

DIREITO A UM LEITO DE UTI: O INDIVIDUAL SUPERANDO O COLETIVO

Martonio Mont'Alverne Barreto Lima, Rômulo Guilherme Leitão

Resumo

A judicialização na área da saúde pública brasileira é tema recorrente na pesquisa acadêmica em direito, ciência política e sociologia, desde a década de 1990, com ênfase para a análise de decisões do Supremo Tribunal Federal em ações de controle da constitucionalidade, e ainda como resultado de entendimento deste Tribunal a partir de realização de audiências públicas, em 2009. No âmbito local e analisando decisões de magistrados de primeira instância, empreendeu-se um levantamento de dados entre os anos 2013 e 2016, na busca de identificar-se as causas e consequências de um incremento de aproximadamente 1000% na quantidade de liminares concedidas para internação de pacientes em leitos de terapia intensiva na cidade de Fortaleza. As decisões são fundamentadas a partir do entendimento consolidado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de dar a mais ampla interpretação possível ao artigo 196 da Constituição da República, mas a compatibilização do direito à saúde com a necessidade de utilizar critérios técnicos para organizar a fila de espera por leitos de Unidade de Terapia Intensiva é uma problemática que merece análise racional, haja vista o comprometimento do princípio da impessoalidade que rege todos os poderes da República.

Palavras-chave

Poder local; judicialização da saúde; unidades de terapia intensiva; direito à saúde; princípio da impessoalidade.

Abstract Judicialisation in the Brazilian public health area has been a recurring theme in academic research in law, political science and sociology since the 1990s, with emphasis on the analysis of Federal Supreme Court decisions on constitutionality control actions, and as a result of the Court's understanding after holding public hearings in 2009. At the local level and analyzing decisions of magistrates of first instance, a survey of data was carried out between the years 2013 and 2016, in the search to identify the causes and consequences of an increase of approximately 1000% in the number of injunctions granted for hospitalization of patients in intensive care beds in the city of Fortaleza. The decisions are based on the consolidated understanding in the jurisprudence of the Federal Supreme Court, in order to give the widest possible interpretation to Article 196 of the Constitution of the Republic, but the compatibility of the right to health with the need to use technical criteria to organize the queue for Intensive Care Unit beds is a problem that deserves rational analysis, given the commitment of the principle of impersonality that governs all the powers of the Republic.

Keywords Local power; health judiciary; intensive care units; right to health; principle of impersonality.

Mas a principal dificuldade é esta: como pode existir um direito humano à saúde se os recursos simplesmente não são suficientes para satisfazê-lo? Este dilema é o tema deste livro. (...) Outros, mais idealistas, mantiveram-se firmes na ideia de um direito humano à saúde, argumentando que é demasiado importante e básico para ser abandonado. A tarefa deles é, então, descobrir como tornar o direito humano à saúde realista. Este livro será um exercício de idealismo cauteloso. (WOLFF, 2012, p. xv)¹.

INTRODUÇÃO

O artigo examina a questão das decisões judiciais determinando a internação de pacientes em leitos de Unidade de Terapia Intensiva (UTI), no âmbito da cidade de Fortaleza.

O Supremo Tribunal Federal (STF) tem entendimento consolidado no sentido da mais ampla obrigação do Estado em fornecer leito, inclusive de UTI, a qualquer paciente que necessite, devendo, se for o caso, custear leitos na iniciativa privada (ARE 867023/RJ).

A estrutura física da Secretaria Municipal de Saúde de Fortaleza (SMSFor) conta com uma Central de Regulação das Internações de Fortaleza (CRIFor) desde 2003 que recebe a demanda ordinária por leitos oriundas dos hospitais, unidades de atendimento e Serviço de Atendimento Médico de Urgência (SAMU).

A pergunta central do texto é: como compatibilizar o direito à saúde previsto no artigo 196 da Constituição da República Federativa do Brasil (CR) com a necessidade de utilizar critérios técnicos para organizar a fila de espera por leitos de UTI, e investigar por quais razões o Poder Judiciário não enfrenta questão central do art. 6º da Constituição Federal, qual seja, a concepção constitucional explícita de que o direito à saúde é m direito coletivo, e não individual; bem como os desdobramento de tal comando constitucional.

PRECEDENTES DO STF EM AÇÕES DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS: A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

O acórdão relatado pelo Ministro Celso de Melo no RE n.º 271.286 (Rio Grande do Sul) no ano 2000 é o precedente célebre e ponto de partida na consolidação do entendimento acerca da aplicabilidade imediata do artigo 196 da Constituição Federal:

EMENTA: PACIENTE COM HIV/AIDS – PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS – DIREITO À VIDA E À SAÚDE – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS – DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF ARTS. 5º, CAPUT, E 196 – PRECEDENTES (STF) – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUENCIA CONSTITUCIONAL INDISOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE. (AgR no RE nº 271286 /RS, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 24.11.2000).

Na ADPF nº 45 (2004), o mesmo relator, em decisão monocrática igualmente paradigmática, reconhece a legitimidade do controle e da intervenção do Poder Judiciário em temas de efetivação de políticas públicas para preservar a integridade e intangibilidade do núcleo consubstanciado do “mínimo existencial”:

EMENTA: (...) QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). (ADPF nº 45 /RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 04.05.2004).

Com relação à obrigatoriedade de internação de paciente em leito de UTI/CTI, o STF firmou o seguinte entendimento, precedente do Ministro Celso de Melo:

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL. ESTADO DO RIO DE JANEIRO. DIREITO À VIDA E À SAÚDE DO AGRAVADO HIPOSSUFICIENTE. AUSÊNCIA DE VAGA EM CTI DE HOSPITAL PÚBLICO. POSSIBILIDADE DE INTERNAÇÃO EM HOSPITAL PARTICULAR A EXPENSAS DO AGRAVANTE. SOLIDARIEDADE ENTRE OS ENTES DA FEDERAÇÃO. FIXAÇÃO DE MULTA DIÁRIA PARA CASO DE INADIMPLEMENTO. AGRAVANTE QUE NÃO TRAZ AOS AUTOS NOVOS ARGUMENTOS QUE JUSTIFIQUEM A REVISÃO DO JULGADO. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.” (ARE 867.023/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 02.05.2015).

Os impactos financeiros/orçamentários das decisões judiciais na área da saúde é aspecto sempre presente nas discussões acadêmicas e até jornalísticas, mas existe uma tendência manifesta no sentido de que mencionar razões financeiras/orçamentárias, quando se está diante da vida, é apelar para questões menores, e que o direito à saúde é irrestrito. Esta tendência vem posta em decisões do STF, novamente o Ministro Celso de Melo para quem “entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (artigo 5º, *caput* e artigo 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, *um interesse financeiro e secundário* do Estado, entendo, uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e saúdes humanas” (Agravo Regimental no RE 393.175-0). Há mais: no mesmo nível desta “não criatividade argumentativa”, o Poder Judiciário, em suas decisões, recorre à tautologia de que a compreensão de direito à saúde para obrigar os Entes Públicos ao fornecimento de materiais, medicamentos ou tratamentos não ofende à separação de poderes da Constituição de 1988 porque o Poder Judiciário pode decidir e é responsável pela efetivação do direito à saúde. Tais raciocínios são tão comuns em sentenças e confirmados em acórdãos, que uma rápida olhada no grande número de processos disponíveis da rede mundial dissipa qualquer dúvida. Está-se diante do que, há muito tempo, Lenio Streck chama a atenção, aqui de forma resumida: “Numa palavra: o constitucionalismo do Estado Democrático de Direito é, indubitavelmente, incompatível com quaisquer posturas discricionário-decisionistas, porque estas estão assentadas em subjetividades assujeitadoras, enfim, um axiologismos que, no seu cerne, são antidemocráticos” (Sreck, 2012, p. 192).

A CENTRAL DE REGULAÇÃO DAS INTERNAÇÕES DE FORTALEZA

Que o direito à saúde encontra imposição direta da Constituição Federal é inquestionável. O art. 196 da Constituição determina a saúde como direito de todos e dever do Estado, assim como o art. 6º impõe o direito à saúde como coletivo, e o art. 225 garante a todos um meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito à saúde. Portanto,

o direito à saúde decorre de uma matriz constitucional articuladas em distintos momentos do texto constitucional.

Essa articulação, por óbvio, exige a racionalidade normativa jurídica que lhe é intrínseca. Desta maneira, entre os art. 165 e 169 da Constituição se acham dispostas as condições da elaboração dos orçamentos públicos, o que guarda relação com sua fiscalização por meio, especialmente do Congresso Nacional e dos Tribunais de Contas da União e dos Estados. Assim, a definição orçamentária, bem como sua execução, aprovada pelo Poderes Legislativo e Executivo se traduz em prerrogativa constitucional dos Poderes constituídos. Como consequência, tem-se que os orçamentos são as peças diretivas dos gastos com a saúde. Não há como a organização do Estado Federal brasileiro desprender mais recursos em favor desta ou daquela política pública sem que esteja devidamente autorizado pelos Poderes Legislativo e Executivo. Vista deste modo, a política de saúde encontra limites aos seus execuções e gastos na elaboração das leis de diretrizes orçamentárias, planos plurianuais e leis orçamentárias da União Federal, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Uma vez executada no limite das imposições constitucionais, a política de saúde não se sujeita mais ao controle judicial: trata-se de uma questão de opção política, tomada por um gestor eleito pelo voto direto, secreto, universal e periódico, ou seja, eleito pelo poder constituinte. Decisões judiciais que obriguem o Poder Público, por exemplo, à internação em leitos de terapia intensiva quando há fila de regulação por força do número insuficiente este leitos, ou quando determinam o fornecimentos de medicamentos de elevados custos não incorporados ao Sistema Único de Saúde, esbarram neste critério de racionalidade sistemática da Constituição: o orçamento elaborado por dois Poderes – Legislativo e Executivo –, mas que passa ser alterado por cumprimento de decisão de outro dos Poderes, o Judiciário. Parece razoável concluir que esta mecânica não encontra amparo na articulação constitucional dos dispositivos que tratam da política pública de saúde. Diante desse cenário, é que o Município de Fortaleza se organiza em sua rede pública de atendimento à regulação de leitos.

Desde 2003 a Central de Regulação das Internações de Fortaleza (CRIFor) regula a totalidade de leitos instalados de terapia intensiva e enfermaria cadastrados no SUS, no âmbito do Município de Fortaleza, na conformidade do Decreto Municipal nº 11.411 de 20 de maio de 2003.

O fundamento legal da atribuição de responsabilidades e obrigações aos entes municipais no controle dessa atividade se deu em razão da Gestão Plena do Sistema Municipal de Saúde, com fundamentação jurídica no seguinte conjunto normativo: a) Portaria GM/MS no 1.452, de 13.08.2002); b) Norma Operacional de Assistência à Saúde 01/02; c) artigo 198, I, da Constituição Federal e d) Lei n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990.

Uma central de regulação de leitos, portanto, faz a distribuição de vagas de leitos de UTI/CTI a partir de critérios de priorização², redefinidos recentemente pela Resolução do Conselho Federal de Medicina n.º 2156, de 28 de outubro de 2016, que podem ser agrupados em níveis de prioridade, numa escala decrescente de 1 a 5.

A organização do serviço de regulação corresponde ao caráter universal do sistema único de saúde que o Brasil adota. Único no mundo, trata-se de um sistema onde quem não contribui também usufrui dos serviços. O Sistema Único de Saúde tem sua origem na realização das conferências nacionais de saúde. Tais conferências deitam raízes no governo de Getúlio Vargas, com a Lei nº 378, de 13 de janeiro de 1937, a qual reorganizou o Ministério da Educação e Saúde. Era espaço estritamente governamental, a reunir autoridades deste Ministério e autoridades setoriais dos Estados e do então Território do Acre. A primeira conferência nacional de saúde ocorreu em junho de 1941, sob a organização de Gustavo Capanema e do Pres. Getúlio Vargas.

Chama atenção a oitava conferência nacional de saúde, realizada em 1986. Realizada já sob a redemocratização brasileira, foi a primeira a contar com participação popular. Precedida pela realização de pré-conferências estaduais, reuniu cerca de quatro mil pessoas em Brasília, os quais mil eram delegados. Teve como principais metas: a) saúde como direito de todos; b) reformulação do Sistema Nacional de Saúde; e c) financiamento do setor. O núcleo “mais militante” (CONASS, 2009, p. 17) da 8ª Conferência foi sua resolução de nº 13 “A garantia da extensão do direito à saúde e do acesso igualitário às ações de serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde (...)” (CONASS, 1986). Na Resolução nº 1, do Tema 2, lê-se o seguinte: “(...) Universalização em relação à cobertura populacional, a começar pelas áreas carentes ou totalmente desassistidas; equidade em relação ao acesso dos que necessitam da atenção” (CONASS, 2009, p. 18).

O Brasil dava então os primeiros passos para a construção do primeiro – e único até hoje – sistema de saúde único, articulado entre as distintas entidades de sua Federação e que não exigia contribuição financeira para sua utilização. Em outras palavras, repita-se, quem não contribuía também seria usuário do sistema. Nascia aqui o embrião da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que por meio de seu art. 4º determinou que 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)”. A Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990, dispôs sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde, e sobre as transferências entre os distintos níveis de governo dos recursos financeiros na área da saúde.

A rede pública de saúde, então quase inexistente há 30 anos atrás, hoje abrange quase todos os Municípios brasileiros que recebem recursos federais e estaduais, além da pedagógica obrigação de seus gastos com saúde, na ordem de quinze por cento da receita dos impostos arrecadados, de acordo com a redação do art. 6º da Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012. Estados e Distrito Federal obrigam-se à aplicação de doze por cento da arrecadação de seus impostos, com dedução do que for repassado aos Municípios.

AS DECISÕES JUDICIAIS DETERMINANDO A INTERNAÇÃO EM LEITOS DE UNIDADE DE TERAPIA INTENSIVA (2013/2017)

As ações judiciais envolvendo tutelas que determinam a internação de pacientes em leitos de UTI na cidade de Fortaleza tem crescido nos últimos três anos, alcançando o patamar de 740 liminares no ano de 2016, e 771, até novembro de 2017. Os pacientes que buscam leitos de terapia intensiva são representados, em sua quase totalidade, pela Defensorias Públicas do Estado ou da União, sendo insignificante o número de ações patrocinadas por advogados particulares.

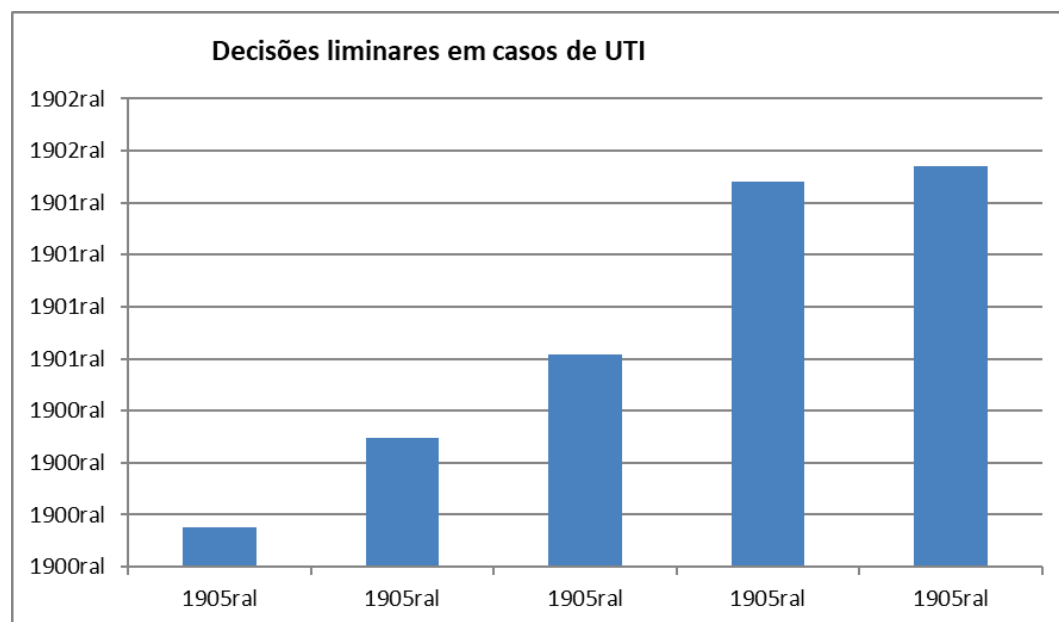
As decisões judiciais – em sua quase totalidade – são concessivas, determinando a internação imediata do paciente em leito público ou privado, sob pena de multa diária por descumprimento. Deve ser ressaltado que, a partir do final do ano de 2017 e no ano de 2018, decisões judiciais, especialmente da justiça federal, concedem a tutela, destacando, porém, que aquela decisão não autoriza que seu beneficiário seja colocado em situação à frente de outros pacientes já regulados. Na Justiça Estadual não se tem notícias de decisão denegando leito de UTI/CTI no período da pesquisa. Esta recente mudança de orientação jurisprudencial decorreu também do intenso debate desencadeado sobre direitos fundamentais entre interessados que litigam no judiciário e aqueles que não litigam. Para além do irracional privilégio em favor de quem litiga em prejuízo evidente em desfavor de quem se submete aos critérios médicos, a reorientação jurisprudencial resulta ainda de outro debate: juízes não são médicos, não há como serem detentores do saber médico: não se prepararam para tal, e não receberam formação e instrução nesta área; devem, portanto sujeitar-se aos parâmetros técnicos fixados em lei.

Após a concessão da antecipação da tutela, o oficial de justiça se dirige à Central de Regulação, intima o médico regulador e o paciente passa a integrar a fila dos “judicializados”, que tem seu *status* próprio, tendo em vista possuírem prioridade sobre os pacientes que não demandaram judicialmente uma vaga de UTI/CTI. Esta realidade acaba por forçar os pacientes que aguardam vagas a buscar nas Defensorias Públicas do Estado e da União apoio ao seu pleito, com uma nova decisão, que o torne “judicializado”. Outro não poderia ser o resultado: forma-se ciclo vicioso que leva a situações como a que se enfrenta atualmente. É relevante que a judicialização de filas de espera não se limita apenas às vagas de UTI/CTI. Alcançam cirurgias eletivas, fornecimento de medicamentos e até equipamentos (cadeira de rodas, fornecimento de fraldas, insumos e alimentação especial, colchões, por exemplo).

A compatibilização do direito à saúde com a necessidade de utilizar critérios técnicos para organizar a fila de espera por leitos de UTI tem-se confrontado com um quadro de incremento do número de decisões judiciais nos últimos três anos que desafia a operacionalização da central de regulação de leitos. Este quadro compromete qualquer planejamento financeiro e orçamentário da União Federal, dos Estados e dos Municípios, em virtude do espontaneísmo da maioria das decisões, baseadas, em sua quase totalidade, em fundamentos genéricos do direito à saúde, e a excluir totalmente de seu fundamento argumentativo qualquer reflexão que não seja normativista.³

Em 2013 foram 75 (setenta e cinco) decisões judiciais determinando a internação em leitos de UTI/CTI; em 2014 o número cresceu para 247 (duzentos e quarenta e sete decisões); em 2015, 407 (quatrocentos e sete) decisões; em 2016 este quantitativo alcançou a marca de 740 (setecentos e quarenta) e até novembro de 2017 chegou-se a 771 decisões liminares. Os dados são da CRIFor:

Figura 1 - Decisões judiciais liminares para casos de leitos de UTI



Fonte: Secretaria Municipal de Saúde do Município de Fortaleza – Central de Regulação das Internações de Fortaleza (CRIFor)

Não é regra geral, mas nesse significativo número de liminares há casos de pacientes que não tem indicação de internação em leito de terapia intensiva; outros a ocuparem leitos estando com morte encefálica diagnosticada, e ainda pacientes que buscam a internação por ausência de leitos de UTI no interior do Estado, mas, no geral, os beneficiários das ações judiciais se encontram em estado grave, no limite entre a vida e a morte. Ainda que o paciente necessite da internação, um incremento de aproximadamente 1000% do quantitativo de decisões liminares em três anos indica uma situação a desafiar qualquer análise e planejamento.

REFLEXÕES CRÍTICAS

Se há uma crise no sistema de saúde brasileiro nas dimensões de infraestrutura, recursos financeiros e humanos, a interpretação que o Poder Judiciário deu ao artigo 196 da Constituição Federal – direito à saúde “garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” e não por meio de decisões judiciais em casos individuais – tem gerado uma demanda imprevisível, e portanto,

não planejável, que torna o sistema desigual e injusto, tendo em vista que o acesso à representação jurídica não é universal e está longe disso.

Do papel da Defensoria Pública (estadual e federal) no patrocínio de ações na área de saúde (medicamentos, cirurgias, internações) origina-se o incremento de demandas judiciais em Fortaleza. A estruturação material da carreira e o comprometimento dos agentes que atuam nessa linha de defesa da população vai ao encontro de um permissivo constitucional (artigo 134).

Não é razoável supor que em três anos a deficiência estrutural tenha gerado uma demanda que aumentou de 75 para 771 liminares. O crescimento da demanda - 1000% em três anos - indica muito mais a atuação da proativa da Defensoria e a liberalidade do Poder Judiciário do que a necessidade de crescimento de 1000% dos leitos de UTI, que tomando esse percentual indicaria a necessidade de quantitativo que supera qualquer lógica ou limitação real e orçamentária.

Para além desses dados, tem-se a questão da invasão de competência constitucional do Poder Judiciário na área de política pública de saúde a partir de um raciocínio processual: há um pedido judicial, acompanhado de um prescrição médica, a tutela deve ser concedida, independentemente de critérios que levem em consideração a limitação da realidade e simplesmente desconsidere a racionalidade de uma fila de espera por leitos.

O princípio da impessoalidade – que não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia (Bandeira de Melo, p. 68) - é solapado, de igual modo, na medida em que a aplicação deveria ser linear e observado pelos três poderes da República, inclusive o judiciário, surgindo a inquietante questão “do tratamento diferenciado para aqueles que vão a juízo reclamar uma prestação positiva e individualizada do Estado: em que medida a prestação jurisdicional assecuratória de tratamento médico individual atende, na sua plenitude, ao direito fundamental à saúde consagrado no texto constitucional?” (Lupion, 2013, p. 315).

Aspecto delicado do problema tem relação direta com a questão cultural da não aceitação da morte, principalmente em países de tradição cristã. Recomenda-se Saramago (2005, p. 11, 12, 21), para quem, a partir daquele trinta e um de dezembro,

(...) ninguém morreu. O facto, por absolutamente contrário às normas da vida, causou nos espíritos uma perturbação enorme, efeito em todos os aspectos justificados, basta que nos lembremos de que não havia notícia nos quarenta volumes da história universal, nem ao menos um caso para amostra, de ter alguma vez ocorrido fenómeno semelhante, passar-se um dia completo, com todas as suas pródigas vinte e quatro horas, contadas entre diurnas e nocturnas, matutinas e vespertinas, sem que tivesse sucedido um falecimento por doença, uma queda mortal, um suicídio levado a bom fim, nada de nada, pela palavra nada. (...) como se a velha átropos da dentuça arreganhada tivesse resolvido embainhar a tesoura por um dia. (...) A rainha-mãe nem melhorou nem piorou, ficou ali como suspensa, baloiçando o frágil corpo à borda da vida, ameaçando a cada instante cair para o outro lado, mas atada a este por um ténue fio que a morte, só podia ser ela, não se sabe por que estranho capricho, continuava a segurar. (...).

A tranquila compreensão sobre *Thánatos*, a complexidade de seu mito para que se aceite o destino mais natural da existência que é sua finitude, custa a uma civilização. No hebraico, a *Mút* como é definida a morte em razão do deus Mot dos cananeus, a morte também adquire uma conotação trágica desde o livro do Gênesis, quando no paraíso já paira o castigo da morte sobre a humanidade.

É sabido que o *critério de priorização* elaborado pelo Conselho Federal de Medicina dispõe que “pacientes com doença em fase de terminalidade, ou moribundos, sem possibilidade de recuperação” em geral não tem indicação de internação em leito de UTI, por exemplo. A regra não é absoluta, sendo possível em alguns casos a análise individual. a cargo do médico que faz a regulação, e não do profissional que encaminha o paciente para a internação e muito menos por um magistrado que não tem conhecimento técnico para avaliar.

A gênese e consolidação dos direitos fundamentais, entre eles o da saúde, confunde-se, portanto, com a gênese das revoluções e rebeliões. O direito à saúde tem um custo econômico e político, assim como todos os outros direitos fundamentais e humanos. Esta sua natureza é imprescindível para nossa sustentação, qual seja: a de que o direito à saúde haverá de ser um direito de todos, assim como a democracia que se criou após o Iluminismo e a Revolução Francesa foi, pela primeira vez na história, uma democracia de todos, e não somente de sábios e ricos. Constituindo-se como um direito de todos, o direito à saúde nem pode restar como declaração de boa vontade na Constituição Federal brasileira, e também não deve ser instrumento de realização de interesse individual, desconectado da realidade em que se vive. Entende-se que o impasse dos dias atuais a respeito do direito à saúde na sociedade brasileira reside, de um lado, no planejamento orçamentário e financeiro a cargo dos poderes executivos das diferentes esferas da federação Brasileira; e, noutro ângulo, no entendimento que possuem sobre direito à saúde os juízes e tribunais.

O raciocínio da maior parte da magistratura brasileira, liderada e incentivada pelo Supremo Tribunal Federal pode ser resumido brevemente: como o juiz é diferente do político, ou seja, é melhor e mais sábio, será sempre possível contar com a argumentação, com a ponderação e com a operação de subsunção de uma norma a um princípio constitucional, complexa epistemologia dominada somente por quem recebeu treinamento numa faculdade de direito ou num dos bons programas de pós-graduação em direito. Os que receberam a delegação política diretamente do poder constituinte – como deputados, senadores, prefeitos, governadores e presidente da República – hesitam e hesitaram em garantir cumprimento ao que eles próprios decidiram cabendo assim a formulação da política correta aos magistrados.

Desde já, registramos que quase nenhum dos especialistas em saúde coletiva e pública aprova a prática da concessão de medicamentos e tratamentos por medidas judiciais, a provocarem verdadeira desordem em qualquer tipo de planejamento que se faça⁴. Esta é a opinião de pesquisadores que há anos dedicam-se à construção, por exemplo, do Sistema Único de Saúde; coincide com o pensamento de agentes públicos efetivos nas esferas municipal, estadual ou federal, a desevolverem há bastante tempo suas atividades no planejamento financeiro e orçamentário, regional e local dos gastos com a saúde pública (deste a atenção básica até aquela de alta complexidade). A formação de grupos de ação plurais,

como aquele da Resolução nº 107 do Conselho Nacional de Justiça, a fim de assessorar o Poder Judiciário na “política de saúde” ou mesmo a Recomendação nº 31, de 2010 do mesmo Conselho Nacional de Justiça⁵ e a conter indicadores a tribunais e juízes quando dos pedidos de medicamento ou tratamentos escapam completamente da separação de poderes da Constituição Federal porque não compete ao Poder Judiciário administrar o serviço de saúde pública, como não lhe compete administrar a política social de nenhum governo, a não ser que o pacto constituinte assim o tenha determinado. Interessante perceber que a não ingerência do Poder Judiciário na política de saúde opera-se pelo fato de que as decisões limitam-se aos casos individuais. No caso da execução da política de saúde pelo Executivo, com capacidade organizativa do governo, a política de saúde será para todos⁶. Acode-nos aqui o pensamento já conhecido há bastante tempo. No seu “Guardião da Constituição” adverte Carl Schmitt de que “[a] independência dos juízes não tem de modo algum o objetivo de, no Estado de hoje, criar um novo titular da construção da vontade política correta, porém de limitar e assegurar uma esfera judicial vinculada ao legislador numa dada estatalidade” (Schmitt, 1985, p. 156)⁷.

Tanto os atuais direitos fundamentais como os direitos humanos do século XX são herdeiros da racionalidade iluminista, oriunda da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e de seguidas e concretas realizações por meio de revoluções: a Francesa, aos do século XIX, com seus movimentos emancipatórios a sucederem uns aos outros. Os processos de independência das Américas também se incluem nestas revoluções e rebeliões. O que deve ser destacado é que as reivindicações iluministas de direitos fundamentais e humanos estiveram presentes mesmo em contraditórios processos de profunda mudança política: com a Revolução Americana, a manter a escravidão; com a Revolução Francesa, a radicalizar a igualdade e inseri-la no centro da prática democrática e não apenas na sua conceituação normativa; com os processos de Alemanha e França de 1848; com a Revolução Russa ao pôr em xeque o direito de propriedade⁸. O que se pode assegurar, a partir da observação concreta da história, é que os direitos fundamentais e humanos jamais partiram do simples normativismo, tampouco resultaram da interpretação constitucional “ponderada”, a redimensionar definição ontológica de normas constitucionais para sua aplicação por tribunais ou juízes. Com outras palavras: os direitos fundamentais e humanos que hoje desfrutamos não foram generosidade da história, não caíram dos céus, nem se formaram por meio da interpretação de seus sentidos, ou de seus lugares em qualquer texto legal ou constitucional. Seu aparecimento resultou de duros e violentos embates sociais, e também assim se estabeleceram. Além do auxílio da objetividade da história para esta inicial compreensão, deve vir em nosso socorro a economia política, como outro critério de compreensão da definição e natureza dos direitos fundamentais e humanos, e ainda como elemento comprovador dos violentos embates para a realização de tais direitos.

O desafio principal a surgir, quando nos depararmos com o direito fundamental à saúde, é aquele de sua definição constitucional e política, a exemplo do que se daria com qualquer outros dos direitos fundamentais. Será a partir desta definição que se poderá compreender a complexa exigibilidade e efetivação de tais direitos: se se aceita sua definição meramente normativista, conforme inserida no texto constitucional, assim como poderia estar inserida qualquer outro tipo de norma, alcança-se o resultado da abstração. Evidente que esta

concepção traz consequências, seja para o constitucionalismo, seja para a política democrática de qualquer sociedade. Se se concebe, por outro lado, a constitucionalização dos direitos fundamentais “em seu âmago e para trás” (Reheis, 2012, p. 21)⁹, isto é, se se parte da instância concreta, objetiva de sua gênese e evolução, aliada ao olhar histórico - igualmente concreto e objetivo - o resultado para a política democrática de qualquer sociedade será completamente diferente. Ficamos com a segunda posição.

CONCLUSÃO

Entre 2013 e 2017 a quantidade de decisões judiciais determinando a internação de pacientes em leitos de terapia intensiva, no âmbito da cidade de Fortaleza, passou de 75 para quase 800 liminares, um incremento de 1000%, sem que tenha havido registro de qualquer epidemia, desastre natural ou causa externa que justifique o quadro.

As causas que explicam esse número de decisões judiciais, pelo menos no âmbito local, passam pela estruturação material das defensorias públicas (estadual e federal) que concentram a quase totalidade das ações dessa natureza em demandas que tramitam na Justiça Federal e Estadual; por deficiências estruturais do sistema brasileiro de saúde, que vão de carência de leitos de internação não-intensivos que geram uma demanda para os leitos de terapia intensiva; por carência de equipamentos de saúde na região metropolitana da cidade e interior do Estado. Acresça-se a isso a questão cultural da não aceitação da irreversibilidade do fenômeno morte em casos de pacientes terminais, combinada com a pressão dos familiares dos enfermos sobre a ação do médico que acaba por fazer o encaminhamento do paciente para leitos de terapia intensiva.

O entendimento consolidado pelo STF, que reverbera nas decisões judiciais de todas as instâncias, é fator igualmente relevante na explicação do crescimento das demandas judiciais. O raciocínio é simples: se liminares foram concedidas para pacientes que estavam em uma fila de espera por vaga, e estes tiveram prioridade “judicial” sobre outros enfermos, a judicialização da questão é a única via legítima para obter a mesma providência, gerando um ciclo vicioso que se retroalimenta. A mudança de entendimento verificada em decisões de parte dos juízes da Justiça Federal, que denegam liminares em casos de UTI ainda é insignificante, ainda mais considerando o entendimento da segunda instância, mas provavelmente gerará uma racionalização no trato da questão nos anos seguintes.

As consequências do quadro aqui apresentado têm duas dimensões. A primeira, de ordem material e a apontar para o colapso do sistema de regulação de UTI na cidade de Fortaleza, que em 2016 recebeu mais de 2 liminares por dia da semana, inviabilizando qualquer planejamento do órgão, e dificultando a tomada diária de decisões sobre a vida ou morte de pacientes em estado grave, a ponto de tornar impossível o cumprimento das ordens judiciais: forma-se uma fila dos “judicializados”, em detrimento da fila dos não “judicializados”. Em razão disso, não é exagero dizer que pacientes que poderiam estar vivos podem ter perecido em razão do caos no sistema de regulação.

Uma segunda consequência, na dimensão jurídico-constitucional, é o enfraquecimento do princípio da impessoalidade que impõe o tratamento equânime a todos, não justificando a internação de uns em detrimento de outros, sem que se tenha informações sobre todos que estão na espera de uma vaga em leito de UTI. Não há como fazer a compatibilização do direito fundamental à saúde previsto no artigo 196 da Constituição da República, arremeter à concretização como direito de todos, por meio de políticas sociais e econômicas, e a proliferação de decisões judiciais sem comprometer o princípio da impessoalidade. Na verdade, inexistente a possibilidade de formulação e planejamento racionais da complexa rede de atendimento à saúde nacional, em todos os seus níveis federados, com a diversidade das sentenças judiciais.

NOTAS

1. No original: *But the main difficulty is this: how can there be a human right to health if the resources are just not the so satisfy it? This dilemma is the subject of this book. (...) Others, more idealistic, have held fast to the idea of a human right to health, arguing that it is too important and basic to be surrounded. Their task is then to work out how to make human right to health realistic. This book will be an exercise in cautious idealism.*
2. O texto optou por apresentar os critérios de priorização de internação em leito de terapia intensiva do Conselho Federal de Medicina (2016), em detrimento dos critérios do Decreto Municipal n.º 11.411/2003, em razão da atualidade daqueles em relação ao normativo local, que deverá ser atualizado.
3. O estudo de Octávio Luiz Motta Ferraz e Fabiola Sulpino Vieira (Ferraz, 2009) traz importantes demonstração, em especial quando da evolução dos gastos reais do Ministério da Saúde: de menos de 19 bilhões de reais em 2003 para quase 24 bilhões em 2006. Surpreendentemente, o gasto em saúde pública e privada comparado com o PIB per capita no Brasil é de 8,8%; superior aos 8,1% dos mesmos gastos no Reino Unido em 2004 (Ferraz, 2009, p. 229).
4. Cf.: Dalila F. Gomes, Camila Rufino Souza, Felipe Luiz da Silva, Julianna Alves Pôrto, Indyara de Araújo Moraes, Maíra Catharina Ramos, Everton Nunes da Silva. **Judicialização da saúde e a audiência pública convocada pelo Supremo Tribunal Federal em 2009: o que mudou de lá para cá?** (*in*: Saúde e Debate. Rio de Janeiro: v. 38, n. 100, jan-mar 2014).
5. Recomenda-se aos Tribunais de Justiça dos Estados e Tribunais Regionais Federais que: i) procurem instruir as ações, tanto quanto possível, com relatórios médicos, com descrição da doença, inclusive CID, contendo prescrição de medicamentos, com denominação genérica ou princípio ativo, produtos, órteses, próteses e insumos em geral, com posologia exata; ii) evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA; iii) ouçam, quando possível, os gestores, antes da apreciação de medidas de urgência; iv) celebrem convênios que objetivem disponibilizar apoio técnico aos magistrados; entre outras recomendações.
6. Id. *Ib.*, p. 153.
7. No original: *“Die Unabhängigkeit der Richter hat aber im heutigen Staat überhaupt nicht den Zweck, einen Träger richtiger politischer Willensbindung zu schaffen, sondern eine Sphäre der gesetzgebundenen Justiz innerhalb eines geordneten Staatswesens abzugrenzen und zu sichern”.*
8. Cf. Wolfgang Abendroth, 1979, p. 251s.
9. No original: *“(..). nach unten und nach hinten (...).”.*

REFERÊNCIAS

ABENDROTH W. Über den Zusammenhang von Grundrechtssystem und Demokratie. In: PERELS, J. (Hrsg). *Grundrechte als Fundament der Demokratie*. Frankfurt/M.: Suhrkamp, 1979.

BANDEIRA DE MELO, C. A. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE. *As Conferências Nacionais de Saúde: Evolução e Perspectivas* (CONASS documenta n. 18). Brasília, DF, 2009.

8ª Conferência Nacional de Saúde: Relatório Final; 1986 mar. 17-21; Brasília, DF, Brasil. Brasília: Ministério da Saúde, 1986.

BRASIL. *Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Diário Oficial da União 20 set 1990; Seção 1: 18055.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário com Agravo 867023/RJ*. Relator: Celso de Mello. Brasília, DF, 23 fev. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 271286/RS*. Relator: Celso de Mello. Brasília, DF, 24 nov. 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45/RS*. Brasília, DF, 04 maio 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário com Agravo 867023/RJ*. Relator: Celso de Mello. Brasília, DF, 02 maio 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 393175-0/RS*. Relator: Celso de Mello. Brasília, DF, 02 fev 2007.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria GM/MS nº 1.452, de 13 de agosto de 2002*. Revogada. Diário Oficial da União 13 ago. 2002.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução nº 2156 de 28 de outubro de 2016*. Estabelece os critérios de admissão e alta em unidade de terapia intensiva. Diário Oficial da União 17 nov. 2016.

CEARÁ. Município de Fortaleza. Central de Regulação das Internações de Fortaleza. *Dados de internações por decisão liminar*. Fortaleza; 2018.

CEARÁ. Município de Fortaleza. Decreto Municipal nº 11.411. Diário Oficial do Município de Fortaleza, 20 maio 2003.

MOTTA FERRAZ, O. L.; Sulpino Vieira F. Direito à Saúde, Recursos Escassos e Equidade: Os Riscos da Interpretação Judicial Dominante. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, [s.l.], v. 52, n. 1, p. 223-251, 2009.

LUPION, R. O direito fundamental à saúde e o princípio da impessoalidade. *In*: SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (org.). *Direitos Fundamentais: Orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: [s.n.], 2013.

REHEIS, F. *Wo Marx Recht hat*. Darmstadt: WBG, 2012.

SARAMAGO, J. *As Intermitências da Morte*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

SCHMITT, C. *Der Hüter der Verfassung*. Berlin: Duncker&Humblot, 1985.

STRECK, L. L. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2012.

WOLFF, J. *The Human Right to Health*. London: W. W. Norton & Company, 2012.