



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO

LARA TELES FERNANDES

**O CONTROLE JURISDICIONAL DAS DEMANDAS DE SAÚDE EM
PROCEDIMENTOS MÉDICOS COM FILA DE ESPERA: UMA ANÁLISE À LUZ
DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE**

FORTALEZA

2014

LARA TELES FERNANDES

**O CONTROLE JURISDICIONAL DAS DEMANDAS DE SAÚDE EM
PROCEDIMENTOS MÉDICOS COM FILA DE ESPERA: UMA ANÁLISE À LUZ
DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professora Dra. Cynara Monteiro Mariano.

FORTALEZA

2014

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

F363c

Fernandes, Lara Teles.

O controle jurisdicional das demandas de saúde em procedimentos médicos com fila de espera: uma análise à luz do princípio da igualdade / Lara Teles Fernandes. – 2014.

74 f. : enc. ; 30 cm.

Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2014.

Área de Concentração: Direito Constitucional.

Orientação: Profa. Dra. Cynara Monteiro Mariano.

1. Direito à saúde - Brasil. 2. Igualdade perante a lei. 3. Poder judiciário e questões políticas - Brasil. 4. Direitos fundamentais – Brasil. I. Mariano, Cynara Monteiro (orient.). II. Universidade Federal do Ceará – Graduação em Direito. III. Título.

CDD 342.74

LARA TELES FERNANDES

**O CONTROLE JURISDICIONAL DAS DEMANDAS DE SAÚDE EM
PROCEDIMENTOS MÉDICOS COM FILA DE ESPERA: UMA ANÁLISE À LUZ
DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professora Dra. Cynara Monteiro Mariano.

Aprovada em ___/___/___.

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Cynara Monteiro Mariano (Orientador).
Universidade Federal do Ceará – UFC

Prof. Dr. Juvêncio Vasconcelos Viana
Universidade Federal do Ceará - UFC

Mestrando Eduardo Marcelo de Negreiros Freitas
Universidade Federal do Ceará - UFC

Aos meus familiares e amigos, em especial, Papai e Mamãe, Iguim, companheiro de uma vida toda de peripécias, Vovó e Vovô, carinhosamente por mim chamado de Rapaduiazinha, que sempre fez parte da minha vida escolar, desde os primórdios do Maternal, sem me esquecer das queridas Pepetas, que além de colegas, foram amigas inseparáveis ao longo da graduação, e à DPU, estágio que complementou minha vida, onde conheci pessoas maravilhosas, que quero levar pra sempre.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, ao Papai do Céu, por ter me dado o dom da vida e, com toda a sua grandeza sublime, bondade incondicional e misericórdia, por guiar sempre os meus passos, por me proporcionar tantas dádivas, como a minha família e os meus amigos mais queridos e por me conceder a graça da perseverança em estudar e querer contribuir para a sociedade com humanidade, como futura profissional do Direito.

Ao meu papai, Zé Maria, figuraça, que cativa a todos por onde passa, torcedor mais apaixonado do Ceará Sporting Clube, fiel companheiro da minha vida escolar e universitária e à minha mamantinha, Duda, uma mulher linda, doce, meiga, compreensiva, calma, extremamente generosa e preocupada com o próximo, uma mãe coruja coruja, superprotetora, mas que sempre ensinou e incentivou sua neguinha a caminhar com as próprias pernas, e uma profissional excepcional, que, mesmo com tantos anos de serviço público, não desanima em buscar a eficiência e a excelência, enfim, uma inspiração e um grande exemplo a ser seguido.

Ao meu irmão, Iguinho, o meu oposto, minha fonte de equilíbrio que contrabalança minha agitação e minha tagarelice, por me inspirar na elaboração desta monografia ao exigir que ficasse excelente, sob pena de não querer que seu nome constasse na dedicatória (constou de qualquer jeito, heheheh). Ao meu avô, Manoel, pessoa que, apesar de ser semianalfabeto, é a mais inteligente que conheço, e à minha avó, Maria do Carmo, por sempre acompanharem meus estudos, desde o Maternal até a elaboração deste trabalho. Espero redigir minha tese de doutorado ao som das cantigas do Vovô e sentada na mesa preparada pela Vovó. E também aos meus primos e tios, em especial à Tia Preta, Tio Gadelha, Tia Isnete, Tio Fernando, Mateus, Lucas, Rodrigo, João Paulo, Bobó, Daniele, Lana, Sabrina, Lívia e Rafael, por sempre torcerem por mim!

À Professora Cynara Mariano, docente que marcou a minha graduação, por seu notório saber jurídico e carisma, a qual aceitou, com bastante cordialidade, orientar-me neste trabalho, por fazer considerações essenciais, por mostrar-se sempre disponível para esclarecer minhas dúvidas, e por respeitar minhas conclusões na monografia, a despeito de lhes ser contrária.

Ao Professor Juvêncio, do qual tive o grande prazer de ser aluna, e ao Mestrando Eduardo Negreiros, por aceitarem o convite para compor a minha Banca.

Ao Professor Marcelo Guerra, que me lecionou a disciplina de Teoria Geral do Direito, na qual resolveu me adotar como sua pupila e introduzir-me na vida acadêmica, estimulando, com uma paciência sublime, aquela aluna verde do terceiro semestre a produzir artigos científicos.

Às minhas amigas inseparáveis ao longo da graduação, componentes do grupo mais badalado, tagarela, gasguito e animado da faculdade, o Pepeta's Club, que deixou de ser um mero time de futebol que nunca ganhou um jogo (mas ganhou medalha) e tornou-se uma Irmandade, no seio da qual aprendi uma nova acepção da palavra amizade, muito mais pura, serena, e sincera, a cada uma por sua singularidade: Pepeta Amanda, por ser uma criaturinha singular que me faz morrer de rir por qualquer coisa e por ser uma amiga incondicional que me faz tão bem e feliz; Pepeta Tiza, que, apesar de feia, é minha gêmea, minha irmã (Tiza Lara e Tiza Mara), por ter sido minha companheira de artigos e por ser minha nega (mesmo gritando sempre que “não sou tuas nega”.); Pepeta Samara, minha companheira de ofício que também agarra a missão defensorial com unhas e dentes, e talvez a mais sensata de todas, que aguenta me escutar como ninguém; Pepeta Dora, minha caroneira desde os primórdios da Topique 13 e por quem nutro um afeto todo especial; Pepeta Lia Maria, roceira, ponto de equilíbrio do grupo e fonte de inspiração pra mim, por ser tão guerreira e perseverante com tudo aquilo a que almeja; e por fim, mas não menos importante, Pepeta Cecis, a flor mais falante do deserto, um ser humano ímpar, que quero sempre ter por perto. Sem esquecer-me ainda do único Pepeto original (vai dar polêmica), Rafael Barros, o melhor amigo que já tive em toda a minha vida, exemplo de ser humano por sua bondade e generosidade e da Gabi, pessoinha linda por quem sinto um afeto quase maternal, ao querer sempre protegê-la e vê-la feliz e saltitante.

Aos Pepetos, Victor, Otaci e Léo Santana, figuras imprescindíveis à Turma Direito UFC 2015.2, amigos parceiros, apesar da nossa diferença de idade, com quem tive o grande prazer de conviver durante quatro anos e que ensinaram muito a respeito da vida (e sobre muitas besteiras também), sem os quais a minha graduação não teria sido a mesma; definitivamente, meus ídolos da época de faculdade. Aos meus outros amigos especiais da FD também, com quem dei muitas risadas e dos quais vou sentir muita saudade: Erasmo, Átilla Djazziany, Aílton, Firmeza (que me introduziu no desporto universitário e me fez ganhar uma medalha de judô, sem eu nunca ter lutado antes heheheh), Cajado, Sólon, Serginho, Átilla Emídio, Marília Maia, Marília França, Carol Sofia, Larissa, Sabrina Alves, Mayara,

Fernandinho, Lulu Andrade, Tati e Caio Farias. E às minhas melhores amigas da fase de colégio, Nathália e Rebeca.

Aos Professores Lino Menezes, Raul Nepomuceno e Sérgio Rebouças, dos quais tive a honra de ser Monitora e que inspiraram a almejar ao magistério. E igualmente aos Professores Mazé, Falcão, Samuel, Janaína Noleto, Joyceanne, Gustavo Raposo, Macedo e Carlos Cintra, João Luís docentes que fazem com que a Faculdade de Direito da UFC mantenha seu renome e prestígio.

Aos meus caros amigos e funcionários da Faculdade, Seu Moura, Marcelo da Xerox, Moisés (Xuxu), Caio, Fabrício (Cearáááááá), sempre muito atenciosos e prestativos.

Ao CEDIC e à SONU, projetos de extensão dos quais fiz parte, onde cresci bastante como estudante.

À Defensoria Pública da União, órgão ao qual dediquei este trabalho, tamanha a importância que teve na minha vida acadêmica, onde estagiei por quase dois anos e onde verdadeiramente encontrei um sentido para a minha escolha profissional, ao entender que o Direito pode ser um instrumento de transformação positiva da sociedade. Aos meus chefinhos, Dr. Carlos Paz, por ter tido toda a paciência ao receber uma estagiária que cursava apenas 4º semestre, com pouca noção do Direito, e por acreditar que eu era capaz de desempenhar um bom trabalho; Dr. Alex, por ter me dado a ideia inicial deste trabalho e ter me alertado a escrever sobre esse tema, que tem repercussões sobre a vida de tantos assistidos, e por ser uma das pessoas mais competentes e que mais acreditam na importância do seu trabalho que já conheci, o responsável por despertar o meu sonho de ingressar na Defensoria Pública, que ensinou a ser desenrolada e a não ter medo dos processos (hehehe), com quem aprendi bastante em 06 meses de 5º Ofício Cível; e Dr. Eduardo, um defensor por excelência, que honra verdadeiramente o sentido dessa palavra, por ser muito humano e muito eficiente. E aos meus queridos colegas de estágio da Defensoria Pública da Diversão, que tornam esse lugar um dos melhores pra se trabalhar, por seu clima leve, caloroso e amigável, com quem dividi muitas risadas, piadas e um pouco de Direito também (só um pouco), em especial, à Lara Veras, Lara Pinheiro, Renata, Carla Patrícia, Lau, Laís, Belly, Matheus Pereira, Thuanny, Maria Tereza, Jéssica, que, além de colegas, tornaram-se meus amigos!

E ao Filippe, por ter, desde o início, me estimulado a escrever sobre esse tema controverso, ajudando-me, incondicionalmente, ao emprestar-me livros, acalmar-me quando

eu pensava que não era capaz de continuar escrevendo, discutir e criticar minhas ideias ao longo da construção do trabalho; enfim essa monografia sequer existiria se não fosse ele! E que, além de tudo, deixou de ser o Dr. Filipe (com quem trabalhei e aprendi imensuravelmente, um exemplo de profissional) para se tornar simplesmente o P.

“Esse lugar muda a gente”

Marcelo Lima Guerra

RESUMO

O presente trabalho objetiva analisar o fenômeno da judicialização do direito à saúde no âmbito dos procedimentos médicos com fila de espera, que ainda sofre certa resistência na doutrina e na jurisprudência pátrias, em razão da suposta ofensa ao princípio da igualdade. Portanto, busca-se avaliar a possibilidade e legitimidade da atuação do Poder Judiciário nessa seara, estudando a constitucionalidade do “furo judicial de fila”. No primeiro capítulo, faz-se um aparato geral da temática do controle jurisdicional das demandas de saúde, partindo-se do pressuposto da concepção do direito fundamental à saúde como uma norma de direito social, premissa esta que traz em seu âmago a problemática da eficácia social e jurídica, efetividade e justiciabilidade dessa categoria de direitos. Assim, nessa parte do estudo, são expostos os parâmetros, limites, modelos e críticas à judicialização do direito em baila. No segundo capítulo, adentra-se no mérito do princípio da igualdade, analisando-se seu conteúdo jurídico, para, em seguida, pô-lo em conflito com o direito fundamental à saúde do cidadão que aciona o Judiciário em busca do “furo de fila”, em uma visão intersubjetiva e concorrencial do direito à saúde, colocando-se como elemento balizador o grau de negligência da Administração Pública em fornecer os procedimentos médicos e promover o andamento das filas. Por fim, no terceiro capítulo, estudam-se casos concretos, nos quais o Poder Judiciário foi convocado a intervir em demandas que envolvem procedimentos médicos com fila de espera, no bojo de demandas individuais e coletivas, analisando-se a problemática nessas duas perspectivas e comentando-se a abordagem da fundamentação constante nessas decisões que tenham como base o princípio da igualdade.

Palavras-chave: Controle Jurisdicional. Direito Fundamental à Saúde. Princípio da Igualdade. Omissão Estatal. Furo de Fila. Demandas Individuais e Coletivas.

RÉSUMÉ

Ce travail vise à analyser le phénomène de la intervention de la justice à la satisfaction du droit à la santé dans le cadre des procédures médicales avec une liste d'attente, qui souffre encore une certaine résistance dans la doctrine et la jurisprudence, en raison de la prétendue violation du principe de l'égalité. Par conséquent, on cherche à évaluer la possibilité et la légitimité des actions de la magistrature dans cette récolte, l'étude de la constitutionnalité de "trou judiciaire de la queue" Dans le premier chapitre, il s'agit d'un thème général de l'appareil judiciaire de maîtrise de la demande en matière de santé, à partir de la prémisse de la conception du droit fondamental à la santé en tant que norme de droit social, qui apporte cette prémisse à sa base la question de l'efficacité sociale et juridique, l'efficacité et l'applicabilité de cette catégorie de droits. Ainsi, cette partie de l'étude expose les paramètres, les limites, les modèles et les critiques de ce phénomène. Dans le deuxième chapitre, on a entré dans le mérite du principe de l'égalité, l'analyse de son contenu juridique, puis mit en conflit avec le droit fondamental à la santé des citoyens qui déclenche l'appareil judiciaire à la recherche de la "trou judiciaire de la queue", dans une vision intersubjective et concurrentielle du droit à la santé, le plaçant comme élément de base du degré de négligence de l'administration publique pour fournir des procédures médicales et favoriser le progrès des files d'attente. Enfin, dans le troisième chapitre, nous étudions les cas individuels dans lesquels la justice a été appelée à intervenir dans les revendications portant sur des traitements médicaux avec une liste d'attente, au milieu des procès individuelles et collectives, analysant des problèmes dans ces deux points de vue et commentant d'aborder le raisonnement contenu dans ces décisions qui se fonde sur le principe de l'égalité.

Mots-clés : Contrôle Juridictionnel. Droit Fondamental à la Santé. Principe de l'égalité. État par Défaut. Trou de Ligne. Demandes Individuelles et Collectives.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	14
1 A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE.....	16
1.1 A teoria das "gerações" dos direitos fundamentais e a análise da eficácia jurídica dos direitos sociais	18
1.2 A justiciabilidade dos direitos sociais.....	23
1.3 A justiciabilidade do direito à saúde.....	29
2 O CONFLITO APARENTE ENTRE O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E A JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À SAÚDE EM CASOS DE PROCEDIMENTOS MÉDICOS COM FILA DE ESPERA.....	35
2.1 O princípio da igualdade.....	37
2.2. O furo judicial de fila e a alegada violação ao princípio da igualdade.....	43
2.3 A priorização das demandas coletivas como uma possível solução para o conflito aparente.....	49
3 ESTUDO DE CASOS CONCRETOS.....	56
3.1 Controle jurisdicional de procedimentos médicos com fila de espera em demandas individuais.....	57
3.2 Controle jurisdicional de procedimentos médicos com fila de espera em demandas coletivas.....	65
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	70
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	73

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 consagrou, em seu texto, uma série de direitos e garantias fundamentais, dos quais figura como núcleo axiológico a dignidade da pessoa humana, eleita pelo Constituinte Originário como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Nessa toada, os ditos direitos sociais, rotulados de direitos de segunda dimensão ou geração, segundo a teoria das gerações, a despeito de já encontrarem previsão, de certa maneira, em Constituições anteriores, ganharam grande relevância na nova ordem constitucional, mormente em virtude da consolidação da nova hermenêutica constitucional, do surgimento do neoconstitucionalismo – cujo marco filosófico é o pós-positivismo –, e da “viragem copernicana” na Teoria do Direito, com a nova concepção acerca da distinção entre normas-regra e normas-princípio, contexto no qual se cristalizou a ideia de força normativa da Constituição.

Dessa premissa, partiram os debates acerca da eficácia jurídica e social e da efetividade e justiciabilidade dessa categoria de direitos, com destaque ao direito à saúde, insculpido no art. 196 da Constituição de 1988. Nesse plano de fundo, emerge o fenômeno jurídico-social da judicialização da saúde, na esteira do qual o Poder Judiciário é convocado para intervir na concretização desse direito, seja no âmbito individual, seja por intermédio de interferência nas políticas públicas.

Em que pese ainda não se ter atingido uma pacificação a respeito da temática e ainda existir a proposição de muitos óbices à possibilidade de ajuizamento de demandas com esse objeto (teoria da separação dos poderes, alegada baixa densidade eficaz da norma veiculadora do direito à saúde, suposta necessidade de prévia intermediação legislativa para pleno enquadramento da norma no caso concreto, além do famoso embate entre a reserva do possível e o mínimo existencial), a doutrina e jurisprudência pátrias, especialmente após audiência pública realizada no Supremo Tribunal Federal, construíram alguns parâmetros para orientar a atuação do Poder Judiciário nessa seara, admitindo-a possível, bem como vêm definindo limites ao controle jurisdicional e estabelecendo situações em que não se entende devida a intervenção, como nos casos de tratamento médico de alto custo sem comprovada eficácia e com consequências duvidosas à saúde do jurisdicionado, ressaltando-se a flexibilização dessas restrições no caso concreto.

Contudo, há uma perspectiva de análise da problemática ainda pouco explorada pelos estudiosos na área, qual seja, à luz do princípio da igualdade, prisma que torna ainda

mais complexa e controversa a discussão acerca da justiciabilidade do direito à saúde, já que traz à baila um viés intersubjetivo e concorrencial desse direito social. Neste trabalho, far-se-á um recorte epistemológico para análise, em especial, da incidência do princípio da igualdade no âmbito das demandas de saúde que envolvem procedimentos médicos com fila de espera no Sistema Único de Saúde, campo onde há forte resistência ao controle jurisdicional, em razão de uma pretensa ofensa ao direito à saúde dos outros cidadãos que aguardam em posição acima do pleiteante na lista de espera, alegando-se que a concessão da tutela jurisdicional nesse sentido representaria “furo de fila”.

Vale ressaltar, entretanto, que a avaliação da problemática será realizada em cotejo com realidade que ronda a (não) concretização do direito à saúde no País, contexto no qual é costumeiro se verificar a omissão do Poder Público em promover o andamento razoável da fila de espera por procedimentos médicos, seja pela escassez de equipamentos para realização dos procedimentos, seja pela ausência de disponibilidade de profissionais de saúde em número suficiente, seja pela falta de estrutura dos Hospitais, situação que deixa os cidadãos que aguardam indefinidamente, sem previsão de atendimento, em condição de privação generalizada de direitos.

Dessa maneira, questionar-se-á a (i)legalidade e a (i)legitimidade da propositura de ações que tenham como o espoco o fornecimento imediato de tratamento médico disponibilizado no SUS a partir da estruturação em filas de espera, com atenta análise do grau de contribuição estatal para a má prestação desse serviço público, variável importante para avaliar se há ou não ofensa ao princípio da igualdade e se isso seria um obstáculo à intervenção jurisdicional nessa seara, com uma abordagem específica no bojo de demandas individuais e coletivas e, ao final, com estudo de casos concretos da jurisprudência pátria.

1. A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE.

“A gente não quer só comida, a gente quer comida, diversão e arte, a gente não quer só comida, a gente quer saída para qualquer parte, a gente não quer só comida, a gente quer comida, diversão, balé, a gente não quer só comida, a gente quer a vida, como a vida quer.”.(Titãs – Comida)¹

1.1 A teoria das “gerações” dos direitos fundamentais e a análise da eficácia jurídica dos direitos sociais.

O presente capítulo objetiva desenvolver uma análise acerca da justiciabilidade do direito fundamental à saúde, bem como de suas limitações e de seus desdobramentos jurídicos e orçamentários. Para tanto, parte-se da concepção do direito à saúde como integrante do rol de direitos sociais, motivo pelo qual se faz imprescindível avaliar a capacidade de concretização e a produção de efeitos jurídicos dessa categoria de direitos, como um antecedente lógico à análise da possibilidade de intervenção jurisdicional nesse âmbito, o que se faz à luz da teoria das “gerações” dos direitos fundamentais.

Nesse diapasão, a despeito de sujeitar-se a diversas críticas no meio acadêmico², a teoria das “gerações” dos direitos fundamentais, a qual propõe a categorização desses direitos com esteio em uma ideia de evolução histórica, desempenha função de relativa relevância na doutrina tradicional e na jurisprudência pátria, mormente no que tange à apresentação e introdução dessa temática, já que é marcada por traços eminentemente didáticos. Todavia, não se podem olvidar as limitações dessa teoria, uma vez que a realidade histórica de construção e consolidação dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico dos diversos Estados de Direito e no âmbito da internacionalização dos Direitos humanos, por intermédio da celebração de Tratados Internacionais, não se reduz a essa sistemática que tende à fragmentação de direitos fundamentais³.

¹ Disponível em: <http://www.vagalume.com.br/titas/comida.html>.

² Nesse sentido, não é exato – e tampouco jurídico – falar em gerações de direitos humanos, tendo em vista que eles não se “sucedem” uns aos outros, mas, ao contrário, se acumulam, retroalimentando-se. O que ocorre não é a sucessão de uma geração pela outra, mas sim a junção de uma dimensão de direitos humanos que se une à outra já existente, e assim por diante. MAZZUOLI, Valério. **Curso de Direito Internacional Público**. 7.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 859.

³ O grande problema da classificação tradicional dos direitos humanos em “gerações” diz respeito ao fato de induzir à ideia de sucessão, por meio da qual uma categoria de direitos sucede à outra que se finda, enquanto a realidade histórica aponta para a concomitância do surgimento de vários textos jurídicos concernentes a direitos

Sob o prisma de tais ressalvas, como um prefácio à análise da eficácia dos direitos sociais, impende discorrer sobre o conteúdo jurídico dessa teoria, que hodiernamente pugna pela divisão dos direitos fundamentais em cinco gerações ou dimensões.

No âmbito da primeira geração, jazem os direitos de liberdade, primeiros a constar nos textos normativos constitucionais, quais sejam, os direitos civis e políticos. Surgiram a partir das ideias iluministas e liberais dos séculos XVIII e XIX e dos movimentos políticos e sociais da época, como a Independência Norte-Americana, a Revolução Francesa e a descolonização da América Latina. De acordo com o escólio de Uadi Lammêgo Bulos⁴, esses direitos “prestigiam as cognominadas prestações negativas, as quais geram um dever de não fazer por parte do Estado, com vistas à preservação do direito à vida, à liberdade de locomoção, à expressão, à religião, à associação”.

Por sua vez, os de segunda geração são os direitos de igualdade, os quais emergiram a partir do início do século XX, logo após a Primeira Grande Guerra, a saber, os direitos sociais, econômicos e culturais, introduzidos no constitucionalismo do Estado Social (Constituições do México, Alemanha, etc.), visando a assegurar o bem-estar e a igualdade. Destinam-se sobremaneira aos grupos sociais, apesar de seu gozo se poder dar no âmbito individual. Tradicionalmente, caracterizam-se por exigir do Estado uma prestação positiva, ou seja, devem ser concretizados por intermédio da adoção de uma postura dirigente⁵ do Estado, que os satisfaz, inclusive por meio de políticas públicas, em contraposição ao absentismo estatal no tocante à realização dos direitos de primeira geração. Inclusos nesse rol se encontram o direito à saúde, à educação, à seguridade social, à moradia digna etc.

Vale salientar, todavia, que, de certo modo, não há uma oposição estanque dos direitos de primeira e segunda geração no tocante ao modo de atuação do Estado na sua concretização, uma vez que o direito à liberdade sindical, por exemplo, integrante do rol de segunda dimensão, exige uma abstenção do Estado, em vez de um agir. De acordo com Flávio

humanos de uma ou outra natureza. Em verdade, o manejo da teoria das gerações não pode ser feito sem que se deixe claro que não há nenhuma relação de prevalência ou superioridade entre as gerações. A visão fragmentária e hierarquizada das diversas categorias de direitos humanos entra em conflito justamente com as características fundamentais de tais direitos, especialmente sua indivisibilidade e interdependência. BASTOS, Elísio Augusto. **Algumas reflexões sobre os direitos humanos e suas gerações**. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. Teoria Geral dos Direitos Humanos, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 258.

⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 518.

⁵ Nesse ponto, impende frisar que o termo “dirigente”, bastante utilizado pelos constitucionalistas brasileiros, foi introduzido por J. J. Gomes Canotilho em sua obra denominada *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, na qual preleciona que “Constituição dirigente pode ser entendida como o bloco de normas constitucionais em que se definem fins e tarefas do Estado, se estabelecem diretivas e estatuem imposições”. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. 2.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 224.

Pansieri⁶, “os direitos sociais surgem do esgotamento do modelo de Estado ligado apenas às liberdades individuais. Este novo modelo de Estado pressupõe uma nova visão, que é a comunitária, envolto em novos direitos e novas responsabilidades para o Estado e para os particulares”.

Sob a égide da nova ordem constitucional pátria, os direitos sociais, integrantes da segunda geração encontram seu núcleo essencial no art. 6º da Constituição Federal de 1988, o qual erige ao status de direito fundamental a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, a moradia e a alimentação, tendo sido estes dois últimos introduzidos no ordenamento pátrio pelas Emendas Constitucionais nº 26 e 64, respectivamente; sem prejuízo de outras disposições constitucionais que tecem acerca dos direitos sociais, como o art. 196, que dispõe com maior detalhamento a respeito do direito à saúde.

Nessa toada, os direitos de terceira geração são aqueles chamados de “direitos da fraternidade” ou “direitos de solidariedade”, de caráter difuso, que não se dirigem especificamente a um indivíduo ou a um grupo social, mas ao próprio gênero humano como um todo, estando voltados ainda a promover a superação das diferenças entre os povos. Relacionam-se à necessidade de cooperação internacional em temas que podem exercer impacto sobre toda a humanidade, que se encontram atrelados aos desequilíbrios existentes e cujo tratamento correto pode propiciar o desenvolvimento da vida no mundo de forma mais harmônica⁷. Os direitos difusos e coletivos em geral, como o meio ambiente equilibrado, a vida saudável e pacífica, o progresso, a autodeterminação dos povos, o avanço da tecnologia, são alguns exemplos dos chamados “direitos da fraternidade”.

Para além desses direitos, parte da doutrina, capitaneada por Paulo Bonavides, defende ainda uma quarta geração dos direitos humanos, resultante da globalização dos direitos fundamentais. São direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência⁸. Mais recentemente, Paulo Bonavides voltou a

⁶ PANSIERI, Flávio. **A Eficácia e Vinculação dos Direitos Sociais: reflexões a partir do direito à moradia**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 129.

⁷ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 4.^a ed. Salvador/BA: Editora Juspodvm, 2012, p. 780.

⁸ BONAVIDES. **Curso de Direito Constitucional**. 15.^a ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004, p. 571.

defender a autonomia de uma quinta geração de direitos, composta essencialmente pelo direito à paz⁹.

De outro giro, no que tange à efetivação dos direitos das inúmeras gerações, ao longo da história, a doutrina tradicional pouco duvidou acerca da aplicabilidade imediata das normas jurídicas constitucionais que veiculam direitos de primeira dimensão, haja vista que, ao menos na perspectiva de oponibilidade ao Estado, são realizáveis sem a necessidade de uma participação estatal ativa, o que conseqüentemente facilita o seu controle na hipótese de ocorrência de violações desses direitos por parte do Poder Público. Todavia, José Afonso da Silva¹⁰ assevera que as normas constitucionais concernentes aos direitos sociais são destituídas desse mesmo tipo de eficácia, considerando-as meramente programáticas, em que pese o Poder Constituinte Originário ter conferido aplicabilidade imediata a todas as normas de direitos fundamentais.

A Constituição é expressa sobre o assunto, quando estatui que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Mas é certo que isso não resolve todas as questões, porque a Constituição mesma faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadrados dentre os fundamentais. Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos econômicos e sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada, de princípios programáticos e de aplicabilidade indireta, mas são tão jurídicos como as outras e exercem relevante função, porque, quanto mais se aperfeiçoam e adquirem eficácia mais ampla, mais se tornam garantias da democracia e do efetivo exercício dos demais direitos fundamentais.

Todavia, tal posicionamento não merece prosperar, sob pena de se enfraquecer a força normativa dos preceitos constitucionais que veiculam direitos fundamentais de caráter social, reduzindo-os a meros conselhos políticos, o que já se encontra superado no atual estágio do constitucionalismo. Sob o prisma do constitucionalismo contemporâneo, na medida em que aos direitos sociais é conferido um papel de centralidade e superioridade normativa no ordenamento, através de sua inserção na Constituição, compete ao Poder Público satisfazê-los e garantir sua plena aplicabilidade, assim como ocorre no tocante aos direitos de primeira geração. Nesse sentido, Ana Paula de Barcellos¹¹ aduz que “a partir do momento em que

⁹ BONAVIDES, Paulo. **A Quinta Geração de Direitos Fundamentais**. In: *Direitos Fundamentais & Justiça*. Ano 2 - n° 3 - Abr./Jun. 2008, p. 86.

¹⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34.^a ed. São Paulo. Editora Malheiros, 2011, p. 179.

¹¹ BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas**. In: SARMENTO, Daniel e GALDINO, Flávio. *Direitos Fundamentais: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Editora Renovar: Rio de Janeiro, São Paulo, Recife, 2006, p. 35.

valores e opções políticas transformaram-se em normas jurídicas, tornou-se indispensável desenvolver uma dogmática específica capaz de conferir eficácia jurídica a tais elementos normativos. Esse é, sem dúvida, um dos desafios do neoconstitucionalismo.”.

Em verdade, não se está a igualar o modo de satisfação das liberdades públicas e dos direitos sociais, visto que apresentam peculiaridades inerentes à própria divisão em gerações¹². Contudo, apenas em virtude de tais distinções, não se pode negar a atribuição de juridicidade às normas definidoras de direitos sociais nem condicionar a sua plena efetividade à posterior edição de uma lei reguladora, postergando a possibilidade de exercício desse direito e subordinando-se mais ainda a uma ação do Estado, dessa vez, em sua faceta de Estado-legislador.

Reconhece-se que o aparato estatal de realização das liberdades públicas encontra-se mais desenvolvido e que o modo de atuação do Poder Público para a satisfação dos direitos sociais ainda carece de maiores contornos legais e governamentais. Porém, a omissão histórica em se buscar a consolidação da efetivação dos direitos sociais não reduz a sua juridicidade, aplicabilidade e eficácia jurídica, sob pena de se premiar a desídia do Poder Público, ou seja, o simples fato de os direitos sociais ainda necessitarem de mecanismos de instrumentalização não diminui a sua normatividade nem os torna meros conteúdos programáticos.

Em consonância com esse entendimento, Virgílio Afonso da Silva¹³ rechaça a ideia de eficácia limitada das normas veiculadoras de direitos sociais, além de rejeitar a distinção da efetividade dos direitos de primeira e de segunda geração no plano jurídico, resumindo-a ao âmbito prático-econômico:

Se as diferenças entre liberdades públicas e direitos sociais são menores que aquelas apontadas normalmente, por que, então, a efetividade das primeiras é maior que a dos direitos que a dos direitos sociais? Boa parte dos requisitos fáticos, institucionais e legais para uma produção plena dos efeitos das liberdades públicas já existe, enquanto as reais condições para o exercício dos direitos sociais ainda têm que ser criadas. A segunda parte da resposta está intimamente ligada e essa primeira: a criação de exercício dos direitos sociais é, pura e simplesmente, mais cara. Isso porque essas condições, além de incluírem tudo aquilo que é necessário para a produção dos efeitos das liberdades públicas – proteção, organizações,

¹² George Marmelstein Lima alerta para os efeitos deletérios que a teoria das gerações pode ocasionar no que tange à concretização dos direitos sociais e econômico, ressaltando que o critério de classificação dos direitos fundamentais que essa tese propõe é meramente com base em uma evolução histórica e que, portanto, é descabido diferenciar tais direitos, à luz dessa teoria, pela densidade eficaz das normas que os veiculam: “Por causa disso, a teoria contribui para a atribuição de baixa carga de normatividade e, conseqüentemente, de efetividade dos direitos sociais e econômicos, tidos como direitos de segunda geração e, portanto, sem prioridade de implementação.”. LIMA, George Marmelstein. **Críticas à Teoria das Gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais**. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/4666/criticas-a-teoria-das-geracoes-ou-mesmo-dimensoes-dos-direitos-fundamentais/1>>. Acesso em 14.09.2014.

¹³ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 1.ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009, p. 241.

procedimentos etc. – exigem algo a mais. E esse “algo a mais”, além de pressupor recursos financeiros não disponíveis, costuma ser específico para cada um dos direitos sociais – o que aumenta ainda mais seus custos. Assim, enquanto boa parte dos custos das liberdades públicas é aproveitado de maneira global por todas elas, cada direito social exige uma prestação estatal exclusiva que só é aproveitada na sua realização, mas não na realização de outros.

Dessa feita, custos orçamentários não podem deter o condão de retirar eficácia jurídica de uma norma constitucional que veicula direitos fundamentais: seria negar juridicidade à própria Constituição em favor de um impasse prático plenamente resolúvel pelo Poder Público através de um planejamento de gestão consonante com os fins constitucionais. Todavia, reconhece-se que não é tarefa fácil para o Estado lidar com a concretização dos direitos sociais, mormente em razão de suas especificidades, o que decorre até mesmo da sua natureza jurídica de norma-princípio, na forma de um comando de otimização que pode e deve ser satisfeito de diferentes modos, expandindo e tornando complexo o âmbito de atuação do Poder Público, que deve se dar em diversas frentes, a depender do direito social a ser colimado. Nesse sentido, aduzem Víctor Abramovich e Christian Courtis¹⁴, ao afirmar que:

se trata de um Derecho de desigualdades, y se trata de reclamos y respuestas guiados por una sociología destinada a identificar las barreras y prejuicios y a ensayar soluciones. Por outro lado, lãs medidas diseñadas para superar essas barreras acuden a técnicas tradicionales del Derecho social: lãs medidas de acción positiva o de favorecimiento de sectores sociales postergados, la impósición de cargas a grupos considerados em situación más ventajosa, la previsión de incentivos legales y económicos a través de normas promocionales, El establecimiento de mecanismos de consulta o representación esçpecial, etcétera.

Nesse viés, faz-se necessário admitir que cada direito social é dotado de carga eficaz diferenciada, a depender da densidade normativa do preceito que o delinea. Sem embargos, deve-lhe ser conferida a máxima efetividade possível, em sintonia com o art. 5º, parágrafo 1º da Constituição Federal de 1988, o qual propõe a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. Ressalta-se que esse dispositivo é direcionado tanto aos direitos de defesa quanto aos direitos prestacionais, em que pese entendimentos contrários que negam sua aplicação no que concerne a essa última categoria de direitos. Nesse sentido, restringir a incidência desse preceito significa tolher os fins pretendidos pelo constituinte originário, que optou politicamente por inserir tais direitos no corpo constitucional e por erigi-los ao status de fundamentais.

Dessarte, negar sua possibilidade de concretização imediata implica reduzi-los a meros conselhos políticos, destituindo-se de aplicabilidade prática, pois é inócua prevê-los na

¹⁴ ABRAMOVICH, Víctor e COURTIS, Christian. **El umbral de la ciudadanía. El significado de lós derechos sociales en el estado social constitucional**. 1.ª ed. Buenos Aires: Del Prado, 2006, p. 19.

Constituição e não reconhecer sua vinculação imediata aos Poderes Públicos. A necessidade de atuação estatal para sua operacionalização, seja através da edição de um ato normativo, seja pela imprescindibilidade de participação mais ativa do Poder Executivo, na implementação de políticas públicas, por exemplo, não é um impedimento à sua efetividade ou elemento redutor de sua eficácia ou juridicidade, mas tão somente uma característica intrínseca ao seu modo de satisfação. Nesse diapasão, Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁵ concorre para esse entendimento:

Todas as normas constitucionais atinentes à Justiça Social – tenham a estrutura tipológica que tiverem – surtem, de imediato, o efeito de compelir os órgãos estatais, quando da análise de atos ou relações jurídicas, a interpretá-los na mesma linha e direção estimativa adotadas pelos preceitos relativos à Justiça Social. Assim, tanto o Executivo, ao aplicar a lei, quanto o Judiciário, ao decidir situações contenciosas, estão cingidos a proceder em sintonia com os princípios e normas concernentes à Justiça Social.

Ademais, em reforço ao posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, para além da dimensão subjetiva, faz-se de bom alvitre destacar a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, a qual, escapando ao plano individual do titular do direito, almeja, em linhas gerais, a transformá-los em parâmetros orientadores para a atuação do Estado na sua própria concretização, tanto em sede de definição e planejamento de políticas públicas quanto no decorrer de sua implementação, na forma de um movimento cíclico, em que se tornam guias do Poder Público em prol de sua efetivação, seja individual ou coletivamente. Em consonância com esse raciocínio, afirma Ingo Sarlet¹⁶, no que tange especificamente à dimensão objetiva dos direitos sociais:

Outro desdobramento estreitamente ligado à perspectiva objetivo-valorativa dos direitos fundamentais diz com o que se poderia denominar de eficácia dirigente que estes (inclusive os que precipuamente exercem a função de direitos subjetivos) desencadeiam em relação aos órgãos estatais. Neste contexto é que se afirma conterem os direitos fundamentais uma ordem dirigida ao Estado no sentido de que a este incumbe a obrigação permanente de concretização e realização dos direitos fundamentais. Cumpre assinalar, ainda no que concerne a este aspecto, que esta ordem genérica de efetivação inerente a todos os direitos fundamentais obviamente não se confunde e não afasta a existência de normas (princípios ou regras) de direitos fundamentais específicas de cunho impositivo, que – exclusivamente ou para além de consagrarem direito subjetivo individual – impõem ao legislador (ao menos em primeiro plano) a concretização de determinadas tarefas, fins e/ou programas mais ou menos genéricos.

¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais**. 1.^a ed. São Paulo: Editora Malheiros, p. 56.

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 10.^a ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009, p. 146.

Sob tal perspectiva, além de não mais subsistirem dúvidas acerca da aplicabilidade das normas definidoras de direitos sociais, observa-se ainda, nas palavras do jurista acima citado, a existência de uma eficácia diferenciada, dirigida ao Estado, própria dessa categoria de direitos, com vistas a atender, de fato, seus titulares. Em vez de negar juridicidade a essas normas, simplesmente em razão de peculiaridade de exigir participação estatal mais ativa, busca-se conferir-lhes um “novo” tipo de eficácia, apta a promover o seu efetivo enquadramento no caso concreto e atender aos fins constitucionais de sua positivação.

1.2 A justiciabilidade dos direitos sociais

Após firmadas a eficácia e a vinculação das normas constitucionais de direitos sociais sobre o Poder Público, cumpre trazer à baila a discussão acerca da (in)existência de um direito subjetivo à prestação estatal atinente à satisfação dessa categoria de direitos. A relevância da identificação da natureza jurídica da exigibilidade dessa prestação paira no fato de que, caso deferida a qualidade de direito subjetivo às normas de direito social delineadas na Constituição, o seu descumprimento poderá render ensejo à possibilidade de se acionar o Poder Judiciário para sanar a omissão do Poder Público, consubstanciada através do descumprimento do preceito constitucional que impõe ao Estado uma postura dirigente na realização dos direitos sociais.

Em que pese a forte tendência doutrinária em se pugnar pela possibilidade de intervenção jurisdicional na satisfação desses direitos, existe um posicionamento antigo, resquício de uma interpretação restrita das primeiras Constituições que veicularam direitos sociais no início do século XX¹⁷, no sentido de negar o caráter de direito subjetivo à prestação individual às normas definidoras de direito social e, conseqüentemente, de rechaçar a atuação do Poder Judiciário nessa seara.

Do ponto de vista normativo, argui-se que os direitos sociais, mormente aqueles exclusivamente previstos na Constituição, sem regulamentação na legislação infraconstitucional, são dotados de baixa densidade normativa, ou seja, alega-se que tais normas são vagas, abertas, razão pela qual o Poder Judiciário não teria mecanismos para

¹⁷ Nesse sentido: DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 34.

intervir em caso de violação, ante a suposta incompletude do preceito. Nessa esteira, Ingo Wolfgang Sarlet¹⁸ sintetiza tais críticas, rebatendo-as:

Sustenta-se, por exemplo, que a natureza aberta e a formulação vaga das normas que versam sobre direitos sociais não possuem o condão de, por si só, impedir a sua imediata aplicabilidade e plena eficácia, já que constitui tarefa precípua dos tribunais a determinação do conteúdo dos preceitos normativos, por ocasião de sua aplicação. Para além disso, alega-se que mesmo em se tratando de preceitos imprecisos ou fluidos, em sendo possível reconhecer um significado central e incontroverso, sempre se poderá aplicar a norma constitucional, mesmo sem intermediação legislativa, já que, do contrário, se estaria outorgando maior força à lei do que à própria Constituição. Por outro lado, há quem aceite um direito subjetivo individual à prestação nas hipóteses em que a norma definidora de um direito fundamental determina suficientemente o conteúdo da prestação, e que o procedimento para a sua realização esteja expressa ou, no mínimo, implicitamente regulado na Constituição. Mais recentemente, houve quem sustentasse que os direitos sociais (mesmo os de cunho prestacional), por força do disposto no art. 5º, parágrafo 1º, da CF, possuem o caráter de autênticos direitos subjetivos, já que o citado preceito, combinado com o art. 5º, inc. XXXV, de nossa Carta (inafastabilidade do controle judiciário), autoriza os tribunais a assegurar, no caso concreto, a efetiva fruição do objeto da prestação. Para os que propugnam este ponto de vista, a lacuna gerada pela ausência de uma atuação do legislador pode ser suprida, no caso concreto, pelo Judiciário, à luz da analogia, do costume ou dos princípios gerais do direito, sem que com isto se esteja transpondo a fronteira entre a atividade judiciária e a legislativa.

Em consonância com o que foi supratranscrito, observa-se que a eventual diminuta densidade de uma norma veiculadora de direito social e a inexistência de regulamentação infraconstitucional não constituem óbices à justiciabilidade dessa categoria de direitos; pelo contrário, compete ao Poder Judiciário, no caso concreto, superar esses imbróglios e conferir efetividade a tais direitos fundamentais, sob pena de endossar a ausência de atuação do Poder Executivo e negar vigência e juridicidade ao Texto Constitucional.

Nesse jaez, a discussão acerca da possibilidade de interferência do Poder Judiciário na satisfação dos direitos sociais ganha contornos maiores quando se analisa a problemática a partir de uma perspectiva coletiva, mais especificamente, sob o prisma da atuação do Poder Público na consecução dos direitos sociais através da elaboração e implementação de políticas públicas. Preliminarmente, vale ressaltar que o objeto das políticas públicas de governo e de Estado não se restringe aos direitos sociais; todavia, neste trabalho, faz-se pertinente delimitar esse relevante conceito advindo da Ciência Política e da Ciência da Administração Pública ao campo da concretização dos direitos sociais.

Nesse ponto, estreitam-se os liames de tensão da justiciabilidade dessa categoria de direitos, uma vez que a interferência do Judiciário, seja no planejamento, seja na implementação de políticas públicas desperta maiores debates no tocante à separação dos

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 10.ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009, p. 306.

poderes, em virtude do maior número de pessoas atingidas, mesmo que reflexamente, pela decisão judicial nesse caso do que em uma demanda individual.

Nessa toada, Maria Paula Dallari Bucci¹⁹ reconhece que, em verdade, a atuação do Poder Judiciário nesse tipo de pretensão é anômala, sem, entretanto, negar a possibilidade de judicialização das políticas públicas concernentes aos direitos sociais. Preleciona que:

cumprе ressalvar que a atuação judicial na conformação das políticas públicas seria, de certo modo, imprópria, uma vez que a formulação das políticas públicas cabe, em regra, ao Poder Executivo, dentro de marcos definidos pelo Poder Legislativo. Entretanto, o debate judicial sobre a aplicação de políticas públicas é o que se revela mais intrinsecamente jurídico, porque é onde se leva ao limite a questão da vinculatividade, isto é, o poder de coerção da norma jurídica, em relação ao direito, em especial aos direitos sociais.

Entretanto, há muito, a doutrina defensora do ativismo judicial busca mitigar a corrente que veda, com base no argumento da separação dos poderes, a atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas atinentes aos direitos sociais. Sustenta-se que privar um direito fundamental de efetiva satisfação em prol da alegação em abstrato da teoria liberal da separação dos poderes afronta os ditames constitucionais, sendo este um fundamento eminentemente obsoleto, que remonta do Estado Liberal, período no qual a ideia de freios e contrapesos não era ainda suficientemente desenvolvida. Pelo contrário, defender o controle jurisdicional das políticas públicas relativas a direitos sociais só consolida a nova configuração da teoria da separação dos poderes no Estado Social de Direito, no qual tal divisão não é um fim em si mesmo e visa à consecução das finalidades constitucionais. Nesse sentido, assevera Luiza Barros Rozas²⁰:

Não há dúvidas de que o princípio da separação de poderes é fundamental para o Estado de Direito. O que não deve haver é uma separação estanque das funções. Ora, no moderno estágio de evolução da doutrina, todo poder é uno e emana do povo, sendo apenas distribuídas as funções pelos diversos órgãos do Executivo, do Legislativo e do Judiciário. Assim, o problema da politização do Judiciário seria, em linha de conclusão, um falso problema plantado pelo dogma positivista da legalidade. Outrossim, o Legislativo não dispõe de competência absoluta para a destinação das verbas orçamentárias e está vinculado aos mandamentos constitucionais, sendo que a ausência de políticas públicas voltadas à implementação dos direitos fundamentais positivos exige o controle jurisdicional, até para resguardar o caráter normativo e vinculante da Constituição.

Em outro viés, o custo orçamentário da concretização dos direitos sociais pelo advento de decisões judiciais constitui-se também, alegadamente, como um óbice á

¹⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em direito**. In: Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. Maria Paula Dallari Bucci. São Paulo: Saraiva, 2006, p.39.

²⁰ ROZAS, Luiza Barros. **Controle Jurisdicional de Políticas Públicas Urbanísticas: o direito à moradia no âmbito do Poder Judiciário**. In: DIDIER JR., Fredie, NALINI, José Renato, RAMOS, Glauco Gumerato, LEVY, Wilson. *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p.422.

justiciabilidade desses direitos, pois desencadeia reflexos diretos na tensão entre o Executivo e o Judiciário. De fato, a implementação pelo Poder Judiciário de direitos de outorga obrigatória pelo Estado implica realocação forçada de recursos, o que indubitavelmente desorganiza o planejamento orçamentário do ente federado, que é geralmente capitaneado pelo Poder Executivo.

A elaboração das leis orçamentárias, que é basicamente uma decisão política, demanda bastante sensibilidade do Poder Público para apurar quais seriam as prioridades estatais, já que é faticamente impossível atender a todos os reclamos da sociedade, tendo em vista a escassez de recursos diante das inúmeras necessidades da população. Nesse ponto, surge o conceito de reserva do possível, que muitas vezes é utilizado pelo Poder Executivo para vergastar o controle jurisdicional sobre as políticas públicas. Partidário da mínima intervenção judicial nessa seara, Fernando Scaff²¹ aduz que reserva do possível consiste num:

conceito econômico que decorre da constatação da existência da escassez dos recursos, públicos ou privados, em face da vastidão das necessidades humanas, sociais, coletivas ou individuais; e cada indivíduo, ao fazer suas escolhas e eleger suas prioridades, tem que levar em conta os limites financeiros de suas disponibilidades econômicas. O mesmo vale para as escolhas públicas, que devem ser realizadas no seio do Estado pelos órgãos competentes para fazê-lo.

Contudo, observa-se, na prática forense, que os causídicos dos entes federados vêm desvirtuando tal conceito e utilizando-o indiscriminadamente como um instrumento genérico para a negação do cumprimento de decisões judiciais que amparam um direito social. Ada Pellegrini Grinover²² alerta para a generalização do uso desse argumento para rechaçar a efetivação dos direitos sociais, salientando que é imprescindível que o Estado prove concretamente a insuficiência de recursos, e propõe um controle judicial direto sobre o orçamento, no intuito de garantir que haverá previsão orçamentária específica para a satisfação do direito social em baila:

Observe-se, em primeiro lugar, que não será suficiente a alegação, pelo Poder Público, de falta de recursos. Esta deverá ser provada, pela própria Administração, vigorando nesse campo quer a regra da inversão do ônus da prova, aplicável por analogia, quer a regra da distribuição dinâmica do ônus da prova, que flexibiliza o art. 333, CPC, para atribuir a carga da prova à parte que estiver mais próxima dos fatos e tiver mais facilidade de prová-los. Mas não é só: o Judiciário, em face da insuficiência de recursos e falta de previsão orçamentária, devidamente comprovadas, determinará ao Poder Público que faça constar da próxima proposta orçamentária a verba necessária à implementação da política pública. E, como a lei orçamentária não é vinculante, permitindo transposição de verbas, o Judiciário

²¹ NUNES, Antônio José Avelãs e SCAFF, Fernando Facury. **Os Tribunais e o Direito à Saúde**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2011, p. 97.

²² GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. 2.^a Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, p. 138.

também determinará, em caso de descumprimento do orçamento, a obrigação de fazer consistente na implementação de determinada política pública.

Outrossim, resta patente que a teoria da reserva do possível deve ser aplicada com cautela, não podendo, por si só, sem a devida comprovação, obstar a atuação do Judiciário na consecução de um direito social, devendo ser invocada apenas excepcionalmente. Nesse jaez, em uma posição ainda mais crítica, a despeito de reconhecer a bilateralidade de efeitos de uma decisão judicial que dá provimento à satisfação de um direito social – que, como já amplamente firmado, gera custos, ante a economicidade de tal categoria de direitos, por exigir uma prestação estatal -, Osvaldo Canela Júnior²³ preleciona que o instituto da reserva do possível está obsoleto e não se encontra em sintonia com o hodierno Estado Social de Direito, propondo como alternativa a readequação do orçamento de acordo com os fins constitucionais prioritários.

Desse modo, não pretende negar que existem restrições fáticas e orçamentárias à justiciabilidade dos direitos sociais, porém se deve observar que a teoria da reserva do possível não é um limite universal ao controle jurisdicional, devendo sua aplicabilidade ser ponderada à luz das circunstâncias do caso concreto. Todavia, há um núcleo de direitos envolto por uma blindagem à alegação de reserva do possível: o mínimo existencial, que, segundo Kazuo Watanabe²⁴, constitui-se como um conjunto de direitos dotados de justiciabilidade imediata e, conseqüentemente, suscetíveis de ser implementados pelo Poder Judiciário, independentemente de previsão orçamentária. Marco Antônio da Costa Sabino²⁵ o define como o “núcleo básico de bens que devem ser entregues a cada pessoa para garantir sua existência digna. São bens como a educação fundamental, a saúde básica²⁶, o saneamento

²³ “Se o vestuto orçamento clássico pressupunha a atuação mínima do Estado na economia, o orçamento programa, conceito derivado do Estado Social, reserva-lhe conduta eminentemente pró-ativa na satisfação dos direitos fundamentais. Logo, a teoria da “reserva do possível” revela-se inconsistente com a realidade do Estado Social, ideologia em relação à qual o Brasil encontra-se alinhado por força da Constituição Federal de 1988. O postulado de estabilidade e de inação, carga ideológica flagrantemente extraída da teoria da “reserva do possível”, é característico do Estado liberal. Não se coaduna, nesta perspectiva, com os ideais de programação e intervenção estatal, ínsitos ao Estado Social”. CANELA JÚNIOR, Osvaldo. **O Orçamento e a ‘Reserva do Possível’: Dimensionamento no Controle Judicial de Políticas Públicas**. In: GRINOVER, Ada Pelegrinni e WATANABE, Kazuo. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. 2.^a Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, p. 232.

²⁴ WATANABE, Kazuo. **Controle Jurisdicional das Políticas Públicas – ‘Mínimo Existencial’ e demais Direitos Fundamentais Imediatamente Judicializáveis**. In: GRINOVER, Ada Pelegrinni e WATANABE, Kazuo. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. 2.^a Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, p. 219.

²⁵ SABINO, Marco Antônio da Costa. **Quando o Judiciário Ultrapassa seus Limites Constitucionais e Institucionais. O Caso da Saúde**. In: GRINOVER, Ada Pelegrinni e WATANABE, Kazuo. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. 2.^a Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, p. 381.

²⁶ Existem grandes debates no sentido de perscrutar o que estaria englobado nesse conceito de “saúde básica”. Questiona-se, inclusive, se o indivíduo, para preservar seu direito à integridade física e à vida, não teria garantido em seu mínimo existencial o direito a qualquer tipo de tratamento médico, mesmo que de alto custo e

básico, a assistência social, o acesso à Justiça, o meio ambiente equilibrado” e reafirma a impossibilidade de se suscitar a teoria da reserva do possível para obstaculizar a realização de um direito integrante do mínimo existencial.

Nesse diapasão, vale transcrever as considerações de Sílvia Faber Torres²⁷, nas quais se pondera acerca do embate entre a necessidade de atuação do Poder Judiciário na implementação de direitos prestacionais e a limitação orçamentária para tanto:

A temática da reserva do possível e, nela compreendida, a de possibilidade material e jurídica para a prestação dos direitos sociais e de sua justiciabilidade, está na ordem do dia e precisa ter o seu debate aprofundado. Não pode, por um lado, servir de “mote mágico” à negativa de qualquer tipo de prestação positiva. Mas a superação das distorções sociais a qualquer custo, por outro lado, não pode ignorar a conjuntura socioeconômica e as possibilidades orçamentárias do Estado, outorgando ao Judiciário carta branca para alocar recursos independentemente da pré-ponderação do legislador. O poder judicante, em suma, não pode substituir-se ao legislador político democrático como gestor de uma política econômica e social diferente da legitimamente acordada no quadro dos órgãos politicamente conformadores.

Entretanto, apesar da coerência do entendimento acima colacionado, não se pode olvidar que os administradores públicos possuem uma discricionariedade mitigada na definição das leis orçamentárias. A eficácia e vinculação dos direitos sociais não apresenta efeitos práticos apenas no bojo da justiciabilidade, mas principalmente em uma etapa prévia, na condução do orçamento, na qual o Executivo, que encaminha a proposta, e o Legislativo, responsável por sua chancela, incumbem-se de concretizar tais direitos, por intermédio de uma destinação orçamentária compatível com os fins constitucionais, atribuindo um tratamento prioritário à concretização desses direitos.

Em verdade, a elaboração e aprovação do orçamento, apesar de deterem caráter eminentemente político, devem ser balizadas pela Constituição, que delineia limites jurídicos para tais escolhas políticas, por meio da previsão no rol de objetivos fundamentais do Estado Brasileiro, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e o combate às disparidades sociais, fins estes que só podem ser efetivamente atendidos através de uma política orçamentária que prioriza a satisfação dos direitos sociais. Não é descartável, portanto, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, inclusive, para a realocação de verbas do

complexidade, apto a lhe propiciar um bom estado de saúde. Nesse sentido: SABINO, Marco Antônio da Costa. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. 2.^a Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, p. 382.

²⁷ TORRES, Sílvia Faber. **Direitos Prestacionais, Reserva do Possível e Ponderação: Breves Considerações e Críticas**. In: SARMENTO, Daniel e GALDINO, Flávio. **Direitos Fundamentais: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. Editora Renovar: Rio de Janeiro, São Paulo, Recife, 2006, p. 784.

orçamento, sobretudo quando se prioriza, por exemplo, a publicidade governamental em detrimento de políticas públicas atinentes a direitos sociais²⁸.

Outrossim, os ditos limites para a justiciabilidade dos direitos sociais, discutidos ao longo desse tópico, quais sejam, a vagueza de algumas normas dessa categoria de direitos, a teoria da separação dos poderes e a teoria da reserva do possível não podem militar em favor do desperdício do dinheiro público e da má gestão da máquina pública, com a eleição de prioridades dissonantes do bem-estar social e do compromisso constitucional de erradicação das disparidades sociais, motivo pelo qual seria irresponsável negar legitimidade ao Poder Judiciário para se imiscuir nessa seara, inclusive para promover a realocação de verbas orçamentárias, caso se verifique omissão estatal na consecução dos direitos sociais.

Por derradeiro, cumpre ressaltar que tal legitimidade conferida ao Poder Judiciário para atuar na concretização dos direitos sociais é a de exercício, que se difere da legitimidade de origem, consubstanciada no desenho constitucional inicial e representada pelas funções típicas de cada poder. Assim, o controle jurisdicional na esfera de colimação das normas veiculadora dessa categoria de direitos surge e se legitima, na prática constitucional, a partir de um contexto de omissão do Poder Legislativo, genuinamente designado pelo constituinte originário para controlar e fiscalizar as (in)ações do Executivo na satisfação dos direitos sociais. Ressalva-se que tal legitimação deve ser concebida à luz da teoria do constitucionalismo dirigente, o qual, segundo Cynara Monteiro Mariano²⁹, “não entende que a tarefa de concretização dos direitos fundamentais seja desempenhada primordialmente ou exclusivamente pelo Judiciário, em detrimento da soberania do poder constituinte e do status de legítimo representante da soberania popular de que é revestido o Poder Legislativo.”.

1.3 A justiciabilidade do direito à saúde.

Preliminarmente, faz-se de bom alvitre ressaltar que as considerações tecidas no tópico acima acerca dos limites e desdobramentos da justiciabilidade do direitos sociais são

²⁸ “A realidade das despesas públicas, entretanto, deveria despertar interesse semelhante: desperdício e ineficiência, prioridades incompatíveis com a Constituição, precariedade de serviços indispensáveis à promoção de direitos fundamentais básicos, como educação e saúde, e sua convivência com vultosos gastos em rubricas como publicidade governamental e comunicação social não são propriamente fenômenos pontuais e isolados na Administração Pública Brasileira.” BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas**. In: SARMENTO, Daniel e GALDINO, Flávio. *Direitos Fundamentais: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Editora Renovar: Rio de Janeiro, São Paulo, Recife, 2006, p. 44.

²⁹ MARIANO, Cynara Monteiro. **Legitimidade do Direito e do Poder Judiciário. Neoconstitucionalismo ou Poder Constituinte Permanente?** Belo Horizonte. Editora Del Rey, 2010, p. 144.

plenamente válidas para as ponderações que se seguem, que serão acrescidas das peculiaridades atinentes a um direito social em específico: o direito à saúde.

A Constituição Brasileira de 1988 erigiu o acesso à saúde ao status de direito fundamental, aprofundando, portanto, a juridicidade e força normativa do preceito que confere ao Estado o dever de assegurar, de uma maneira igualitária e universal, esse direito social a todos os indivíduos indistintamente. Saliencia-se que erigir o direito à saúde ao patamar de direito fundamental foi, de fato, um grande avanço na concepção acerca desse direito social, de modo que representou verdadeira posição de vanguarda do Poder Constituinte Originário, pois, no ordenamento jurídico de muitos Países, tais como, Portugal, Espanha, Itália, França, Alemanha, Estados Unidos³⁰, o acesso à saúde não é tratado como tal.

Sob uma perspectiva topográfica do Texto Constitucional, a Saúde compõe a Seguridade Social, juntamente com a Assistência e a Previdência Social, sendo esta última a única orientada por um modelo contributivo e seletivo. Desse modo, com fulcro no art. 196 da CF/88, é dever do Estado prover o acesso à saúde a todos os indivíduos indistintamente, por intermédio da implementação de políticas sociais, independentemente de contribuição específica por parte dos cidadãos. Nessa toada, o art. 198 da Constituição Pátria institui o Sistema Único de Saúde, na forma de uma rede hierarquizada e regionalizada, fundado nas diretrizes de universalidade, integralidade, descentralização e da participação popular.

Dessarte, observa-se que o Constituinte Originário buscou construir um arcabouço normativo-constitucional especificamente dedicado ao direito à saúde, bem como seu modo prático de efetivação, por intermédio da criação dos contornos iniciais do SUS. Tal preocupação demonstra a relevância desse direito para a ordem constitucional, já que tutelá-lo desencadeia reflexos diretos na proteção do direito à vida e à integridade física dos indivíduos.

Em verdade, para além de sua relevância, esse direito social também mereceu tratamento constitucional por deter um caráter eminentemente complexo, que perpassa inicialmente pela dificuldade na definição de seu conteúdo jurídico. Uadi Lammêgo Bulos³¹, na esteira do conceito firmado pela Organização Mundial da Saúde (OMS) aduz que “saúde é o estado de completo bem-estar físico, mental e espiritual do homem, e não apenas a ausência de afecções e doenças”.

³⁰ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito à Saúde**. Salvador: Editora Juspodivum, 2014, p. 31.

³¹ BULOS, Uadi Lammêgo. **BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional**. 6.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1537.

De fato, esse conceito, a despeito de ousar conferir objetividade ao direito fundamental à saúde, é dotado de abstração e vagueza e não traz maiores contribuições para a delimitação do modo de concretização desse direito. A aludida dificuldade na própria definição de saúde rende ensejo a complicações no sentido de determinar o âmbito de incidência da regra do art. 196 da CF/88, que impõe o dever de atuação do Estado na efetivação do direito à saúde. Em que pese existir uma lei que busca integrar a disposições constitucionais relativas ao Sistema Único de Saúde - Lei nº 8.080/90 -, a problemática acerca da delimitação de quais ações preventivas e promocionais estariam englobadas no direito fundamental à saúde, ou seja, acerca do tipo de prestações (fornecimento de medicamentos, registrados ou não na ANVISA, contidos ou não na lista do SUS, suplementos alimentares, órteses e próteses; criação de vagas de UTIs e leitos hospitalares; contratação de servidores de saúde; realização de cirurgias e exames; custeio de tratamento fora do domicílio; fornecimento de tratamentos experimentais que se encontram em fase de pesquisa científica) ainda subsiste e representa um desafio específico à justiciabilidade desse direito.

Jorge Munhós de Souza³² propõe uma visão interdisciplinar para perscrutar o conteúdo do direito à saúde, pois, só assim, transcendendo a lógica jurídica, poderá se chegar à sua efetiva concretização:

Ignorar que a saúde é protegida e promovida por um sistema complexo, para o qual concorrem conhecimentos interdisciplinares e variados interesses, parece ser uma falha cognitiva comum do meio jurídico que muitas vezes, por meio de um bacharelismo voluntarioso e imediatista, busca conceber todos os problemas envolvendo à saúde a partir de um enquadramento do tema na dogmática dos direitos fundamentais, assim como por meio da subsunção das questões envolvendo políticas públicas ao processo judicial.

Outra peculiaridade desse direito social que possui reflexos imediatos em sua justiciabilidade é a atribuição de responsabilidade solidária³³ triparte à União, aos Estados, a Município e ao Distrito Federal, a qual decorre dos arts. 196 e 23, II, da CF/88, segundo os quais incumbe concorrentemente a tais entes federados assegurar o direito à saúde, o que se elucida a partir de uma análise e interpretação conjunta dos dispositivos. Assim, com vistas a satisfazer seu direito à saúde, um cidadão pode acionar judicialmente qualquer um dos três

³² SOUZA, Jorge Munhós de. **Diálogo Institucional e Direito à Saúde**. Salvador: Editora Juspodivm, 2013, p. 132.

³³ Cumpre destacar que, embora seja reconhecida a solidariedade da obrigação dos três entes federados em garantir a efetivação do direito à saúde, não é cabível o instituto processual de intervenção de terceiros chamamento ao processo, pois, em vez de ampliar o grau de concretização desse direito, a inclusão de mais devedores no polo passivo da lide, pode obstaculizar e desacelerar o cumprimento das decisões judiciais que condenam o Poder Público no fornecimento de tratamento médico-hospitalar ou de medicamentos, por exemplo. Nesse sentido: (STF - ARE: 730306 SC, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 01/08/2013, Data de Publicação: DJe-158 DIVULG 13/08/2013 PUBLIC 14/08/2013)

entes. O tema ainda não é pacífico, apesar de existir posição consolidada do Supremo Tribunal Federal³⁴ nesse sentido:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA ENTRE OS ENTES DA FEDERAÇÃO EM MATÉRIA DE SAÚDE. AGRAVO IMPROVIDO. I – O Supremo Tribunal Federal, em sua composição plena, no julgamento da Suspensão de Segurança 3.355-AgR/RN, fixou entendimento no sentido de que a obrigação dos entes da federação no que tange ao dever fundamental de prestação de saúde é solidária. II – Ao contrário do alegado pelo impugnante, a matéria da solidariedade não será discutida no RE 566.471-RG/RN, Rel. Min. Marco Aurélio. III - Agravo regimental improvido. (STF - AI: 808059 RS , Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 02/12/2010, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-020 DIVULG 31-01-2011 PUBLIC 01-02-2011 EMENT VOL-02454-13 PP-03289)

Ademais, ainda no que tange à pluralidade de atores-devedores na satisfação do direito à saúde, vale discorrer sobre o sistema de repartição constitucional de competências atinentes ao Sistema Único de Saúde, que também encontra guarita na Lei nº 8080/90. O art. 15 do referido diploma legislativo dispõe sobre uma série de atribuições comuns à direção nacional, estadual e municipal do Sistema, que exigem esforços dos entes federados para uma atuação coordenada, na esteira do federalismo cooperativo.

Nesse elenco de atribuições conjuntas se destacam a definição das instâncias e mecanismos de controle, avaliação e fiscalização dos serviços e ações de saúde (art. 15, I); a administração dos recursos orçamentários e financeiros destinados à saúde (art. 15, II); e a participação e execução das políticas e ações de saneamento básico, bem como colaboração na proteção e recuperação do ambiente (art. 15 VII).

No âmbito nacional do SUS, nos termos do art. 16, compete à União, através do Ministério da Saúde, basicamente o planejamento e a normatização do Sistema, incumbindo-lhe apenas excepcionalmente a execução de atividades em específico.

Por sua vez, à direção estadual do Sistema, capitaneada pelos Estados e pelo Distrito Federal, com fulcro no art. 17, assiste o dever de complementar o planejamento e normatização da direção nacional do SUS, bem como garantir a gestão descentralizada da saúde no âmbito dos Municípios, aos quais cabe primordialmente, em conjunto com uma atuação supletiva dos Estados, a execução das ações e serviços de saúde, como, por exemplo, a execução dos serviços de vigilância epidemiológica, vigilância sanitária, alimentação e nutrição, saneamento básico e saúde do trabalhador (art. 18,IV).

Outrossim, faz-se plausível que essa intrincada gama de atribuições comuns, cruzadas e exclusivas concernentes à direção do Sistema Único de Saúde seja cotejada quando da propositura de demandas que visam ao controle judicial para a efetivação desse direito fundamental, sobretudo, quando se tratam de ações que transcendem a perspectiva individual e que pugnam pela intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas de saúde, em um prisma coletivo, até mesmo, para fins de conferir maior efetividade no cumprimento da decisão judicial decorrente. Contudo, salienta-se que essa divisão de atribuições não é apta a ilidir a responsabilidade solidária dos entes federados, firmada constitucionalmente.

Nesse ponto, após explicitados os óbices gerais e específicos à justiciabilidade do direito fundamental à saúde e admitida a possibilidade de judicialização, propõe-se, nesse trabalho, o estudo desse fenômeno a partir de três Modelos, quais sejam, o Modelo Clássico delineado na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o Modelo de Resolução Autocompositiva Extrajudicial e o Modelo do Diálogo Institucional, segundo o qual o juiz exerceria um papel de mediação com poder de decisão final, aqui construídos após o cotejo da doutrina e da jurisprudência existentes sobre o assunto. Cada um, à sua maneira, propõe parâmetros balizadores distintos do grau de intervenção do Poder Judiciário na concretização desse direito social, conferindo objetividade à sua atuação.

A dogmática do Modelo Clássico é extraída basicamente da decisão de 2009 do STF no AgRg em STA 175/CE³⁵, no bojo do qual houve a convocação de uma audiência pública para aprofundar o debate acerca da judicialização do direito à saúde, ante a relevância social da temática e enorme quantidade de pedidos de suspensão de segurança em sede de demandas de saúde que tramitavam àquela época na Corte. O ato contou com a presença de representantes do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Defensoria Pública, de Especialistas da Área de Saúde Pública, do Poder Executivo de diversos entes federais e de membros da Sociedade Civil.

A decisão proferida em decorrência dessa Audiência Pública orientou o posicionamento do STF em casos deslindados posteriormente e serviu como referência para a atuação dos diversos órgãos do Poder Judiciário. Basicamente, chegou-se à conclusão de que a intervenção jurisdicional na concretização do direito à saúde, seja por intermédio de ações coletivas seja por meio de demandas individuais, não se dá, em regra, no âmbito da criação e implementação de políticas públicas, pois geralmente a Administração procede à elaboração

³⁵ (STF - STA: 175 CE, Relator: Min. PRESIDENTE, Data de Julgamento: 16/06/2009, Data de Publicação: DJe-117 DIVULG 24/06/2009 PUBLIC 25/06/2009).

de um planejamento para efetivação desse direito social. Em verdade, o que se costuma pleitear é o efetivo cumprimento das políticas já desenhadas pelo Poder Executivo.

Observa-se, portanto, que o STF mitigou a alegada afronta à separação dos poderes, ao aduzir que não haveria uma invasão do Poder Judiciário na seara da discricionariedade administrativa, visto que, geralmente, o controle jurisdicional recai apenas sobre a concretização das ações e diretrizes delineadas pela Administração no bojo das políticas públicas. Ademais, no aludido caso, estabeleceram-se parâmetros a serem observados pelos magistrados quando do proferimento de decisões que venham a consumir a interferência do Judiciário na satisfação do direito à saúde, os quais se constituem como verdadeiros contornos da dogmática do modelo clássico ora proposto. Fernando Scaff³⁶ os sintetiza no seguinte trecho:

- 1) Quanto a ação de saúde pretendida for prevista nos textos normativos e não estiver sendo prestada: O Poder Judiciário deve intervir a fim de fazer cumprir a norma.
- 2) Quando a ação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é imprescindível distinguir se ela decorre:
 - a) De uma omissão legislativa ou administrativa. Deverá ser privilegiado o tratamento estabelecido pelo SUS, e serem feitas revisões periódicas dos protocolos de saúde, sendo permitido ao Poder Judiciário intervir caso um indivíduo comprove que o tratamento fornecido não é adequado para atender o seu caso.
 - b) De uma decisão administrativa de não fornecê-la, em virtude de:
 - i) O SUS fornece tratamento alternativo: igualmente deverá ser privilegiado o tratamento disponibilizado pelo SUS, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política existente.
 - ii) O SUS não possui tratamento para esta patologia:
 - 1) Por ser um tratamento meramente experimental: Neste caso caracteriza-se como pesquisa médica e não é possível o Poder Judiciário deferir os pleitos efetuados.
 - 2) Por ser um novo tratamento ainda não testado pelo SUS, mas disponível na rede privada: O Poder Judiciário poderá intervir, em ações individuais ou coletivas, para que o SUS dispense aos seus pacientes o mesmo tratamento disponível na rede privada, mas desde que haja instrução processual probatória, o que inviabiliza o uso de liminares.

A despeito de funcionar, de maneira razoável e, de certa forma, até satisfatória, no País, por conferir objetividade ao tratamento da matéria pelo Poder Judiciário, por intermédio da definição de balizas uniformizadoras, o Modelo em baila merece críticas por suas limitações sistêmicas, oriundas da atribuição de importância demasiada à figura do julgador, que detém um poder decisório quase que hegemônico, o que destoia da necessidade de tratamento transdisciplinar da problemática - a qual apresenta contornos que transcendem o âmbito jurídico - e que não conduz à obtenção de uma solução dialogada, construída pelos

³⁶ NUNES, Antônio José Avelãs e SCAFF, Fernando Facury. **Os Tribunais e o Direito à Saúde**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2011, p 126.

setores da sociedade interessados e pelos próprios representantes dos Poderes Executivo e Legislativo, detentores da legitimidade de origem para concreção dos direitos sociais.

Por sua vez, o Modelo de Resolução Autocompositiva Extrajudicial tem como escopo, além do aperfeiçoamento do SUS através da apresentação de propostas perante as autoridades competentes, a busca de uma solução administrativa para a satisfação do direito à saúde, previamente ao acionamento do Poder Judiciário, isto é, visa a fomentar a tentativa de resolução de um problema administrativo pela via que lhe é adequada, qual seja, a administrativa, evitando-se uma judicialização desnecessária.

Segundo esse Modelo, a judicialização das demandas de saúde possui o caráter de medida subsidiária, cabível somente na hipótese de não ser viável a consecução do direito na via administrativa ou quando a demanda for urgente, ante a existência de risco de morte ou outros danos graves irreversíveis à saúde do indivíduo, situação na qual não se pode esperar por uma resposta extrajudicial por parte da Administração Pública.

Um exemplo de adoção desse Modelo é a criação do Comitê Interinstitucional de Resolução Administrativa de Demandas da Saúde (CIRADS)³⁷, que almeja a solucionar administrativamente as demandas envolvendo o cidadão e o Sistema Único de Saúde. O CIRADS foi constituído por meio do Acordo de Cooperação Técnica celebrado entre a Procuradoria da União no Estado do Rio Grande do Norte - PU/RN, a Defensoria Pública da União no Estado do Rio Grande do Norte - DPU/RN, a Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Norte - PGE/RN, a Procuradoria Geral do Município do Natal - PGMN/RN, a Secretaria de Estado da Saúde Pública - SESAP/RN e a Secretaria Municipal de Saúde do Natal - SMS/Natal.

A solução administrativa dos conflitos da saúde é viabilizada por meio da análise, pelo CIRADS, dos casos concretos em que o assistido pelo Sistema Único de Saúde (SUS) não tenha recebido o devido atendimento pelo referido sistema, a fim de identificar tanto os casos em que o pleito pode ser atendido administrativamente, evitando a sua judicialização, quanto aqueles em que se pode conciliar em ações judiciais já em curso, nas hipóteses em que o tratamento de saúde (fornecimento de medicamentos, insumos, materiais e serviços de saúde) esteja previsto no âmbito do SUS e não tenha sido prestado, bem como naquelas hipóteses em que, por algum motivo, o médico tenha indicado tratamento diverso dos que são oferecidos pelo SUS.

³⁷

Disponível em: http://www.dpu.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2335&Itemid=303. Acesso em 07.07.2014.

De fato, a iniciativa é louvável, por propiciar um diálogo entre os atores envolvidos na judicialização e por buscar a redução do número de demandas judiciais, o que mitiga sobremaneira as críticas acerca da questão orçamentária (“reserva do possível”) e da intervenção do Poder Judiciário na função que cabe primordialmente ao Poder Executivo, já que a solução é construída mutuamente, sem sobreposição de um Poder sobre o outro. Porém, a adoção desse modelo ainda é muito incipiente no âmbito de muitos entes federados, e as dificuldades para sua implantação e difusão são inúmeras, que vão desde a inexistência de defensores públicos em muitas comarcas até a falta de interesse e de estrutura de muitos entes federados para delinear com agilidade soluções administrativas para as demandas de saúde.

Em outro viés, o Modelo do Diálogo Institucional, fundando na tentativa de harmonização de duas premissas – a inafastabilidade do controle jurisdicional e o reconhecimento das limitações de cunho técnico, político e institucional do Poder Judiciário para lidar com a macropolítica de saúde – propõe uma mitigação do processo de judicialização do direito à saúde, por intermédio do compartilhamento do poder decisório entre as Instituições, ou seja, concebe-se a efetivação desse direito social para além de sua justiciabilidade, definindo limitações ainda mais contundentes para o controle jurisdicional nessa seara. Nessa toada, o juiz, ressalvando-se o seu poder decisório final sobre a lide, exerceria um papel de mediador do diálogo entre as instituições envolvidas no processo de elaboração e de implementação das políticas públicas de saúde, na esteira do entendimento de que não se pode conferir exclusividade ao magistrado no papel de interpretação e efetivação de um direito fundamental delineado constitucionalmente.

Jorge Munhós de Souza³⁸, ao partir de um conceito multidimensional do direito à saúde, situado entre o direito e a política, discorre acerca da instrumentalização dessa teoria, através da apresentação de três variáveis, quais sejam, “quanto maior for a tecnicidade da matéria, objeto de decisão por órgãos dotados de expertise e experiência, menos intenso deve ser o grau de controle judicial”; “quanto maior for o grau de participação social no processo de deliberação que resultou na decisão, menos intenso deve ser o grau de controle judicial”; e “a consideração da dinâmica orgânica do processo decisório para fins de avaliar qual instituição está mais apta para proporcionar uma maior probabilidade de melhores resultados”.

Essa teoria, apesar de ainda estar em fase de amadurecimento na doutrina pátria, encontrou guarida na audiência pública sobre saúde realizada no STF, a qual foi ilustrada

³⁸ SOUZA, Jorge Munhós de. **Diálogo Institucional e Direito à Saúde**. Salvador: Editora Juspodivm, 2013, p. 281.

através do posicionamento da Corte de conferir primazia aos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas delineados no SUS (reconhecimento das limitações de cunho técnico, político e institucional do Poder Judiciário para lidar com a macropolítica de saúde), sem excluir a possibilidade de questionamento desses termos na via judicial, ante, até mesmo, a evolução da medicina.

A grande problemática desse modelo é a idealização do funcionamento das instituições, que, muitas vezes, negligenciam sua própria função e missão institucional, não estando seus representantes dispostos a implementar o diálogo com as outras estruturas de poder. Dessa feita, adotar exclusivamente esse modelo seria promover um retrocesso na efetivação do direito à saúde, pois se delegaria à casuística de cada ente federado a concretização desse direito fundamental, em que pese a existência de diretrizes nacionais do SUS que independem da estrutura das Instituições regionais. Ademais, tal modelo prestigia sobremaneira a perspectiva coletiva da consecução do direito à saúde em detrimento do prisma individual, que também está alvitado no dispositivo constitucional que tutela esse direito e não pode ser olvidado ou minimizado, sob pena de negar a própria força normativa da Constituição e o princípio interpretativo da máxima efetividade.

Por fim, cumpre firmar que esses três modelos não são excludentes entre si, pelo contrário, devem ser conjugados na medida do possível, em busca da maior concretização do direito fundamental à saúde, a despeito de atribuírem graus distintos ao nível de intervenção do Poder Judiciário nessa seara. Portanto, nada obsta que iniciativas baseadas nessas três vias possam ser desenvolvidas simultaneamente.

2. O CONFLITO APARENTE ENTRE O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E A JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À SAÚDE EM CASOS DE PROCEDIMENTOS MÉDICOS COM FILA DE ESPERA.

Consoante explanado no decorrer do capítulo anterior, nos últimos anos, a doutrina e a jurisprudência dos Tribunais Superiores vêm evoluindo ao tratar do controle jurisdicional das demandas de saúde, tanto no âmbito individual, quanto no coletivo. Apesar de ainda existirem controvérsias acerca da justiciabilidade e eficácia social desse direito, foram construídos parâmetros, modelos e, inclusive, limites para balizar a atuação do Poder Judiciário nesse campo. Ademais, a tendência de judicialização do acesso à saúde vem gerando consequências na própria concepção e formulação do Sistema Único de Saúde e no gerenciamento das políticas públicas atinentes à efetivação desse direito social, com a atualização de protocolos e diretrizes, disponibilização de novos tratamentos médicos e fármacos na rede pública.

Todavia, nesse contexto de intervenção do Poder Judiciário na concretização do direito fundamental à saúde, existe uma seara das políticas públicas relativas a esse direito ainda pouco explorada, na qual há séria resistência ao controle jurisdicional: os procedimentos médicos, sobretudo cirúrgicos, fornecidos no Sistema Único de Saúde através de filas de espera.

Em razão da escassez de recursos públicos, da necessidade de custeio pelo SUS de uma diversa gama de procedimentos médicos para as mais variadas moléstias e da enorme quantidade de pacientes que necessitam desse tipo de serviço público, o acesso a alguns tratamentos médicos, como cirurgias ortopédicas, oncológicas, oftalmológicas e cardiológicas, na rede pública, é disponibilizado a partir da estruturação de filas de espera, organizadas e geridas pelos próprios hospitais ou pelas Secretarias de Saúde.

Nesse cenário, faz-se comum a omissão estatal em garantir o andamento da fila de maneira razoável, seja pela escassez de equipamentos para realização dos procedimentos, seja pela ausência de disponibilidade de profissionais de saúde em número suficiente, seja pela falta de estrutura dos hospitais. Dessa maneira, em consonância com a tendência de judicialização do direito à saúde, vários jurisdicionados que se encontram na fila de espera sem uma previsão para atendimento recorrem ao Poder Judiciário, com vistas a garantir o fornecimento imediato do tratamento médico, independentemente de sua posição na fila. Porém, há forte resistência, no cotidiano forense, à concessão da tutela jurisdicional nesse tipo

de pleito, com o fundamento de que haveria violação ao princípio da igualdade, em razão do suposto “furo de fila”.

Desse modo, observa-se que o fenômeno da judicialização do direito à saúde ainda não está consolidado nesse âmbito; na verdade, há uma tendência à negação da possibilidade de intervenção do Poder Judiciário no fornecimento de procedimentos médicos fornecidos através de filas de espera, em decorrência da incidência do princípio da igualdade. Outrossim, no presente capítulo, buscar-se-á analisar a problemática supra introduzida, avaliando-se se o princípio da igualdade seria, de fato, um óbice ao controle jurisdicional das ações de saúde que envolvem fila de espera, no bojo de demandas individuais e coletivas.

2.1 O princípio da igualdade.

O princípio da igualdade, grande pilar do Estado Democrático de Direito, constitui-se, de acordo com Hugo de Brito Machado Segundo³⁹, como um dos pressupostos mínimos para a construção de um ordenamento jurídico justo, juntamente com a liberdade e a democracia. Tal preceito constou, de certa maneira, em todas as Constituições do País⁴⁰ e veio ganhando contornos e implicações no caso concreto à medida que amadurecia no seio da sociedade, a partir das concepções, ambições e preconceitos do homem médio de cada período. Ruy Barbosa⁴¹ já preconizava que o conteúdo jurídico da igualdade guarda em seu

³⁹ SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. **Fundamentos do Direito**. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 123.

⁴⁰ I. Constituição Política do Império do Brasil. Art. 179: “A inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte: 13. A lei será igual para todos que proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um”. II. Constituição de 1891, art. 72: “A Constituição assegura a Brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade nos termos seguintes: §2º: Todos são iguais perante a lei. A República não admite privilégios de nascimento, desconhece foros de nobreza, e extingue as origens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho”. III. Constituição de 1934, art. 113: “A Constituição assegura a Brasileiros e a estrangeiros o direito à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 1) Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou ideias políticas”. IV. Constituição de 1937, art. 122: “A Constituição assegura a brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade nos termos seguintes: 1. Todos são iguais perante a lei”. V. Constituição de 1946, art. 141: “A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: § 1º Todos são iguais perante a lei.” VI. Constituição de 1967, art. 150: A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 1º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção, de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei.” VII. Constituição de 1988, art. 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”.

⁴¹ *Apud*: BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 3.ª ed. Saraiva: São Paulo, 2009, p. 420.

âmago a relação indissociável com a ideia oposta, de desigualdade, de tal modo que seria imprudente propor uma definição que excluísse esse paradoxo:

A regra da igualdade não consiste senão em tratar desigualmente os desiguais na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcional e desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. Os mais são desvários da inveja, do orgulho ou da loucura. Tratar com desigualdade os iguais, ou os desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir os mesmos a todos, como se todos se equivalessem.

Nessa toada, preliminarmente, cumpre tratar do aspecto terminológico do conceito ora em baila. Em verdade, segundo Pontes de Miranda⁴², isonomia diz respeito ao aspecto formal do princípio da igualdade, uma igualdade perante a lei, que se dirige tanto à legislatura, quanto à administração e à Justiça, que devem observância a esse preceito na consecução de suas funções constitucionais. Nessa acepção de igualdade, não se consideram os aspectos individuais de cada sujeito de uma determinada relação jurídica. Nesse sentido, prescreve-se um tratamento uniforme a todos os indivíduos, sem adentrar no mérito de suas peculiaridades e diferenças. Dessa maneira, o termo “perante a lei” deve ser compreendido extensivamente, de tal modo que abranja e oriente a atuação do Poder Judiciário e das autoridades administrativas, quando da interpretação e aplicação da lei, e ainda perante o legislador infraconstitucional, quando da elaboração de um novo diploma legislativo.

A acepção ora em relevo, a qual parte da premissa de que todos estão absolutamente no mesmo patamar, sem considerar os critérios de diferenciação entre os indivíduos, apresenta uma utilidade limitada, vez que não é apta a enxergar e reparar as injustiças que uma norma jurídica pode produzir. Cláudio Pereira de Souza Neto⁴³ atenta para essa questão e chega a rechaçar a relevância do conceito:

Em seu sentido estritamente formal, o parâmetro constitucional da igualdade corresponde ao chamado “princípio da legalidade” firmado no art. 5º, II, da CF, que fixa a necessidade da lei formal para a constituição de obrigações jurídicas gerais. Ambos os dispositivos não oferecem proteção contra o poder discricionário do legislador, contra a distinção ou a desigualdade acarretada pela lei. Na terminologia da nova teoria principiológica do direito (Robert Alexy), a igualdade só seria um princípio se o texto constitucional discutido fixasse a igualdade material

⁴² MIRANDA. Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967. Tomo VI (Arts. 113 – 150, § 1º)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1967, p. 695.

⁴³ SOUZA NETO. Cláudio Pereira de. **Direito Fundamental à Igualdade**. In: CANOTILHO, J. J Gomes, MENDES, Gilmar Ferreira, SARLET, Ingo Wolfgang, STRECK, Lênio Luiz e LEONCY, Léo Ferreira. São Paulo: Editora Saraiva/Editora Almedina, 2013, p. 223.

De certo modo, a despeito de mesclar as noções de igualdade jurídica e igualdade econômica – que, segundo Pontes de Miranda⁴⁴, compõem a tríade desse preceito juntamente com a igualdade política⁴⁵ -, assiste razão ao doutrinador supra mencionado ao concluir pela insuficiência da igualdade formal, principalmente, no que diz respeito à superação das desigualdades.

Na verdade, na esteira do que preleciona J. H. Meirelles Teixeira⁴⁶, “uma igualdade meramente formal, uma igualdade matemática, abstraída de toda a consideração das situações concretas de toda categoria individual ou social, satisfazendo-se o Estado com uma igualdade abstrata, distribuindo a todos um mesmo tratamento” não coaduna com a ordem constitucional e pode desencadear, até mesmo, um agravamento das desigualdades pré-existentes à vigência da lei. Contudo, não se pode olvidar a relevância da acepção formal, haja vista que, quando verificado que certos indivíduos estão submetidos às mesmas condições, devem receber um tratamento isonômico, à luz da igualdade formal, ante a inexistência de critérios de diferenciação.

Em outro viés, faz-se relevante salientar que o preceito constitucional que veicula o direito fundamental à igualdade deve ser interpretado na esteira do princípio da máxima efetividade, de modo a extrair do dispositivo a noção de igualdade material, que seria a igualdade “na” lei ou “pela” lei.

Nesse diapasão, George Marmelstein⁴⁷ - o qual concebe a igualdade como um conceito multifuncional e dinâmico que engloba os deveres de respeito (O Estado não pode

⁴⁴ MIRANDA. Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967. Tomo VI (Arts. 113 – 150, § 1º)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1967, p. 692.

⁴⁵ Nesse ponto, cumpre firmar que se faz necessário ter cautela para não se confundir os conceitos de igualdade jurídica com igualdade econômica, também denominada igualdade social. Vale transcrever os comentários de J. H. Meirelles Teixeira acerca do tema: “Concluindo este nosso estudo do princípio da igualdade, devemos observar, afinal, que esta igualdade jurídica, princípio orientador e moderador da liberdade, corretivo de seus excessos e desvios, sinônimo de justiça distributiva, não deve ser confundida com a própria igualdade social, com o ideal socialista de um Estado sem diferenciação de classes na base da fortuna, o que se conseguirá, segundo a mesma ideologia, através da propriedade estatal dos meios de produção, reduzida a propriedade privada ao produto do trabalho individual, da atividade pessoal de cada um, banida a “exploração do homem pelo homem”, isto é, do trabalho assalariado pelo capital. Na igualdade jurídica, entretanto – e Ruiz de Castillo o assinala muito bem – acha-se contido o gérmen da igualdade social: “Proclamado o princípio de que as distinções sociais somente podem basear-se na utilidade comum” (Declaração de 1989, art. 1º), escreve o ilustre professor da Universidade de Granada, “ou o de que todos os cidadãos são igualmente admissíveis aos cargos públicos segundo sua capacidade e sem outra distinção que suas virtudes e seus méritos (*idem*, art. 6º), assentam-se as bases de uma igualdade social que não tardará em deduzir todas as consequências, aplicando à ordem econômica – que é a predileta da igualdade, assim como a do pensamento é a predileta da liberdade -, o critério da utilidade comum, ou à propriedade o critério da virtude e do mérito, os quais consagram os resultados da iniciativa e do trabalho, mas se avêm pior com os da *plus valia* ou com os da herança.”. TEIXEIRA. J. H. Meireles. **Curso de Direito Constitucional**. 2.ª ed. São Paulo: Editora Conceito, 2011, p. 668.

⁴⁶ TEIXEIRA. J. H. Meireles. **Curso de Direito Constitucional**. 2.ª ed. São Paulo: Editora Conceito, 2011, p. 670.

⁴⁷ MARMELESTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 410.

discriminar), proteção (O Estado não pode permitir que os particulares discriminem) e promoção (O Estado deve adotar e estimular as discriminações positivas), preleciona que, caso constatada a existência de critérios de diferenciação, o que desperta a incidência do conceito de igualdade material, o Estado deve incentivar um tratamento não uniforme, apto a promover uma equiparação dos indivíduos no que diz respeito à concessão de oportunidades de forma igualitária. Tal ideário possui correlação direta com a dogmática dos direitos prestacionais e suscita o debate acerca da infundável tensão entre a liberdade e a igualdade.

Sob o prisma dessa acepção, não há uma vedação absoluta de um tratamento discriminatório, mas sim a proibição de uma discriminação indevida, sem lastro. No entanto, há de se ter cautela, pois o liame entre a satisfação do aspecto material do princípio da igualdade, conferindo-se um tratamento diferenciado aos desiguais, e a violação desse preceito é bastante estreito. Cláudio Pereira de Souza Neto⁴⁸ alerta que “a concretização do vínculo do legislador segue a dogmática do exame da possível violação do direito à igualdade: uma vez que verificado o tratamento desigual tal qual supradefinido, questiona-se o seu motivo, prescrutando-se a possível existência de uma justificativa constitucional.”.

Nessa esteira, vale retomar a definição de igualdade construída por Ruy Barbosa, que foi supra transcrita, a qual preconiza que os desiguais devem ser tratados desigualmente na medida de sua desigualdade. Em que pese o aludido conceito ser bastante repetido pela doutrina pátria, ainda subsistem incertezas quanto à significação do termo “medida”, isto é, pairam dúvidas a respeito de qual seria a proporção adequada de deferimento de um tratamento diferenciado a determinados indivíduos.

Essa celeuma surge exatamente com a concepção de igualdade material, pois, em seu aspecto formal, simploriamente, reina o tratamento uniforme pela lei, independentemente de eventuais peculiaridades dos indivíduos e das *mens legis*. Dessa maneira, George Marmelstein⁴⁹ aponta o princípio da proporcionalidade como a resolução para esse imbróglio, capaz de promover a observância do direito fundamental à igualdade material, sem a ocorrência de violações. Nesse sentido:

A Constituição estabelece que “todos são iguais perante a lei, sem discriminação de qualquer natureza”, consagrando inegavelmente um direito de qualquer ser humano de não ser discriminado. Essa igualdade, contudo, não é um direito absoluto. Como qualquer direito, também a igualdade pode ser restringida, desde que se observe rigorosamente o princípio da proporcionalidade. Portanto, o que a Constituição proíbe não é a discriminação em si, mas discriminação desproporcional. Logo, é possível limitar o direito de igualdade, devendo, contudo, qualquer tratamento

⁴⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Fundamental à Igualdade**. In: CANOTILHO, J. J. Gomes, MENDES, Gilmar Ferreira, SARLET, Ingo Wolfgang, STRECK, Lênio Luiz e LEONCY, Léo Ferreira. São Paulo: Editora Saraiva/Editora Almedina, 2013, p. 225.

⁴⁹ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 405.

desigual ou diferenciado ser justificado através de uma argumentação convincente, pautada na proporcionalidade. O importante é que as discriminações estabelecidas em lei sejam constitucionalmente justificadas. Se a lei discriminatória não passar pelo teste da proporcionalidade, deverá ser anulada, sempre lembrando que, quando a Constituição contém um mandamento específico proibindo determinado comportamento e uma lei segue a diretriz oposta, a lei será, em princípio, inconstitucional, salvo se for demonstrado, à luz do princípio da proporcionalidade, que a medida se justifica.

Ademais, impende frisar que, não é só o deferimento de tratamento diferenciado desproporcional, arbitrário, sem uma correlação com a finalidade da norma que afronta o princípio da igualdade, mas também a cegueira deliberada, por parte, do legislador, do Poder Judiciário e as demais autoridades públicas, de manter a igualdade entre indivíduos em um contexto no qual se exigia o estabelecimento da devida diferenciação. Assim, considerar unicamente o aspecto formal desse direito fundamental rende ensejo à sua violação, razão pela qual se faz necessário satisfazê-lo conjugadamente em suas duas acepções; só haverá efetivo respeito a esse princípio, quando forem consideradas tanto a igualdade “perante a lei” quanto a igualdade “na” lei ou “pela” lei.

2.2 O furo judicial de fila e a alegada violação ao princípio da igualdade.

No que tange ao fornecimento de certos procedimentos médicos, como as cirurgias ortopédicas, oncológicas, cardiológicas, oftalmológicas, em virtude da alta demanda, faz-se necessário organizar os pedidos em filas, que seguem, em regra, um critério cronológico. Desse modo, abstratamente, os pacientes constantes na lista de espera estão em um patamar de desigualdade, a depender da posição na fila, tendo seu direito fundamental à saúde concretizado desigual e paulatinamente, na medida de sua desigualdade, aferida a partir da ordem de inscrição na lista de espera, sendo este o critério de diferenciação. Qualquer interferência nessa lógica poderia ensejar uma violação ao princípio da igualdade.

Portanto, em uma análise simplória da problemática, desprovida de correlação do princípio da igualdade com a força normativa do direito fundamental à saúde e seu contexto de violação, poder-se-ia concluir pela impossibilidade de o Poder Judiciário intervir nessa seara, com a concessão de uma tutela que provocasse o “furo de fila”, pois haveria afronta ao princípio da igualdade, mais especificamente, por ofensa ao critério de diferenciação, ao se desconsiderar a posição na fila, o que representaria o deferimento de um “privilegio” sem o devido lastro no princípio da proporcionalidade.

Assim seria se a fila andasse. Teoricamente, a prestação desse serviço público deve ser contínua e ininterrupta; o paciente que se inscreve na lista tem o direito de obter ao

menos uma previsão da data de seu atendimento. Ocorre que essa sistemática apresenta diversas falhas. Conforme se exporá no próximo capítulo, no tocante a certos procedimentos médicos, o funcionamento da fila de espera está manifestamente falido, há um verdadeiro descaso do Poder Público em prover a prestação do serviço de maneira adequada. Nessa situação, a fila se constitui como uma mera ficção, uma verdadeira blindagem para os entes federados omitirem-se em colimar o direito à saúde, um pretexto para retardar o fornecimento do tratamento médico de maneira global.

Assim, a estruturação do fornecimento desses procedimentos médicos em filas que não progridem explicita ofensa ao direito fundamental à saúde. Dessa maneira, se a lista de espera não se mostra apta a colimar tal direito fundamental, não se faz plausível considerá-la, pois não pode constituir um óbice à satisfação desse direito, mas apenas um meio de tornar viável a harmonização do direito à saúde com a reserva do possível.

Nesse prisma, é sabido, na esteira do princípio da convivência das liberdades públicas, que o direito à saúde não é absoluto e pode ser temporariamente afastado quando em conflito com outros direitos fundamentais. Assim, poder-se-ia argumentar que o “furo de fila” judicial representaria uma afronta ao direito à saúde dos outros indivíduos constantes na lista de espera. Todavia, ante a omissão estatal e a lentidão da fila, o direito desses outros cidadãos também resta violado, motivo pelo qual não há o que se falar em colisão.

Desse modo, negar provimento jurisdicional ao “furo de fila” enseja endossar a omissão estatal, em vez de uma suposta preservação do direito dos outros pacientes. Nesse ponto, poder-se-ia suscitar a existência de um conflito entre direitos fundamentais, com estrutura normativa de princípios, situação na qual se faria necessário o emprego da técnica do sopesamento para dirimir tal colisão. Sobre a técnica de sopesamento preleciona Robert Alexy⁵⁰:

Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro. Essa regra expressa uma lei que vale para todos os tipos de sopesamento de princípios e pode ser chamada de lei do sopesamento. Segundo a lei do sopesamento, a medida permitida de não-satisfação ou de afetação de um princípio depende do grau de importância da satisfação do outro.

No entanto, rechaça-se qualquer possibilidade de aplicação desse método, porque simplesmente não se vislumbra um conflito entre direitos fundamentais, sendo este apenas aparente, pois afastar a incidência do direito à saúde não acarretaria a realização concreta do direito à igualdade, pois um tratamento desidioso, por parte do Poder Público, mesmo que

⁵⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p.167.

seja igual, não está contido no mandado de otimização desse princípio. Entendimento contrário erigiria a omissão estatal, plasmada pela suposta observância ao princípio da igualdade, ao status de direito fundamental. Ademais, não há o que se falar em preservação do direito fundamental à igualdade, quando se tem uma situação de negação geral de um outro direito fundamental. Em verdade, até mesmo a noção de igualdade é ilusória nessa hipótese, pois o Constituinte Originário não a delineou para fins de equiparar indivíduos em uma situação de privação de direitos fundamentais. Nesse sentido, Ingo Sarlet⁵¹ rechaça a possibilidade de ofensa a princípio da igualdade, aduzindo que:

A referência ao fato de que a concessão judicial de prestações sociais a determinados indivíduos por vezes traz consigo efeitos perversos em termos de justiça distributiva e estimula o assim designado *free rides* (caronas ou predador) também há de ser relativizada. Em primeiro lugar, importa recordar que o princípio da igualdade (alegadamente violado nesses casos) não pode implicar na violação da dignidade concreta de cada cidadão, ainda mais quando o impacto negativo para seus pares (por exemplo, a possível inexistência de recursos para satisfação de necessidades básicas de terceiros) na maior parte dos casos não é objeto de demonstração plausível e, de resto, não impede uma realocação no âmbito do sistema.

Verifica-se, portanto, que, na hipótese de comprovada omissão estatal no fornecimento dos procedimentos médicos, não merecem prosperar as alegações que pugnam pela impossibilidade de intervenção do Poder Judiciário nessa seara (por representar uma suposta ‘furada de fila’), pois, se não houver um atendimento contínuo e programado, não há o que se falar em fila, e conseqüentemente, em violação ao princípio da igualdade.

Nesse ponto, em contraposição à tese de inviabilidade de controle jurisdicional das demandas de saúde que envolvem procedimentos com lista de espera, em razão da suposta incidência do princípio da igualdade, surge, em verdade, um direito subjetivo a “furar a fila judicialmente”, caso o jurisdicionado comprove no bojo do processo a omissão estatal em concretizar o direito à saúde e a inércia, lentidão da lista de espera ou até mesmo sua insuficiência de ritmo de andamento em face da demanda. Tal direito é um desdobramento do direito fundamental à saúde, que, em certos casos, só pode ser atendido se o procedimento médico for realizado tempestivamente.

Há de se lembrar que o aguardo por tempo prolongado e indeterminado não é apto a conduzir à satisfação do direito, visto que em casos graves e urgentes, as chances de êxito do procedimento médico se deterioram, caso a espera persista. Nem sempre, porém, faz-se possível o provimento do tratamento com a devida rapidez, em razão da própria

⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 10.^a ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009, p.128.

estruturação do Sistema Único de Saúde, o que é, de certa forma, aceitável. O sistema da fila de transplantes, por exemplo, depende não só da atuação da Administração Pública, mas também da disponibilização de órgãos por parte das famílias dos falecidos, o que escapa à alçada dos administradores, apesar de lhes incumbir o incentivo à doação.

Porém, não se pode conceber o retardo ou, até mesmo, a ausência da prestação desse tipo serviço público, em decorrência do descaso estatal no planejamento e implementação das políticas públicas de saúde, não podendo, portanto, o Poder Judiciário adotar postura consonante com essa prática. Em contrapartida, não há necessidade de controle jurisdicional quando o sistema de fila funciona.

Nesse diapasão, em face da omissão estatal, o paciente que aguarda há muito tempo na fila, e, até mesmo, aquele que acaba de inscrever-se na lista, mas que não recebe uma previsão para atendimento, merecem amparo jurisdicional para satisfazer seu direito, a despeito de existirem outras pessoas posicionadas à sua frente; caso contrário, o Poder Judiciário estaria legitimando a conduta ilegal da Administração Pública. De fato, negar a tutela jurisdicional, com esteio em alegação abstrata do princípio da igualdade, favorece o descaso do Poder Público na promoção das políticas públicas de saúde atinentes aos procedimentos estruturados com fila de espera. Tal princípio não pode constituir-se como um impedimento absoluto, apto a criar uma bolha no Sistema Único de Saúde, na qual o Poder Judiciário não pode adentrar.

A jurisprudência pátria, aos poucos, vem se debruçando sobre a temática e, em que pese haver forte resistência, já há precedentes que coadunam com a tese aqui sustentada. Nesse sentido, colaciona-se julgado a seguir que, embora não analise a questão à luz do princípio da igualdade, rechaçando sua suposta violação, é categórico em concluir pela necessidade de controle jurisdicional, na hipótese de prolongada espera por procedimento médico:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - DECISÃO QUE NEGOU TUTELA ANTECIPADA PARA REALIZAÇÃO DE CIRURGIA DE ARTRODESE DO MEDIOPÉ (OU ARTRODESE DO PÉ ESQUERDO) - PACIENTE PORTADORA DE ARTROSE QUE PLEITEOU O TRATAMENTO PELO SUS EM FEVEREIRO DE 2011 E AINDA NÃO FOI ATENDIDA - RISCO DE SEQUELA - AUSÊNCIA DE PESSOAS NA FILA DE ESPERA - DESCASO DO PODER PÚBLICO - PROVIMENTO DO RECURSO PARA DEFERIMENTO DA LIMINAR - IRREVERSIBILIDADE DOS EFEITOS DA MEDIDA - DIREITO À SAÚDE - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE - PREVALÊNCIA SOBRE O DIREITO PATRIMONIAL DOS ENTES PÚBLICOS - CLÁUSULA DE RESERVA DO POSSÍVEL - INAPLICABILIDADE - SEQUESTRO DE VALORES DA CONTA BANCÁRIA DO ESTADO PARA CUSTEAR O TRATAMENTO SE ESTE NÃO FOR DISPONIBILIZADO NO PRAZO DADO - POSSIBILIDADE. É cabível a concessão de liminar contra a Fazenda Pública para a realização de cirurgia necessária ao tratamento de saúde de paciente necessitada, não

se podendo falar em ofensa ao disposto no art. 475, incisos I e II, do Código de Processo Civil, e na Lei n. 8.437/92, quando pende contra essas normas um direito fundamental de todo ser humano, como a vida. Havendo prova inequívoca capaz de convencer este Órgão julgador da verossimilhança das alegações e fundado o receio de dano irreparável ou de difícil reparação (art. 273, do CPC) decorrente da demora na entrega da prestação jurisdicional definitiva, mostra-se escorregada a antecipação de tutela obrigando o Estado a fornecer o tratamento de que necessita a agravante para manutenção de sua saúde. "Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético - jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida" (Min. Celso de Melo). A tutela pode ser antecipada ant [...] (TJ-SC - AG: 20130615818 SC 2013.061581-8 (Acórdão), Relator: Jaime Ramos, Data de Julgamento: 20/11/2013, Quarta Câmara de Direito Público Julgado)

Outra alegação comumente empregada para os magistrados se furtarem a conceder a tutela jurisdicional nesses casos é a impossibilidade fática de se aferir a urgência e a gravidade do caso, apta a propiciar o furo de fila. Defende-se falaciosamente a necessidade de realização de uma perícia em todos os pacientes que estão na fila, com o escopo de se constatar uma eventual desigualdade entre o pleiteante e estes outros, que justificasse um tratamento desigual por parte do Poder Judiciário. Isso demonstra uma inversão da lógica, em vez de se proceder ao controle da omissão da Administração Pública, subordina-se a satisfação do direito do jurisdicionado à apresentação de uma prova impassível de ser produzida, representando uma redução de eficácia e juridicidade na norma constitucional que veicula o direito fundamental à saúde.

Em tal contexto, impende observar a enumeração de conclusões de Celso Antônio Bandeira de Mello⁵², atinentes às prováveis formas de ofensa ao princípio da igualdade:

I – A norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura e indeterminada. II – A norma adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elemento não residente nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas. É o que ocorre quando pretende tomar o fator “tempo” – que não descansa no objeto – como critério diferencial. III – A norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção a fator de *discrímen* adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados. IV – A norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o *discrímen* estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente. V- A interpretação da norma extrai dela distinções, *discimens*, desequiparações que não foram professadamente assumidos por ela de modo claro, ainda que por via implícita.

Desse modo, nota-se que os argumentos comumente utilizados para indeferir uma demanda de concessão do “furo judicial de fila” coadunam-se com a hipótese I, pois o magistrado teme violar o princípio da igualdade, criando uma norma no caso concreto

⁵² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3.^a ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2003, p. 47.

(sentença) para beneficiar isoladamente um determinado indivíduo em detrimento de outros que supostamente se encontrariam na mesma situação fática e que, portanto, seriam preteridos, caso houvesse a concessão da tutela jurisdicional.

Ocorre que, na realidade, ao adotar tal posicionamento, o juiz incorre na hipótese IV de violação ao princípio da igualdade, pois permite que se mantenha a regra geral de respeito à fila, concebida para um contexto em que o sistema de lista de espera funciona, e que, quando esse contexto não se confirma, a obediência a tal regra se torna a própria violação ao princípio da igualdade. Logo, não há como se apreciar esse tipo de demanda sem o cotejo da realidade fática que ronda a lide, pois não é possível aferir a preservação da igualdade em abstrato.

Outro fato utilizado para se negar o deferimento em ações como as aqui tratadas é o de que um paciente obter judicialmente a realização do procedimento médico antes de outros posicionados à sua frente na fila causa a impressão de violação da igualdade. Contudo, tal raciocínio não possui plausibilidade, pois o Poder Judiciário está disponível para receber todos os reclamos daqueles que se sintam lesados em seus direitos, e o fato de um cidadão ajuizar demanda buscando o fornecimento imediato de um procedimento médico não impede que os outros também o façam. Na verdade, quedar-se inerte diante da omissão do Estado em garantir direitos fundamentais corresponde a contribuir inequivocamente para o enfraquecimento de toda a ordem jurídica, na esteira do que foi prelecionado por Rudolf Von Ihering⁵³ em seu livro *A Luta pelo Direito*:

Todo direito no mundo foi adquirido pela luta; esses princípios de direito que estão hoje em vigor foi indispensável impô-los pela luta àqueles que não os aceitavam; assim, todo o direito, tanto o de um povo, como o de um indivíduo, pressupõe que estão o indivíduo e o povo dispostos a defendê-lo.

Em verdade, o mais adequado seria a resolução conjunta da problemática, com o fornecimento coletivo do tratamento, uma vez comprovado o descaso do Poder Público. Porém, isso não se faz possível no bojo de uma demanda individual e não se pode condicionar o exercício de um direito fundamental ao igual atendimento do direito alheio, consoante se explorará no tópico seguinte. “O direito de ir a juízo não pode depender da vontade de outrem”⁵⁴. Ao acionar o Poder Judiciário, um paciente de uma fila de espera inoperante está

⁵³ IHERING, Rudolf Von. **A Luta pelo Direito**. Tradução João de Vasconcelos. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 15.

⁵⁴ Tal raciocínio assemelha-se ao que é utilizado para justificar a inexistência, no ordenamento pátrio, da figura do litisconsórcio ativo necessário, pois não se pode condicionar a defesa de um direito em juízo à participação de outrem. Nesse sentido: “Não há hipótese de litisconsórcio necessário ativo. Nem poderia haver. O fundamento dessa conclusão é apenas um: o direito fundamental de acesso à justiça (inciso XXXV do art. 5º da CF/88). O direito de ir a juízo não pode depender da vontade de outrem.”. DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito**

apenas buscando sair de uma condição de privação generalizada de direitos, o que é plenamente legítimo e necessário à manutenção da pujança da ordem jurídica, na esteira do pensamento de Ihering.

Desse modo, um cidadão, ao pugnar pelos seus direitos, perante o Poder Judiciário, não merece ter sua luta cerceada, não é plausível que obtenha como resposta da jurisdição – que deveria dizer o direito no caso concreto – um mero “conselho” de aguardo por uma providência estatal, ainda mais quando se está em baila o direito à saúde. Assim, o indivíduo não pode ser penalizado a esperar indeterminadamente apenas porque as pessoas que estão na sua frente não acionaram a Justiça em busca do mesmo provimento, conformando-se em aguardar mesmo com a omissão estatal, por motivos alheios.

Outrossim, conclui-se que não há o que se falar em violação ao princípio da igualdade, quando se aciona o Poder Judiciário em busca do provimento de um procedimento médico, na hipótese de a fila de espera estar parada ou com um ritmo de andamento bastante lento, em decorrência de negligência do Poder Público, seja por falta de equipamentos, seja por insuficiência de profissionais especializados. Nesses casos, pode-se dizer que a lista de espera é, na verdade, uma maneira de o Estado perpetuar sua omissão em colimar o direito à saúde, motivo pelo qual uma decisão judicial que indeferisse o pleito de um paciente para submeter-se imediatamente ao procedimento médico ensejaria a legitimação do descaso estatal.

Em contrapartida, conclui-se que, dado um contexto de comprovada falência do sistema de lista de espera, reconhece-se que a demanda de cunho individual não se presta à resolução da problemática de uma maneira global e que, apesar de não ferir, também não realiza o princípio da igualdade.

2.3 A priorização das demandas coletivas como uma possível solução para o conflito aparente.

Ainda que se tenha afastado, nos termos do tópico anterior, qualquer tipo de ofensa ao princípio da igualdade na hipótese de concessão judicial do “furo de fila”, a ação individual não enfrenta a problemática em ampla perspectiva, não transcende à pessoa do demandante, porque seu objeto não contempla a finalidade de resolver o imbróglio de maneira geral.

Uma vez constatado um estado geral de ilusória igualdade de privação de direitos entre os pacientes, no qual não há perspectiva de atendimento nem para o primeiro nem para o último da lista, de modo inevitável, praticamente todos teriam que acionar o Poder Judiciário para poder ter acesso ao tratamento.

Nessa senda, surge a necessidade de molecularização dos conflitos, por intermédio da propositura de ações coletivas, por meio das quais se busca uma intervenção de maior monta do Poder Judiciário na seara de concretização do direito à saúde, visto que um eventual provimento jurisdicional impacta diretamente na condução das políticas públicas nesse campo e envolve eventual realocação de recursos públicos, considerado o custo elevado para cumprimento de uma decisão desse cunho.

A despeito de essa alternativa aprofundar a tensão entre o Poder Executivo e Poder Judiciário, uma vez que o objeto da lide é mais amplo do que o de uma demanda individual, consoante aduzido no primeiro capítulo, Luiza Barros Rozas⁵⁵ defende categoricamente a priorização da perspectiva coletiva, em uma posição que chega até mesmo a questionar a idoneidade de ações individuais que se proponham à obtenção da tutela de um direito social, aduzindo que:

se a proteção dos direitos sociais for baseada exclusivamente em ações individuais, certamente o objetivo de redução das desigualdades falhará. Daí a importância da análise do controle jurisdicional de políticas públicas, pois a interpretação dos direitos econômicos e sociais como direitos meramente individuais, feita em alguns casos de forma equivocada pelos Tribunais, acaba por gerar uma distorção na proteção dos direitos e das garantias fundamentais.

Nessa toada, sob a égide do Modelo de Diálogo Institucional, o qual tem como espoco levar a juízo uma discussão em ampla perspectiva do sistema de saúde em detrimento de um prisma marcado pela primazia dos direitos subjetivos individuais, a ação coletiva é erigida à qualidade de meio de concretização do dialogo entre os poderes, com vistas a promover a melhoria do sistema como um todo, em consonância com a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, sem necessidade de supremacia judicial, mitigando-se as tensões entre o Executivo e o Judiciário, desde que a decisão judicial seja mais indutiva, construída compartilhadamente, e menos coercitiva. Jorge Munhós de Souza⁵⁶, à luz dessa teoria, enumera as razões de priorização das demandas coletivas, dentre as quais destaca a

⁵⁵ ROZAS, Luiza Barros. **Controle Jurisdicional de Políticas Públicas Urbanísticas: o direito à moradia no âmbito do Poder Judiciário**. In: DIDIER JR., Fredie, NALINI, José Renato, RAMOS, Glauco Gumerato, LEVY, Wilson. *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 465.

⁵⁶ SOUZA, Jorge Munhós de. **Diálogo Institucional e Direito à Saúde**. Salvador: Editora Juspodivm, 2013, p. 297.

preservação do princípio da igualdade, não obstante o entendimento exposto no capítulo anterior, segundo o qual se exclui a ofensa a esse princípio em caso de desídia estatal:

Um importante passo para se lograr o objetivo perseguido se relaciona com priorização da utilização das ações coletivas no contexto de “judicialização da saúde”, instrumentos que possuem inúmeras vantagens quando analisados comparativamente com as ações individuais, tais quais: i) amenizar dificuldades procedimentais relacionadas com a forma de ser do CPC; ii) prestigiar a igualdade na medida em que as decisões são proferidas em regra *ultra partes* ou *erga omnes*; iii) permitir uma visão mais ampla da problemática e uma instrução processual mais complexa, na qual seja possível se analisar mais profundamente o argumento da reserva do possível no contexto da programação e da execução orçamentária do Estado e, por fim, iv) constituir um meio mais apto para enfrentar o núcleo do problema (o fortalecimento do SUS) e não aspectos paliativos.

Nesse ponto, vale firmar que o conceito de demandas coletivas ora repisado abrange tanto a proteção de direitos naturalmente transindividuais, agrupados em coletivos em sentido estrito e difusos, quanto dos direitos subjetivos individuais que são acidentalmente coletivizados para fins de defesa em juízo, que são os denominados direitos individuais homogêneos. Teori Albino Zacascki⁵⁷ se debruçou sobre esses diferentes mecanismos de tutela jurisdicional, elencando como encobertos pelo processo coletivo “os destinados a tutelar coletivamente os direitos individuais, em regime de substituição processual (as ações civis coletivas, nelas compreendido o mandado de segurança coletivo)” e “os mecanismos para tutela de direitos transindividuais, isto é, direitos pertencentes a grupos ou a classes de pessoas indeterminadas (a ação popular e as ações civis públicas, nelas compreendida a chamada ação de improbidade administrativa)”. Contudo, não se pode olvidar que a ação civil pública também se presta à tutela dos direitos individuais homogêneos.

Assim, nessa perspectiva de molecularização de conflitos, observa-se que a intervenção do Poder Judiciário em demandas de saúde em procedimentos médicos com fila de espera volta-se primordialmente à proteção dos direitos acidentalmente coletivos, uma vez que, nesses casos, vislumbram-se, em vez de uma transindividualidade, a divisibilidade do objeto da ação e uma titularidade de direito bem definida, características inerentes aos individuais homogêneos, ocorrendo, portanto, uma defesa coletiva em juízo dos direitos individuais - cujos titulares são as pessoas inscritas na lista de espera – e não uma proteção de direitos naturalmente coletivos.

Dessarte, deve ser dada primazia a uma demanda a qual pleiteie que todas as pessoas que aguardam em uma fila do SUS por um procedimento médico, sem sequer uma previsão de atendimento, tenham acesso ao tratamento devido, em um prazo razoável, uma

⁵⁷ ZAVASCKI. Teori Albino. **Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos**. 4ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 21.

vez que um problema reconhecidamente generalizado e global merece uma solução de semelhante vulto. Ademais, no prisma coletivo, afasta-se qualquer alegação racional de violação ao princípio da igualdade, já que todos os pacientes seriam beneficiados, e o cumprimento da decisão judicial dar-se-ia com base na ordem de inscrição na fila de espera.

Assim, pode-se afirmar que a demanda individual, em que pese não ferir o princípio da igualdade em um contexto no qual a fila de espera é apenas uma máscara para perpetuação da negligência do Poder Público, também não o realiza, já que todos os outros pacientes não são beneficiados pelos efeitos da decisão e permanecerão em um estado de negação de direitos. Nessa hipótese, apenas o direito à saúde do pleiteante é colimado, sem que isso implique quebra de igualdade, pois o conflito entre esse princípio e o direito social em baila é apenas aparente, consoante aduzido no tópico anterior.

Em contrapartida à perspectiva individual, que, a despeito de ser útil, possui um objeto limitado, o provimento da tutela jurisdicional em uma ação coletiva é capaz de promover a concretização do direito à saúde de todos os pacientes constantes na fila de espera, satisfazendo, conseqüentemente, o princípio da igualdade, pois os retira igualmente de uma condição de privação generalizada do acesso à saúde. Apenas dessa maneira há a observância do direito fundamental à igualdade, visto que este não resta colimado, quando o direito à saúde dos indivíduos inscritos na lista é igualmente violado, na hipótese de a fila de espera estar parada ou progredindo em ritmo bastante lento e insuficiente, pois não há como se conceber a satisfação da igualdade nesse contexto de negação generalizada de direitos.

Nesse azo, propõe-se a seguinte progressão do grau de satisfação do princípio da igualdade, figurando como variável o tipo de demanda e como ponto fixo a omissão estatal em promover o andamento regular da fila de espera:

Hipótese 01: quando não há ajuizamento de demanda: há uma situação de negação generalizada do direito à saúde de todos os pacientes da fila de espera, o que não conduz à realização do princípio da igualdade, vez que a norma constitucional que o veicula não guarda em sua teleologia a equiparação de indivíduos em uma condição de privação de direitos fundamentais;

Hipótese 02: quando há o ajuizamento de uma demanda individual em favor de um dos pacientes da fila de espera: o princípio da igualdade não restaria ferido, pois não haveria uma transgressão à fila, já que esta simplesmente não existe, constituindo-se, na verdade, como um mero óbice à concretização do

direito à saúde de maneira tempestiva. Nessa hipótese, a propositura da ação expressa tão somente a tentativa de o pleiteante tentar sair dessa condição de privação do seu direito à saúde. Ademais, o indeferimento da pretensão judicial desse cidadão não só não renderia ensejo à colimação do direito à saúde dos outros pacientes da fila, já que esta está parada, como ainda legitimaria a omissão estatal e deixaria o Poder Público em uma situação cômoda, ante a impossibilidade de intervenção judicial. Assim, afasta-se, nessa hipótese, a quebra da igualdade. Por outro lado, apesar de não violado, tal princípio também não seria realizado, porque o efeito *intra partes* da decisão só beneficiaria o pleiteante, e os outros permaneceriam na situação de negação do direito à saúde;

Hipótese 03: quando há o ajuizamento de uma demanda coletiva: o princípio da igualdade seria plenamente colimado, tendo em vista que o objeto da ação englobaria a satisfação do direito à saúde de todos os pacientes inscritos na lista de espera em um prazo razoável, sendo a ordem de atendimento definida a partir da posição de um cada um na fila, sendo este o critério de distinção.

Em outro viés, cumpre salientar que essa preponderância atribuída às ações coletivas vai ao encontro do princípio da universalidade e igualdade de acesso aos serviços e ações de saúde. Mariana Figueiredo⁵⁸ dispõe sobre essa diretriz do SUS, nos seguintes termos:

O princípio da universalidade e igualdade de acesso aos serviços e ações de saúde guarda relação tanto com a cláusula geral de igualdade, prevista no art. 5º, caput, da CF, quanto com o princípio da equidade, mais comumente referido pelos estudiosos da saúde pública e do direito sanitário. O princípio densifica o dever estatal de “prover condições que assegurem o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços” de saúde, na dicção do art. 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.080/90. Trata-se de princípio vinculante do Poder Público, assim como dos “serviços privados contratados e conveniados que integram” o SUS, refletindo na “universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência” e na “igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie” (Lei nº 8.080/90, art 7º, caput, e inc. I e IV). O princípio da universalidade pauta o reconhecimento de um direito igual à assistência à saúde, para todas as pessoas e sem discriminações, em todos os níveis de complexidade do sistema.

Ademais, há que se ressaltar que, ante a finalidade de uma ação coletiva de se prestar a conduzir o sistema de saúde à normalização, ao menos no âmbito do objeto da ação (delimitado pelo tipo de procedimento médico em um determinado Hospital ou em um determinado Município ou Estado), naturalmente, caso promovido o regular cumprimento da

⁵⁸ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito à Saúde**. Salvador: Editora Juspodivum, 2014, p. 59.

decisão judicial, haverá a desnecessidade de propositura de demandas individuais cujo pedido esteja contemplado na ação coletiva. Desse modo, vê-se que a atribuição de preponderância às demandas coletivas atende até mesmo do princípio da economia processual e evita o alegado efeito carona produzido por ações individuais.

Nesse diapasão, de fato, é patente que a demanda individual não se constitui como a via processual adequada para concretizar o direito à saúde de todos os pacientes posicionados em uma fila de espera, retirando-os de uma condição generalizada de privação de direitos. No entanto, não se pode excluir a possibilidade de ajuizamento de uma ação desse cunho, visto que a norma constitucional que veicula o direito à saúde não contempla somente a perspectiva coletiva e, em determinados casos, somente a demanda individual faz-se adequada. Jorge Munhós⁵⁹, defensor da priorização quase que absoluta do controle jurisdicional em âmbito coletivo das políticas públicas de saúde, ressalta que:

É preciso perceber que a teoria do diálogo, conquanto afirme a primazia das demandas coletivas e tenha como foco primário a melhoria do sistema de saúde como um todo, não fecha a porta para as demandas individuais e nem mesmo sonega a importância da dimensão subjetiva do direito à saúde: a questão das ações individuais apenas é enfrentada na medida em que se acredita que a priorização das demandas coletivas pode contribuir para a redução, ao longo do tempo, da incidência das primeiras, diminuindo-se as iniquidades, as tensões institucionais, o desperdício e a irracionalidade muitas vezes ocasionadas pelas ações individuais, mas também não deixando de reconhecer que será por meio destes mecanismos (ações individuais) que muitas vidas serão salvas e muitos sofrimentos imerecidos amenizados”.

No mesmo sentido, Ingo Sarlet⁶⁰ aduz que:

embora se possa apostar numa preferência pelas tutelas preventivas (como o de controle preventivo do orçamento) e pelas ações coletivas, não se pode deixar de considerar a necessária observância da dimensão individual do direito à saúde, haja vista que impedir o acesso individual à justiça efetivamente não seria a melhor forma de garantir os fins almejados nem pelo sistema de saúde nem pela Constituição.

Ademais, seria imprudente excluir a dimensão subjetiva do direito à saúde, pois há que se lembrar que nem sempre será possível a propositura de uma ação civil pública, por exemplo, ante o limitado rol⁶¹ de legitimados ativos para tanto e a sua discricionariedade para

⁵⁹ SOUZA, Jorge Munhós de. **Diálogo Institucional e Direito à Saúde**. Salvador: Editora Juspodivm, 2013p. 337.

⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang, FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **O direito fundamental à proteção e promoção da saúde na ordem jurídico-constitucional: uma visão geral sobre o sistema (público e privado) da saúde no Brasil**. In: Revista do Instituto do Direito Brasileiro. Ano 2 - n° 4 - 2013, p. 35.

⁶¹ Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

I - o Ministério Público;

II - a Defensoria Pública;

III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

V - a associação que, concomitantemente:

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;

propô-la, a qual independe de pretensões individuais. Além disso, em algumas situações, até mesmo os órgãos competentes para manejar uma ação civil pública devem ajuizar demandas individuais, em representação ao interesse alheio, em face da premente urgência do caso, contexto no qual o indivíduo não pode aguardar a coleta de informações necessárias à instrução da demanda coletiva.

Desse modo, o modelo mais apropriado para o acionamento do Poder Judiciário nessa seara é a conjugação da propositura de demandas individuais e coletivas, com priorização a estas, já que apresentam maior grau de realização do princípio da igualdade. Assim, sempre que possível e adequado ao atendimento da finalidade da demanda no caso concreto, a ação coletiva será preferível. Há de se salientar, todavia, que conferir preponderância à atuação coletiva não corresponde a excluir a perspectiva individual nem subordinar o ajuizamento de uma ação desse cunho à prévia frustração de uma demanda coletiva, uma vez que a dimensão subjetiva do direito à saúde está igualmente contemplada na norma constitucional que o veicula.

b) inclua, entre as suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

3. ESTUDO DE CASOS CONCRETOS.

Conforme já exposto nos capítulos anteriores, a intervenção do Poder Judiciário no âmbito dos procedimentos médicos com lista de espera no Sistema Único de Saúde, para fins de concessão de uma tutela que se destine ao “furo de fila”, desperta enormes controvérsias no meio acadêmico e jurisprudencial, representando uma restrição no campo do fenômeno jurídico-social da judicialização do direito à saúde.

Em verdade, prevalece o entendimento que pugna pela improcedência desse tipo de demanda, sob a alegativa de que o provimento de uma tutela jurisdicional nesse sentido violaria o princípio da igualdade, delineado constitucionalmente e preconizado no diploma legislativo que rege o SUS. Ademais, outros óbices⁶² comumente sustentados em face do controle jurisdicional das demandas de saúde em geral também se impõem à judicialização nessa seara, porém, de uma maneira potencializada, haja vista que, quando se trata de procedimentos médicos com filas de espera, traz-se à baila o debate acerca da alegada violação ao princípio da igualdade, supostamente desencadeada pelo “furo judicial de fila”.

Nesse deslinde, no bojo do capítulo anterior, buscou-se delinear uma linha argumentativa apta a rechaçar a negação de prestação jurisdicional no âmbito dos procedimentos médicos com fila de espera, afastando-se qualquer tipo de ofensa ao princípio da igualdade, quando se verifica a omissão estatal na garantia do direito à saúde, situação na qual a lista de espera consiste apenas em uma máscara à desídia do Poder Público em assegurar a efetividade desse direito fundamental.

Desse modo, sob o prisma de um conflito aparente entre o princípio da igualdade e o direito à saúde e não se furtando a enxergar a problemática de uma maneira global, sem a exclusão do direito de terceiros, debateu-se o tema a partir de uma análise tanto no âmbito de uma ação individual quanto de demandas coletivas, chegando-se à conclusão de que é imperativo firmar a preponderância da defesa coletiva desse direito em juízo, sem, entretanto, denegar relevância às demandas de cunho individual.

Nesse ponto, portanto, à luz da tese defendida ao longo do segundo capítulo, impende avaliar a maneira pela qual os magistrados de primeiro grau e os Tribunais pátrios vêm enfrentando a gama de ações que se prestam a suscitar o controle pelo Poder Judiciário

⁶² Consoante esposado no bojo do primeiro capítulo, os principais argumentos contrários ao controle jurisdicional das demandas de saúde são a teoria da separação dos poderes, os limites orçamentários do Estado e a teoria da reserva do possível, a baixa densidade normativa do preceito constitucional que veicula o direito fundamental à saúde, a subordinação da eficácia social dessa norma constitucional à existência de uma regulação infraconstitucional.

dos procedimentos médicos com filas de espera no âmbito do Sistema Único de Saúde, em uma abordagem que abrange as demandas individuais e as coletivas. Ressalta-se que, a despeito da relevância do tema, nem o Supremo Tribunal Federal nem o Superior Tribunal de Justiça chegaram a se debruçar diretamente sobre essa problemática.

3.1 Controle jurisdicional de procedimentos médicos com fila de espera em demandas individuais.

Inicialmente, antes de se proceder à análise comparativa dos precedentes, vale firmar e explicitar alguns aspectos de uma decisão paradigma, aqui entendida como adequada, construída a partir da tese ora defendida no presente trabalho, sem, entretanto, pretensões de generalização ou universalidade, pois é sabido que cada lide apresenta suas peculiaridades.

Primeiramente, rechaça-se qualquer indeferimento de prestação jurisdicional com base em alegação abstrata de violação ao princípio da igualdade, à teoria da separação de poderes e de reserva do possível. Assim, para que não se inquine de abstração, a decisão deve apreciar a questão do andamento da fila e avaliar se o Estado está adotando uma postura dirigente para prover a realização dos procedimentos médicos, isto é, devem-se perscrutar as razões para a demora na prestação do serviço público e, caso se vislumbre concorrência estatal para a ineficiência do sistema de lista de espera, faz-se imperativo que o Poder Judiciário proceda ao controle de tal ilegalidade, quando provocado para tanto.

Constatada a omissão do Estado e a necessidade e urgência do procedimento médico para o pleiteante, não incumbe ao julgador, em sede de decisão, condicionar a concessão da tutela ao estado de saúde dos outros indivíduos que se encontram na lista de espera, pois o Judiciário não pode cercear a luta de um cidadão por seus direitos e nem condicionar o seu exercício a uma conduta de terceiros, na esteira do que foi prelecionado por Jhering, sob pena de enfraquecimento da ordem jurídica e de o Poder Judiciário, em vez de controlar ilegalidades da Administração Pública, legitimá-las.

Além disso, o julgador há de atentar para a própria existência real de uma fila, uma vez que, se comprovado o seu ritmo de andamento bastante insuficiente, que enseja até mesmo o perecimento do direito das pessoas nela inscritas, não há o que se falar em “furo de fila” ou em violação ao princípio da igualdade, pois pode-se dizer esta sequer chega a existir, o que legitima os pacientes a pleitear seu direito em juízo, independentemente do número de inscrição na lista.

Feitas tais considerações, que orientarão a análise crítica dos julgados, cumpre debruçar-se sobre os precedentes em espécie, apresentando-se, inicialmente, aqueles que são contrários à judicialização do direito à saúde em procedimentos médicos com fila de espera, por integrarem a corrente majoritária.

O primeiro precedente a ser analisado trata-se do julgamento da Apelação Cível 2005.51.01.002776-9⁶³, no âmbito do Tribunal Regional da 2ª Região, relatado pelo Des. Federal Frederico Gueiros. Na hipótese, a apelante, portadora de obesidade mórbida, em um estado de saúde bastante crítico, com comprovado risco de morte, pugnava pela reforma da sentença do juiz da 19ª Vara Federal da Seção Judiciário do Estado do Rio de Janeiro que indeferira seu pedido de fornecimento imediato de cirurgia bariátrica em face da União Federal. O Relator reconheceu o quadro clínico crítico da apelante e a adequação do tratamento médico pleiteado, bem como a omissão estatal em promover o devido andamento da fila de espera, vez que a paciente se encontrava na fila de espera do SUS há mais de nove anos e sem nenhuma perspectiva de atendimento, nem mesmo a médio prazo.

A despeito disso, o relatório não foi favorável à reforma da decisão do juízo *a quo*, o que foi seguido pelos demais julgadores. O principal argumento para a rejeição da demanda foi a necessidade de respeito ao “sistema democrático” da fila de espera, que supostamente obedeceria a critérios justos. Nesse sentido, afirma o Relator:

Não poderia deixar de me sensibilizar com o preocupante estado de saúde da Apelante, o que resta evidenciado pelos documentos que ela juntou com a inicial. Mas, igualmente, não poderia deixar de me sensibilizar com o estado de saúde supostamente enfrentado pelas pessoas que ocupam lugares à frente da impetrante na tal "fila de espera" para submissão do mesmo procedimento. Ora, a fila é forma organizacional de essência democrática e que, em casos como o analisado, busca se inserir também nos conceitos de equilíbrio e de justiça quando organizada com base em critérios de necessidade e urgência.

Ademais, o Desembargador considerou que a mera inscrição da fila de espera já realiza o dever estatal de assegurar o acesso aos serviços de saúde, ao aduzir que:

não se pode afirmar, categoricamente, em contexto fático, que houve negativa de tratamento à Sra. CRRR, já que ela já integra a lista do SUS. Não se pode afirmar, ainda, que houve negativa de assistência à sua saúde, ainda que se lamenta pela angústia ocasionada pela espera do atendimento. Quem detém a "especialização" para tanto é o Executivo. Cumpre ao Judiciário fiscalizá-lo, concretamente. Mas, não sobrepor ao mérito de suas atividades, seja qual for o conceito dos cidadãos indignados com situações enfrentadas na vida prática.

⁶³ TRF-2 - AC: 200551010027769 RJ 2005.51.01.002776-9, Relator: Desembargador Federal FREDERICO GUEIROS, Data de Julgamento: 19/04/2010, SEXTA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: E-DJF2R - Data::31/05/2010 - Página::226/227. Disponível em: <<http://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15269705/apelacao-civel-ac-200551010027769-rj-20055101002776-9>>. Acesso em 14.09.2014.

Contudo, entende-se que tal linha argumentativa não merece prosperar. Primeiramente, vale salientar que a fila de espera é apenas um meio à concretização do direito à saúde, e não seu modo máximo de colimação, motivo pelo qual se vislumbra que, diferentemente do que foi decidido no acórdão em análise, houve uma negativa de prestação de serviço público, vez que a inscrição na lista, sem a devida promoção, por parte do Estado, de seu andamento regular e razoável vai de encontro ao dever constitucional imposto aos entes federados, insculpido no art. 196 da Constituição Federal.

Dessa maneira, incumbiria ao Poder Judiciário intervir na questão e proceder ao devido controle, pois é patente que há falha estatal na gestão do sistema de fila de espera por uma cirurgia bariátrica, ante o fato de uma paciente em estado de saúde crítico esperar por mais de nove anos pelo tratamento e, ao final desse período, não possuir sequer previsão para atendimento. Buscar o Judiciário constituiu-se como a única solução para evitar o perecimento do seu direito; entretanto, ao denegar seu pleito, este Poder legitimou a desídia da Administração Pública e a deixou em situação de premente conforto para continuar nessa posição de negligência na prestação desse serviço público.

Outro argumento utilizado no acórdão foi a necessidade de respeito ao direito de terceiros, que também encontravam-se na fila à espera de uma cirurgia bariátrica e que supostamente seriam prejudicados pelos efeitos da decisão:

O direito à saúde alegado por alguém que pretende algo específico do Poder Público deve ser examinado tanto sob o aspecto individual quanto sob uma "visão de conjunto", que leve em conta o significado deste alegado direito como elemento constitutivo de um sistema constitucional unitário. Somente assim, será possível determinar o conteúdo deste direito e os seus próprios limites, observada, logicamente, a vedação imposta ao Judiciário de imiscuir-se em questões políticas. Nesse exercício reflexivo, deve-se abandonar a visão liberal e unilateral de sobreposição do direito individual e enxergar, ou tentar enxergar, o direito à saúde de alguém inserido em um contexto comunitário. A pessoa tem direito a ser atendida pelo SUS, mas ela não tem direito de furar a fila de espera desse atendimento, se o caso dela não for mais grave e urgente do que aqueles que estão à sua frente. Há um recíproco condicionamento entre cada um dos singulares bens jurídicos constitucionais. Os direitos fundamentais do indivíduo se acham numa relação de recíproco condicionamento com os direitos fundamentais de seus concidadãos

Tal trecho da decisão é eivado por um equívoco: nega o exercício individual do direito fundamental à saúde da apelante, pondo-o em colisão com o direito à saúde dos outros pacientes inscritos na fila. Ocorre que, consoante amplamente firmado no capítulo anterior, o conflito entre tais direitos é apenas aparente. De fato, essa aparência de conflito constitui-se como um subterfúgio á inação estatal e, ao indeferir um pleito individual, com base na prevalência do direito de terceiros, o Poder Judiciário está, na verdade, a prestigiar a

negligência do Estado. Nessa toada, não se faz razoável subordinar a qualquer condição a efetivação do direito à saúde de uma pessoa que está inscrita na fila de espera há mais de nove anos, portando um estado de saúde reconhecidamente crítico e grave. Caso o sistema funcionasse, com o andamento regular da lista e com a estimativa de previsão de atendimento a todos os inscritos, realmente essa argumentação aduzida no acórdão teria plausibilidade, pois a fila de espera seria um sistema democrático, porém não é o que se vislumbra na lide em relevo.

Sabe-se que todos os inscritos são igualmente titulares do direito subjetivo à saúde e que, não obstante, há uma limitação fática e orçamentária ao fornecimento do tratamento a todos de uma maneira concomitante, razão pela qual se institui o sistema de fila de espera, para compatibilizar a concreção do direito à saúde com tais restrições de ordem prática. Todavia, esse raciocínio não se mostra idôneo a indeferir o pleito judicial de uma pessoa inscrita na fila por quase uma década, pois resta evidente a omissão estatal.

Nesse diapasão, a mesma linha argumentativa foi adotada no bojo do Agravo de Instrumento 1.0481.13.015340-8/001⁶⁴, julgado no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, na qual figurou como Relator o Des. Wander Marotta. Nesse caso, a apelada acionou o Poder Judiciário em busca do fornecimento imediato de uma cirurgia de artroplastia total do quadril, estando inscrita na fila de espera do Hospital das Clínicas de Uberlândia. A sentença do juiz de 1º grau que havia deferido a tutela jurisdicional foi reformada pelo Tribunal, com base na seguinte alegativa, que, em conjunto, com os argumentos trazidos quando da análise do julgado anterior, formam a essência do corpo argumentativo que rechaça o controle jurisdicional das demandas de saúde em procedimentos médicos com fila de espera:

O Judiciário não pode, sob pena de cometer injustiças, quebrar o princípio da igualdade e correr o risco até mesmo de colocar à frente da fila pacientes menos graves (não se conhece a situação dos demais). Ainda que a decisão seja delicada, há que conferir eficácia aos critérios administrativos adotados regularmente, pois, apesar de tudo, são os mais razoáveis. Substituir uma discricção por outra não garante que a última seja a mais adequada.

Como se observa, tal precedente adentrou no mérito da violação do princípio da igualdade. Porém, na lide em apreço, não se observa esse tipo de ofensa, haja vista que o sistema de disponibilização do procedimento médico é eminentemente falho, ante o insuficiente ritmo de andamento da fila de espera, motivo pelo qual não há o que se falar em respeito aos “critérios administrativos regularmente adotados”, pois estes se mostraram

⁶⁴ TJ-MG , Relator: Wander Marotta, Data de Julgamento: 13/05/2014, Câmaras Cíveis / 7ª CÂMARA CÍVEL. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/120455597/agravo-de-instrumento-cv-ai-10481130153408001-mg/inteiro-teor-120455647>>. Acesso em 03.09.2014.

inaptos a viabilizar a prestação de um serviço público adequado. Verificada a negligência estatal, surge então o direito subjetivo ao “furo de fila”, porque o Poder Judiciário, ao se deparar com uma ilegalidade, não pode quedar-se inerte diante dela.

Há de se ter cautela com essa alegação abstrata de violação do princípio da igualdade, que, em muitas decisões, é aplicada de uma maneira, além de inadequada, descontextualizada. Nesse sentido, no processo de nº 0803940-20.2014.4.05.8100⁶⁵, que correu perante a 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Ceará, no qual a pleiteante pugnava, em face da União Federal, do Estado do Ceará e do Município de Fortaleza, pela concessão de internação em um leito de UTI - pedido este lastreado em relatórios médicos que demonstravam a urgência e necessidade do seu deslocamento para uma unidade de terapia intensiva, ante seu quadro clínico gravíssimo -, o magistrado indeferiu o pleito de antecipação dos efeitos jurisdicionais da tutela, entre outros argumentos, em nome da preservação do princípio da igualdade. Veja-se:

Penso que inexistente direito público subjetivo do cidadão de realizar exames ou se internar em UTI em hospital público de sua escolha, antes de qualquer outro paciente na mesma situação, fora de fila de espera, pois isso viola o tratamento isonômico entre os demais pacientes que estão na mesma situação (na fila de espera).

Em análise ao trecho da decisão em relevo, inicialmente, cumpre salientar que a disponibilização de internação em unidades de terapia intensiva sequer deveria realizar-se através do sistema de filas de espera, em virtude da indispensável imediatividade do fornecimento desse tipo de leito hospitalar. Faz-se patente que a colocação em uma fila de espera, sem previsão de atendimento, de um paciente em estado terminal que necessita de um leito de UTI sobrepuja sobremaneira seu direito à saúde e seu direito à vida. A existência dessa fila de andamento bastante lento sinaliza para a omissão estatal em prover esse serviço público e aponta para a carência de investimentos governamentais nesse campo.

Assim, a decisão em testilha, que prestigiou o respeito ao sistema falho de lista de espera para obtenção de internação em unidade de terapia intensiva, sob a alegativa de preservação da igualdade, plasmada pela negligência da Administração Pública de investir nessa seara, legitima a perpetuação da omissão estatal em colimar o direito à saúde e subverte a lógica constitucional, pois, na verdade, deveria ser garantida internação imediata a todos os indivíduos que assim necessitam, não havendo que se alegar a reserva do possível, não oponível ao mínimo existencial, mormente quando se tem em baila a própria vida.

65

De certo modo, nem o mesmo o pretense princípio da igualdade restou atendido com essa decisão, pois os concidadãos inscritos na lista de espera permaneceram em uma situação de privação de direitos, aguardando indefinidamente por um leito, na qual não se vislumbra igualdade; na verdade, venceu o comodismo da Administração Pública, que, segundo a lógica da decisão, tem o aval de continuar gerindo dessa maneira o sistema de disponibilização de leitos de UTI, já que o Judiciário entendeu adequado não intervir.

Desse modo, a “vitória” do “princípio da igualdade” e da má gestão estatal colaborou para o óbito da pleiteante, que não resistiu à demora na internação em leito adequado. Este, portanto, é um caso emblemático em que a fila de espera gerou o perecimento do próprio direito à vida.

Em sentido contrário, existem precedentes que reconhecem a necessidade de intervenção jurisdicional em procedimentos médicos com fila de espera, independentemente da posição do promovente, na hipótese de demora na prestação do serviço, ocasionada pela negligência estatal. No julgamento da Apelação Cível nº 2013.089739-3⁶⁶, a Quarta Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de Santa Catarina decidiu manter incólume a sentença do juiz de 1º grau que deferira o “furo de fila” em favor da parte autora, que pleiteava, em face do Estado de Santa Catarina, o fornecimento de uma cirurgia de artrodese da coluna por via posterior, em caráter de urgência. A decisão foi lastreada na satisfação do direito à saúde da demandante, que estava sendo negligenciado com o andamento lento e insuficiente da lista de espera do SUS:

Razão não assiste ao apelante posto que, o interesse processual, traduzido pelo binômio necessidade-utilidade, se encontra alicerçado exatamente na incompatibilidade existente entre a urgência, expressamente declarada pelo cirurgião ortopedista, que recomendou a realização da cirurgia "o mais rápido possível" (fl. 30), e a longa espera prevista para o atendimento através do Sistema Único de Saúde - SUS, sobretudo quando verificado que, em 15-5-2012 a autora ocupava o 417º lugar na referida lista de pacientes e, um mês após, encontrava-se ainda na 396ª posição, revelando lentidão inconciliável com o caráter emergencial da providência indicada.

Observa-se, nessa lide, que o Tribunal atentou para as peculiaridades do caso concreto e para a realidade de desídia do Estado ao lidar com a satisfação do direito à saúde, não se prendendo a argumentações abstratas e admitindo que o sistema de fila de espera, quando eivado de falhas, merece ser controlado pelo Poder Judiciário. Tal decisão se encontra consoante com o entendimento de que a fila de espera deve ser um meio de compatibilização

⁶⁶ TJ-SC, Relator: Rodrigo Cunha, Data de Julgamento: 25/06/2014, Quarta Câmara de Direito Público Julgado. Disponível em: <<http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25179783/apelacao-civel-ac-20130897393-sc-2013089739-3-acordao-tjsc/inteiro-teor-25179784>>. Acesso em 05.08.2014.

do direito à saúde e dos limites orçamentários do Estado; porém, não merece ser preservada e respeitada, quando se verificam problemas no seu ritmo de andamento, pois já não se mostra capaz de colimar tal direito fundamental, negligenciando-o e fazendo-o perecer, em vez disso.

No mesmo sentido, o Tribunal Regional da 5ª Região, ao julgar a Apelação Cível 402746/RN⁶⁷, interposta pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), negou provimento ao recurso, concluindo pela manutenção da sentença do juiz *a quo* que condenara a UFRN a fornecer a cirurgia de vitrectomia à parte autora. A Universidade pugnara pela reforma da decisão, alegando “a impossibilidade de realização da cirurgia de vitrectomia no particular, por inexistência de vagas e recursos suficientes para atender a todos aqueles que já esperam em fila por tal procedimento, de modo que garantir a pretensão do autor burlaria a isonomia de tratamento com todos aqueles que também sofrem da mesma enfermidade.”.

O Tribunal, contudo, não acatou a argumentação, dando prevalência ao direito à saúde e rechaçando qualquer ofensa ao princípio da igualdade, ao entender legítima a luta do particular pelo seu direito à saúde, sem que isso significasse violação ao direito alheio, mormente quando se tem em vista que a razão de demora na prestação do serviço é a ineficiência do sistema de fila de espera:

O particular, ao solicitar perante o Judiciário a realização de procedimento cirúrgico que lhe foi negado, não está pretendendo sobrepor-se ao restante dos pacientes que aguardam em fila, mas proteger sua própria integridade física e resguardar sua saúde, tendo em vista que há nos autos laudo oftalmológico de médico (documento afixado entre as fls. 13 e 14) atestando a urgência e necessidade da realização da cirurgia naquele paciente devido à evolução da doença.

Vê-se, portanto, que o Poder Judiciário não legitimou a lógica de respeito à igualdade apresentada no recurso da UFRN, que guardava em seu âmago a satisfação ilusória de tal princípio a partir de uma equiparação dos cidadãos inscritos na fila de espera em uma situação de negação do direito à saúde. Não conceder a tutela jurisdicional nesse caso não atenderia nem ao direito à saúde do pleiteante, nem ao direito à saúde dos outros inscritos – que permaneceriam sem o procedimento cirúrgico –, nem ao princípio da igualdade, mas tão somente incentivaria a continuidade da omissão do réu em tomar as devidas providências para normalizar a prestação do serviço.

Em demanda semelhante, que correu perante a 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Ceará, no processo de nº 0801298-74.2014.4.05.8100⁶⁸, o autor acionou o Poder

⁶⁷ TRF-5, Relator: Desembargador Federal Francisco Wildo, Data de Julgamento: 22/09/2009, Segunda Turma. Disponível em: <<http://trf-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8342899/apelacao-civel-ac-402746-rn-0010089-5320054058400/inteiro-teor-15232237>>. Acesso em 14.09.2014.

⁶⁸ Disponível em: <<https://pje.jfce.jus.br/pje/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?>>

Judiciário em busca do fornecimento imediato de cirurgia de artroplastia total, arrolando como réus a União Federal e o Estado do Ceará. Alegou que se encontrava na fila de espera do Hospital Geral de Fortaleza há mais de quatro anos, sem qualquer previsão de atendimento e não possuía mais condições clínicas de aguardar indeterminadamente pelo procedimento, ante o estado de saúde bastante delicado, que o conduzira, inclusive, á incapacidade laborativa e as dores intensas que o acometiam. Quando do ajuizamento da ação, encontrava-se na posição de nº 179.

Nessa toada, o autor comprovou, em sede de petição inicial, que o ritmo de andamento da fila de espera estava quatro vezes mais lento que o recomendado, em razão da escassez de materiais para a realização do procedimento. Dessa maneira, o magistrado, considerando a negligência estatal em providenciar os insumos necessários ao regular andamento de tal fila de espera, antecipou os efeitos da tutela jurisdicional, rechaçando ofensa ao princípio da igualdade e ao direito dos outros inscritos na lista, nos seguintes termos:

Importa, por fim, deixar registrado que é convicção firme deste Juiz Federal que o deferimento do pedido formulado na inicial não implica prejuízo ao direito fundamental à saúde dos demais pacientes que se encontram aguardando, pela via administrativa, a realização de similar ou idêntico tipo de procedimento cirúrgico. Com efeito, no caso em apreço, a morosidade da administração pública no cumprimento de seus deveres vem acarretando o agravamento do estado de saúde do Autor, que há mais de 4 (quatro) anos espera, sem qualquer perspectiva no curto prazo, a realização do procedimento cirúrgico. Significa dizer que os demais pacientes que aguardam na fila de espera em tese ostentam o mesmo direito de pleitear em juízo a realização do referido procedimento, sem que se submetam a demora que possa agravar o seu estado de saúde.

Nessa lide, reconheceu-se o caráter meramente figurativo da fila, que, em verdade, inexistia, legitimando todos os inscritos a pleitear em juízo o fornecimento da cirurgia, única medida apta a compelir a Administração Pública a sair da inércia e proceder à aquisição dos materiais cirúrgicos. De fato, essa decisão é bem paradigmática ao ressaltar que o conflito alegado entre o princípio da igualdade e o direito à saúde do autor é meramente aparente, pois a não satisfação deste não implicará a realização daquele, já que o direito à saúde dos outros pacientes permanecerá em estado de violação.

Dessa feita, vê-se que, a despeito de algumas decisões em sentido contrário, os magistrados e Tribunais pátrios começaram a debruçar-se sobre a questão do controle jurisdicional em procedimentos médicos com fila de espera de uma maneira mais amadurecida, analisando as demandas a partir de fundamentos jurídicos, mas sem dissociar-se da realidade social delicada que assola a saúde pública no País, pois nem sempre pleitear o

direito à saúde em juízo significa sobrepor-se a fila de espera, já que isso depende das variáveis que rodeiam o caso, como o estado de saúde do autor, o tempo de espera, o andamento da fila, o nível de urgência do procedimento, as razões para a demora no fornecimento e o grau de concorrência da Administração Pública para tanto.

3.2 Controle jurisdicional de procedimentos médicos com fila de espera em demandas coletivas.

Na esteira do que foi aduzido no capítulo anterior, o manejo de ações coletivas para agilizar o fornecimento de procedimentos médicos estruturados a partir de listas de espera, é, de fato, uma solução que, por apresentar efeitos *ultra partes* ou *erga omnes* transcende a discussão a respeito da violação ao princípio da igualdade e visa a atender o direito individual à saúde de todos os inscritos na fila, com vistas a superar a negligência da Administração Pública na disponibilização do serviço público. Nesse tópico, serão expostas duas demandas, no bojo das quais se procedeu à defesa coletiva de direitos em juízo, e que concernem a procedimentos médicos que há muito vinham sendo precariamente fornecidos pelo Poder Público, o que havia dado causa à formação de filas enormes que obstavam a satisfação do direito à saúde, em vez de se constituir como maneira de coordenação e organização da prestação estatal.

Nesse sentido, em 2013, a Defensoria Pública da União no Estado do Ceará propôs ação civil pública em face da União Federal e da Universidade Federal do Ceará (UFC), sob o processo de nº 0803720-56.2013.4.05.8100⁶⁹ que corre perante a 6ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Ceará, com vistas a pleitear o fornecimento imediato da cirurgia ortopédica de manguito rotador aos 93 pacientes inscritos na fila de espera no ambulatório de Traumatologia-Ortopedia do Hospital Universitário Walter Cantídio – HUWC.

Na hipótese, desde 2010, a fila de espera para realização do procedimento cirúrgico encontrava-se absolutamente parada, sem nenhuma previsão de atendimento para os cidadãos nela cadastrados, que necessitavam, com brevidade, da cirurgia. A razão da demora seria a falta de materiais cirúrgicos indispensáveis ao procedimento e o entrave no procedimento licitatório para aquisição dos equipamentos. Dessa feita, fez-se necessário

⁶⁹

Disponível

em:

<<https://pje.jfce.jus.br/pje/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?idBin=370335&idProcessoDoc=369912>>. Acesso em 14.09.2014.

acionar o Poder Judiciário no intuito de fazer cessar essa situação de negação generalizada do direito à saúde.

Em sede de manifestação judicial, os réus justificaram sua omissão com base na ‘reserva do possível’, alegando a falta de recursos como fato gerador da interrupção, por mais de três anos, no fornecimento da cirurgia, que detém caráter urgente. No entanto, o magistrado não acatou os argumentos ofertados pelos demandados e se posicionou favoravelmente ao pleito da parte autora, em sede de apreciação acerca do pedido de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional:

Quanto à alegada reserva do possível, entendo que tal princípio não pode ser utilizado como um entrave para a efetivação dos direitos sociais, sem qualquer balizamento, haja vista que deve ser garantido aos cidadãos um mínimo de direitos que lhes concedam uma vida digna, como, o direito à saúde, que apresenta vinculação direta com o direito à vida e com o princípio da dignidade da pessoa humana. Ademais, nenhum dos entes logrou comprovar da existência de limitação financeira capaz de impedir a aquisição dos materiais requeridos.

Passo a apreciar o pedido liminar.

A partir de exame superficial, próprio desta fase de cognição sumária, estou em que, à vista da prova documental colacionada nos autos, revelam verossimilhança as alegações deduzidas da inicial, capazes de justificar o deferimento da pretensão cautelar in initio litis. Com efeito, verifica-se a existência de extensa fila de espera para a realização da cirurgia de manguito rotador, que não vem sendo efetuada no âmbito do HUWC em vista da ausência de material necessário para o referido procedimento. Por seu turno, o periculum in mora mostra-se evidente, porque a não realização imediata do procedimento cirúrgico em comento pode acarretar prejuízos ainda maiores à saúde dos 93 (noventa e três) pacientes que aguardam para serem submetidos ao procedimento (v. Id. 216.756).

Assim, defiro a liminar para determinar que a UNIÃO e a UFC, por intermédio do HUWC, adotem todas as providências necessárias, especialmente a aquisição dos insumos/materiais, para que todos os pacientes constantes da lista de espera (v. Id. 216.756) sejam submetidos ao procedimento cirúrgico de manguito rotador, no prazo de seis meses a partir da intimação desta decisão, sob pena de responsabilidade e multa diária no valor de R\$1.000,00 (um mil reais).

Em análise ao trecho da decisão supra transcrita, observa-se que, a despeito de na ação civil pública para controle de procedimentos médicos com fila de espera serem minimizadas as alegações de ofensa ao princípio da igualdade, objeto primordial do presente trabalho, despertam-se, com maior força que no bojo de uma demanda individual, as alegações contrárias à judicialização do direito à saúde de um modo geral, como a reserva do possível, uma vez que o pedido principal da ação civil pública abrange um maior número de jurisdicionados e envolve todo um setor de um Hospital Universitário, provocando uma ingerência judicial de maior vulto nessa política pública em específico.

Todavia, impede frisar que a jurisprudência dos Tribunais Superiores vem solidificando entendimento de que esses argumentos não são óbices à intervenção do Poder Judiciário na concretização do direito fundamental em baila, mormente porque prevalece que

a alegação de reserva do possível não é oponível em face do mínimo existencial, dentro do qual se englobam o direito à vida e o direito à saúde. Vale apregoar o precedente a seguir bastante elucidativo nesse sentido:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS. TRATAMENTO DE SAÚDE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA UNIÃO, DO ESTADO, DO DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. ARTS. 6º E 196 DA CF/88. PRINCÍPIO DA NÃO-OPONIBILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. NÃO PROVIMENTO DO AGRAVO.

1. Encontra-se pacificado nas Turmas integrantes desta Corte o entendimento segundo o qual a ação cujo objeto visa o fornecimento de medicamentos ou de tratamento médico inclusive no exterior pelo SUS pode ser proposta em face da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, individualmente ou em conjunto, à vista dos preceitos insculpidos nos arts. 6º e 196 da CF/88 (AC - 360863/CE e AGTR - 88941/CE), condicionado o fornecimento dos referidos medicamentos à comprovação da necessidade, além da condição de hipossuficiente, ou seja, que os destinatários não possam arcar financeiramente com a medicação e, ou tratamento de saúde (APELREEX 20098500004578, Desembargadora Federal Margarida Cantarelli, TRF5 - Quarta Turma, 28/10/2010).

2. Igualmente pacificado neste Sodalício o entendimento quanto à legitimidade do Ministério Público para propor ação civil pública na defesa do direito à vida e à saúde de pessoa determinada para fins de fornecimento a ela de tratamento médico ou de medicamentos devido à natureza indisponível desses direitos (STJ, AGRESP - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - 1028835, Relator Min. LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, J. 02/12/2008, P/UNANIMIDADE, DJE 15/12/2008).

3. A situação fática delineada nos autos não escapa à proteção jurídica do Estado em face do que dispõe os arts. 6º e 196 da CF/88 e do princípio da não- oponibilidade da reserva do possível ao mínimo existencial, os quais corroboram a presença dos requisitos autorizadores da antecipação da tutela no caso concreto, tendo em vista a relevância de doença grave em paciente idoso e hipossuficiente, servidor aposentado do Ministério da Marinha (Escola de Aprendizes de Marinheiros), quadro que requer providências urgentes de acordo com as prescrições médicas expedidas por profissionais credenciados ao CREMEC (Conselho Regional de Medicina no Estado do Ceará) e Laudo de Exame Tomográfico expedido pelo SUS (STJ, RESp nº 1.041.197 - MS, Relator Min. Humberto Martins, j. 25/08/2009 e AC 200983000187292, Desembargadora Federal Margarida Cantarelli, TRF5 - Quarta Turma, 27/01/2011).

5. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (Acórdão AGTR 98678/CE; Origem Tribunal Regional Federal - 5ª Região; Classe AGTR - Agravo de Instrumento; Número do Processo: 0056610-94.2009.4.05.0000; Órgão Julgador: Segunda Turma; Relator Desembargador Federal Paulo Gadelha; Data Julgamento 12/04/2011)

Em conclusão, em que pese ainda não haver provimento jurisdicional de caráter definitivo, vê-se que a propositura da demanda coletiva em baila apresentou-se como o modo mais ponderado e econômico para levar a questão da fila de espera da cirurgia de manguito rotador do HUWC-UFC ao Poder Judiciário. Invariavelmente, ante a reiterada negligência do Hospital de mais de três anos em adquirir os equipamentos necessários à realização da cirurgia e a demora irracional e incompatível com a prescrição médica, como nem o primeiro nem o último possuíam previsão para atendimento, todos os 93 pacientes estariam legitimados

a acionar individualmente o Judiciário e obter o fornecimento do procedimento, sem que isso implicasse ‘furo de fila’ e violação ao princípio da igualdade, pois, conforme já explanado, não há o que se falar em igualdade em situação de privação de direitos, sendo a judicialização a única via apta a colimar o direito à saúde. Porém, preferiu-se o ajuizamento de uma demanda coletiva, que molecularizou o conflito e evitou uma enxurrada de ações referentes ao caso, e ainda foi capaz de atender efetivamente ao princípio da igualdade, retirando igualmente, todos os pacientes de um cenário de negação do direito à saúde, que tendia a se perpetuar indefinidamente, deixando incólume o critério utilizado na estruturação da fila de espera, a ser respeitado no ato de cumprimento da decisão.

Outro caso a ser apreciado é o da ação civil pública proposta pela Defensoria Pública da União no Estado do Rio Grande do Norte, sob o processo de nº 0001259-17.2013.4.05.8401⁷⁰, perante a 10ª Vara Federal daquela Seção Judiciária, em desfavor da União Federal, do Estado do Rio Grande do Norte e do Município de Mossoró.

As razões do ajuizamento de tal demanda consistiram na longa fila de espera à qual as pessoas eram submetidas caso necessitassem realizar um exame de ressonância magnética através do Sistema Único de Saúde. Em virtude da insuficiência de equipamentos, o número de exames disponibilizados por mês fazia-se bastante insuficiente ante a demanda da população, o que ocasionava a geração de uma longa lista de espera, podendo o tempo de aguardo durar até 24 meses. Assim, o ritmo lento da fila obstava a satisfação do direito à saúde de muitos indivíduos, razão pela qual a ação coletiva foi ajuizada, suscitando uma atuação judicial que garantisse a efetiva implementação dessa política pública de saúde. Reconhecendo os prejuízos que a longa espera, ocasionada pela ausência de atuação do Poder Público, poderia causar ao direito à saúde dos cidadãos inscritos na lista e daqueles que poderiam vir a inscrever-se, o magistrado concedeu liminarmente a tutela jurisdicional, condenando os réus adotarem as devidas providências para otimizar o ritmo de andamento da fila, nos seguintes termos:

Como se observa, no caso dos autos, a gravidade do quadro clínico de pessoas que sofrem algum tipo de enfermidade não permite, sem sérios riscos à vida, espera superior a um ano para realização do exame de ressonância magnética. Como ressaltado pelo Colégio Brasileiro de Radiologia e Diagnóstico por Imagem, "A depender da patologia, a ausência do exame poderá comprometer o diagnóstico e o tratamento dos pacientes". Portanto, evitando-se essa longa espera, sem dúvida, ocorrerá um aumento no índice de curas e, conseqüentemente, redução considerável dos índices de óbitos e sequelas em determinados casos.

Diante do exposto, DEFIRO PARCIALMENTE o pedido de antecipação dos efeitos da tutela para, reconhecendo a responsabilidade solidária dos réus (União, Estado do

⁷⁰ Disponível em: <<http://200.217.210.153/consultabas/resconsproc.asp>>. Acesso em 15.08.2014.

Rio Grande do Norte e Município de Mossoró), determinar que a União forneça verba ao Estado do Rio Grande do Norte, no mínimo igual à de 2011, a fim de que este repasse ao Município de Mossoró/RN, a fim de que este aplique esta quantia, exclusivamente, para o aumento mensal da quantidade de exames de ressonância magnética, ou seja, no mínimo devem ser realizados 1.657 (mil seiscentos e cinquenta e sete) exames por ano, conforme consta da tabela de fl. 54, no prazo máximo de 6 (seis) meses, tendo em vista serem muito exíguos os prazos postulados pelo autor, além do que o Município possui problema de oferta de clínicas.

Tal ação civil pública não objetivou findar o sistema de fila de espera, mas apenas de tornar seu funcionamento compatível com a efetiva realização do direito à saúde, o que só ocorre se houver brevidade no fornecimento do exame. Nesse diapasão, a partir do momento em que a fila mais viola do que colima tal direito fundamental, passa a ser passível de controle jurisdicional. De fato, ações individuais isoladas não seriam aptas a produzir esse impacto de tamanha monta na disponibilização e estruturação desse serviço público, sendo bastante apropriado o manejo do instrumento processual coletiva para defesa desse direito.

Dessa feita, nas hipóteses acima analisadas, foi possível a propositura de demandas coletivas, as quais foram providas e irradiaram seus efeitos não só na colimação do direito à saúde dos beneficiários da ação, mas também na otimização da prestação do serviço como um todo, na esteira das balizas fornecidas pela decisão judicial. Ofereceu-se, em face de uma problemática de grandes proporções, uma solução de semelhante vulto, capaz, inclusive, de influenciar no planejamento e implementação de novas políticas públicas, no âmbito administrativo.

Portanto, ressaltando-se a possibilidade de intervenção judicial também nas demandas individuais, faz-se conveniente a priorização por ações coletivas no âmbito dos procedimentos médicos com fila de espera, pois, a despeito de possuírem algumas limitações – como o reduzido rol de legitimados ativos e a necessidade de coleta de mais informações que na demanda individual para sua propositura -, mostram-se como a via mais adequada e eficaz para colimar o direito à saúde e corrigir a omissão estatal, uma vez que o Judiciário, no bojo de uma ação coletiva, determina que a Administração Pública disponibilize, de maneira global, aos jurisdicionados que aguardam na lista de espera o fornecimento do procedimento médico em questão, o que põe fim à fila e à espera desarrazoada, o que efetivamente atende ao princípio da igualdade, pois satisfaz o direito fundamental à saúde dos pacientes que antes estavam em uma situação de privação generalizada de um direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o advento do fenômeno da judicialização do direito à saúde e a relativa estabilização de seus parâmetros, limites e modelos, fez-se pertinente, partindo-se do pressuposto de ser conferida justiciabilidade a esse direito social, enfrentar a resistência imposta ao controle jurisdicional no âmbito dos procedimentos médicos com fila de espera no Sistema Único de Saúde, pela alegação abstrata de ofensa ao princípio da igualdade.

Na realidade, não se defende uma intervenção generalizada do Poder Judiciário nessa seara, mas apenas caso seja verificada omissão, desídia, ou negligência estatal na prestação do serviço público e na condução da lista de espera, isto é, quando haja ilegalidade perpetrada pela Administração Pública, por intermédio do descumprimento das diretrizes de uma política pública que visa a concretizar um direito fundamental.

De fato, não se vislumbra possível a atuação do Poder Judiciário em filas de espera que funcionam dentro dos padrões de qualidade recomendados ou que não funcionam por razões não imputáveis ao Poder Público. Em contrapartida, também não se pode negar legitimidade à atuação judicial no controle dessas listas de espera, na hipótese em que as filas não progridem em velocidade razoável, cenário no qual esse mecanismo, em vez de exercer a função de viabilizar e organizar a disponibilização do serviço, torna-se um óbice à colimação do direito à saúde e uma blindagem ao dever constitucional dos entes federados em concretizá-lo, pois há quem compreenda que a mera inscrição na lista do SUS já desincumbe o Estado dessa obrigação, o que é inaceitável, uma vez que a espera prolongada pode dizimar a eficácia do tratamento, e, conseqüentemente, obstar o direito à saúde.

A fim de afastar a utilização do princípio da igualdade como uma alegação absoluta à negação de interferência do Judiciário nesse campo, fez-se de bom alvitre debruçar-se sobre o aspecto concorrencial do direito à saúde, introduzido pela perspectiva de análise à luz do princípio da igualdade.

Nessa toada, constatou-se que o conflito que põe de um lado o direito à saúde do paciente que busca em juízo o “furo de fila”, e do outro, o princípio da igualdade, plasmado pelo direito à saúde do cidadão inscrito à sua frente na lista e que também aguarda pelo procedimento, é meramente aparente, pois não prover a tutela jurisdicional não conduziria à satisfação do direito à saúde do terceiro, ante a negligência estatal em disponibilizar o serviço (nem o primeiro nem o último da fila tem seu direito atendido, quando a omissão estatal gera a paralisação da fila ou o andamento irregular), e não satisfaria o princípio da igualdade, já que este não prevalece quando as pessoas são niveladas por baixo, isto é, tem seu direito à

saúde igualmente violado; não foi esse o escopo do Constituinte Originário ao estatuir tal preceito.

Dessa maneira, denegar o deferimento do controle jurisdicional para determinar o fornecimento imediato do tratamento ao jurisdicionado não atende nem ao princípio da igualdade nem ao direito à saúde de seus pares, mas somente endossa a desídia do Poder Público, que se vê em uma posição bastante cômoda em não promover melhorias ao sistema, quando o Judiciário resolve não intervir. Em contrapartida, caso a tutela jurisdicional seja concedida, ao menos um cidadão terá seu direito à saúde colimado.

Assim, reconhece-se a existência de um verdadeiro direito subjetivo a “furar a fila judicialmente”, desde que o jurisdicionado prove inequivocamente a omissão estatal em concretizar o direito à saúde e a inércia, lentidão da lista de espera ou, até mesmo, sua insuficiência de ritmo de andamento em face da demanda, pois se admite a excepcionalidade da intervenção judicial nessa seara.

Desse modo, a negativa da concessão da tutela deve ser concretamente fundamentada, não sendo suficiente a mera alegação abstrata do princípio da igualdade, o que prestigia a negligência da Administração Pública na implementação das políticas públicas de saúde atinentes aos procedimentos estruturados com fila de espera, com vistas a evitar que tal princípio se transforme em um óbice absoluto ao controle jurisdicional nessa seara, apto a criar uma bolha no Sistema Único de Saúde, na qual o Poder Judiciário não pode interferir, mesmo em caso de ilegalidade.

Reconhece-se, entretanto, no intuito de evitar a desestabilização do sistema e o efeito multiplicador de decisões em demandas individuais, a necessidade de priorização das ações coletivas que tenham como objeto regularizar o andamento das filas de espera, de uma maneira global, pois esse tipo de demanda é capaz de retirar igualmente os cidadãos de uma situação de privação de direitos, seguindo sua posição na lista administrativa do SUS, quando do cumprimento da decisão que determina o fornecimento imediato do tratamento médico aos que aguardam.

Não se pode, todavia, denegar relevância às ações de cunho individual que se prestam a pleitear o “furo de fila”, pois a norma constitucional engloba a acepção individual do gozo do direito à saúde, não se podendo olvidar ainda a imprescindibilidade de conferir prestígio àqueles que lutam pelo seu direito, nos termos propostos por Ihering, conforme já explicitado, pois não é razoável pugnar que um cidadão se mantenha inativo ante a ofensa de seu direito fundamental, apenas porque os outros também estão inertes. Nesse ponto, há de

ressalvar que muitos permanecem inertes por falta de informação e por dificuldades em realizar seu direito fundamental ao acesso à justiça, o que há de ser mensurado pelo julgador.

Destarte, propõe-se como modelo a combinação de demandas individuais e coletivas, com prevalência destas, pois apresentam maior grau de realização do princípio da igualdade.

Por fim, impende frisar que o Poder Judiciário não estaria se substituindo ao administrador público, pois sua tarefa não é a de criação de políticas públicas, não é a de inserção dos tratamentos médicos nos programas de governo; pelo contrário, o escopo é apenas efetivar essas políticas, estando os procedimentos médicos, em sua maioria, inclusive as cirurgias eletivas, previstas nos programas e aptas a serem custeadas pelo SUS. Acredita-se que a aceitação da possibilidade de controle jurisdicional desses tratamentos médicos organizados a partir de filas de espera catalizaria o andamento das listas, melhorando o fornecimento do serviço público e reduzindo o tempo previsto de espera, na mesma esteira em que a tendência de judicialização do acesso à saúde vem influenciando na própria concepção e formulação do Sistema Único de Saúde e no gerenciamento das políticas públicas atinentes à efetivação desse direito social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVICH, Víctor e COURTIS, Christian. **El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el estado social constitucional**. 1.^a ed. Buenos Aires: Del Prado, 2006.

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

BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas**. In: SARMENTO, Daniel e GALDINO, Flávio. **Direitos Fundamentais: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. Editora Renovar: Rio de Janeiro, São Paulo, Recife, 2006.

BASTOS, Elísio Augusto. **Algumas reflexões sobre os direitos humanos e suas gerações**. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. **Teoria Geral dos Direitos Humanos**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **A Quinta Geração de Direitos Fundamentais**. In: **Direitos Fundamentais & Justiça**. Ano 2 - n° 3 - Abr./Jun. 2008.

BONAVIDES. **Curso de Direito Constitucional**. 15.^a ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em direito**. In: **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. Maria Paula Dallari Bucci. São Paulo: Saraiva, 2006.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANELA JÚNIOR, Osvaldo. **O Orçamento e a ‘Reserva do Possível’: Dimensionamento no Controle Judicial de Políticas Públicas**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. 2.^a Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. 2.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. 12.^a ed. Vol. 01. Salvador: Editora Juspodivm, 2010

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito à Saúde**. Salvador: Editora Juspodivum, 2014.

GRINOVER, Ada Pelegrinni. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. In: GRINOVER, Ada Pelegrinni e WATANABE, Kazuo. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. 2.^a Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

IHERING, Rudolf Von. **A Luta pelo Direito**. Tradução João de Vasconcelos. São Paulo: Martin Claret, 2009.

LIMA, George Marmelstein. **Críticas à Teoria das Gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais**. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/4666/criticas-a-teoria-das-geracoes-ou-mesmo-dimensoes-dos-direitos-fundamentais/1>>. Acesso em 14.09.2014.

MARIANO, Cynara Monteiro. **Legitimidade do Direito e do Poder Judiciário. Neoconstitucionalismo ou Poder Constituinte Permanente?** Belo Horizonte. Editora Del Rey, 2010.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

MAZZUOLI, Valério. **Curso de Direito Internacional Público**, 7.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3.^a ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais**. 1.^a ed. São Paulo: Editora Malheiros.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967. Tomo VI (Arts. 113 – 150, § 1º)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1967.

NUNES, Antônio José Avelãs e SCAFF, Fernando Facury. **Os Tribunais e o Direito à Saúde**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2011.

PANSIERI, Flávio. **A Eficácia e Vinculação dos Direitos Sociais: reflexões a partir do direito à moradia**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 4.^a ed. Salvador/BA: Editora Juspodvm, 2012.

ROZAS, Luiza Barros. **Controle Jurisdicional de Políticas Públicas Urbanísticas: o direito à moradia no âmbito do Poder Judiciário**. In: DIDIER JR., Fredie, NALINI, José Renato, RAMOS, Glauco Gumerato, LEVY, Wilson. *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

SABINO, Marco Antônio da Costa. **Quando o Judiciário Ultrapassa seus Limites Constitucionais e Institucionais. O Caso da Saúde**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. 2.^a Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 10.^a ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang, FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **O direito fundamental à proteção e promoção da saúde na ordem jurídico-constitucional: uma visão geral sobre**

o sistema (público e privado) da saúde no Brasil. In: Revista do Instituto do Direito Brasileiro. Ano 2 - n° 4 - 2013.

SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. **Fundamentos do Direito.** São Paulo: Editora Atlas, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 34.^a ed. São Paulo. Editora Malheiros, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia.** 1.^a ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

SOUZA NETO. Cláudio Pereira de. **Direito Fundamental à Igualdade.** In: CANOTILHO, J. J Gomes, MENDES, Gilmar Ferreira, SARLET, Ingo Wolfgang, STRECK, Lênio Luiz e LEONCY, Léo Ferreira. São Paulo: Editora Saraiva/Editora Almedina, 2013.

SOUZA, Jorge Munhós de. **Diálogo Institucional e Direito à Saúde.** Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

TEIXEIRA. J. H. Meireles. **Curso de Direito Constitucional.** 2.^a ed. São Paulo: Editora Conceito, 2011.

TORRES, Silvia Faber. **Direitos Prestacionais, Reserva do Possível e Ponderação: Breves Considerações e Críticas.** In: SARMENTO, Daniel e GALDINO, Flávio. Direitos Fundamentais: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. Editora Renovar: Rio de Janeiro, São Paulo, Recife, 2006.

WATANABE, Kazuo. **Controle Jurisdicional das Políticas Públicas – ‘Mínimo Existencial’ e demais Direitos Fundamentais Imediatamente Judicializáveis.** In: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. 2.^a Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

ZAVASCKI. Teori Albino. **Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos.** 4.^a Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.