

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

**JUDICIALIZAÇÃO DO ACESSO À SAÚDE:
Observações acerca do direito ao leito e do direito à vida**

FELIPE AUGUSTO PROVENSÍ

**Rio de Janeiro
2021/2**

FELIPE AUGUSTO PROVENSÍ

**JUDICIALIZAÇÃO DO ACESSO À SAÚDE:
Observações acerca do direito ao leito e do direito à vida**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Dra. Ana Paula Barbosa-Fohrmann.

Rio de Janeiro

2021/2

FELIPE AUGUSTO PROVENSÍ

**JUDICIALIZAÇÃO DO ACESSO À SAÚDE:
Observações acerca do direito ao leito e do direito à vida**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Dra. Ana Paula Barbosa-Fohrmann.

Data da Aprovação: 09 / 02 / 2022.

Banca Examinadora:

Prof. Dra. Ana Paula Barbosa-Fohrmann

Prof. Me. Anna Caramuru Aubert

Prof. Me Laércio Melo Martins

Rio de Janeiro

2021/2

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela oportunidade de estar fazendo essa trajetória desde 2017, pelas pessoas que passaram pela minha vida nesse período, colegas, professores, diretores, palestrantes, profissionais da área do direito nos estágios que frequentei e, por conseguinte, todo o arcabouço intelectual apreendido.

Aos meus pais, que com muito esforço e fé fizeram o inimaginável para ter um filho formado em direito na mais prestigiada faculdade de direito do país. Sem a dona Gelci e o seu Alcedir, eu jamais conseguiria alcançar as pedras que alcancei nessa escalada rumo a um diploma. Levarei sempre comigo a máxima de que atrás de um objetivo vislumbrado por um filho visionário estão as mãos calejadas de pais que acreditam.

À minha irmã e ao meu irmão, pela paciência e compreensão nesse período, haja vista que em muitos momentos sacrifícios foram feitos para que eu pudesse estar no Rio de Janeiro, que implicaram na qualidade de vida deles, bem como na necessidade de abraçarem responsabilidades mais cedo.

Aos meus amigos e colegas de sala de aula, pessoas que de forma solidária carregaram um pouco do fardo um do outro, para ter assim a falsa sensação de alívio. Por óbvio que o peso e a dificuldade continuaram os mesmos, mas estar junto com vocês por esses cinco anos indubitavelmente tornou a jornada mais excitante e prazerosa.

Ao CACO e à AAAFND, instituições dentro da Faculdade Nacional de Direito que sem vias de dúvidas fazem toda a diferença para o corpo social da FND, o amparo ao aluno, bem como a luta em defesa da Universidade pública, questões de suma importância que sempre foram abraçadas. Ademais, grato pela possibilidade do engajamento desportivo enquanto discente, a troca de experiência com estudantes de outras instituições e a possibilidade de competições esportivas sadias, coisas que merecem espaço e respeito dentro da universidade. Por fim, grato por todas as manifestações e lutas na Avenida Presidente Vargas, IFCS, ALERJ; bem como por todas as supercopas e jogos jurídicos em várias cidades pelo Estado do Rio de Janeiro.

Para terminar, à UFRJ e à gloriosa Faculdade Nacional de Direito, que me deram um lugar de pertencimento. Ser aluno da Faculdade que fica situada à Rua Morcovo Filho nº. 8 fala muito, talvez eu nunca tivesse tido uma noção de pertencimento tão grande como agora. O prédio histórico não é apenas um lugar com salas de aulas, trata-se de uma casa, aqueles que ali frequentam não são apenas alunos e professores, são os moradores, as escadarias possuem uma cara, as salas, a biblioteca, a cantina, as salas do CACO e da Atlética, o salão nobre, a varandinha, tudo possui uma cara, que é a da família que ali frequenta, todos são próximos, conhecidos, amigos, interessados num assunto comum que é o direito, é a família e a casa que se ganha na Central do Brasil e que eu ganhei no Rio de Janeiro.

Com emoção, eternamente grato.

“Porque há o direito ao grito. Então eu grito.”

- Clarice Lispector

JUDICIALIZAÇÃO DO ACESSO À SAÚDE: Observações acerca do direito ao leito e do direito à vida

Felipe Augusto Provensi

Professora Orientadora: Dra. Ana Paula Barbosa-Fohrmann

RESUMO

Esta pesquisa objetiva demonstrar como o Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro atua frente as demandas judiciais por leitos hospitalares, como funcionam as decisões que mandam efetuar transferências de hospitais e como determinadas decisões são impossíveis de serem cumpridas pela inviabilidade material das unidades de saúde. Aborda-se, assim, o reconhecimento do Poder Executivo como responsável pela gestão das unidades de saúde, mas busca compreender a hipótese de intervenção do Poder Judiciário quando demandado como último recurso pelos usuários, em caso de urgência/emergência, na tentativa de alcançar um leito e garantir a efetivação de seu direito à vida. Dessa forma, depreende-se observações acerca das fundamentações que orientam o dispositivo decisório das decisões emanadas no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, abordadas sob um aspecto do direito constitucional no que condiz com o direito social de garantia e acesso à saúde. Por fim, defende-se a atuação do Poder Judiciário no contexto da judicialização do acesso à saúde, de forma racional e razoável, conforme de depreende desta pesquisa básica e da bibliografia analisada.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à vida; Direito e saúde; Transferência de leitos hospitalares; Hospitais públicos e privados.

JUDICIALIZATION OF ACCESS TO HEALTH: Remarks on the right to a hospital bed and the right to life

ABSTRACT

This research aims to demonstrate how the Judiciary of the State of Rio de Janeiro acts in the face of judicial demands for hospital beds, how the decisions that order transfers of hospitals work and how certain decisions are impossible to be fulfilled due to the material constraints of the health institutions. It also addresses the recognition of the Executive Power as responsible for the management of the institutions, in addition to the Judiciary being demanded in the last hypothesis by the users, in case of urgency/emergency, as a final alternative in the attempt to reach a bed and guarantee the realization of their right to life. In addition, observations are made about the grounds that guide the decision-making process, which are addressed according to constitutional law in what is consistent with the social right to guarantee and to access health. Finally, how the indemnities of private health institutions work and how the transfer from private to public institutions takes place.

KEYWORDS: Right to life; Law and health; Transfer of hospital beds; Public and private hospitals.

LISTA DE ABREVIATURAS

Art.: Artigo

CF/88: Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CNRS: Comissão Nacional da Reforma Sanitária

DPERJ: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

ENSP: Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca

N.: Número

RUE: Rede de Urgência e Emergência

SUS: Sistema Único de Saúde

STF: Supremo Tribunal Federal

TJERJ: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

UPA: Unidade de Pronto Atendimento

UTI: Unidade de Tratamento Intensivo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1. A DISTRIBUIÇÃO DA SOLIDARIEDADE POR MEIO DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DE ACESSO À SAÚDE	
1.1 Aspectos da teoria da justiça de Philippe Van Parijs: a distribuição da solidariedade.....	15
1.2 Aspectos constitucionais gerais.....	17
1.3 Da solidariedade dos entes federativos da prestação da saúde.....	19
1.3.1 Da solidariedade dos entes no exercício da prestação de saúde.....	19
1.3.2 Da solidariedade dos entes enquanto concorrente na competência legislativa em saúde..	20
1.4 Da possibilidade de intervenção da União quando não efetivação da garantia de saúde pelos Estados e Municípios.....	22
2. SAÚDE COMO DIREITO DE TODOS E COMO DEVER DO ESTADO.....	24
3. DA REFUTABILIDADE DA HIPÓTESE DE INVASÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA COMPETÊNCIA DO PODER EXECUTIVO E NAS ESFERAS ADMINISTRATIVAS DAS UNIDADES HOSPITALARES E ÓRGÃOS DE REGULAÇÃO.....	28
4. ANÁLISE DE DECISÕES EMANADAS NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (TJERJ)	
4.1 Do direito à transferência de hospital privado para hospital público.....	33
4.2 Do direito de permanência em leito hospitalar privado e as hipóteses de deferimento de pleito judicial no âmbito do TJERJ.....	35
4.3 Da indenização dos hospitais privados pelos entes federados.....	37
5. APLICAÇÃO DO DIREITO E EFETIVAÇÃO DAS MEDIDAS.....	41
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	48
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	51

INTRODUÇÃO

A saúde é um direito fundamental essencial do cidadão, trata-se de um estado de bem-estar pelo qual a vida se torna viável. Sem saúde, não há vida. A falta de saúde é sinônimo de diminuição da expectativa de vida e, mais do que isso, da própria falta de vida, ou seja, a morte. Por isso, esse tema é tão caro a nós seres humanos e é por essa razão que a saúde se trata de um direito, de um dever e, mais importante de tudo, de solidariedade.

Solidariedade porque todos somos solidários com a saúde, pessoas naturais, jurídicas, de direito público ou privado. Todos contribuem com a saúde e confiam a administração dos recursos necessários para a proteção, promoção e exercício da saúde à administração pública, bem como a todos os poderes e entes da federação.

A palavra “saúde” tem origem no latim *salus + ūtis*, que significa salvação, conservação (da vida), e trata de um estado de equilíbrio dinâmico entre o organismo e seu ambiente, o qual mantém as características estruturais e funcionais do organismo dentro dos limites normais para sua forma de vida e para a sua fase do ciclo vital¹.

É nesse sentido que o direito reconhece a saúde como um direito essencial e inerente do cidadão, haja vista que, sem saúde, a vida se torna inviável. Atento a essa perspectiva que o constituinte trouxe as garantias de acesso à saúde. Mais tarde, emendou-se a Constituição para fins de estabilização do sistema único de saúde e estabelecimento de regras para constituir o fundo de financiamento da saúde.

Dessa forma, a Constituição Federal de 1988 trouxe como direito social o acesso à saúde, a assistência e garantia da mesma para o cidadão. Vejamos:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição

(BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988.)

Anota-se que a prestação da saúde é matéria de competência do Poder Executivo de todos os entes da federação; no entanto, nem sempre esse direito é atendido, o que gera uma corrida ao Poder Judiciário. Isso não significa invasão do Poder Judiciário na esfera do Executivo ou do Legislativo. Trata-se do que o constituinte desejava com a saúde, e o que desejava era a solidariedade e responsabilidade de todos em prol do exercício efetivo da saúde.

¹ Definição de Oxford Languages. <https://languages.oup.com/research/oxford-english-dictionary>. Acesso em: 14 jan. 2021.

No contexto do Estado e do Município do Rio de Janeiro, comumente o paciente ou sua família se depara com a dificuldade de conseguir um leito de internação, isso no cenário anterior à COVID-19, conforme será analisado nos julgados, haja vista o contexto do Corona Vírus não ser parâmetro para o presente estudo, considerando que houve um colapso de todo o sistema de saúde em nível nacional e internacional.

Nesse diapasão que, buscando pelo direito de acesso à saúde, muitas famílias correm ao Poder Judiciário na expectativa de ver seu pleito atendido, conseguindo, assim, um leito para um paciente de que dele necessita para continuar vivo.

O direito, nesse caso, não poderia jamais escapar de lidar com algo tão relevante na sociedade, e não o fez. É com isso que o constituinte pensou na saúde como direito de todos e obrigação a ser prestada pelo Estado, obrigação esta que deve ser efetivada de forma solidária, haja vista que todos os entes são responsáveis pela prestação de saúde.

Quanto o acesso ao leito, tema que se aborda, seguem alguns dados relativos ao município do Rio de Janeiro, anterior à COVID-19:

O acesso ao leito hospitalar é infrequente, sendo atendidas apenas 13% das solicitações totais. As solicitações de leito oriundas das UPAs alcançaram percentuais maiores, 40% para UTI e 36% para clínica geral. No entanto, os cerca de 60% restantes, geralmente, recebem alta ou evoluem para óbito antes de alcançar um leito hospitalar, transformando as UPAs em unidades de internação. (Konder; O'dwyer, 2019).

Veja-se que o número não é pequeno, de cada 10 pacientes que necessitam de um leito, 6 deles evoluem para óbito ou recebem alta; desse número elevador é que se percebe a demanda judicial por leitos. Trata-se de um problema grave de falta de acesso à saúde pública, o que por vezes resulta em morte dos pacientes.

À época, em 2019, não se consideravam as demandas decorrentes do novo Corona Vírus que afetaram de forma exponencial as diversas unidades de saúde no Rio de Janeiro, bem como no país inteiro, principalmente as unidades de terapia intensiva e de cuidados especiais, cujos leitos tornaram-se escassos.

Neste diapasão, se, por um lado, há na corrida pela vida a rota que leva ao leito, de outro lado, há a rota que leva ao Judiciário. Assim, as demandas por assistência judicial na busca e garantia por um leito hospitalar bateram à porta do Poder Judiciário tão rápido quanto o aumento na demanda por leitos.

A corrida pela vida, como até então não havíamos presenciado, demandou uma procura por leitos com total disparidade com a oferta, já delicada de outrora. Por esse motivo, apenas será abordado o contexto pré-pandemia do Corona Vírus.

Isto posto, analisar-se-á como assegura o Poder Judiciário e as instituições essenciais à justiça, o direito à saúde e à vida, com decisões no sentido de garantia a um leito, indenizações das instituições privadas por internação e transferências hospitalares no Rio de Janeiro.

Com o exposto, resta evidente a necessidade de falar em saúde e acesso ao leito como garantia à vida, problema tal que assola a sociedade carioca. Mas vão se analisar também, no contexto de todo o sistema público de saúde e da demanda de leitos, questões acerca das transferências hospitalares e indenização das instituições privadas por intermédio de medidas judiciais à luz do direito constitucional de garantia de acesso à saúde e sua efetivação.

1. Delimitação do Tema e Objeto de Pesquisa

A pesquisa tem como objeto averiguar as decisões proferidas pelo Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro, bem como o trabalho das instituições essenciais à justiça do Estado do Rio de Janeiro, no que diz respeito à internação e ao direito ao leito para pacientes que deles necessitam nas unidades públicas e privadas de saúde no município do Rio de Janeiro.

Vão-se explorar os aspectos constitucionais da garantia social à saúde, o que diz a doutrina acerca dessa garantia e como são fundamentadas as decisões judiciais que possibilitam as internações, manutenção da internação e indenização.

Pretende-se, assim, entender como são fundamentadas as decisões com base no arcabouço constitucional de garantia à saúde, objeto de fundamentação da parte dispositiva das decisões judiciais emanadas no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

2. Justificativa

No contexto da pandemia da COVID-19, evidenciou-se, fruto da grande divulgação pelos veículos de comunicação, a falta de leitos hospitalares, não só no Rio de Janeiro, como em todo o país. No entanto, o problema evidenciado na pandemia que iniciou em 2019 não é um problema contemporâneo, trata-se de um problema recorrente no âmbito no município do Rio de Janeiro, conforme já supracitado.

A dificuldade por acesso a um leito hospitalar, por vezes, leva famílias de pacientes ao Poder Judiciário, seja porque não se consegue internação, seja porque em caso de emergência se deu entrada em uma unidade hospitalar privada, ou por outros motivos que necessitem uma internação.

O problema da falta de leito, no entanto, não somente afeta a família do paciente que necessita de internação, mas também toda a comunidade e a rede de atendimento. Por vezes, por não conseguir leito, uma transferência para unidade com leito, o paciente fica, como se internado estivesse, numa UPA, local que serve apenas para pronto atendimento (urgência/emergência), aguardando por transferência, vaga em leito, o que ocorre com a alta de quem ocupa o leito ou óbito.

Nada obstante, por vezes, evoluem para óbito ou alta os próprios pacientes que estão aguardando por um leito. Neste cenário, faz-se necessário atentar para a efetivação do acesso à saúde. Trata-se de direito constitucional garantido ao cidadão. Como compreender a efetivação dessa garantia quando ela não ocorre é o limiar que se explora.

3. Metodologia

O tema será analisado a partir do método de pesquisa analítico e exploratório documental. Ter-se-á como instrumento a legislação vigente, bem como obras bibliográficas, a doutrina, jurisprudência, artigos científicos e demais fontes à disposição pública.

4. Formulação de questões e objetivos

Busca-se, ao longo dessa pesquisa, compreender as questões levantadas acerca do tema, tais como: (i) como são fundamentadas as decisões judiciais quando ocorrem transferências de leitos de unidades públicas para outras unidades públicas de saúde (ex.: UPA para UTI em hospital público); (ii) como são fundamentadas as decisões judiciais quando ocorrem transferências de leitos de unidades privadas para públicas; (iii) como são deferidos os pedidos liminares de manutenção de pacientes em leitos da rede privada; (iv) qual a forma de explorar os aspectos constitucionais da garantia social à saúde, o que diz a doutrina acerca dessa garantia; (v) entender como as unidades privadas de saúde são indenizadas quando é deferido o pleito para permanência em leito hospitalar privado e como são condenados os entes públicos à indenização.

1. A DISTRIBUIÇÃO DA SOLIDARIEDADE POR MEIO DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DE ACESSO À SAÚDE

1.1 Aspectos da teoria da justiça de Philippe Van Parijs: a distribuição da solidariedade

Vivemos em uma sociedade adoecida, adoecida, aqui, não por uma doença propriamente dita, mas por fatores de adoecimento impostos por anos por um grupo dominante e controlador, tal adoecimento decorre e incorre na falta de liberdade ou, melhor, na falta de saída. Apoiado nessa crítica, Philippe Van Parijs traz a ideia da liberdade como instrumento de orientação para uma sociedade sã. No entanto, trata nesse ponto da liberdade real, não apenas de uma liberdade ficta, que funciona somente para o grupo já dominante.

A falta da liberdade real consiste na nova escravidão, nesse aspecto que tem sido construída a ideia de renda básica universal incondicionada, que funcionaria como ferramenta de oposição às formas de escravidão contemporâneas, bem como objeto de instrumentalização da liberdade real reclamada.

Se hoje, conforme será visto no decorrer desta pesquisa, já existe uma corrida de pessoas ao Poder Judiciário implorando por acesso à saúde, tanto é que no direito já se dá o nome de judicialização da saúde, com o novo mundo (nova onda de automação) haverá a judicialização de alimentos, judicialização de aluguéis para moradia, judicialização de auxílio transporte, judicialização de auxílio vestimenta e outras judicializações que se possa imaginar e que garantam o mínimo existencial para que um ser humano possa viver.

Com isso, é que se faz necessário pensar um mecanismo que enfrente o problema que está por vir, bem como se implemente tal mecanismo desde já, de forma que quando a nova realidade bater à porta, estejamos aptos a enfrentá-la, com o mínimo de miséria e de mortes.

Nesse diapasão é que Philippe Van Parijs traz a possibilidade de uma renda básica incondicional, onde todos teriam acesso a uma renda que garantiria o básico para uma vida minimamente digna, sem condições (como preenchimento de pré requisitos), e em que todos contribuiriam para o fundo que garante essa renda, ou seja, trata-se da hipótese de um fundo de renda com distribuição e responsabilidade solidária entre todos. Toda a coletividade teria acesso, toda a coletividade colaboraria.

Por outro lado, uma questão que preocupa, nesse aspecto, é o argumento da viabilidade política para a implementação de determinados mecanismo de enfrentamento à extrema pobreza e falta de acesso. Nessa adjacência que Parijs afirma que a viabilidade política não deve ser tratada como parâmetro que se pode considerar como certo, mas sim como algo que deve ser

construído. Deve-se ajudar a conformar a viabilidade política para que seja possível, desde já, tratar o problema que se sabe que está por vir.

Assim, denota-se que o esquema pensado se trata de forma de proteção social, como a assistência pública e a seguridade social. Vejamos que, no aspecto da saúde, a Constituição Federal de 1988 cuida do tema no campo da seguridade social, no entanto não o suficiente para que impeça o surgimento de um movimento como a judicialização da saúde, e não o suficiente para que garanta uma não fusão e colapso com aumento desenfreado de judicialização.

Cabe observar que o que se diz não é que a forma como foi pensada pelo constituinte não é praticável, mas que a forma como pensada não é autossuficiente para que garanta a proteção ao nível da demanda. Sendo necessária, indubitavelmente, a implementação solidária de mecanismo que dê conta, não apenas na área da saúde, mas de todos os campos que possibilitam tornar viável um modo de vida saudável a todos, sem extrema miséria e total falta de acesso.

Nesse sentido, uma possibilidade seria a implementação do mecanismo da renda básica incondicional, de forma que esse sistema funcionária em conjunto com as demais políticas públicas já implementadas e outras previstas, contribuindo não só para uma vida mais digna de toda a população, mas também para o não colapso do Poder Judiciário com a possibilidade de aumento exponencial de demandas objetivando acesso ao mínimo para o exercício da vida humana, fenômeno que pode ocorrer em vários campos da vida, como já vem ocorrendo no âmbito da judicialização do acesso à saúde, principalmente no quesito de acesso a leitos hospitalares, tema da pesquisa.

Por fim, tem-se que uma sociedade verdadeiramente livre não significa uma sociedade que tem apenas uma renda básica incondicional, mas uma sociedade que tem em conjunto a essa primeira, os serviços básicos universais, como educação, cultura, segurança, acesso à informação, ambiente ecologicamente equilibrado, saúde e outros, sem que isso seja alcançado por meio de, somente, judicialização, mas pelo contrário, que isso seja o mínimo garantido a toda coletividade, de forma que por ocasião do descumprimento de um deles, ou inviabilidade prática, seja possível recorrer ao Poder Judiciário pleiteando pela sua efetivação, de forma razoável e racional.

1.2 Aspectos constitucionais

O direito à saúde no Brasil teve como ponto de partida a Reforma Sanitária, movimento da década de 1970 contra a ditadura militar no país. A Reforma Sanitária pautava o movimento social que se idealizou em prol de melhor condição no setor da saúde e melhoria da condição de vida da população.² Desse movimento, Verginio traz o contexto de direito sanitário:

O reconhecimento da saúde como um Direito humano fundamental deu origem a uma variedade de normas e decisões jurídicas que teve como finalidade garantir esse importante direito, dando vida e conteúdo a uma parte específica da ciência jurídica, que foi chamada de Direito Sanitário, voltado para à promoção, proteção e recuperação da saúde no Brasil com acesso universal, gratuito e igualitário. O direito à saúde também se configura em um direito subjetivo público, ou seja, um direito oponível ao Estado por meio de ação judicial, pois permite que um cidadão ou uma coletividade exijam do Estado o fornecimento de um medicamento específico ou uma vaga de leito de UTI. (Verginio *apud* Aith, 2006).

Por conseguinte, com a edição da Constituição Federal de 1988, esse movimento da Reforma Sanitária não ficou despercebido, tendo o constituinte focalizado nas questões de saúde como direito essencial do cidadão, da população.

Em continuidade, em 1986, houve a 8ª Conferência Nacional de Saúde, e o direito à saúde passou a ser considerado um dever do Estado. Vejamos:

Rumo à Constituinte, para que as resoluções da 8ª pudessem se estruturar melhor e chegar à nova Constituição, foi criada a Comissão Nacional da Reforma Sanitária (CNRS), que funcionou de agosto de 1986 a maio de 1987. A 8ª foi responsável por dar o arcabouço político e a CNRS deu o arcabouço técnico. A CNRS era composta por representantes de segmentos importantes, inclusive do setor privado.³
(Ensp/Fiocruz. 2019.)

Assim, a saúde trata de um estado de bem-estar necessário para o bom desempenho da atividade vital, enquanto espécie, enquanto seres que somos; nesse sentido, entendendo a suma importância, bem como direito de todo e qualquer ser humano, o legislador constitucional dedicou cuidados legais relativos a essa questão. Nesse diapasão, a Constituição Federal de 1988 trouxe o direito constitucional social de acesso e direito à saúde dentro da Seguridade social e outros campos da Constituição Cidadã de 1988.

² Autor desconhecido. Disponível em: <https://pensesus.fiocruz.br/reforma-sanitaria> Acesso em 24 jan. 2022.

³ Ensp/Fiocruz. 2019, Disponível em: <https://conselho.saude.gov.br/ultimas-noticias-cns/592-8-conferencia-nacional-de-saude-quando-o-sus-ganhou-forma>. Acesso em 24 jan. 2022.

Com o exposto, temos que a garantia à saúde é um direito do cidadão e um dever que deve ser prestado pelo Estado. É nesse sentido que se fala em saúde e se fala em direito. Felipe Asensi afirma:

O estudo do direito à saúde possui múltiplas possibilidades de abordagem. Em geral, as reflexões sobre este direito dizem respeito aos mecanismos de interação entre direito e sociedade, às formas de controle social, à integração social no direito e pelo direito, e às formas de resolução de conflitos. O modo como os indivíduos vivenciam o direito à saúde, de um lado, e reivindicam este direito, de outro, repercute nas estratégias formais e informais que adotam para a reivindicação deste direito. (Asensi, 2015).

Ademais, nesse mesmo passo, faz-se necessário observar que a Constituição de 1988 foi elaborada com a intenção de proporcionar o máximo de bem-estar à população, tanto é que fora chamada de “Constituição Cidadã”, entendendo-se perfeitamente que não há como atingir este objetivo sem a realização do básico ao desempenho da vida humana. É aí que se encontra como fundamental o direito social à saúde⁴. Vejamos:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição
(BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988.)

Pela essencialidade do tema, encontra-se o artigo supracitado dentro do campo da seguridade social. Esta, por sua vez, pertence ao campo dos direitos sociais. Em outras palavras, a saúde está também presente em outros campos de direitos, bem como em outros artigos no capítulo da seguridade social, arts. 194 e 195, e em um capítulo dedicado à saúde, arts. 196 a 200, todos da CF/1988.

Finalmente, haja vista a ideia de prestação de saúde em decorrência da Seguridade Social, o Decreto n. 3.964 de outubro de 2001⁵, que revogou outros decretos, traz previsão sobre o Fundo Nacional de Saúde, mecanismo que tem por finalidade subsidiar a saúde enquanto subgrupo da seguridade social.

⁴ PHILLIP, Tiago. Aspectos jurídicos relacionados a transferência de pacientes de um hospital de média complexidade para leitos de UTI existentes em hospitais de alta complexidade – estudo de caso de um hospital de média complexidade da região de Amurel em 2016. Disponível em: <<http://periodicos.unibave.net/index.php/constituicaojustica/article/view/134>> Acesso em: 31 mai. 2021.

⁵ BRASIL, Decreto n. 3964/2001. Dispõe sobre o Fundo de Saúde e dá outras providências.

1.3 Da solidariedade dos entes federativos na prestação de saúde

1.3.1 Da solidariedade dos entes no exercício da prestação de saúde

A Constituição traz a solidariedade dos entes federativos nos temas relativos à saúde, ou seja, a União, os Estados, Distrito Federal e Municípios são solidários passivos (sujeito passivo dos direitos sociais é o Estado, daí advêm o dever estatal de propiciar a proteção à saúde (art. 196), atuando em parceria com a família e com a sociedade inteira (art. 195))⁶, o dever de prestar e garantir acesso à saúde, conforme de depreende-se do art. 23, II da CF/88, abaixo:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

(BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988.)

Assim, com a ampliação da competência, deve-se concluir que a saúde deve chegar a todo e qualquer cidadão que dela necessite. Nesse aspecto, é que a solidariedade entre os entes foi pensada, haja vista o tamanho continental de nosso país, o grande número populacional, bem como a dificuldade de acessar áreas mais remotas. Distribuindo-se a responsabilidade de forma solidária, tem-se mais garantia de prestação de saúde em áreas de melhor acesso pelos Municípios, por exemplo, do que pela União, ainda que com recursos desta.

A Constituição Federal prevê no art. 30, VII da CF/88 acerca da atividade dos Municípios com recursos da União:

Art. 30. Compete aos Municípios:

VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população;

(BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988.)

Denota-se, dessa forma, que a União dedica subsídio aos municípios para prestarem atividades e suporte em saúde, no entanto, por ser mais praticável ao Município, considerando o conhecimento populacional e território de forma mais específica do que a União, que entende de forma mais generalista, fica a cargo do Município o exercício, ainda que com recursos da União.

⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. Editora Saraiva. 11ª edição. 2ª tiragem. P. 427. 2015. São Paulo – SP.

1.3.2 Da solidariedade dos entes enquanto concorrente na competência legislativa em saúde

Quanto à solidariedade da competência legislativa, a Constituição ainda traz a concorrência entre os entes da federação:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

XII - previdência social, proteção e defesa da saúde;

(BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988.)

Vale salientar que, por concorrência legislativa, deve-se considerar dois elementos que a caracterizam: todos ou mais de um ente federativo têm possibilidade de legislar acerca do tema objeto; e primazia da União quanto à edição de legislação que estabelece norma geral⁷.

Com o exposto, nota-se que, em caso de inércia de um ente federativo na edição de leis que abarcam temas acerca da saúde, como acesso ou garantia, outro ente federativo poderá editar a lei. Não obstante, quando se trata de lei de matéria geral, ainda que o assunto seja a saúde, terá primazia a União para a edição sobre esse tópico. Em hipótese de desídia ou inércia, poderão os estados editar, conforme se faça necessário no seu contexto regional.

Por conseguinte, ainda com relação à solidariedade de dois entes federativos, no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, tem-se que, em hipótese de condenação judicial, ambos responderão, ou seja, será mantida a solidariedade dos entes.

Sobre essa temática, Cláudia Rodrigues Ribeiro afirma:

A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro mantém o entendimento de que a responsabilidade do Estado e do Município é solidária, portanto, havendo recusa de qualquer deles, ambos são condenados.

A Súmula 65 do TJRJ prevê: "Deriva-se dos mandamentos dos artigos 60 e 196 da Constituição Federal de 1988 e da Lei no 8080/90, a responsabilidade solidária da União, Estados e Municípios, garantindo o fundamental direito à saúde e conseqüente antecipação da respectiva tutela".

(RIBEIRO, Cláudia Rodrigues, 2013)⁸

Com o exposto, em caso de não prestação da norma constitucional, o paciente poderá recorrer ao Poder Judiciário para ter sua demanda atingida, haja vista tratar-se de direito

⁷ SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. Editora Malheiros. 25ª edição. 2005. São Paulo – SP.

⁸ RIBEIRO, Cláudia Rodrigues. A Responsabilidade dos Entes Públicos no Fornecimento de Medicamentos e o Princípio da Reserva do Possível. EMERJ. 2013. P.18. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2013/trabalhos_12013/ClaudiaRodriguesRibeiro.pdf Acesso em: 11/01/2022

fundamental, cuja aplicabilidade é imediata e incontroversa, nesse sentido é que Cláudia R. Ribeiro propõe:

No caso de inadimplemento da norma constitucional, surge a faculdade de o prejudicado buscar a tutela jurisdicional a fim de assegurar o cumprimento do direito fundamental, mormente porque é a vida de um ser humano que está em pauta, portanto, não há que se criar obstáculos, que só fazem aumentar a angústia do padecente, mas agir de forma rápida e eficaz para salvaguardá-lo. (RIBEIRO, Cláudia Rodrigues, 2013)⁹

Por fim, conclui-se pela defesa da jurisprudência já consolidada no entendimento da solidariedade, ainda com a aplicabilidade de altos custos em detrimento de União e de médio e baixo custo em detrimento do Estado e Município, de acordo com o que estabelece o art. 4º, §§ 1º e 2º da Lei n. 8.080/90:

Art. 4º O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS).

§ 1º Estão incluídas no disposto neste artigo as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde.

§ 2º A iniciativa privada poderá participar do Sistema Único de Saúde (SUS), em caráter complementar.

(BRASIL, Lei. 8080/90¹⁰.)

Nesse sentido, a lei elencou o conjunto de fatores que constituem o SUS, bem como os órgãos, entidades da administração pública que participarão na efetivação do sistema de saúde. Por conseguinte, têm-se os entes legitimados passivos em demandas judiciais que envolvem a lide com o direito à saúde, medicamento, leito e outros.

Para finalizar, deve-se ater que o §2º supracitado traz a participação das pessoas jurídicas de direito privado em caráter complementar ao SUS. Dessa forma, entende-se que as unidades privadas de saúde poderão atuar de forma satisfatória na sociedade em detrimento de seu interesse econômico. No entanto, por se tratar a saúde de tema sensível protegido

⁹ RIBEIRO, Cláudia Rodrigues. A Responsabilidade dos Entes Públicos no Fornecimento de Medicamentos e o Princípio da Reserva do Possível. EMERJ. 2013. P.17. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2013/trabalhos_12013/ClaudiaRodriguesRibeiro.pdf Acesso em: 11/01/2022

¹⁰ BRASIL, Lei 8.080/90. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm. Acesso em: 11/01/2022.

constitucionalmente, essas entidades privadas poderão ser objeto de lide processual para fins de atendimento ao que emana da Constituição Federal.

1.4 Da possibilidade de intervenção da União quando da não efetivação da garantia de saúde pelos Estados e Municípios

A Constituição Federal traz a possibilidade de a União intervir nos Estados e Municípios quando não houver destinação mínima de recursos provenientes da receita de arrecadação para a saúde pública, bem como há a possibilidade de intervenção do Estado em seus Municípios quando o mínimo exigido da receita municipal não for investido na saúde. É isso o que se depreende do art. 34, VII, alínea “e” e art. 35, III, ambos da Constituição Federal de 1988:

Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:

e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

Art. 35. O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando:

III - não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde;

(BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988.)

Acerca dessa possibilidade de intervenção, vale frisar que se trata de algo excepcional, haja vista que a regra é a vigência de um estado de autonomia entre os entes. Essa é a ideia que deve ser respeitada no âmbito do que se entende por federação. No entanto, em razão da proeminência da questão da saúde, a constituição traz essas possibilidades de intervenção.

Vale destacar que, originalmente, o art. 34. VII da Constituição Federal não possuía a alínea “e”, no entanto, com a edição da Emenda Constitucional 29 de 2000¹¹, a alínea foi acrescentada, trazendo ao arcabouço constitucional a hipótese de intervenção em caso de desídia no investimento da saúde pública.

¹¹ BRASIL, EC 29/2000. Altera os arts. 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc29.htm Acesso em: 11/01/2022.

Ademais, quanto à possibilidade da intervenção dos Estados em seus Municípios, esse tema também foi objeto da EC 29/2000 para ingresso em matéria constitucional. Dessa forma, foi alterado o art. 35 e prevista tal possibilidade.

Nesse aspecto, destaca Eduardo Braga:

Nesse sentido, cabe pontuar que a União possui maior capacidade financeira e também recursos logísticos de alcance nacional, como os aviões cargueiros da Força Aérea Brasileira, para ter agilidade na busca de insumos e no transporte de pacientes. O Ministério da Saúde possui expertise para atuar na cooperação interestadual do SUS, além de deter a competência de editar atos normativos, em caráter excepcional, que determinem a reserva de bens e produtos, em qualquer parte do território brasileiro, para serem utilizados em situações de emergência ou calamidade públicas.

(BRAGA, Eduardo. Fonte: Agência Senado. DF. 2021.)¹²

Veja-se, com isso, que a intervenção é hipótese excepcional. Dessa forma, deve ser realizada não com ótica maliciosa de invasão na autonomia dos estados ou municípios, mas sim com o objetivo de melhor atender o interesse público, haja vista a maior praticabilidade por um ente federativo do que por outro, em consequência da disponibilidade de recursos, das respectivas competências na área da demanda e outros fatores de real relevância para a efetivação do acesso aos recursos, neste caso, os de saúde, a determinada comunidade afetada.

¹² BRAGA, Eduardo. Senador. Ao canal Agência Senado. 2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/01/15/eduardo-braga-pede-intervencao-federal-no-amazonas-por-colapso-na-saude> Acesso em: 13/01/2022.

2. SAÚDE COMO DIREITO DE TODOS E COMO DEVER DO ESTADO

No direito constitucional anterior, considerando a última Constituição democrática, a de 1946, o legislador constituinte apenas preocupou-se com a saúde no sentido de enfrentamento a pandemias e epidemias, dando competência para a União atuar nessa área, ao editar lei sobre defesa e proteção da saúde¹³. Com isso, a saúde era mais vista como um direito universal de toda a coletividade do que vista a partir das particularidades de cada indivíduo como um direito inerente a ele.

Por óbvio que, em um estado democrático de direito, não há como apenas ter essa visão ampla da saúde, mas também importa para a efetivação de direito inerente ao cidadão o direito de ter acesso aos cuidados de saúde na sua individualidade/particularidade, não apenas na coletividade.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 trouxe, nos seus arts. 196 a 200, o direito, as ações, os serviços de saúde, bem como tratou dos recursos de saúde, mínimos percentuais dedicados à saúde, assistência e, por fim, as atribuições competentes ao sistema único de saúde, envolvendo atividades normativas, de fiscalização e execução.

Ademais, o direito de acesso à saúde pelo indivíduo e, por outro lado, o dever de prestar saúde pelo Estado, conforme ordenado pela Constituição Federal, não é norma de caráter programático, ou seja, independe de recursos, tanto é assim que se fala em dever do Estado de prestar saúde, o que significa que é uma obrigação imposta pela Constituição. Nesse diapasão, Maria Célia Delduque anota que:

Por isso é que deve se impor o entendimento de que o direito à saúde não é norma programática, que depende de recursos do Governo para se concretizar. A norma constitucional obriga o Estado à realização de políticas públicas que busquem a efetivação deste direito para a população e que o acesso a ele seja universal e igualitário.

A competência para desenvolver e implementar políticas públicas necessárias para a garantia do direito à saúde cabe ao Poder Executivo, por meio da definição de prioridades e da escolha dos meios para sua realização, e ao Poder Legislativo, por meio da elaboração de leis, inclusive as orçamentárias, mas também ao Poder Judiciário, na sua obrigatória prestação jurisdicional, de manter ou restaurar os direitos fundamentais, em caso de violação, e à sociedade, por via da participação cidadã no controle social destas políticas,

¹³ BRASIL, Constituição dos Estados Unidos do Brasil. 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm Acesso em: 13/01/2022.

mas também na adoção de posturas individuais e coletivas que favoreçam a saúde.¹⁴

(DELDUQUE, Maria Célia. 2010)

Conforme descrito pela autora, a Constituição incumbe a prestação do direito à saúde, cabendo responsabilidade, de forma que nenhum dos entes da federação, bem como das instituições essenciais à democracia, a órgãos dos três poderes da federação, os quais não podem se esquivar de prestá-lo. Nesse aspecto, os Poderes Legislativos dos entes federativos deverão criar leis que propiciem a prestação da saúde e dedicar subsídio orçamentário a ela; o Poder Executivo deverá atuar de forma diligente na gestão de pessoal, na elaboração do orçamento e na distribuição demateriais; e, por fim, em caso de impraticabilidade por qualquer motivo causado por um dos dois primeiros poderes, o Poder Judiciário poderá ser demandado e deverá prestar a jurisdição no sentido de atender a demanda pleiteada. Dessa forma, o dever de prestar saúde estará sendo efetivado e estará sendo cumprida a ordem constitucional de acesso à saúde.

Dado o exposto, temos que o direito constitucional vincula todos na prestação da saúde, e quando se fala em todos, não seria razoável deixar de fora desse arcabouço a iniciativa privada. Pois bem, as unidades privadas de saúde também têm a responsabilidade de prestar saúde, ainda mais no Brasil, onde o cidadão, assim como nos demais diferentes países, há décadas, tem recorrido aos serviços privados de saúde, assistência médica e hospitalar como alternativa ao atendimento público que não satisfaz às suas necessidades¹⁵. (PEREIRA FILHO, Luiz Tavares).

Nesse sentido, toda a sociedade está vinculada à prestação da saúde, aos direitos e deveres relativos à saúde, pois se tratar de, em última análise, do direito à vida. Assim, o direito à saúde, arrolado na legislação brasileira como direito de todos e dever do Estado, deve estar ao alcance de todos, em inúmeros setores da sociedade, nas políticas e ações sociais e na

¹⁴ DELDUQUE, Maria Célia. **Saúde: um direito e um dever de todos**. p. 96-97. Bol. Saúde. Porto Alegre. v. 24. n. 2. p. 93-97. jul./dez. 2010

¹⁵ O cidadão brasileiro assim como os dos mais diferentes países há décadas usa os serviços privados de assistência médica, hospitalar e laboratorial como alternativa ao atendimento público que não satisfaz às suas necessidades. Desde seu início, a saúde suplementar exibe uma enorme diversidade estrutural. As chamadas empresas de *medicina de grupo* foram mundialmente as pioneiras nesse mercado e começaram, nos Estados Unidos, por volta de 1920. Pereira Filho, Luiz Tavares. Dossiê Saúde Pública. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0103-40141999000100011> Acesso em 15/01/2022.

efetivação dos direitos sociais¹⁶. (DA SILVA, Paulo Neto Ramos; SOARES, Fernanda Heloisa Macedo)

Por outro lado, quando diante da falta de acesso, não resta outra alternativa ao paciente a não ser a judicialização do acesso a saúde, que é a via final utilizada. Esse movimento de recorrer ao Poder Judiciário vem ganhando esse nome em decorrência do aumento da demanda judicial por acesso à saúde, consequência da crescente desvalorização e desmantelamento do Sistema Único de Saúde, com congelamento de recursos e outras prioridades. Nas palavras de Ellen Carla:

A judicialização da política e das relações sociais constitui um fenômeno cada vez mais presente no âmbito da produção acadêmica e no debate judicial brasileiro, sobretudo quando se trata do tema relacionado aos direitos sociais. A judicialização das políticas públicas encontrou nos serviços de saúde um campo fértil para o seu desenvolvimento. Por isso, as discussões que envolvem o direito à saúde representam um dos principais desafios à eficácia jurídica dos direitos fundamentais¹⁷. (ARTIFON, Ellen Carla de Almeida)

Inclusive, ainda quanto à judicialização da saúde, o Poder Judiciário poderá determinar que entidade de prestação de cuidados em saúde privada, ou seja, hospitais privados, seja compelida a internar paciente em estado de necessidade urgente com posterior indenização pelo poder público. Isso acontece em decorrência de que, embora a Constituição Federal, em seu bojo, traga expressamente que é dever do Estado a garantia do direito à saúde, percebe-se que a saúde pode ser fornecida por terceiros, pessoa física ou jurídica de direito privado, os quais estão sujeitos às regras e normas impostas pelas Agências Reguladoras¹⁸. (DA SILVA, Gagrione Fernando; MAIA, Maria Cláudia)

Apesar disso, defende-se a judicialização sempre como última alternativa, na medida em que o poder público, no âmbito administrativo dos entes da federação, organiza a regulação do acesso à saúde, mais especificamente, nesse caso, acesso ao leito, de forma que decisões

¹⁶ DA SILVA, Paulo Neto Ramos; SOARES, Fernanda Heloisa Macedo. **A efetivação do direito fundamental à saúde no Brasil como dever do Estado e direito de todos diante das dificuldades financeiras e crise constitucional**. 2018: Congresso Interdisciplinar - Ciência para a Redução das Desigualdades - ISSN: 2595-7732. Revista da Faculdade FACEG. Seção Ciências Sociais Aplicadas.

¹⁷ ARTIFON, Ellen Carla de Almeida. SAÚDE: DIREITO DE TODOS E DEVER DO ESTADO. Disponível em: <https://core.ac.uk/reader/235399740> Acesso em: 15/01/2022.

¹⁸ DA SILVA, Gagrione Fernando; MAIA, Maria Cláudia. Revista JurisFIB. ISSN 2236-4498. Volume VI. Ano VI. Dezembro 2015. Bauru – SP.

judiciais criam embaraços na organização realizada pela administração. É o que se depreende desta argumentação:

Devido à priorização da oferta de alguns serviços, definida pelas políticas de saúde e a insuficiência da oferta de serviços do SUS, em relação à demanda existente, o número de ações judiciais com esse intuito somadas ao Poder Judiciário, pouco familiarizado com algumas questões, cria um espaço fértil para elaboração de solicitação judicial que, de forma positiva e/ou negativa, interfere no processo regulatório do acesso a saúde e interfere nas políticas públicas¹⁹. (DELALÍBERA, Lorena de Freitas)

Por fim, tem-se que decisões judiciais – emanadas com observância à razoabilidade e, principalmente, com observação da possibilidade de ser praticável ou não determinada ordem judicial – têm muito a contribuir quanto à garantia de acesso à saúde e acesso a um leito hospital. No entanto, deve-se manter uma aplicação razoável, de forma que o cumprimento das decisões se torne possível de ser realizado, bem como não cause mais prejuízos à sociedade, com desregulação da fila de regulamentação da autoridade administrativa e inaplicabilidade por falta de recursos materiais ou humanos.

¹⁹ DELALÍBERA, Lorena de Freitas. Análise de decisões judiciais que demandam leitos de UTI contra o Distrito Federal. 2013. 52 f., il. Monografia (Bacharelado em Saúde Coletiva) —Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

3. DA REFUTABILIDADE DA HIPÓTESE DE INVASÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA COMPETÊNCIA DO PODER EXECUTIVO E NAS ESFERAS ADMINISTRATIVAS DAS UNIDADES HOSPITALARES E ÓRGÃOS DE REGULAÇÃO

A Constituição Federal de 1988, no art. 196, afirma ser a saúde um direito de todos e dever do Estado. Tem-se que o fornecimento de leitos é dever solidário dos entes federativos, bem como deve ser a indenização dos hospitais privados quando o Estado não cumpre decisão com ordem de transferência de hospital privado para público; nesse sentido, a jurisprudência da Suprema Corte se pronunciou como se segue:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO À SAÚDE. SOLIDARIEDADE DOS ENTES FEDERATIVOS. TRATAMENTO NÃO PREVISTO PELO SUS. FORNECIMENTO PELO PODER PÚBLICO. PRECEDENTES. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que, apesar do caráter meramente programático atribuído ao art. 196 da Constituição Federal, o Estado não pode se eximir do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde dos cidadãos. O fornecimento gratuito de tratamentos e medicamentos necessários à saúde de pessoas hipossuficientes é obrigação solidária de todos os entes federativos, podendo ser pleiteado de qualquer deles, União, Estados, Distrito Federal ou Municípios (Tema 793). (BRASIL, STF – Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 831385/RS, relator Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 17.03.2015).

No entanto, vale salientar que as medidas proferidas pelo Poder Judiciário devem ser decorrentes de situação de urgência/emergência, o que não significa que alguém que recorra ao Poder Judiciário deva ter seu leito garantido de forma mais rápida do que aqueles que estão aguardando na fila de regulação do SUS, quando se trata de leito público.

Além disso, cabe salientar que a regulação de leitos, cabe ao SUS, especificamente ao gestor regular os leitos de UTI, nos termos da portaria 1.631/2015²⁰.

Nesse sentido é que a regulação pelo SUS deve ser respeitada, bem como a fila de espera, devendo as decisões judiciais serem orientadas pela razoabilidade e necessidade, tendo em vista a delicadeza da matéria e a limitação de recurso disponíveis. Desse modo, assevera Andrade:

Com a implementação do Sistema Único de Saúde, a efetivação do direito à saúde no Brasil, apresentou significativos progressos, garantindo a todos, do mais pobre ao mais rico, o direito a um tratamento de saúde integral e

²⁰ Portaria 1.631/2015 do Ministério da Saúde.

totalmente gratuito, cumprindo de certa forma a ordem esculpida na Constituição. Entretanto, para concretizar um sistema que visa efetivar o direito fundamental à saúde nestas condições é, sem dúvida, imprescindível um aporte financeiro capaz, ou compatível, com as infinitas demandas verificadas nessa área, sendo a saúde um dos direitos humanos mais dispendiosos. (ANDRADE, 2011)

Assim, o direito ao leito deve ser provido pelo Estado em casos de corrida pela vida, bem como deve ser realizada a transferência de unidade hospitalar privada para pública quando o paciente, em estado de necessidade, procura aquela por ser a de mais fácil acesso, por atender a sua demanda urgente. Essa problemática, conseqüentemente, obriga o Poder Judiciário, guardião da Lei Maior, a intervir, compelindo o Estado a cumprir com o seu dever constitucionalmente imposto²¹ (ANDRADE, 2011).

Considerando a garantia constitucional de acesso à saúde, sempre que demandada de forma razoável, essa tende a ser deferida. Entretanto, pode ocorrer hipóteses de descumprimento de decisão deferida, em decorrência da impossibilidade de a administração ter leitos, não somente por fato de desídia do sistema de saúde, o que não se pode afirmar que não ocorra, mas também em decorrência da limitação de recursos e sucateamento do sistema público de saúde. O risco criado por essas decisões está na insegurança jurídica que elas acabam criando no âmbito do Poder Judiciário, em razão da impraticabilidade de exigir cumprimento. Nesse sentido, afirma Barroso:

“[...] proliferam decisões extravagantes ou emocionais, que condenam a Administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis [...] não há um critério firme para a aferição de qual entidade estatal – União, Estado e Municípios – deve ser responsabilizado [...] diante disso os processos terminam por acarretar superposição de esforços e de defesas, envolvendo diferentes entidades federativas e mobilizando grande quantidade de agentes públicos, aí incluídos procuradores e servidores administrativos [...] tudo isso representa gastos, imprevisibilidade e disfuncionalidade da prestação jurisdicional”.²²

Conforme exposto por Barroso, temas de notável relevância, como este da saúde, não são solucionados de forma simples. Isso porque a sua concretização envolve uma série de profissionais de diversas áreas, assim como diversas entidades, tais como equipes multiprofissionais, unidades hospitalares públicas e privadas, gestores de saúde, equipes médicas, assistentes sociais, transporte de pacientes, pacientes terceiros não relacionados à

²¹ ANDRADE, Zenaida Tatiana Monteiro. **Dá efetivação do direito à saúde no Brasil.**, 2011. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/da-efetivacao-do-direito-a-saude-no-brasil/> Acesso em 31 maio 2021.

²² RECURSO EXTRAORDINÁRIO 657.718 MINAS GERAIS

demanda, Defensoria Pública e outros órgãos e entidades. Com isso em mente, sustenta-se que a intervenção do Poder Judiciário deve ocorrer apenas nas hipóteses de urgência/emergência, pois a autoridade administrativa e o Poder Executivo têm competência e atuação específica para atender a demanda, de forma que não se é razoável exigir do Poder Judiciário o mesmo para atender a demanda dos pleitos judiciais.

Tanto é assim que o Poder Judiciário termina por criar mais problemas do que soluciona os já existentes, quando sai despachando decisões por todas as razões, determinando transferência de leito, direito ao leito e outras. Com isso, a falta de preocupação do Judiciário com a eficácia do cumprimento da sentença precisa ser refletida como elemento material integrante da própria decisão. Não raro, o paciente obtém a liminar, mas continua fora do sistema de atendimento e tratamento²³, seja pela impraticabilidade de se encontrar leitos que possam ser efetivamente usados, seja pela impossibilidade de alocar o paciente por falta de leito. (RAMOS, Edith Maria Barbosa; DE SOUZA, Lidia Cunha Schramm)

Porém, no âmbito do Estado e do Município do Rio de Janeiro, o deferimento dos pleitos de internação e transferência de hospital e leitos, quando solicitados em casos de urgência/emergência e quando realmente se percebe uma verdadeira maratona pela vida, têm se mostrado promissores, conforme se analisará no próximo capítulo.

Isso porque, como visto nas decisões emanadas no âmbito do TJERJ, devem ser considerados inúmeros fatores para a efetivação de uma medida judicial. Em última análise, decisões que não consideram os múltiplos fatores para o deferimento de permanência em unidade privada com recursos públicos, transferência de unidades de ambas as modalidades, públicas e privadas, e outras decisões que envolvem internação poderiam ser muito mais prejudiciais para a saúde pública do que ajudar o cidadão que delas necessita.

Dessa forma, o que se observa é que, quando se trata de saúde, por mais que aos olhos do cidadão comum pareça simples, a administração de toda a logística, recursos, pessoas, materiais e outros é muito complexa. Trata-se de um complexo multifatorial e multidisciplinar que envolve equipes, administradores, profissionais da área, recursos humanos e materiais, bem como gestão da administração pública e, sem dúvida, intervenção, quando necessário, do Poder

²³ RAMOS, Edith Maria Barbosa; DE SOUZA, Lidia Cunha Schramm. Espaço Jurídico: Journal of Law, ISSN 1519-5899, ISSN-e 2179-7943, Vol. 18, Nº. 2 (maio/ago. 2017), 2017, páginas 525-544

Judiciário, para agir de forma mais incisiva quando realmente não resta outra alternativa para o usuário. Vejamos o que expõe Silvia Badim Marques:

Para os conflitos que envolvem o direito à saúde não bastam as soluções positivistas delineadas pela aplicação da lei, e do arcabouço normativo, ao caso concreto. A realidade tem sede de que se criem novas perspectivas de enfrentamento deste tema, mais condizentes com a complexidade que envolve o direito à saúde. [...]

O direito à saúde é um direito complexo à medida que necessita, para a sua garantia eficaz e conjugada às necessidades de saúde de toda a população brasileira, de outros elementos além dos estritamente normativos.

Para que a ciência jurídica consiga produzir conhecimentos em direito sanitário e, conseqüentemente, consiga formar operadores do direito, efetivamente aptos a garantir esse direito de múltiplas vertentes, é preciso que incorpore ao conhecimento jurídico, outros conhecimentos, oriundos da ciência política e das ciências da saúde.

Ou seja, para a garantia do direito à saúde é preciso que o operador do direito conheça não só o texto normativo, mas também o contexto em que este direito se insere. É preciso que conheça as muitas implicações que seus atos podem ocasionar no plano político, econômico e médico-sanitário e, para tanto, a ciência jurídica precisa avançar para além do estrito paradigma positivista de aplicação e produção do direito²⁴. (MARQUES, Silvia Badim).

Com tudo, o que se assevera é que o direito à saúde da população se concretiza quando da eficácia da prestação por toda a coletividade, de forma que não há que se falar em hipótese de eludir da responsabilidade por um órgão ou outro da sociedade civil. Sendo assim, quando falta um leito para um paciente, todos os órgãos, respeitadas as suas competências, deverão ser instados a prestar saúde. A ausência de leito de UTI na rede pública é problema governamental, e o cidadão brasileiro não deve sofrer as conseqüências desse déficit, tampouco perder a vida pela indisponibilidade de leitos de UTI²⁵. (DOS SANTOS, Alessandra Ceci; VARGAS, Mara Ambrosina de Oliveira; SCHNEIDER, Nadir)

Com isso, fica demonstrado que a atuação do Poder Judiciário é essencial na efetividade da prestação do direito do cidadão. Contudo, as decisões devem ser emanadas de forma razoável, e utilizada em última razão. Assim, asseveram Brito, Aquino e Faria:

Diante de todo o exposto, fica evidente a importância e a relevância da atuação do Poder Judiciário nas demandas que requerem acesso à saúde,

²⁴ MARQUES, Silvia Badim. 2015. 1ª Ed. Revista do Conselho Nacional de Secretários de Saúde – CONASS.

²⁵ DOS SANTOS, Alessandra Ceci; VARGAS, Mara Ambrosina de Oliveira; SCHNEIDER, Nadir. Encaminhamento do paciente crítico para UTI por decisão judicial: situações vivenciadas pelos enfermeiros. **Enfermagem em Foco**, [S.l.], v. 1, n. 3, p. 94-97, fev. 2011. ISSN 2357-707X. Disponível em: <<http://revista.cofen.gov.br/index.php/enfermagem/article/view/47/46>>. Acesso em: 27 jan. 2022. doi: <https://doi.org/10.21675/2357-707X.2010.v1.n3.47>.

principalmente para aqueles que aguardam por um longo período em filas de espera do atendimento da rede pública de saúde, mas também fica demonstrada as queixas e críticas apontadas quanto à não observância das questões orçamentárias pertinentes ao Estado²⁶ (BRITO, Larissa Souza; AQUINO, Rodrigo Pelet Nascimento; FARIA, Luíza Cristina de Castro)

Por fim, tem-se que a atuação do Poder Judiciário, desde que em observação aos princípios da razoabilidade, respeitando a autonomia administrativa e dentro da capacidade econômica do agente passivo, é de suma relevância, bem como seu dever de agir em conformidade com o ordenamento constitucional, que, como se observou, engloba não somente todos os entes da federação, mas, também, todos os três poderes do pacto federalista.

²⁶ BRITO, Larissa Souza; AQUINO, Rodrigo Pelet Nascimento; FARIA, Luíza Cristina de Castro. V. 12, N. 1 2021. **PROJEÇÃO, DIREITO E SOCIEDADE**. ISSN: 2178-6283. Disponível em: <http://revista.faculdadeprojecao.edu.br/index.php/Projecao2/article/view/1721> Acesso em: 17/01/2022.

4. ANÁLISE DE DECISÕES EMANADAS NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (TJERJ)

4.1 Do direito à transferência de hospital privado para hospital público

O paciente em necessidade urgente de internação tem o direito de acessar um leito. Não é razoável que o mandamento constitucional, que dê acesso à saúde, seja inviável de ser efetivado a ponto de o paciente resultar em óbito ou, até mesmo, receber alta em uma cadeira de aguardo. Por isso, muitas famílias procuram o plantão judiciário para ter o seu direito garantido. Observe-se que se trata de situações de emergência, e não rotineiras, menos graves. Argumenta-se pelo respeito à fila de regulação da autoridade administrativa. Veja-se esta decisão judicial emanada no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ):

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DE CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PEDIDO DE INTERNAÇÃO NA UTI DA REDE PÚBLICA DE SAÚDE OU QUE OS RÉUS ARQUEM COM A TRANSFERÊNCIA E INTERNAÇÃO DA PARTE AUTORA EM HOSPITAL CONVENIADO AO SUS OU EM HOSPITAL PARTICULAR. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. APELO MUNICIPAL EM RAZÃO DA CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. É DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO GARANTIR A SAÚDE DE TODOS OS CIDADÃOS. A ORDEM CONSTITUCIONAL ATRIBUI AO ESTADO O DEVER DE GARANTIR O EXERCÍCIO DO DIREITO À SAÚDE ABRANGENDO TODA A SOCIEDADE. O MANDAMENTO CONSTITUCIONAL DE PRESTAÇÃO DE SAÚDE INCLUI NÃO SÓ O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS, MAS TAMBÉM A INTERNAÇÃO EM UNIDADE HOSPITALAR, QUANDO NECESSÁRIO.²⁷

Ademais, há casos em que está em jogo uma verdadeira corrida pela vida; por exemplo, por vezes, o paciente dá entrada em um hospital da rede privada, mas haja vista a distância da sua casa a um hospital da rede pública ou a sua superlotação, conforme se sabe da saúde pública no âmbito do Estado e Município do Rio de Janeiro. Nesse quadro, o que se tem são decisões que ordenam a remoção dos pacientes da unidade privada para a pública ou, quando há impossibilidade, a manutenção do paciente na própria unidade hospitalar privada. É nesse sentido o teor do seguinte Agravo de Instrumento:

Agravo de Instrumento. Ação de obrigação de fazer com pedido de tutela provisória. Decisão que deferiu a tutela de urgência para determinar, ao Poder Público, a transferência da agravada para hospital público. Enquanto não efetivada a transferência, o juízo determinou que o hospital privado fornecesse

²⁷ (0003096-05.2018.8.19.0061 - APELAÇÃO. Des(a). CLEBER GHELFENSTEIN - Julgamento: 04/12/2019 - DÉCIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL).

todo o tratamento necessário ao restabelecimento da saúde da agravada. Relação de consumo. Direito à saúde. Manutenção da decisão.²⁸

APELAÇÕES CÍVEIS. DIREITO À VIDA. DIREITO À SAÚDE. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO MUNICÍPIO QUE SE AFASTA. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. INFARTO AGUDO DO MIOCÁRDIO. INTERNAÇÃO EM SETOR DE EMERGÊNCIA DE HOSPITAL PARTICULAR. NECESSIDADE DE INTERNAÇÃO EM CTI. PLANO DE SAÚDE AMBULATORIAL. LIMITAÇÃO AO ATENDIMENTO DE EMERGÊNCIA/URGÊNCIA ÀS PRIMEIRAS 12 (DOZE) HORAS. SÚMULAS Nº 302 STJ E Nº 209 E 337 TJRJ. NECESSIDADE DE RECORRER AO PODER JUDICIÁRIO. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA DEFERIDA EM PLANTÃO JUDICIAL [...] Prevalência do direito à vida e à saúde. **Internação que deve perdurar** enquanto for necessária ao tratamento do beneficiário do plano de saúde, **até que seja possível a transferência do paciente para hospital público.** [...] ²⁹

Conforme julgado acima, fica evidente que o paciente que dá entrada em hospital privado em decorrência de emergência, da qual não é razoável exigir conduta diversa, tem todo o direito de conseguir ser transferido para leito em unidade pública de saúde. Esse tem sido o entendimento da jurisprudência do TJERJ. Mas, como bem se observa, na impossibilidade de remoção, o paciente continua sob os cuidados da equipe médica, bem como internado em UTI da rede privada.

Quanto à internação na rede privada, a administradora não poderá negar acesso de internação, isso porque o entendimento é que posteriormente o Poder Público poderá ser demandado (ou desde já condenado alternativamente) para que indenize a pessoa jurídica de direito privado no dispêndio de recursos realizado em favor do paciente. Nesse sentido, o TJERJ, na súmula 337³⁰, condena em dano moral a administradora que negar acesso a paciente a que a ela recorrer em caso de urgência e emergência. Esse é o entendimento que prevalece desde 2015.

Por fim, esse também é o entendimento que se extrai do contexto da judicialização da saúde quanto ao pleito por leitos em UTI. Percebe-se não ser de fácil solução qualquer decisão que seja emanada no âmbito do Poder Judiciário, na medida em que se deve pensar antes de

²⁸ 0027000-09.2019.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO. Des(a). CLAUDIO BRANDÃO DE OLIVEIRA - Julgamento: 18/12/2019 - SÉTIMA CÂMARA CÍVEL)

²⁹ 0440781-40.2013.8.19.0001 - APELAÇÃO. Des(a). ROGÉRIO DE OLIVEIRA SOUZA - Julgamento: 28/05/2019 - VIGÉSIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL

³⁰ No. 337 "A recusa indevida, pela operadora de planos de saúde, de internação em estado de emergência/urgência gera dano moral in re ipsa." Referência: Processo Administrativo no. 0053831-70.2014.8.19.0000 - Julgamento em 04/05/2015 – Relator: Desembargador Jesse Torres. Votação por unanimidade Disponível em: <http://conhecimento.tjrj.jus.br/documents/5736540/6284946/sumulas-2019.pdf> Acesso em: 25/01/2022.

decidir, nos efeitos que cada decisão gerará na vida do paciente-demandante, na regulação administrativa de leitos, no orçamento público dedicado à saúde do ente demandado. Tem-se, assim, que a situação de déficit na oferta de leitos de UTI pode ser considerada inédita na perspectiva de que mesmo regiões com índices maiores de leitos também têm enfrentado grandes dificuldades³¹. (DE MATOS, José Carlos; FERREIRA, Luiz Flávio; BORGES Ronaldo Souza)

4.2 Do direito de permanência em leito hospitalar privado e as hipóteses de deferimento de pleito judicial no âmbito do TJERJ

Durante a pesquisa da jurisprudência, notou-se que há determinadas situações em que leitos em unidades públicas de saúde estão disponíveis; no entanto, em decorrência da situação gravíssima em que o paciente pode vir a se encontrar e por orientação de médico assistente, não é recomendável a remoção do paciente para outra unidade sob pena de risco grave de morte. É nesse sentido que o TJRJ tem decidido pela manutenção do paciente na unidade privada:

REEXAME NECESSÁRIO. DIREITO À SAÚDE. PEDIDO DE PERMANÊNCIA DA AUTORA EM UTI NEONATAL. RISCO DE MORTE. IMPOSSIBILIDADE DE TRANSFERÊNCIA PARA HOSPITAL MUNICIPAL. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. Direito à saúde assegurado constitucionalmente. Artigos 6º e 196 da Constituição Federal. Responsabilidade solidária dos entes federativos. Aplicação do enunciado 65 da súmula do TJRJ.
2. **A demandante comprovou a necessidade da internação indicada pelo médico assistente, bem como não possuir condições financeiras de arcar com o pagamento das despesas médicas.**
3. Os municípios têm isenção com relação ao pagamento das custas judiciais. Art. 17, IX da Lei Estadual nº 3.350/99. Entretanto, a isenção prevista no art. 115, do Decreto-Lei nº 05/1975 é aplicável apenas aos casos em que o ente federado integra o polo ativo da demanda.
4. Nos casos em que o município figura no polo passivo da demanda, este deve arcar com o pagamento da taxa judiciária. Aplicação dos enunciados 145 da súmula do TJRJ e do verbete 42 do FETJ.
5. SENTENÇA MANTIDA EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO.³²

Nota-se que, no caso supracitado, trata-se de criança em UTI neonatal em unidade privada de saúde. Por recomendação do médico assistente, não é aconselhável a remoção da

³¹ DE MATOS, José Carlos; FERREIRA, Luiz Flávio; BORGES Ronaldo Souza. ESCOLA JUDICIAL DES. EDÉSIO FERNANDES – TJMG. 2021. Belo Horizonte. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/12475/1/artigo%20%20JCLFeR%20%20estudo%20de%20c%20aso%20escassez%20de%20leitos.pdf> Acesso em: 20/01/2022

³² (0005285-26.2016.8.19.0028 - REMESSA NECESSARIA. Des(a). SÉRGIO SEABRA VARELLA - Julgamento: 02/05/2019 - VIGÉSIMA QUINTA CÂMARA CÍVEL)

paciente, sob risco de vida, para outra unidade de saúde. Nota-se que a sentença passou por reexame necessário do juízo *ad quem* que manteve a sentença e determinou a manutenção da internação da paciente na unidade hospitalar privada.

Um outro caso é o da operadora de plano de saúde que demanda judicialmente a remoção de criança recém-nascida de UTI neonatal em hospital da rede privada:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO OBJETIVANDO IMPEDIR A TRANSFERÊNCIA DE RECÉM-NASCIDA PARA OUTRA UNIDADE HOSPITALAR. PARTO PREMATURO. IMPOSSIBILIDADE DE TRANSFERÊNCIA OU ALTA MÉDICA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA EM RELAÇÃO AO HOSPITAL DA REDE D'OR E PROCEDÊNCIA DO PLEITO FRENTE A UNIMED. INCONFORMISMO DA EMPRESA OPERADORA DO PLANO DE SAÚDE. NECESSIDADE DE PERMANÊNCIA NA UTI NEONATAL EM QUE FORA REALIZADO O PARTO CESÁRIO. OBRIGATORIEDADE DE COBERTURA DE ATENDIMENTO DE EMERGÊNCIA/URGÊNCIA. INTELIGÊNCIA DO ART. 35-C DA LEI 9695/98. INCABÍVEL A LIMITAÇÃO TEMPORAL DE INTERNAÇÃO. APLICAÇÃO DA SÚMULA 302 DO STJ. DANO MORAL CONFIGURADO. DEVER DE INDENIZAR. VALOR CONDIZENTE COM AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO E FIXADO DE FORMA PROPORCIONAL E RAZOÁVEL (R\$ 10.000,00). APLICAÇÃO DA SÚMULA 343 DO TJRJ. INÚMEROS PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS DO TJRJ. DESPROVIMENTO DO APELO.³³

Conforme julgado, foi reconhecida a inaplicabilidade de limitação temporal em UTI em decorrência de cláusula pactuada em contrato de plano de saúde. O entendimento emanado é no sentido da responsabilidade solidária da comunidade em prol da saúde. Essa é a hermenêutica que se extrai dos estudos constitucionais acerca da saúde. Por vezes que pedidos de remoção de pacientes em leitos de UTI têm mais aspecto econômico do que aspecto de dever de humanidade. Nesse sentido, o Poder Judiciário tem decidido corretamente pela manutenção desses pacientes nas unidades de terapia intensiva em unidades privadas de saúde, sendo que por vezes o pedido de remoção se quer considera a recomendação médica ou o risco eminente de morte do paciente.

Por fim, traz-se uma última decisão, em que a argumentação se pauta na hipótese de uso da rede privada pelo poder público quando da falta de leito em unidade pública de saúde, conforme segue:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. TRANSFERÊNCIA PARA CTI DE HOSPITAL PÚBLICO OU PERMANÊNCIA NO PARA HOSPITAL PRIVADO À EXPENSA DOS RÉUS. MEDIDA EXCEPCIONAL.

³³ (0092520-78.2017.8.19.0001 - APELAÇÃO. Des(a). SERGIO RICARDO DE ARRUDA FERNANDES - Julgamento: 02/04/2019 - PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL)

LEGALIDADE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS NA PRESTAÇÃO DA SAÚDE.

1. Garantia constitucional do direito à saúde, que deve ser assegurado a todos. Nesse sentido, não havendo a prestação do serviço na seara pública de forma suficiente, far-se-á uso da rede privada, às custas do Poder Público.
2. A tutela do direito fundamental à saúde prepondera sobre os princípios da impessoalidade, da reserva do possível e da separação dos poderes, bem como o da legalidade orçamentária e equilíbrio das finanças públicas o Garantia constitucional do direito à saúde.
3. Dever solidário dos entes estatais na prestação positiva concernente ao direito à saúde, nos termos da Súmula 65 do TJ/RJ.
4. Taxa judiciária. Reparo na sentença para condenar o município ao pagamento da taxa judiciária.

NEGATIVA DE PROVIMENTO DO RECURSO DO RÉUS. REPARO NA SENTENÇA DE OFÍCIO.³⁴

Inteligível dispositivo emanado da Vigésima Câmara Cível do TJERJ sob a argumentação de que, não havendo a prestação do serviço na seara pública de forma suficiente, far-se-á uso da rede privada às custas do Poder Público.

Veja-se que se trata do mínimo do dever de humanidade. A saúde não é objeto negociável, tanto é que a Constituição fala de direitos e deveres. O paciente tem o direito dela usufruir, o Estado tem o dever de prestá-la, bem como toda a coletividade tem o direito de contribuir para ela, como já mencionado a partir da ótica de Barroso. Nesse sentido, a saúde deve ser prestada e deve ser exigível, não havendo que se falar em escusa, seja da administração pública, seja das redes privadas que prestam serviços de saúde. É claro que há um caráter econômico no âmbito privado; no entanto, o dever de humanidade deve ser mantido acima de qualquer interesse.

4.3 Da indenização dos hospitais privados pelos entes federados

Quando não há possibilidade de internação do paciente em leito de UTI em unidade hospitalar pública, o juiz pode fazer valer o mandamento constitucional que, como já visto, não engloba apenas as pessoas jurídicas de direito público, mas também as pessoas jurídicas de direito privado.

Nesse sentido, o juiz pode oficiar a unidade hospitalar privada para que forneça ao juízo a capacidade efetiva de leitos naquele momento, bem como, por conhecimento de terceiros ou familiares do paciente acerca da disponibilidade de leitos, o juiz pode deferir pedido de tutela

³⁴ (0063825-88.2016.8.19.0021 - APELACAO / REMESSA NECESSARIA. Des(a). MÔNICA DE FARIA SARDAS - Julgamento: 05/12/2018 - VIGÉSIMA CÂMARA CÍVEL).

para remoção para unidade hospitalar privada sob custeio do poder público. É o que se extrai da decisão do TJERJ:

Ação de Obrigação de Fazer c/c Indenizatória. Tutela antecipada deferida em plantão judiciário (21/03/2016). Ação direcionada em face do Município de Belford Roxo e do Estado do Rio de Janeiro. Autora idosa (83 anos) internada em UPA 24h, apresentando quadro de dispneia, razão pela qual se encontra desorientada, taquidispneica, com esforço respiratório em uso de macronebulização. Necessidade de internação em UTI, segundo laudo médico. Risco de morte. Pedido de transferência da autora para Unidade de Tratamento Intensivo (UTI) e condenação dos réus ao pagamento de indenização por dano moral. Sentença de parcial procedência, confirmando a tutela antecipada, mas negando o dano moral. Apelo da autora. Demora no cumprimento da ordem judicial que extrapola os limites do mero aborrecimento. Risco de agravamento do quadro clínico e óbito. Violação da garantia constitucional do direito à saúde prevista no artigo 196 da Constituição da República. Responsabilidade civil do Estado. Art. 37, §6º da CRFB/88. Demonstrados e comprovados o fato administrativo, o dano e nexo de causalidade entre eles, subsiste o dever de indenizar. Dano moral que deve ser fixado em R\$ 7.000,00 (sete mil reais). Possibilidade de internação em hospital particular às custas do poder público, quando não há leitos disponíveis nas unidades públicas e evidenciada a urgência no atendimento, em conformidade com a garantia constitucional do direito à saúde prevista no artigo 196 da Constituição da República. Sentença que merece reforma. Honorários recursais inaplicáveis à espécie. PROVIMENTO DO RECURSO.³⁵

Nesse diapasão, a Terceira Câmara Cível do TJERJ também decidiu, em 2017, pelo provimento do pedido de transferência para Unidade de Terapia Intensiva de paciente que estava em risco de morte. A decisão proferida além de mandar que, de forma solidária, Estado e Município providenciassem o leito para receber a paciente, ordenou que, na hipótese de impossibilidade, o paciente fosse transferido para unidade hospitalar privada, com indenização por parte do poder público. Vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. PRESTAÇÃO UNIFICADA DE SAÚDE. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. INTERNAÇÃO EM UTI. DIREITO À SAÚDE. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. Solidariedade dos entes federativos. O direito à vida e à saúde é assegurado a todos pelos artigos 5º, 6º e 196 da CRFB/88, não podendo os réus se recusarem a custear o tratamento necessário à manutenção da saúde do autor. Em nome da preservação da saúde e da dignidade da pessoa humana, considerando que foi comprovada a moléstia e a necessidade de salvaguarda do direito à saúde da parte autora, correta a sentença condenatória à transferência de unidade hospitalar, com completo tratamento para restabelecimento da saúde da autora, inclusive com internação em unidade privada de saúde, às expensas do poder público em caso de urgência ou de inexistência de vagas na rede pública, bem como o fornecimento de medicamentos necessários. Afastada a condenação do Estado

³⁵ (0094640-31.2016.8.19.0001 - APELAÇÃO. Des(a). SIRLEY ABREU BIONDI - Julgamento: 02/12/2019 - DÉCIMA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL).

ao pagamento de taxa judiciária, porquanto a parte vencedora e vencida integram a mesma unidade federativa, havendo confusão entre credor e devedor. Devida a taxa judiciária pelo Município na medida em que não é parte autora da demanda, nos termos da Súmula nº 145 TJERJ. Honorários advocatícios devidos pelo Município que se mostram irrisórios, merecendo majoração para R\$ 450,00 (quatrocentos e cinquenta reais), importância que melhor remunera o trabalho desenvolvido e que se encontra em consonância com o entendimento sumulado no Enunciado 182 deste TJRJ. PROVIMENTO DO RECURSO DA PARTE AUTORA. PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO DO ESTADO³⁶.

Das decisões, o que se extrai é que o Poder Público é responsável pela prestação da saúde, haja vista ser um direito e um dever de toda a coletividade, bem como já visto, com subsídios que devem ser alocados no mínimo estabelecido legalmente. Nesse sentido é que o Poder Público deve indenizar as unidades hospitalares privadas.

Atendendo ao dispositivo constitucional, unidades privadas de saúde podem ser objeto de determinação legal para internação de pacientes quando há falta de acomodação em unidade pública. A unidade privada não sofrerá, contudo, prejuízo, considerando que o poder público deverá subsidiar o período de internação do paciente. Esse entendimento se dá pelo fato de que a unidade privada já contribui quando da arrecadação de tributo para os cofres públicos, com o seu dever – enquanto coletividade – de prestar saúde, como todo e qualquer cidadão, ou melhor, como toda e qualquer pessoa natural ou jurídica de direito privado que se enquadra como contribuinte.

No sentido supracitado foi julgada a indenização do hospital da Rede D'Or::

APELAÇÃO CÍVEL. SENTENÇA (INDEX 345) QUE JULGOU PROCEDENTES, EM PARTE, OS PEDIDOS PARA TORNAR DEFINITIVA A TUTELA DEFERIDA, CONDENANDO OS RÉUS MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO E ESTADO DO RIO DE JANEIRO à PRESTAR A TUTELA DE SAÚDE EXIGIDA, INCLUSIVE SOB A MODALIDADE SUBSIDIÁRIA DE CUSTEIO, [...] No caso em exame, o Autor procurou o terceiro Réu, Rede D'Or São Luiz S/A - Unidade Hospital Quinta D'Or, para atendimento médico, tendo sido necessária a internação no Centro de Terapia Intensiva. Contudo, afirmou não ter condições financeiras de arcar com os custos do Hospital particular, tendo postulado sua remoção para hospital da rede pública. A sentença confirmou a tutela antecipada deferida, tendo determinado que o Município e o Estado do Rio de Janeiro prestassem assistência ao Requerente, inclusive sob a modalidade subsidiária de custeio, a partir do término do prazo de 4 (quatro) horas determinado na tutela de urgência até a efetiva transferência para hospital da rede pública. o autor

³⁶ (0399328-36.2011.8.19.0001 - APELAÇÃO. Des(a). PETERSON BARROSO SIMÃO - Julgamento: 09/08/2017 - TERCEIRA CÂMARA CÍVEL).

ingressando espontaneamente no hospital particular, sem cobertura de plano de saúde hospitalar e, como tal, precisando da prestação estatal de saúde, **permaneceu sob os cuidados daquele até que, mais de 10 (dez) dias depois do recebimento do mandado de intimação pelos entes públicos, em 27/12/16, foi localizada vaga na rede pública, [...].**³⁷

Conforme se assevera da decisão supracitada, o paciente, em situação de emergência, deu entrada em hospital da rede privada mais próximo da sua casa; por conseguinte, buscou, por intermédio do Poder Judiciário, a remoção da unidade privada para um leito de UTI em unidade da rede pública de saúde. O pedido de tutela foi deferido, ordenando que o ente público indicasse um leito apto para receber o paciente no prazo de quatro horas. Entretanto, não foi possível a remoção em decorrência da falta de vagas em leitos da rede pública. Dessa forma, o paciente permaneceu internado na rede privada por 10 (dez) dias, quando então teve a oportunidade de ser removido.

Por esse período de internação do paciente na rede privada, em decorrência de falta de leito na rede pública, foi paga indenização pela autoridade administrativa do Estado e Município do Rio de Janeiro de forma solidária. Veja-se que demandados por leito público estava o Estado e o Município, dessa forma a responsabilidade pela indenização se deu conforme a demanda, ou seja, condenados ao pagamento, de forma solidária, Estado e Município, do melhor juízo viável, assim vem sendo decidido no âmbito do Poder Judiciário do Rio de Janeiro nas hipóteses de demandas dessa natureza, conforme observado.

³⁷ (0437627-09.2016.8.19.0001 - APELAÇÃO. Des(a). ARTHUR NARCISO DE OLIVEIRA NETO - Julgamento: 11/12/2019 - VIGÉSIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL)

5. APLICAÇÃO DO DIREITO E EFETIVAÇÃO DAS MEDIDAS

Quanto à aplicação do direito para o exercício da saúde, sem dúvida, é a tarefa mais árdua no âmbito da promoção da saúde realizada pelos operadores do direito. Não é difícil concluir que, em um mundo ideal, todos teriam pleno acesso aos recursos de saúde. Sua demanda atendida de forma célere e seu problema de saúde resolvido ou, ao menos, garantida a assistência adequada. Por vezes, como operadores do direito, nosso desejo é de ver o ideal concretizado. Mas, por tantas vezes iguais, a realidade nos traz de volta ao mundo dos fatos.

Atender o que assegura a Constituição Federal exige muito além da simples aplicação da norma, exige-se aplicar razoabilidade à norma, ou seja, como efetivar essa saúde, que vem assegurada na Constituição Federal de 1988 como direito de todos e dever do Estado, mediante a adoção de políticas públicas e o acesso universal igualitário às ações e aos serviços. Esse é o verdadeiro dilema³⁸. (LIMA, Ricardo Seibel de Freitas).

Por vezes, a população recorre ao Poder Judiciário por não conseguir acessar pelas vias administrativas o direito à saúde, ao qual faz jus e do qual necessita. Com isso, cria-se um emaranhado de questões problemáticas em toda a estrutura que faz funcionar a saúde pública; nesse sentido, Barroso afirma:

Tais excessos e inconsistências não são apenas problemáticos em si. Eles põem em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos. No limite, o casuísmo da jurisprudência brasileira pode impedir que políticas coletivas, dirigidas à promoção da saúde pública, sejam devidamente implementadas. Trata-se de hipótese típica em que o excesso de judicialização das decisões políticas pode levar à não realização prática da Constituição Federal. Em muitos casos, o que se revela é a concessão de privilégios a alguns jurisdicionados em detrimento da generalidade da cidadania, que continua dependente das políticas universalistas implementadas pelo Poder Executivo³⁹. (BARROSO, Luís Roberto).

Ademais, as normas constitucionais de proteção de direitos subjetivos são, via de regra, de aplicação e eficácia direta e imediata, de forma que o jurisdicionado pode exigir do Poder Público a sua aplicação. Dessa forma, o Poder Judiciário acaba sendo instado a assumir um papel mais ativo na concretização desses direitos, como é o caso do direito à saúde.

³⁸LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Disponível em: <https://portal.idp.emnuvens.com.br/direitopublico/article/viewFile/1324/790> Acesso em: 27/01/2022.

³⁹ BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial, Revista de Direito Social, 34/11, abr- jun 2009.

No entanto, para que não haja um colapso de decisões, um desvirtuamento do sistema de saúde, faz-se necessário o uso da razoabilidade e, principalmente, da racionalidade ao se emanar decisões. Assim é que Barroso traz a necessidade de se falar de ponderação no seguinte trecho:

Na prática, em todas as hipóteses em que a Constituição tenha criado direitos subjetivos – políticos, individuais, sociais ou difusos – são eles, como regra, direta e imediatamente exigíveis, do Poder Público ou do particular, por via das ações constitucionais e infraconstitucionais contempladas no ordenamento jurídico. O Poder Judiciário, como consequência, passa a ter papel ativo e decisivo na concretização da Constituição. [...]

Nos dias que correm, tornou-se necessária a sua convivência com novas formulações doutrinárias, de base pós-positivista, que levam em conta fenômenos apreendidos mais recentemente, como a colisão entre normas – especialmente as que abrigam princípios e direitos fundamentais –, a necessidade da ponderação para resolver tais situações, bem como conceitos como mínimo existencial e fundamentalidade material dos direitos⁴⁰. (BARROSO, Luís Roberto).

Pois bem, o papel do Poder Judiciário como intérprete da constituição e das leis se mostra efetivamente. Ele está centrado no resguardo dos direitos propostos pelo ordenamento jurídico, bem como no objeto a ser assegurada a concretização. Não obstante, exige-se mais do que isso do operador do direito quando da aplicabilidade do ordenamento no campo da saúde, faz-se necessário que ele se direcione para a realidade de forma que juízes e tribunais tenham um papel mais ativo na eficiência da prestação da saúde pelo Poder Executivo. Não se trata de facilitar a vida do Poder Executivo, mas pautar as decisões na mais alta clareza da realidade hospitalar, de tal forma que a garantia de acesso à saúde não seja atingida somente pelo demandante em determinada ação, mas por toda a coletividade.

No sentido exposto, Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo asseveram que:

Por outro lado, não podemos ser ingênuos a ponto de ter como irrelevantes as questões vinculadas à reserva do possível, já que esta, para além das considerações de ordem financeiro-orçamentária estrita, envolve também aspectos outros, tais como disponibilidade efetiva de leitos, aparelhos médicos avançados, profissionais de saúde habilitados, etc. Além disso, assume relevo a exigência de capacidade de decisão específica (perícia) acerca das diretrizes terapêuticas a serem observadas quanto à prestação de saúde requerida. Isso porque os protocolos clínicos e as diretrizes terapêuticas do SUS, que uniformizam as condutas de tratamento no âmbito do sistema de saúde brasileiro, têm por base o trabalho de profissionais especializados, buscando (pelo menos vale, em princípio, a presunção) acima de tudo, a garantia de eficiência e segurança dos tratamentos e medicamentos indicados,

⁴⁰ BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial, Revista de Direito Social, 34/11, abr- jun 2009.

encontrando-se abertos à participação da comunidade científica, a quem é viabilizada a possibilidade de opinar sobre o protocolo em estudo, antes que seja definitivamente aprovado e estabelecido⁴¹. (SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner).

Assim, chega-se à conclusão de que, por se tratar de um movimento novo no Brasil, esse movimento a que se dá o nome de “Judicialização da Saúde”, tem-se exigido de todos os Poderes uma competência de execução e de desempenho na aplicação do mandamento constitucional. Ao que se assevera, essa prática não tem um rumo ao fim ou a diminuição, mas, muito pelo contrário, a um aumento da demanda judicial por acesso à saúde. A judicialização precisa ser pensada de forma multifatorial, em comum entendimento a todos os poderes, bem como aos entes da federação.

Vejam, nesse sentido, a Recomendação nº 31 de 30 de março de 2010 do CNJ: Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde⁴².

Em conclusão da aplicação do direito à saúde, Otávio Balestra Neto traz a questão da judicialização do direito à saúde a partir da seguinte ótica:

A crescente judicialização do direito à saúde é objeto de especial atenção dos órgãos de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, seja pela novidade da temática, seja por sua complexidade técnica – que envolve questões nas quais a mera aplicação do direito positivo esbarra em situações existenciais extremas, ligadas à medicina e a outras ciências da saúde –, seja porque o próprio ramo do direito que trata da matéria – o Direito Sanitário – ainda se encontra em franco desenvolvimento doutrinário. Além disso, a judicialização da saúde pública também suscita debates acerca da possível interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas sanitárias, cuja execução afeta o Poder Executivo, gerando discussões teóricas sobre os limites do ativismo judicial no Brasil e o princípio constitucional da separação dos poderes⁴³. (BALESTRA NETO, Otávio).

Com isso, defende-se debates acerca do tema por todos os órgãos que de alguma forma influenciem o campo da saúde, considerando que a colaboração é tida como a melhor forma de atingir o mandamento constitucional. Reconhece-se, ainda, que o Brasil está ainda num estágio

⁴¹ SARLET, I.; FIGUEIREDO, M. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 1, n. 1, p. 171-213, 25 mar. 2007.

⁴² Recomendação nº 31 de 30 de março de 2010 do CNJ. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=877>. Acesso em 27/01/2022.

⁴³ BALESTRA NETO, O. A jurisprudência dos tribunais superiores e o direito à saúde – evolução rumo à racionalidade. **Revista de Direito Sanitário**, [S. l.], v. 16, n. 1, p. 87-111, 2015. DOI: 10.11606/issn.2316-9044.v16i1p87-111. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/100025>. Acesso em: 27 jan. 2022.

incipiente no campo da judicialização da saúde, mas que não há rota de fuga a não ser repensar o sistema, pelo menos no âmbito do Poder Judiciário, para que as decisões judiciais não desarranjem o sistema de saúde, mas cumpram o preceito fundamental de forma eficiente e satisfatória, não só para o demandante, mas para toda a coletividade e para a administração pública.

Por outro lado, quanto à efetivação das medidas judiciais, nota-se que a administração pública tende a cumprir com a determinação judicial, ou seja, ela agiliza o processo de transferência de leito, remoção para unidade pública de saúde. Apesar disso, persiste a dificuldade em se encontrar dados disponibilizados acerca do cumprimento das decisões judiciais, embora se proceda a uma pesquisa jurisprudencial diligente. Encontram-se decisões em que se faz menção ao pronto atendimento pelo ente demandado na transferência de leito. É isso o que se extrai do julgado da Décima Primeira Câmara Cível do TJERJ:

APELAÇÃO CÍVEL. CONSTITUCIONAL. INTERNAÇÃO EM HOSPITAL PARTICULAR EM RAZÃO DA EMERGÊNCIA NO ATENDIMENTO. PACIENTE EM GRAVE ESTADO DE SAÚDE. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA DEFERIDA DETERMINANDO A TRANSFERÊNCIA DO AUTOR PARA UM HOSPITAL PÚBLICO OU NA FALTA DE VAGAS A MANUTENÇÃO NO HOSPITAL PARTICULAR, DEVENDO SER IMEDIATAMENTE TRANSFERIDO ÀS EXPENSAS DOS RÉUS. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA, QUANTO AO CUSTEIO PELOS ENTES PÚBLICOS DOS VALORES COBRADOS PELO TRATAMENTO DO AUTOR EM HOSPITAL PARTICULAR E EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, QUANTO AO PEDIDO DE INTERNAÇÃO, POR PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO. APELO DO AUTOR. NÃO COMPROVAÇÃO DE AUSÊNCIA DE VAGA NA REDE PÚBLICA. PLEITO DE CONDENAÇÃO DOS ENTES NA OBRIGAÇÃO DE CUSTEAR A INTERNAÇÃO EM HOSPITAL DA REDE PRIVADA QUE NÃO MERECE PROSPERAR. **MUNICÍPIO RÉU QUE TRANSFERIU E INTERNOU O AUTOR ASSIM QUE REQUISITADO VIA LIMINAR.** AUTOR QUE REQUER O RESSARCIMENTO DOS GASTOS COM A INTERNAÇÃO NO BARRA D'OR. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. GRATUIDADE DE JUSTIÇA QUE FOI DEFERIDA NO INÍCIO DO PROCESSO, NÃO SENDO OBRIGATÓRIA NOVA MENÇÃO NO DISPOSITIVO DA SENTENÇA, SENDO MERA IRREGULARIDADE SUA OMISSÃO. DESPROVIMENTO DO RECURSO. ⁴⁴

No caso acima, o demandante apelou contra sentença, requerendo condenação do ente réu no custeio da internação em hospital da rede privada; no entanto, foi mantida a sentença de indeferimento, considerando que, em decisão liminar que deferia o pedido de transferência da

⁴⁴ 0142889-52.2012.8.19.0001 – APELAÇÃO - 1a Ementa Des(a). LUIZ HENRIQUE OLIVEIRA MARQUES - Julgamento: 04/10/2017 - DÉCIMA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL

rede particular para rede pública de saúde, o demandado, mediante disponibilidade de leito, prontamente cumpriu a decisão, efetuando, assim, a remoção do paciente.

Nota-se que o preceito fundamental de acesso à saúde foi atingido, tanto é que a sentença foi mantida conforme proferida, afastando a indenização do ente público pelo período que o paciente deu entrada no hospital da rede particular. No caso em questão, vale lembrar que o direito à saúde é de solidariedade, conforme já visto, não só dos entes da federação, mas de toda a coletividade, inclusive do paciente, que por ter dado entrada em hospital privado deverá arcar com o custeio do serviço prestado, dessa forma, bem como à ótica da justiça colaborativa de Philippe Van Parijs, haja vista que todos são solidários na prestação, demandante, demandado e toda a coletividade.

No entanto, em hipótese de, no caso supracitado, após medida liminar, a administração pública não cumprir com a decisão proferida, certamente caberá indenização à rede privada pelos serviços de saúde prestados no período que decorresse da medida liminar até a alta ou remoção do paciente. Vejamos julgado em que foi determinada redução de multa em decorrência de cumprimento de determinação judicial assim que possível:

Apelação Cível. Ação de obrigação de fazer com pedido de antecipação de tutela, proposta em face de Município de Belford Roxo e Estado do Rio de Janeiro. Saúde pública. Autora que se encontra na emergência de hospital de Clínicas Infantil e que necessita urgente transferência e internação para tratamento em Centro de Terapia Intensiva - CTI pediátrico. Sentença que julgou procedente o pedido, tornando definitiva a antecipação de tutela que determinou a imediata remoção e internação da autora em UTI Pediátrica de hospital da rede pública. Apelo do Estado do Rio de Janeiro. Responsabilidade solidária dos entes federativos. Súmula no 65 desta Corte. Declaração e encaminhamento, passada pelo médico que assiste a autora, que atesta a existência da doença e necessidade de internação e tratamento especializado em CTI Pediátrico. **Preliminar de extinção do processo pela perda superveniente do interesse processual que se rejeita, na medida em que a remoção e internação da autora só se deu em decorrência da ordem judicial emanada em sede de antecipação dos efeitos da tutela, sendo de rigor a sua confirmação ou revogação após a apresentação de todas as informações necessárias à análise da demanda com a prolação da sentença. Redução da astreinte ao valor de R\$1.000,00, a fim de conformá-la a patamar condizente com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.** Possibilidade de custeio de internação em hospital da rede privada às expensas da administração pública como alternativa a viabilizar a proteção ao direito constitucional à saúde. Precedentes jurisprudenciais desta Corte. Provimento parcial do recurso, n/f do § 1o-A do art. 557 do CPC, para reduzir a multa diária ao valor de R\$1.000,00.⁴⁵

⁴⁵ 0007310-69.2011.8.19.0001 - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 1a Ementa Des(a). LUCIANO SABOIA RINALDI DE CARVALHO - Julgamento: 28/09/2015 - SÉTIMA CÂMARA CÍVEL

Evidencia-se, de forma análoga à primeira decisão desse tópico, que o ente público procedeu à remoção da paciente para UTI em rede pública de saúde após medida liminar deferida em decisão judicial, realizada a remoção dentro de prazo razoável, no entanto, dentro de prazo passivo de aplicação de multa conforme decisão. A administração apelou do decidido com o objetivo de reformar a sentença quanto à multa (astreinte). O TJERJ manteve a sentença com aplicação de multa, mas com redução, dentro de um valor razoável e proporcional.

Com isso, se extrai-se da análise realizada até aqui que a administração cumpre com as decisões judiciais, ora prontamente, conforme a primeira decisão elencada; ora assim que possível, conforme a segunda decisão colacionada. Dessa forma, pode-se notar que a judicialização do acesso à saúde mostra resultados na prática, o que significa que esse recurso não deve ser banalizado; muito pelo contrário, deve ser recurso utilizado como última alternativa em caso de emergência e corrida pela vida. Nesse sentido, deu-se a orientação já mencionada do CNJ aos tribunais e juízes, bem como foi de forma inteligente argumentado por Barroso em seu trabalho.

Nesse diapasão, a atuação conjunta de órgãos do Poder Judiciário consegue obter resultados favoráveis na realização do preceito preconizado na Constituição Cidadã de 1988. No contexto do Estado do Rio de Janeiro, a Defensoria Pública do Rio de Janeiro (DPERJ) tem tido sucesso no pleito de decisões de suma importância para a efetivação do direito de acesso à saúde para a população carioca. Vejamos:

Com apenas dois meses de vida, a pequena Gabriela Vitória enfrenta uma batalha pela vida. O primeiro *round* foi conquistado no último dia 2 de abril, com a transferência da criança para um hospital particular após não conseguir vaga para tratamento de cardiopatia na rede pública de saúde. A medida decorreu de uma liminar obtida pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro (DPRJ).

A decisão obriga o governo do Estado e a Município de Saquarema, onde a família reside, a arcarem com o tratamento da recém-nascida. Ela estava em UTI neonatal desde o nascimento e dependia de ventilação mecânica – por isso, precisava ser transferida com urgência para uma unidade capaz de realizar procedimento cirúrgico para correção de cardiopatia congênita.

A liminar, concedida no dia 27 de março, resulta de ação judicial movida pela DPRJ, após tentativas fracassadas de resolução do caso na esfera administrativa. A decisão foi proferida pelo Regime Diferenciado de Atendimento de Urgência (RDAU) da Justiça do Rio em Cabo Frio.⁴⁶

Depreende-se da matéria veiculada, o fomento da capacidade efetiva dos órgãos do Poder Judiciário enquanto agentes percussores do acesso à saúde. Em caso de emergência, de corrida pela vida, entidades, como a DPERJ, estão prontamente postas na luta em prol do direito

⁴⁶ Disponível em: <https://defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/10220-Liminar-garante-transferencia-de-bebe-para-realizacao-de-cirurgia> Acesso em: 27/01/2022.

constitucionalmente garantido a todas as pessoas. Por meio dessas decisões judiciais, muitos pacientes garantem acesso ao leito e por consequência direito à vida.

Diante do exposto, conclui-se que o Poder Executivo e as autoridades administrativas, de regulação, órgãos hospitalares e gestores de saúde, pessoas naturais e jurídicas de direito público e privado são os especialistas em gerir o acesso à saúde, leitos, UTIs, medicamentos e todos os insumos necessários à manutenção da vida e propositura de maior qualidade de vida às pessoas que necessitam de cuidados de saúde.

Ademais, defende-se a solidariedade no sentido mais amplo possível quanto ao assunto acesso à saúde, haja vista que esforços de todos os lados são reunidos para que a saúde coletiva seja atingida, de modo que os entes são responsabilizados de forma direta, mas todos são responsáveis e contribuintes, bem como sujeitos de direito e deveres, diretos ou indiretos, na promoção do acesso à saúde. Isso é o que se retira da Constituição Federal, quando trata do acesso à saúde, do fundo de financiamento da saúde, do SUS, dos sujeitos de direitos e deveres em saúde.

Por fim, não há como negar um aumento na judicialização do acesso à saúde, movimento que tem crescido a cada dia e demandado cada vez mais energia do Poder Judiciário e entidades vinculadas à Justiça. Nesse aspecto, defende-se a atuação do Poder Judiciário como agente atuante na promoção da saúde, em harmonia com os demais Poderes, respeitando cada qual sua competência, com fulcro no cumprimento da CF/88 e no melhor interesse em garantir acesso à saúde ao jurisdicionado., O Judiciário deve continuar a pautar suas decisões nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, em casos de emergência (quando há risco iminente de morte) e urgência (quando não há risco iminente de morte, mas que se não tratado, pode evoluir para emergência)⁴⁷, que signifiquem verdadeira corrida pela vida e em que não há tempo para esperar provimento da administração pública ou qualquer outro motivo que implique o acesso à saúde como sinônimo de sobrevivência.

⁴⁷ Conceito médico para emergência e urgência. Disponível em: <https://www.unimedvtrp.com.br/qual-a-diferenca-entre-urgencia-e-emergencia/>. Acesso em: 02/02/2022.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As ações e os serviços de saúde são de relevância pública e status constitucional – é em razão disso que cabe ao Poder Público dispor sobre a regulamentação, fiscalização e controle das ações e serviços de saúde, de modo que estamos a tratar de um direito alçado à envergadura de direito fundamental. O advento da Constituição Federal de 1988 significou a fixação de garantias que são fundamentais a todo cidadão, oportunizando aos indivíduos condições básicas para o gozo de seus direitos, dentre os quais, o da saúde. Para além de ser uma garantia possível a todos, independentemente de qualquer contribuição, inclusive a estrangeiros em trânsito no território brasileiro, o direito à saúde é também um mandado de ação estatal, o qual exige atuação ativa em benefício aos desfavorecidos e aos setores economicamente debilitados da sociedade; constituindo-se em pleno dever do Estado fazer cumprir os princípios da universalidade e da igualdade de acesso aos cidadãos. Atualmente, somente é concebida a ideia de comunidade juridicamente bem ordenada, quando é possível delimitar direitos sociais que operam como verdadeiros nortes e pontos de referência para o agir do administrador público. É importante consignar que a aclamação das normas constitucionais com força normativa vinculante, dentre as quais estão as que expressam o Direito à Saúde, mantém-se como uma das maiores conquistas e quebras de paradigmas do constitucionalismo contemporâneo.

Sabendo que o objetivo das políticas sociais e econômicas é reduzir o risco de doença e de outros agravos e promover o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde, o legislador pátrio não se furtou a conferir especial relevo à saúde no contexto da ordem social. Para isso, descentralizou o gerenciamento dos serviços públicos de saúde, aumentou a participação da comunidade, em razão de uma preocupação em incluir os usuários do serviço no estabelecimento de políticas públicas de saúde, e estabeleceu o atendimento integral como prioridade de atuação, focalizando as atividades preventivas.

Isso em teoria funciona muito bem. A realidade, como anteriormente exposta nesse trabalho, evidenciou a precariedade do serviço prestado e a falta de acesso aos recursos de saúde, ocasionando uma verdadeira guerra pela vida: de um lado, uma população que se vê carente de serviços públicos satisfatórios, sucumbida e acuada à sua própria sorte, de outro, um maquinário governamental ineficiente, moroso e deficitário, gerido por administradores exacerbadamente não-criteriosos e cheios de voluntarismos. A consequência é a quase falência de um sistema que não foi pensado para funcionar, e se funciona, funciona mal.

Como palco dessa batalha, são frequentemente utilizados os Tribunais do Poder Judiciário. A judicialização envolvendo o Direito à Saúde no Brasil é recente, no entanto, o

Judiciário já tem assentado a ideia acerca do dever do Estado em propiciar a prestação integral da saúde à população, não que isso seja imutável, haja vista o caráter cíclico do tema. Ao Poder Judiciário é conferida a competência de atuar como facilitador à promoção da saúde, permitindo o acesso a quem necessite da tutela estatal, seja em forma de prestação de serviços médico-hospitalares, seja por qualquer outra forma, em caráter de emergência; juízes e tribunais vêm decidindo pela imposição aos entes federativos de responsabilidade pela prestação dos serviços, além da garantia de orçamento para efetivação das decisões, como ocorre com os bloqueios de valores para indenização de hospitais privados. É assim que surge para os cidadãos a legitimidade como parte em processos judiciais com esses fins: por meio da atuação do Judiciário, é possível reivindicar determinadas prestações positivas e materiais, a fim de buscar o cumprimento dos dispostos constitucionais.

Nesse cenário frenético de acionamento do Poder Judiciário, como último instrumento possível em decorrência da negativa da oferta de serviços de saúde, tem merecido destaque o panorama de judicialização de pedidos de fornecimento de leitos em hospitais, sobretudo nas UTIs, em um cenário de escassez absoluta de vagas. É nesse contexto de observações acerca do direito ao leito e do direito à vida que se encontra a complexa missão do Judiciário, qual seja, harmonizar os direitos subjetivos afeitos à saúde em detrimento da generalidade do acesso, num cenário de restrições orçamentárias e precarização do SUS.

Cumprir notar que nem sempre as decisões prolatadas em âmbito judicial são acertadas. Excessos, inconsistências e critérios desarrazoados de órgãos judiciais são tão problemáticos quanto a falta de oferta dos serviços, uma vez que colocam em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública, sinalizando uma influência perversa que se presta apenas a desempenhar um processo regulatório do acesso a saúde, não significando qualquer alteração material oportuna na vida do jurisdicionado. É nesse ponto que os órgãos do Poder Judiciário não podem se prestar a sofrer influência de casuísmos, com decisões que representam um fim em si mesmas, posto que o excesso de judicialização de decisões políticas revestidas de caráter judicial pode ocasionar a não realização da tutela satisfativa, o que é o objetivo buscado pela Constituição Federal. Muitas vezes eloquente em sua busca desenfreada por decisões de mérito, o Poder Judiciário se reduz a mero frustrador da justa expectativa da sociedade que busca por direitos. Preocupar-se a ecoar as políticas universalistas implementadas pelo Poder Executivo não pode ser a função do Poder Judiciário, pois isso impede que políticas coletivas inteligentes, dirigidas à promoção da saúde pública, sejam efetivamente implementadas por órgãos e instituições competentes tecnicamente para isso.

Dessa forma, o caráter programático das normas afeitas ao Direito à Saúde, notadamente aquelas inscritas no Art. 196 da Constituição Federal de 1988, sob as quais pairam um sem-número de interpretações axiológicas, não pode se converter, através da atuação de órgãos investidos de jurisdição, em promessa jurídico-constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público substituir, de maneira ilegítima, a já tão enfadonha carência dos brasileiros por serviços públicos de qualidade, pelo acinte do nascedouro de mais uma decisão que não tem a mínima aplicabilidade prática. Um posicionamento judicial natimorto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AITH, Fernando Mussa Abujamra. Teoria geral do direito sanitário brasileiro. 2006. 457 f. Tese (Doutorado em Saúde Pública) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

ANDRADE, Zenaida Tatiana Monteiro. *Dá efetivação do direito à saúde no Brasil.*, 2011. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/da-efetivacao-do-direito-a-saude-no-brasil/> Acesso em 31 maio 2021.

ARTIFON, Ellen Carla de Almeida. SAÚDE: DIREITO DE TODOS E DEVER DO ESTADO. Disponível em: <https://core.ac.uk/reader/235399740> Acesso em: 15/01/2022

ASENSI, Felipe. A aproximação entre o direito e a saúde. Jusbrasil, 2014. Disponível em: <https://felipeasensi.jusbrasil.com.br/artigos/183140730/a-aproximacao-entre-o-direito-e-a-saude>. Acesso em: 31 maio 2021.

BALESTRA NETO, O. A jurisprudência dos tribunais superiores e o direito à saúde – evolução rumo à racionalidade. **Revista de Direito Sanitário**, [S. l.], v. 16, n. 1, p. 87-111, 2015. DOI: 10.11606/issn.2316-9044.v16i1p87-111. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/100025>. Acesso em: 27 jan. 2022.

BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial, *Revista de Direito Social*, 34/11, abr- jun 2009.

BRAGA, Eduardo. Senador. Ao canal Agência Senado. 2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/01/15/eduardo-braga-pede-intervencao-federal-no-amazonas-por-colapso-na-saude> Acesso em: 13/01/2022.

BRASIL, Decreto n. 3964/2001. Dispõe sobre o Fundo de Saúde e dá outras providências.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988.)

BRASIL, Lei 8.080/90. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 11/01/2022.

BRASIL, Constituição dos Estados Unidos do Brasil. 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm Acesso em: 13/01/2022.

BRITO, Larissa Souza; AQUINO, Rodrigo Pelet Nascimento; FARIA, Luíza Cristina de Castro. V. 12, N. 1 2021. PROJEÇÃO, DIREITO E SOCIEDADE. ISSN: 2178-6283. Disponível em: <http://revista.faculdadeprojecao.edu.br/index.php/Projecao2/article/view/1721> Acesso em: 17/01/2022.

Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 31 maio 2021.

COSTA, Ana Carolina Souza; ARAÚJO, Themis Adriana Costa. Acessibilidade à internação em leitos de unidade de terapia intensiva pela via judicial: aspectos dessa problemática no município de São Luís – MA, 2013. Disponível em: <https://www.webartigos.com/artigos/acessibilidade-a-internacao-em-leitos-de-unidade-de-terapia-intensiva-pela-via-judicial-aspectos-dessa-problematICA-no-municipio-de-sao-luis-ma/113624/#ixzz4KdhwxvT5> Acesso em: 31 maio 2021.

DELALÍBERA, Lorena de Freitas. Análise de decisões judiciais que demandam leitos de UTI contra o Distrito Federal. 2013. 52 f., il. Monografia (Bacharelado em Saúde Coletiva). Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

DELDUQUE, Maria Célia. Saúde: um direito e um dever de todos. P. 96-97. Bol. Saúde. Porto Alegre. v. 24. n. 2. p. 93-97. jul./dez. 2010

DE MATOS, José Carlos; FERREIRA, Luiz Flávio; BORGES Ronaldo Souza. ESCOLA JUDICIAL DES. EDÉSIO FERNANDES – TJMG. 2021. Belo Horizonte. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/12475/1/artigo%20%20JCLFeR%20%20estudo%20de%20caso%20escassez%20de%20leitos.pdf> Acesso em: 20/01/2022

DOS SANTOS, Alessandra Ceci; VARGAS, Mara Ambrosina de Oliveira; SCHNEIDER, Nadir. Encaminhamento do paciente crítico para UTI por decisão judicial: situações

vivenciadas pelos enfermeiros. **Enfermagem em Foco**, [S.l.], v. 1, n. 3, p. 94-97, fev. 2011. ISSN 2357-707X. Disponível em: <<http://revista.cofen.gov.br/index.php/enfermagem/article/view/47/46>>. Acesso em: 31 maio 2021.

KONDER, Mariana; O'DWYER, Gisele. As unidades de pronto atendimento como unidade de internação: fenômenos do fluxo assistência na rede de urgências. *Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 29(2), e290203, 2019. Disponível em <<https://www.scielo.br/j/physis/a/5ds5nkd9BySrmsqqy3KQ6J/?lang=pt>> Acesso em: 15 maio 2021.

PARIJS, Philippe Van; VANDERBORGHT, Yannick. *Renda Básica: uma proposta radical para uma sociedade livre e uma economia sã*. São Paulo: Cortez, 2018.

PHILLIP, Tiago. Aspectos jurídicos relacionados a transferência de pacientes de um hospital de media complexada para leitos de UTI existentes em hospitais de alta complexidade – estudo de caso de um hospital de media complexidade da região de Amurel em 2016. Disponível em: <<http://periodicos.unibave.net/index.php/constituicaojustica/article/view/134>> Acesso em: 31 maio 2021.

Portaria 1.631/2015 do Ministério da Saúde. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2015/prt1631_01_10_2015.html Acesso em 31 maio 2021.

Pereira Filho, Luiz Tavares. *Dossiê Saúde Pública*. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0103-40141999000100011> Acesso em 15/01/2022.

RIBEIRO, Cláudia Rodrigues. A Responsabilidade dos Entes Públicos no Fornecimento de Medicamentos e o Princípio da Reserva do Possível. *EMERJ*. 2013. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2013/trabalhos_12013/ClaudiaRodriguesRibeiro.pdf Acesso em: 11/01/2022

SARLET, I.; FIGUEIREDO, M. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 1, n. 1, p. 171-213, 25 mar. 2007.

TEIXEIRA, T. C.; PACHECO, P. V. A judicialização do direito à saúde e o princípio da reversa do possível: necessidade de uma interpretação sistemática da Constituição. **Âmbito jurídico**, Rio Grande, ano 14, n. 85, fev, 2011. Disponível em <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8957>. Acesso em: 25 maio 2021.

VERGINIO, Denise Campos. Judicialização da saúde: um estudo sobre o acesso a leitos de UTI no Estado do Rio de Janeiro no âmbito da atuação da Defensoria Pública do Estado. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Saúde Coletiva) – Instituto de Estudos em Saúde Coletiva, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.