciário acaba sendo provocado a se manifestar, funcionando como uma espécie de “segunda instância administrativa”, sendo difícil, de forma imediata, segregar demandas legítimas das ilegítimas. Muitas vezes, o sistema judicial é usado pelo próprio Poder Público em benefício próprio, atuando como “inadimplente eficiente” com a utilização de diversas manobras jurídicas para protelar as suas obrigações judicializadas; mas também é utilizado pelos administradores incompetentes ou relapsos que não implementam o mínimo existencial previsto nas políticas públicas estabelecidas e se escondem atrás de processos judiciais, vilipendiando os limites do razoável e do bom-senso da sua atuação política.

De outro lado, em algumas ações judiciais envolvendo medicamentos de alto custo ou tratamentos experimentais que estão fora das listas e protocolos do SUS ou da ANVISA, podem ser evidenciados abusos em virtude de condutas enviesadas de médicos e indústrias farmacêuticas em dar preferência a determinadas marcas, muitas vezes bem mais dispendiosas do que outras que possuem o mesmo princípio ativo. Aqui se revela a segunda hipótese – a judicialização da fraude –, conduta que também precisa ser desincentivada.

Como exemplo ilustrativo, cita-se o caso em que o Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul foi usado como meio para atingir fins ilícitos na “Máfia das Próteses”²³, que teve grande repercussão na imprensa a partir de dezembro de 2014. Diversas investigações confirmaram a conduta oportunista e fraudulenta de indústrias, fornecedores, médicos e advogados no sentido de se obter medidas liminares para a concessão pública de órteses e próteses, que eram colocadas em partes do corpo que estavam sãs ou que não correspondiam ao padrão de qualidade indicado nas ações judiciais, acarretando o prejuízo da saúde dos pacientes que buscavam garantir uma melhor qualidade

²³ Mais informações: RAMOS, Pedro. *A máfia das próteses: uma ameaça à saúde*. São Paulo: Évora, 2016.

de vida.

Tais condutas geram consequências graves aos pacientes e à sociedade, em virtude da possível ofensa aos princípios da isonomia e da separação de poderes. Quanto ao primeiro princípio, parcela da população é prejudicada pela ausência de dotações orçamentárias a serem destinadas ao atendimento de outras questões de saúde, como a concessão de medicamentos mais simples, a contratação de profissionais ou a ampliação dos serviços locais de atendimento. Já, com relação à separação de poderes no mundo contemporâneo, mesmo que seja adotado o conceito de um sistema dinâmico e complexo, uma decisão precipitada ou sem o necessário apoio técnico pode levar à ingerência do Judiciário nas escolhas políticas do Chefe do Poder Executivo, que lida com dotações orçamentárias e financeiras específicas e restritas, sujeitando-se às sanções da Lei de Responsabilidade Fiscal e da Lei de Improbidade Administrativa, assim como ao controle externo exercido pelos Tribunais de Contas.

Ou seja, inexistindo, até o momento, diretrizes claras por parte dos três Poderes em matérias como as que tramitam nas Cortes maiores, que poderiam servir de âncora e ajuste aos julgamentos, a alternativa mais acertada a ser adotada pelos juízes está na consulta prévia à opinião técnica qualificada²⁴ para que sejam fornecidas as informações específicas necessárias à formação de um juízo mais satisfatório. Como compete ao juiz conduzir o processo, é seu o dever de requisitar informações, pessoas, documentos, buscando a contribuição daqueles que podem contribuir para a solução mais adequada dos casos submetidos a julgamento.

Por fim, no que tange à terceira hipótese – judicialização da morte –, como os recursos financeiros, humanos e materiais são finitos para o atendimento às demandas de saúde, os gestores

²⁴ WIEDEMANN NETO, Ney. O direito à saúde e o Poder Judiciário. *O Sul*, 2015. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/2015/07/20/o-direito-a-saude-e-o-poder-judiciario/#>>. Acesso em: 19 nov. 2018.

públicos e juízes se veem na difícil tarefa de tomar decisões que, não raras vezes, resultam no efeito perverso de não ser possível cumprir a ordem judicial e/ou administrativa na forma ou no tempo adequado. Como resultante, a saúde do paciente pode se agravar, ocasionando lesões ou até mesmo o óbito, momento em que os familiares passam a buscar o Judiciário para que o Estado (no sentido *lato*) repare o dano moral pela perda²⁵, seja pelo não atendimento dos objetos postulados, seja em decorrência da lentidão do sistema, em um verdadeiro *looping* que se volta contra ele próprio, de forma direta ou indireta. A litigância contra o Poder Público para postular direitos no sentido de garantir a vida ou indenizar a morte passou a ter o caráter repetitivo²⁶, sendo que muitas ações tramitam durante décadas, colaborando para o retardamento do Judiciário.

Criam-se, portanto, alguns contrassensos exemplificativos: (i) nos textos constitucionais, o Estado concede o direito universal à saúde a todos que necessitarem; mas, na prática, verifica-se o distanciamento cada vez maior deste ideal e o descumprimento do dever fundamental; (ii) para suprir a falta de saúde, é garantido o acesso gratuito à justiça aos indivíduos hipossuficientes ou vulneráveis como uma alternativa à busca do cumprimento da promessa constitucional; porém, de outro lado, há o excesso de litigância, que provoca o congestionamento do fluxo de demandas judiciais, o retardamento da solução de casos

²⁵ Como exemplo, sugere-se a leitura das decisões proferidas na Ação de Indenização nº 143/1130001458-0 e Recurso de Apelação nº 70076037498. Informações disponíveis: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 10 dez. 2018.

²⁶ Neste sentido: “A judicialização tem sido o caminho para obter o medicamento, a cirurgia, a internação hospitalar, pelo direito garantido na constituição. Também tem sido o caminho para amenizar o sofrimento de um mau resultado no atendimento médico ou a frustrada expectativa do que poderia ter sido um procedimento médico, não importa quais razões ocorra. A judicialização da medicina também gera uma autodefesa do médico. Não basta tratar adequadamente seu paciente, é necessário ser capaz de provar, em juízo, que suas decisões médicas são baseadas nas melhores evidências científicas e que o custo dessas evidências deve ser suportado no sistema de saúde público ou privado.” GIUSTINA, Tatiana Bragança de Azevedo Della. *Por que a saúde a medicina estão na justiça?* Porto Alegre: Cidadela, 2018, pp. 139-140.

urgentes e, até mesmo, a exclusão dos próprios necessitados; (iii) a parcela de tributos que é destinada à saúde advém de muitos contribuintes que pagam duas vezes pelo mesmo tipo de serviço, porque, ao não confiarem na prestação estatal, pagam seguros ou planos privados e não utilizam o sistema público; todavia, ainda que considerada esta parcela da população, inexistente segurança de que a assistência será garantida àqueles que necessitam do atendimento público.

Com efeito, nos últimos 30 anos, as relações entre os indivíduos e o Estado tornaram-se mais complicadas, não bastando em si mesmos os velhos modos de administrar. Urge, portanto, a adoção de um modelo de governança que tenha uma maior colaboração interinstitucional, respeitando-se as potencialidades das instituições que estão habilitadas a produzir a melhor decisão para a criação de políticas públicas efetivas e contando com a participação dos indivíduos, que também fazem parte do sistema e são responsáveis pelo bom uso do bem público. Como afirmado no início, todos fazem parte desta realidade intersubjetiva e são responsáveis pela sua efetividade.

Em relação à importância do exame acurado dos custos dos direitos para termos liberdade com responsabilidade, José Casalta Nabais salientou que²⁷:

Os deveres ou custos dos direitos que outra coisa não são senão a responsabilidade comunitária que os indivíduos assumem ao integrar uma comunidade organizada, mormente uma comunidade organizada no estado (moderno). O que faz dos indivíduos, verdadeiras pessoas, ou seja, membros ao mesmo tempo livres e responsáveis da sua comunidade.

Diante do quadro acima narrado, tem-se que a saúde está obesa, pelo que é necessário desenvolver melhorias no planejamento desta política pública, com a definição de critérios razoáveis que podem evitar o desequilíbrio sistêmico mediante a redução do seu peso. A partir do estabelecimento de diretrizes mínimas, hábeis a induzir condutas e reprimir oportunismos, estará

²⁷ NABAIS, *op. cit.*, p. 28.

sendo criado um caminho no presente para a mudança de trajeto no futuro, com um modelo de governança adaptado às mutações contemporâneas. No capítulo que segue, estas reflexões serão aprofundadas.

2. A MUDANÇA DA TRAJETÓRIA

As estruturas institucionais como existem no momento presente dependem da trajetória percorrida no passado, assim como as alternativas do futuro decorrem (*path dependent*) das escolhas anteriores. Para mudar a solução adotada no passado, existem custos e barreiras, o que pode levar à preferência pela manutenção do *status quo* da tradição, formada por hábitos, crenças, valores e instintos, como mecanismo de autoproteção²⁸:

[...] Se um governo não souber, v.g., quanto custa à sociedade a política de despesa pública que aplica, como implementar uma reforma das finanças públicas, nomeadamente, como gerir a resistência dos grupos de interesse que se opõem a essa reforma, e quanto pode ser o benefício social de uma nova afectação dos recursos, dificilmente estará disponível para proceder a tal reforma. Este perigo é tanto maior, quanto menor for a capacidade da Administração para gerir a mudança. São por isso, de esperar maiores barreiras institucionais à reforma da política de despesa pública num Estado com uma máquina administrativa ineficiente, com um baixo nível de sofisticação técnica e de formação de recursos humanos e dotada de procedimentos com um elevado grau de rigidez.

Com efeito, a concepção de *path dependency* está sendo bastante utilizada para auxiliar a compreensão da trajetória dos países (ou outra unidade de análise) porque os fatos passados condicionam a situação presente e o próprio futuro, visto que as instituições devem ser consideradas como processos altamente

²⁸ SOARES, Cláudia Dias. A relevância da estrutura institucional nas reformas do Estado. In: CORDEIRO, António Menezes, LEITÃO, Luís Menezes; GOMES, Januário da Costa (Orgs.). *Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 anos*. Coimbra: Almedina, 2007, pp. 284-285 (ortografia original).

dinâmicos e sensíveis a estímulos do ambiente circundante, a fim de possibilitar a manutenção da ordem social²⁹.

Todavia, não só isso. Os problemas oriundos das limitações à racionalidade, da assimetria informacional, do oportunismo e da incerteza também são fatores determinantes a serem considerados na análise do comportamento institucional, uma vez que as barreiras criadas por certos arranjos podem obstruir a possibilidade de reversão da escolha inicial, impactando nos “custos econômicos de transação”³⁰ e justificando as diferenças e fraquezas dos modelos governamentais.

As mudanças de trajetória ocorrem, geralmente, em momentos que podem ser chamados de críticos, quando há uma profunda transição, seja decorrente de revoluções ou de reformas institucionais. Esta transição pode levar anos ou décadas, mas ao final é deixado um legado das escolhas políticas realizadas e que passará a ser reproduzido ao longo do tempo³¹, sendo que cada estágio influencia fortemente a direção da próxima etapa.

De acordo com Oliver Eaton Williamson, deve-se seguir em direção a um “mix de governança”³² como alternativa à redução das incertezas de um mundo cada vez mais complexo, repleto de novas tecnologias. O pensamento precisa evoluir a fim de compreender as estruturas públicas e as relações contratuais privadas, de modo a construir um modelo mais consentâneo com

²⁹ FERNANDES, Antônio Sérgio Araújo. *Path dependency* e os estudos históricos comparados. *Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais – BIB*, São Paulo, n. 53, pp. 79-102, 1. semestre de 2002, p. 92.

³⁰ A partir da percepção original de Ronald Coase (1910-2013), Oliver Williamson ampliou o significado para incluir a racionalidade limitada e o oportunismo como os exemplos mais óbvios que impactam nos custos econômicos de transação, moldando a teoria da organização. WILLIAMSON, Oliver Eaton. Transaction cost economics and organization theory. In: WILLIAMSON, Oliver Eaton (ed.). *Organization Theory: from Chester Barnard to the present and beyond*. New York: Oxford University Press, 1995, pp. 207-268.

³¹ FERNANDES, *op. cit.*, pp. 85-86.

³² WILLIAMSON, Oliver Eaton. *The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting*. New York: The Free Press, a Division of Macmillan, 1985.

as idiossincrasias dos indivíduos e dos anseios sociais contemporâneos. A partir daí, torna-se possível o rompimento da trajetória como previamente posta, tarefa que não é fácil por depender da vontade política e da tomada de consciência das fragilidades históricas, o que requer uma maior interação entre os principais atores institucionais para a efetiva implementação de ações direcionadas a pavimentar um novo caminho.

Os indivíduos não sobrevivem sem as instituições e a recíproca também é verdadeira. Enquanto existir certa parcela de passividade, persiste o imobilismo, motivo pelo qual deve ser estimulado um comportamento ativo destinado a viabilizar as mudanças institucionais. Para sair do ciclo vicioso em direção a um futuro satisfatório, entende-se que todos devem se adaptar e fazer parte do processo de mudança.

2.1 O CÍRCULO VICIOSO

Considerando o panorama descrito no capítulo anterior, tem-se como resultado a realocação dos recursos orçamentários previstos e já bastante escassos, especialmente em razão da expedição de ordens judiciais de bloqueio de valores que desconsideram os limites de cada rubrica. Com efeito, o Poder Judiciário passou a efetivar as políticas públicas, alterando a condução administrativo-financeira do Estado e produzindo uma série de distorções e instabilidades na consecução dos serviços básicos de saúde. Acerca da relação entre os custos e os orçamentos, Tatiana Giustina fez a seguinte observação³³:

Os custos dos medicamentos no Brasil são elevados, e os orçamentos públicos e privados são cada vez menores. Se por um lado se obteve êxito no combate à mortalidade infantil, mais tarde, na idade adulta haverá a necessidade de tratamentos mais onerosos. Uma parte da nossa sociedade sofre com doenças de miséria, e outra parte com doenças modernas, que são degenerativas.

³³ GIUSTINA, *op. cit.*, p. 142.

Sabe-se que o Poder Público, diante de uma decisão que determina a entrega imediata de medicamentos, precisa, com frequência, retirar fármacos dos programas ou investimentos já estabelecidos, desatendendo pacientes que os recebiam regularmente. O custo da entrega de remédios aos litigantes exitosos, muitos deles com condições de pagar advogados e os próprios remédios³⁴, resulta em dificuldades aos gestores probos que veem desestabilizados os seus planejamentos anuais, bem como prejudica o atendimento aos demais cidadãos que também necessitam da assistência pública. É isto porque “o acesso a medicamentos via processo judicial é sinal da desigualdade no país, além do que, os números da judicialização evidenciam uma regulação que, apesar de rígida, não fornece segurança jurídica”³⁵.

Destarte, as demandas que chegam ao Judiciário não se restringem ao fornecimento de remédios pelo Estado, no momento em que são requisitados atendimentos médicos, internações hospitalares, remoções de pacientes para outras localidades, tratamentos continuados, dentre outros pedidos que chegam ao absurdo de banalizar o sistema público, como requisições de lençóis umedecidos, depilações a laser e imunodepressivos para animais de estimação.³⁶

³⁴ Segundo pesquisa realizada, grande parte dos litigantes é atendida por advogados particulares e médicos do setor privado, postulando remédios sem eficácia comprovada, chegando-se à conclusão de que “a maioria dos beneficiários dessas demandas são minorias privilegiadas”. CAMPINO, Antonio Carlos C.; CYRILLO, Denise C. Gastos com saúde e a questão da judicialização da saúde. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. *Direito à vida e à saúde*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 34.

³⁵ Estas foram as principais conclusões a que chegou a mesa “Judicialização da Saúde” no 5º Fórum “A Saúde do Brasil”, realizado pela Folha de São Paulo, em 23/04/2018, na Fundação Getúlio Vargas em São Paulo. Conforme dados do Conselho Nacional da Justiça, no período de 2010 a 2016, a União destinou 4,5 bilhões para cumprir determinações judiciais. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/seminarios-folha/2018/04>>. Acesso em: 13 dez. 2018.

³⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Judicialização ocorre por má gestão na saúde, dizem especialistas*. 12 dez. 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85914-judicializacao-ocorre-por-ma-gestao-da-saude-dizem-especialistas>>. Acesso em: 13 dez. 2018. ROCHA, Leonel Severo; WEBBER, Suelen da Silva.

Uma das tantas críticas que se faz ao “ativismo judicial” se apoia exatamente na ofensa ao princípio democrático. Se o pagamento de tributos é um pacto solidário da coletividade, o mínimo que deveria ocorrer é a sua participação na tomada de decisão de como os recursos devem ser gastos, estabelecendo prioridades destinadas à realização das respectivas políticas públicas. O argumento central de tal crítica vincula-se ao conteúdo, à eficácia e à efetividade do direito fundamental à saúde contemplado na Constituição, sobre o que refere Ingo Sarlet na seguinte passagem³⁷:

A expressiva maioria dos argumentos contrários ao reconhecimento de um direito subjetivo individual à saúde como prestação (assim como ocorre com os direitos sociais prestacionais, tais como educação, assistência social, moradia, etc) prende-se ao fato de que se cuida de um direito que, por sua dimensão econômica, implica alocação de recursos materiais e humanos, encontrando-se, por esta razão, na dependência da efetiva disponibilidade destes recursos, estando, portanto, submetidos a uma reserva do possível.

O panorama induz reflexões na medida em que, aliada à escassez de recursos públicos destinados à saúde, instituiu-se uma política judiciária de questionável razoabilidade³⁸, no

Acesso à Justiça e Saúde Pública: os números e os contextos da judicialização da saúde no Brasil. In: XXIII Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), 23, 2014, João Pessoa. *Anais...* João Pessoa: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito, 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4766154cea_472a15>. Acesso em 13 dez. 2018.

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações sobre o conteúdo, a eficácia e a efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 11, pp. 01-17, set./out./nov. 2007, pp. 12-13.

³⁸ Destaca-se o exemplo citado por ROCHA; WEBBER, *op. cit.*: “É o que ocorre, por exemplo, neste caso de um cidadão que afeire do Estado o montante de R\$ 800 mil para ter acesso a um “tratamento de primeiro mundo” no Hospital Sírio-Libanês, onde recebe a cada 15 dias doses do medicamento Soliris (eculizumab), com custo de R\$ 70 mil por mês, em razão de ser portador de um tipo raro de anemia. O curioso para os demais cidadãos das filas dos postos de saúde é que a doença tem possibilidade de cura através de uma cirurgia de transplante (reconhecida pela Anvisa), que custaria aos cofres públicos em média R\$ 50 mil reais. Mais do que isso, o tratamento ao qual se submete no momento não tem nenhuma possibilidade de curá-lo, apenas de

momento em que se retiram dos gestores públicos as decisões relacionadas com a execução da programação orçamentária. Além disso, na ausência de disponibilidade financeira na rubrica específica para o cumprimento das ordens judiciais, é necessário adentrar nos valores destinados a outras despesas públicas, o que agrava sobremaneira o quadro. Cumpre salientar que, no caso de tratamentos experimentais e que não possuem comprovação científica dos resultados, não é obrigatória a concessão judicial, conforme referido pela Ministra Ellen Gracie no seguinte trecho de decisão proferida no Supremo Tribunal Federal³⁹:

A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, a se deferir o custeio do medicamento em prol do impetrante, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. Ademais, o medicamento solicitado pelo impetrante, além de ser de custo elevado, não consta da lista do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional do Ministério da Saúde, certo, ainda, que o mesmo se encontra em fase de estudos e pesquisas.

A ineficiência do modelo universal tem afetado diversos países, que também tiveram um aumento do peso dos seus sistemas de saúde. Nos países da antiga União Soviética⁴⁰, por exemplo, diversos pacientes hospitalizados no sistema público contraíram AIDS pelo uso de agulhas sujas, assim como outros tinham de subornar previamente a equipe médica para obter uma atenção mínima em procedimentos cirúrgicos. Por sua vez, na

amenizar os efeitos da doença, sendo que a cirurgia tem probabilidades maiores de cura e percentual gerenciado de risco menor que o consumo deste fármaco.”

³⁹ Suspensão de Segurança nº 3073/RN, Min. Rel. Ellen Gracie, j. 14/02/2007. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2484826>>. Acesso em: 15 dez. 2018.

⁴⁰ HÜNING, Gustavo. Como a regulação e o risco moral encarceraram o Sistema de Saúde, pp. 111-127. In: *A Voz da Mudança*. Série de Pensamentos Liberais, 22. ed. do Fórum da Liberdade, 2009, p. 122.

Inglaterra⁴¹, famosa pelo seu *National Health Service*⁴², a fila de espera, considerando consultas, cirurgias e tratamentos especiais como os quimioterápicos, poderá chegar a cinco milhões de pessoas em 2020, de acordo como o *NHS Partners Network*. Gustavo Hüning descreveu o sistema inglês da seguinte forma⁴³:

[...] atualmente, boa parte das experiências de trabalho dos profissionais da saúde e pacientes é ruim – e está piorando, conforme previsto pela Lei de Gammon. Max Gammon foi um médico britânico que, em extenso estudo sobre o sistema de saúde do seu país (National Health Service – NHS), publicado em 1976, observou que, conforme os gastos aumentavam em um sistema burocrático, a produtividade diminuía. O comportamento era como o de “buracos negros”, do ponto de vista burocrático, pois a absorção de recursos é enorme, e a “emissão” de produtividade, muito pequena.

O Brasil também enfrenta problemas com a saúde pública ao seguir as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, pois o que se verifica “é o clarividente subfinanciamento”, fazendo com que os Municípios sejam os entes federados mais sacrificados. Élide Graziane⁴⁴ referiu que houve omissão legislativa no período entre 2005 e a edição da Lei Complementar n° 141, de 13/01/2012. Desde o ano de 2000 até a entrada em vigor do regulamento, vigoram os percentuais estabelecidos no art. 77 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, incluído pela Emenda Constitucional n° 29/2000. Ainda, necessário registrar que, embora a referida lei complementar tenha preenchido o vácuo legislativo relacionado à fixação

⁴¹ *Ibidem*, p. 121.

⁴² Este modelo inspirou o SUS e completa 70 anos em 2018. O *National Health Service*, embora não seja uma garantia constitucional, é uma instituição consagrada pelo governo e pela população. GIUSTINA, *op. cit.*, pp. 131-136.

⁴³ HÜNING, *op. cit.*, p. 120 (ortografia original).

⁴⁴ Comentários de Élide Graziane Pinto, baseados na sua Tese de Pós-Doutorado intitulada “O Financiamento dos Direitos Fundamentais”, e trazidos durante o debate com José Luiz Quadros Magalhães no programa “Pensando em Minas”. ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DE MINAS GERAIS. *Financiamento de Direitos Fundamentais: progressividade na educação versus estagnação na saúde pública*. 2014. Disponível em: <<https://youtu.be/-cMWPeFW70E>>. Acesso em: 11 dez. 2018.

infraconstitucional dos índices mínimos a serem aplicados em ações e serviços públicos de saúde, novamente se está diante de uma omissão do legislador, eis que, nos termos do § 3º do art. 198 da CRFB/88, tais percentuais teriam de passar por uma reavaliação a cada cinco anos, situação esta que demonstra, novamente, a negligência quanto à matéria⁴⁵.

Paralelamente, houve a opção constitucional de um sistema que deveria funcionar com vistas à universalidade porque a saúde é um direito de todos, mas também um dever de todos os entes federados. O acesso universal e igualitário às ações e aos serviços obriga o Estado a prestar atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo das atividades assistenciais, em relação aos beneficiários deste direito.

Porém, como se tem visto ao longo das três últimas décadas, a diretriz de promover o “acesso a todos e a qualquer tipo de demanda” alargou sobremaneira o direito fundamental à saúde, gerando, paradoxalmente, a exclusão daqueles que realmente necessitam de cuidados médicos especiais. Ademais, a inviabilidade de tratamento eficaz e a própria qualidade da relação médico-paciente acaba por se deteriorar, na medida em que o exercício da medicina em si passa a sofrer restrições que se distanciam em muito da realidade desejada⁴⁶.

Ou seja, o objetivo original se esvaziou na medida em

⁴⁵ Enquanto os gastos com educação têm merecido tratamento específico desde a redação original da Carta da República, o mesmo não se verifica com a saúde, cujas normas foram introduzidas a partir de 2000, com a edição da Emenda Constitucional nº 29, que acrescentou o § 3º ao art. 198 da Constituição Federal e o art. 77 ao ADCT.

⁴⁶ Giza-se a seguinte percepção: “O médico, negligenciado pela Saúde Pública brasileira, da qual não tem nenhum apoio institucional, tem sido sedutoramente pressionado, através de patrocínios a eventos científicos ou outros favores pouco éticos, a receitar um medicamento. Especialmente quando o médico é formador de opinião, o assédio ocorre. Além desses mecanismos, o incentivo à formação de associações de pacientes portadores de uma determinada patologia para que busquem, de forma incessante, o ‘melhor medicamento’ para o seu problema que, eventualmente, não se encontra padronizado pelas listas convencionais, é outra estratégia. Os *lobbies* são formados por todas as frentes, induzindo para que, mais cedo ou mais tarde, um medicamento tão solicitado se torne padronizado.”. GIUSTINA, *op. cit.*, p. 143.

que o acesso, também por seu excesso, descarta os mais carentes, pelo que se materializam os efeitos de seleção adversa e risco moral, referidos anteriormente. Entende-se, desta maneira, que é preciso avançar no sentido de se legitimar um modelo de gestão biopsicossocial⁴⁷, no qual sejam incluídos os fatores biológicos, psicológicos e sociais que influenciam nas causas e progressos das doenças, com a finalidade de se ter uma compreensão mais ampla acerca das práticas médicas e de se fazer os ajustes necessários nos limites de cobertura do sistema público de saúde para que o direito seja, de fato, universal.

Não obstante, o círculo vicioso tende a se completar em virtude da precariedade do diálogo entre as esferas administrativa, judicial e legislativa, assim como da ausência de participação efetiva do maior interessado: a coletividade. Como forma de romper este ciclo, convém destacar o caráter inovador da Constituição Federal de 1988 ao incluir, no inciso III do art. 198, a “participação da comunidade” na formulação das diretrizes do SUS, posteriormente regulamentada por meio da Lei Federal nº 8.142/90. Diante disso, é inegável que as políticas públicas de saúde podem ser melhoradas com o controle social, mas isso requer o repensar do modelo atual de governo para ir em direção à construção de um modelo de governança colaborativo e mais democrático, objetivando a mudança da trajetória até então percorrida.

2.2 O MODELO DE GOVERNANÇA

A concepção de Estado como ser imortal e onipotente, representado por meio de uma tripartição horizontal de poderes destinada ao exercício da autoridade, não consegue mais se ajustar às metamorfoses contemporâneas. A razão do poder não pode ser mais buscada em uma instância soberana, que transcende a

⁴⁷ ENGEL, George Libman (1913-1999). The need for a new medical model: a challenge for biomedicine. *Science*, vol. 196, Issue 4286, pp. 129-136, 08 abr. 1977.

sociedade, mas deve ser revelada em regras de funcionamento que levam à governança eficaz, a partir do comportamento em rede e da transformação profunda nas suas formas de exercício.

Por conseguinte, precisa-se de uma nova definição de quais serão os papéis, nos próximos anos, da sociedade e do Estado. Nessa lógica, ganha identidade própria a ideia de governança (*governance*) como forma de estabelecer estruturas cooperativas e negociais, contrapondo-se ao conceito de governo (*government*), autônomo e soberano. Na avaliação da governança, diante da diversidade de instrumentos de análise possíveis, devem ser escolhidos os mais adequados, com o uso de ferramentas interdisciplinares, para o fim de estabelecer um modelo de gestão satisfatório.

Bruno Miragem afirmou que é necessário atualizar o referencial teórico e os institutos para que possamos ir em direção a uma nova fase de relacionamento⁴⁸:

A ideia de governança orienta-se por uma lógica distinta do direito. Enquanto este se exprime por intermédio de imperativos, comandos obrigatórios provenientes de autoridade, a governança parte da ideia de pluralismo, interatividade e participação, com a finalidade de obter compromissos aceitáveis das partes envolvidas. A governança aplicada ao setor público vai promover desde as esferas locais, a institucionalização de mecanismos de participação no processo de tomada de decisão dos agentes públicos, bem como a transparência das informações.

Este novo paradigma, de acordo com João Ferrão⁴⁹, requer o envolvimento de diversos atores (organismos estatais, cidadãos, sociedade civil organizada, empresas, etc.) e deve estar aliado ao uso de “metodologias mais descentralizadas de mobilização, diálogo, concertação de interesses e decisão”, para que

⁴⁸ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *Direito Administrativo aplicado: a nova administração pública e o Direito Administrativo*. (1. ed. 2011) 3. ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pp. 60-62.

⁴⁹ FERRÃO, João. Governança e ordenamento do território: reflexões para uma governança territorial, eficiente, justa e democrática. *Prospectiva e Planeamento*, Lisboa, vol. 17, pp. 129-139, 2010, p. 132.

seja possível “garantir a adequada representatividade da diversidade e complexidade que caracterizam as sociedades de hoje, complementando os mecanismos de decisão próprios da democracia representativa”.

Destarte, percebe-se que a ideia de “inovação aberta”, como processo de abertura das organizações no sentido de utilizar ideias internas e externas com a interação de grande número de participantes para identificar problemas e avaliar soluções (*crowdstorming*)⁵⁰, embora tenha tido a esfera privada como o *locus* natural para o início desta visão econômica, começou a transcender e ser aplicada no setor público.

Os estudos metodológicos da inovação aberta e do *crowdstorming* revelam o seu imenso potencial para envolver cidadãos, deixando clara a possibilidade de identificação de respostas inovadoras por meio de consultas públicas (que passaram a constar na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro como norma de “sobredireito”, em virtude da entrada em vigor da Lei Federal nº 13.655/2018) e avaliações periódicas de resultados. Tudo isso revela que é inevitável adotar posturas mais ativas por meio do estímulo e do acompanhamento da implementação de projetos arrojados e de alto impacto, que sirvam para alcançar níveis maiores de eficiência no tocante aos gastos públicos.

O Estado deve, portanto, apropriar-se das novas tecnologias que irão aprimorar os seus serviços, como, por exemplo, o *crowdsourcing*⁵¹, uma forma de alavancar a inteligência coletiva

⁵⁰ SOUZA, Wagner Vilas Boas de; BERMEJO, Paulo Henrique de Souza; CAVALCANTE, Carolina Cristina Martins; DOMINGOS, Rebeca Nonato. Inovação aberta no setor público: como o Ministério da Educação utilizou o *crowdstorming* para impulsionar a prospecção de soluções inovadoras, pp. 231-240. In: CAVALCANTE, Pedro; CAMÕES, Marizaura; CUNHA, Bruno; SEVERO, Willber. *Inovação no setor público: teoria, tendências e casos no Brasil*. Brasília: ENAP, IPEA, 2017.

⁵¹ Melhor explicando a origem do termo: “Criado por Howe (2006), o termo *crowdsourcing* teve por base a palavra *outsourcing*, que significa terceirização, e mostra que o primeiro se diferencia do segundo porque não há a contratação formal de um número

das comunidades *on-line* para atender os seus objetivos primordiais, a fim de melhorar a participação pública na governança dos seus serviços e, conseqüentemente, na resolução dos problemas correlatos. Enquanto no mundo empresarial a ideia de simplificação é uma tendência, sendo inclusive divulgada pela mídia global com o exemplo de empresas que a adotaram como forma de obter melhores resultados, o Estado brasileiro, com raras exceções, encontra-se no caminho oposto, sendo que o peso da burocracia atrapalha e prejudica a população.

A área da saúde também irá se beneficiar com o uso de modernas tecnologias, pois é preciso simplificar meios e processos. Veja-se o *framework* LARIISA, projeto que será, segundo Luiz Odorico Monteiro de Andrade, de grande valia, pois objetiva a pesquisa e o desenvolvimento de uma plataforma capaz de fornecer inteligências de governança para apoio à tomada de decisão na gestão do sistema de saúde a partir de informações coletadas ou enviadas dos indivíduos e das residências familiares para, em seguida, serem tratadas por técnicos, administradores e gestores.⁵²

O atual cenário brasileiro está muito preso ao excesso de regulamentação, visto que, segundo levantamento de 2007 da Presidência da República, havia cento e oitenta e uma mil leis em vigor, tendo sido acrescentadas, até 2016, em torno de dezoito leis por dia, o que resulta em 6.570 novas leis a cada ano⁵³. Não bastasse isso, as leis aprovadas passam a vigorar de forma

de pessoas terceirizadas, mas sim uma colaboração, sem que haja uma relação formal para a geração de conteúdo.”. SOUZA, *op. cit.*, pp. 233-234.

⁵² ANDRADE, Luiz Odorico Monteiro de. Inteligência de governança para apoio à tomada de decisão. *Ciência e Saúde Coletiva*, vol. 17, n. 4, pp. 829-832, 2012.

⁵³ A propósito, Laura Cimenti consignou que José Galló, empresário que integra o *ranking* dos melhores CEOs no Brasil, de acordo com a Revista Forbes, afirmou que a grande diretriz para o crescimento da organização que preside está na assunção das premissas de que é muito mais fácil ser simples do que ser complexo e o foco não é o que você tem de fazer; mas o que tem que deixar de fazer. CIMENTI, Laura. Simplificar para evoluir, pp. 145-160. In: *A Voz da Mudança*. Série de Pensamentos Liberais, 22. ed. do Fórum da Liberdade, 2009.

conjunta com as antigas, sem uma revisão para a retirada de circulação de normas desatualizadas ou que contenham verdadeiras antinomias, tornando quase impossível a tarefa de se saber exatamente o que é permitido ou não no nosso ordenamento jurídico.

Adicionalmente, tem-se de enfrentar as crises administrativas, como a que vem padecendo o Estado do Rio Grande do Sul⁵⁴. De forma paulatina, a problemática relacionada com a saúde foi aumentando, ao ponto de afetar desde os Municípios maiores, como Canoas e São Leopoldo, até outros bem pequenos, a exemplo de Boa Vista do Buricá, que deixaram de fazer exames, consultas, cirurgias e outros atendimentos médicos, em virtude do esgotamento dos recursos públicos estaduais e da ausência dos repasses obrigatórios.

É preciso, pois, diante da dimensão financeira dos direitos envolvidos face aos recursos que são efetivamente destinados, avançar na efetiva concretização da garantia de acesso universal ao sistema público de saúde, ainda mais diante das restrições orçamentárias determinadas pela Emenda nº 95/2016 à CRFB/88. A concessão de bens e serviços a todos deve ir além das questões envolvendo a judicialização, porquanto são necessários estudos que indiquem as diretrizes de um modelo democrático de governança, baseado em premissas interdisciplinares, interinstitucionais e participativas⁵⁵, para que seja estabelecido um plano de cobertura factível e adaptado à atual realidade intersubjetiva.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

⁵⁴ JUSTINO, Guilherme. Crise na saúde do RS. *Zero Hora*, Porto Alegre, 23 nov. 2018, p. 38.

⁵⁵ CAVALCANTE, Pedro; LOTTA, Gabriela; OLIVEIRA, Vanessa Elias de. Do insulamento burocrático à governança democrática: as transformações institucionais e a burocracia no Brasil, pp.59-84. In: PIRES, Roberto; LOTTA, Gabriela; OLIVEIRA, Vanessa Elias de. *Burocracia e políticas públicas no Brasil: interseções analíticas*. Brasília: IPEA, ENAP, 2018.

No transcurso dos trinta anos da Constituição Federal e, em breve, da Carta Rio-grandense, a saúde pública se tornou obesa. Como remédio, não basta uma mera lipoaspiração, mas uma cirurgia bariátrica com acompanhamento interdisciplinar, devendo-se promover, inclusive, a reeducação dos hábitos alimentares e o combate ao sedentarismo dos brasileiros. Esta comparação com a terminologia médica serve para dizer que é possível mudar a trajetória do direito fundamental à saúde que consta nos textos constitucionais, desde que sejam colocados em prática os mecanismos corretos pelo Estado, especialmente com a adoção de um modelo de governança mais adequado às mudanças políticas, econômicas e sociais do Século XXI.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. *Por que as nações fracassam: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza*. Original publicado em inglês em 2012. Trad. Cristiana Serra. 5. tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. Livro digital do Kindle.
- ANDRADE, Luiz Odorico Monteiro de. Inteligência de governança para apoio à tomada de decisão. *Ciência e Saúde Coletiva*, vol. 17, n. 4, pp. 829-832, 2012.
- ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DE MINAS GERAIS. *Financiamento de Direitos Fundamentais: progressividade na educação versus estagnação na saúde pública*. 2014. Disponível em: <<https://youtu.be/-cMWPeFW70E>>. Acesso em: 11 dez. 2018.
- BARROSO, Luiz Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.

- Revista da PGE/RJ*, n. 63, Parecer s/n. 2007, pp. 320-344, 2008.
- _____. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil Contemporâneo. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, Renovar, ano 4, n. 16, pp. 03-42, out./dez. 2009.
- _____. *A judicialização da vida: e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- CAMPINO, Antonio Carlos C.; CYRILLO, Denise C. Gastos com saúde e a questão da judicialização da saúde. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. *Direito à vida e à saúde*. São Paulo: Atlas, 2010.
- CAVALCANTE, Pedro; LOTTA, Gabriela; OLIVEIRA, Vanessa Elias de. Do insulamento burocrático à governança democrática: as transformações institucionais e a burocracia no Brasil, pp.59-84. In: PIRES, Roberto; LOTTA, Gabriela; OLIVEIRA, Vanessa Elias de. *Burocracia e políticas públicas no Brasil: interseções analíticas*. Brasília: IPEA, ENAP, 2018.
- CIMENTI, Laura. Simplificar para evoluir, pp. 145-160. In: *A Voz da Mudança*. Série de Pensamentos Liberais, 22. ed. do Fórum da Liberdade, 2009.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Judicialização ocorre por má gestão na saúde, dizem especialistas*. 12 dez. 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85914-judicializacao-ocorre-por-ma-gestao-da-saude-dizem-especialistas>>. Acesso em: 13 dez. 2018.
- CRUZ, Luiz Antônio Ribeiro da. Acesso à Justiça e risco moral: estudo de caso. *Revista CEJ*, Brasília, ano XVI, n. 56, pp. 06-14, jan./abr. 2012.
- ENGEL, George Libman (1913-1999). The need for a new medical model: a challenge for biomedicine. *Science*, vol. 196, Issue 4286, pp. 129-136, 08 abr. 1977.
- FERNANDES, Antônio Sérgio Araújo. *Path dependency* e os

- estudos históricos comparados. *Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais – BIB*, São Paulo, n. 53, pp. 79-102, 1. semestre de 2002.
- FERRÃO, João. Governança e ordenamento do território: reflexões para uma governança territorial, eficiente, justa e democrática. *Prospectiva e Planejamento*, Lisboa, vol. 17, pp. 129-139, 2010.
- GICO JR., Ivo Teixeira. *A tragédia do Judiciário*: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário, 2012, 146 f. Tese (Doutorado em Economia) – Universidade de Brasília, Brasília, 2012.
- GIUSTINA, Tatiana Bragança de Azevedo Della. *Por que a saúde e a medicina estão na justiça?* Porto Alegre: Cidadela, 2018.
- HARARI, Yuval Noah. *Homo Deus*: uma breve história do amanhã. Original publicado em inglês em 2015. Trad. Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.
- HÜNING, Gustavo. Como a regulação e o risco moral encarceraram o Sistema de Saúde, pp. 111-127. In: *A Voz da Mudança*. Série de Pensamentos Liberais, 22. ed. do Fórum da Liberdade, 2009.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Observações sobre a evolução da mortalidade o Brasil*: o passado, o presente e perspectivas. Rio de Janeiro, 2010.
- JUSTINO, Guilherme. Crise na saúde do RS. *Zero Hora*, Porto Alegre, p. 38, 23 nov. 2018.
- MANIKIW, Nicholas Gregory. *Introdução à Economia*. Original publicado em inglês em 2012. 3. reimp. 3. ed. brasileira de 2013. Trad. 6. ed. norte-americana Allan Vidigal Hastings e Elisete Paes e Lima. Rev. Téc. Manuel José Nunes Pinto. São Paulo: Cengage Learning, 2016.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça*: condicionantes legítimas e ilegítimas (1. ed. 2012) 2. ed. Rev.,

- atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *Direito Administrativo aplicado: a nova administração pública e o Direito Administrativo*. (1. ed. 2011) 3. ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. *Revista Direito Mackenzie*, São Paulo, ano 3, n. 2, pp. 9-30, 2002.
- NORTH, Douglas Cecil (1920-2015). *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.
- PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Org. e Rev. Téc. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- RAMOS, Pedro. *A máfia das próteses: uma ameaça à saúde*. São Paulo: Évora, 2016.
- RÁO, Vicente (1892-1978). *O direito e a vida dos direitos*. (1. ed. 1952) 5. ed. Anot. e atual. Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- ROCHA, Leonel Severo; WEBBER, Suelen da Silva. Acesso à Justiça e Saúde Pública: os números e os contextos da judicialização da saúde no Brasil. In: XXIII Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), 23, 2014, João Pessoa. *Anais...* João Pessoa: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito, 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4766154cea472a15>>. Acesso em 13 dez. 2018.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações sobre o conteúdo, a eficácia e a efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 11, pp. 01-17, set./out./nov. 2007.
- SOARES, Cláudia Dias. A relevância da estrutura institucional

- nas reformas do Estado, pp. 284-285 In: CORDEIRO, António Menezes, LEITÃO, Luís Menezes; GOMES, Januário da Costa (Orgs). *Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 anos*. Coimbra: Almedina, 2007.
- SOUZA, Wagner Vilas Boas de; BERMEJO, Paulo Henrique de Souza; CAVALCANTE, Carolina Cristina Martins; DOMINGOS, Rebeca Nonato. Inovação aberta no setor público: como o Ministério da Educação utilizou o *crowdsourcing* para impulsionar a prospecção de soluções inovadoras, pp. 231-240. In: CAVALCANTE, Pedro; CAMÕES, Marizaura; CUNHA, Bruno; SEVERO, Willber. *Inovação no setor público: teoria, tendências e casos no Brasil*. Brasília: ENAP, IPEA, 2017.
- WIEDEMANN NETO, Ney. O direito à saúde e o Poder Judiciário. *O Sul*, 2015. Disponível em: <<http://www.aju-ris.org.br/2015/07/20/o-direito-a-saude-e-o-poder-judiciario/#>>. Acesso em 19 abr. 2018.
- WILLIAMSON, Oliver Eaton. *The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting*. New York: The Free Press, a Division of Macmillan, 1985.
- _____. *Organization Theory: from Chester Barnard to the present and beyond*. New York: Oxford University Press, 1995.

SÍTIOS ELETRÔNICOS:

- PORTAL DO ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS (ACNUR). Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Cartilha-para-Refugiados-no-Brasil_ACNUR-2014.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2018.
- PORTAL DO INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Disponível em:

<<https://cidades.ibge.gov.br/brasil/rs/panorama>>.

Acesso em: 10 dez. 2018.

PORTAL DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. Disponível em: <<https://www.trf4.jus.br/trf4/>>.

Acesso em: 10 dez. 2018.

PORTAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 14 set. 2018.

PORTAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=processosAtendimentoSTF&pagina=processosAtendimentoSTF>>. Acesso em: 10 dez. 2018.

PORTAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 10 dez. 2018.

PORTAL DA UOL. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/seminariosfolha/2018/04>>. Acesso em: 13 dez. 2018.