

## Direito Fundamental à Saúde no SUS e a Demora no Atendimento em Cirurgias Eletivas

### ROBERTO FREITAS FILHO<sup>1</sup>

Mestre e Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo, Professor do Programa de Mestrado do Instituto Brasileiro de Direito Público — IDP, Professor e Coordenador do Curso de Direito do Centro Universitário de Brasília — UniCEUB.

### RAMIRO NÓBREGA SANT'ANA<sup>2</sup>

Doutorando em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), Graduado e Mestre em Direito pela Universidade de Brasília (UnB), Professor do UniCEUB, Defensor Público do Distrito Federal, Coordenador da Comissão de Saúde da Associação Nacional de Defensores Públicos (Anadep).

Submissão: 16.12.2015

Decisão Editorial: 13.01.2016

Comunicação aos Autores: 13.01.2016

Origem do texto: Brasília/DF

**RESUMO:** O artigo assume que a demora no acesso aos serviços públicos de saúde é grave problema de saúde pública pouco investigado por estudos acadêmicos. Realiza-se pesquisa jurisprudencial a partir de demandas por cirurgias ortopédicas consideradas não urgentes, com especial foco nas ações propostas pela Defensoria Pública do Distrito Federal, conformando um espaço amostral de 77 demandas. O estudo dá ênfase ao tempo de espera dos pacientes, as consequências da demora e a fundamentação utilizada pelos Magistrados que não concederam o pedido liminar. Conclui que o Judiciário acaba por catalisar a prestação adequada de um serviço público que deveria, ordinariamente, funcionar de forma organizada e célere. Questiona a qualidade dos dois argumentos que fundamentaram, de forma recorrente, os indeferimentos: a ausência de dano decorrente da demora e a existência de uma fila a ser frustrada. A pesquisa permitiu identificar problemas quanto à coerência desses argumentos e também possível contradição performativa dos decisores. Por fim, o artigo aponta a importância de a academia direcionar seus estudos para os problemas de saúde pública que mais afligem a população brasileira, especialmente os segmentos menos favorecidos da sociedade, e reforça a ideia de que o acesso à justiça é alternativa importante para que os brasileiros tenham efetivo acesso aos serviços de saúde pública.

**PALAVRAS-CHAVE:** Saúde pública; judicialização da saúde; direito à saúde; cirurgias eletivas; filas.

**ABSTRACT:** The article assumes that the delay in the public access to health services is a serious problem hardly investigated by academic studies. It also conducts research on lawsuits demanding

1 *E-mail:* freitasfilho,roberto@gmail.com.

2 *E-mail:* ramiro.defensoria@gmail.com.

for orthopedic surgeries that are not considered urgent procedures, with particular focus on actions proposed by State Lawyers of the Federal District, conforming a sample space of 77 cases. The study emphasizes the harmful consequences of the delay for patients, and the reasoning of judges who did not grant the request. It concludes that the Judiciary ends up fostering the proper provision of a public service that should ordinarily operate in an organized and swiftly way. It also accesses two important arguments that often justified the denial of health services: no fault or damage as a result of the health service delay; and the virtual disregard of a waiting line rule that organizes the procedures. Problems of language consistency and also possible performative contradictions on the decision making process are noticed. Finally, the article highlights the importance to direct academic attention to the dramatic health problems that harm vulnerable poor people, and reinforces the idea that access to justice is an important alternative for Brazilians to have effective access to public health services.

KEYWORDS: Public health; health litigation; health rights; elective surgeries.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Problematização: o que realmente prejudica o paciente do SUS?; 2 Metodologia e escopo: o foco nas cirurgias eletivas; 3 Descrição dos resultados; 3.1 Condição do paciente autor da ação; 3.2 Pesquisa jurisprudencial na 1ª instância; 3.3 Pesquisa jurisprudencial na 2ª instância; 4 Discussão dos resultados; 4.1 A demora no atendimento do SUS: falta de critérios de eficiência; 4.2 A dor e o esquecimento: a má-fé com a saúde; 4.3 Avaliação da pesquisa jurisprudencial: qual o valor da dor da espera tem para os juízes?; 4.4 Dois argumentos em defesa dos juízes x dois argumentos em defesa dos pacientes; Conclusão; Referências.

## INTRODUÇÃO

Alguns dos estudos acadêmicos recentes sobre o que se convencionou chamar *judicialização da saúde* estão fora de foco e não refletem a realidade dos maiores problemas enfrentados pelos pacientes que buscam o Sistema Único de Saúde (SUS). Começa a se formar preocupante senso comum que condena o acesso à justiça para obter acesso à saúde pública sob dois conjuntos de argumentos. De um lado, aponta-se a desestruturação e desorganização da gestão do SUS; de outro, afirma-se que a judicialização compromete a equidade no acesso.

O presente estudo parte da percepção de que esse senso comum tem origem, entre outras causas, na falta de pesquisas empíricas sobre a realidade que enfrentam os pacientes do SUS, sobretudo aqueles que buscam acesso pelo sistema de justiça – conceituado, nos limites do presente artigo, como o conjunto articulado pelo Judiciário, Defensoria Pública, Advocacia e Ministério Público. Conforme será abordado adiante, alguns dos estudos acadêmicos, podemos inferir pela nossa experiência de pesquisadores que representam regra geral, limitam-se à pesquisa bibliográfica e documental. Quando há pesquisa empírica, ela se volta apenas para a pesquisa jurisprudencial das demandas por assistência farmacêutica, ou seja, foca no que o Magistrado decidiu sobre fornecimento de medicamentos, e, de forma geral, o faz com especial atenção para

os casos de decisões que obrigam ao fornecimento de fármacos não incluídos nas listas oficiais do SUS.

A forma limitada de estudar o fenômeno da judicialização merece ser repensada. A pesquisa empírica sobre a judicialização da saúde deve ser ampliada para jogar luzes em outros aspectos. O presente estudo pretende contribuir nesse sentido ao ampliar o escopo de pesquisa e substituir o foco nos medicamentos não previstos nas políticas de assistência farmacêutica por demandas de acesso a cirurgias incluídas nas políticas públicas de saúde, ou seja, serviços que o SUS deveria ofertar<sup>3</sup>, mas não oferta. Nesse contexto ampliado de pesquisa, é possível afirmar que a busca pelo sistema de justiça é instrumento importante para que a população, especialmente a parcela mais pobre, obtenha efetivo acesso aos serviços que o Sistema Único de Saúde (SUS) se compromete a fornecer, mas não fornece.

## 1 PROBLEMATIZAÇÃO: O QUE REALMENTE PREJUDICA O PACIENTE DO SUS?

Segundo pesquisa de avaliação pré-eleitoral da CNI-Ibope, realizada em fevereiro de 2014, 58% da população brasileira vê a saúde como principal problema nacional e 49% dos brasileiros espera do Governo Federal políticas públicas de melhoria dos serviços de saúde. A situação mais peculiar é a do Distrito Federal, onde 72% dos cidadãos entrevistados apontaram a saúde como um dos principais problemas brasileiros<sup>4</sup>. A percepção sobre saúde<sup>5</sup> é, contudo, diferente entre aqueles que utilizam e os que não utilizam os serviços de saúde pública<sup>6</sup>.

Segundo aponta o Sistema de Indicadores de Percepção Social (SIPS) do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, entre os cidadãos que utilizam exclusivamente o SUS, a satisfação com a qualidade do serviço prestado<sup>7</sup> e

- 3 A Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde (Renases) compreende todas as ações e serviços que o Sistema Único de Saúde (SUS) oferece ao usuário, para atendimento da integralidade da assistência à saúde. Essa relação nasce da previsão dos arts. 21 e seguintes do Decreto Federal nº 7.508/2011 e foi instituída pela Portaria nº 841/2012 do Ministro da Saúde, conforme pactuação da Comissão Intergestores Tripartite. O mencionado decreto prevê que os demais entes da Federação podem adotar relações específicas e complementares de ações e serviços de saúde, em consonância com a Renases, respeitadas as responsabilidades pelo seu financiamento. A Renases, de acordo com o art. 4º da referida portaria, deve ser atualizada de forma contínua e, a cada 2 anos, ser consolidada e publicada pelo Ministério da Saúde.
- 4 Pesquisa CNI-Ibope, Retratos da sociedade brasileira: Problemas e prioridades do Brasil para 2014. Fevereiro de 2014. Confederação Nacional da Indústria – Brasília. CNI, 2014.
- 5 Todos os dados doravante expostos sobre percepção da qualidade dos serviços de saúde pública são retirados do Sistema de Indicadores de Percepção Social (SIPS) do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, produzido em fevereiro de 2011.
- 6 Consideramos aqui o acesso aos serviços curativos do SUS, pois, nos aspectos de prevenção e vigilância sanitária, todos os brasileiros são direta ou indiretamente beneficiados pelo sistema público.
- 7 Em relação à qualidade do atendimento dos médicos especialistas, 60,6% dos entrevistados avaliaram positivamente, enquanto 18,8%, negativamente.

com a cobertura de assistência farmacêutica<sup>8</sup> é maior se comparada com aqueles que não utilizam os serviços do SUS. Daqueles, 30,4% qualificam como bons ou muito bons os serviços do SUS, enquanto entre os que não utilizam o SUS, apenas 19,2% têm o mesmo grau de aprovação.

Então, o que tanto incomoda o usuário do SUS e o que tanto teme o cidadão que acessa a saúde suplementar?

Estudo do IPEA aponta que a principal preocupação dos usuários do SUS é a falta de médicos. Esse temor foi apontado por 57,9% dos seus usuários. Em seguida, vem a preocupação com a demora no atendimento nas unidades de saúde (hospitais e centros), que foi apontada por 35,9% dos entrevistados. Em terceiro lugar está a preocupação com o tempo de espera para obter acesso a consultas, opção apontada por 34,9% dos usuários. É plausível se argumentar que a preocupação com a falta de médicos revela exatamente o desejo dos pacientes com a redução do tempo de espera. Logo, se somadas as demandas acima expostas, o estudo do IPEA revela que a grande insatisfação do usuário do SUS não é a falta de prestação de serviços ou sua qualidade, mas sim a *demora no atendimento*. Isso sugere que o problema é a falta mesma do serviço previsto nas políticas públicas de saúde. Demora, espera e falta de médicos impedem o atendimento. A qualificação do serviço de saúde, se é bom ou ruim, é condicionada pela sua própria existência, o que, em grande medida, não ocorre no SUS.

A apreensão do brasileiro com a demora no atendimento no SUS é um dos principais vetores que impulsionam a busca pela saúde suplementar, os conhecidos planos de saúde. De acordo com mesma pesquisa do IPEA, os usuários de plano de saúde apontam a busca por maior rapidez na realização de consultas e exames como principal razão de sua adesão à saúde suplementar. Essa foi a resposta de 40% dos entrevistados.

Enfim, a percepção trazida pela pesquisa do IPEA detalha em dados percepção compartilhada em nossa sociedade: a espera de atendimento no SUS incomoda, e muito, o brasileiro. Os recorrentes fatos noticiados sobre a situação da saúde no Brasil, bem como a importância da discussão, na esfera pública, sobre as carências e deficiências graves da prestação desse serviço à população, permite supor que situação não mudou desde 2011, quando a referida pesquisa do IPEA foi realizada. No mesmo sentido, o problema da excessiva espera nas filas do SUS foi um dos principais assuntos abordados na 15ª Conferência Nacional de Saúde, realizada em Brasília entre 1º e 4 de dezembro de 2015<sup>9</sup>. A

8 Dentre os entrevistados, 69,6% qualificaram como boa ou muito boa a distribuição gratuita de medicamentos, enquanto apenas 11% qualificou como ruim ou muito ruim.

9 Vale notar que a Conferência Nacional de Saúde representa o ponto alto da mobilização política e reflexão institucional do SUS. Nesse espaço privilegiado, os gestores, trabalhadores e usuários do SUS avaliam as realizações do último período e definem as diretrizes e metas para os quatro anos que se seguem. Sua 15ª

edição especial da *Revista Radis*<sup>10</sup>, destinada a fomentar os debates da referida conferência, traz como tema principal o problema das filas. O editorial da revista mostra a gravidade da questão: “Há filas que asseguram, outras que limitam o acesso. E a falta de acesso é uma situação desesperadora para as pessoas, porque interfere em seu cotidiano e pode levar ao agravamento de enfermidades e risco de morte”<sup>11</sup>.

A frustração e o desespero, consequências do não acesso, são especialmente presentes na parcela mais pobre da população que, muitas vezes, depende exclusivamente do SUS para tratamento de qualquer agravo de saúde, dos mais simples aos mais complexos.

Os conflitos decorrentes da insatisfação do usuário do SUS com o tempo de espera por atendimento há anos encontra eco no sistema de justiça. São inúmeras e comuns as ações para obter acesso a serviços de saúde disponíveis<sup>12</sup>, mas com extenso tempo de espera por atendimento.

Infelizmente, essa clara falha de nosso sistema público de saúde não é abordada pela academia brasileira, que há anos se debruça sobre o tema da judicialização sem se ocupar desse aspecto importante da temática.

Na produção acadêmica, há clara preocupação em entender o fenômeno da judicialização da saúde com o objetivo de, concomitantemente, evitar a desestruturação do SUS e permitir aos usuários do SUS efetivo acesso aos bens e serviços de saúde. Nesse sentido, são exemplos os trabalhos de Octávio Ferraz<sup>13</sup>, Jairo Bisol<sup>14</sup>, Sílvia Marques e Maria Célia Delduque<sup>15</sup>, Sueli Dallari<sup>16</sup>, entre diversas outras pesquisas. Já nas pesquisas com decisões ditas empíricas, ou mesmo nas pesquisas de cunho bibliográfico, o objeto é, invariavelmente e

---

edição, portanto, é momento de meditação sobre os problemas mais graves enfrentados no período de 2012-2015 e lança as estratégias para 2016-2019.

- 10 Publicação da Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz) e da Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca (ENSP).
- 11 ROCHA, Rogério Lannes. Filas da saúde: os obstáculos ao acesso de qualidade e os caminhos que garantem o cuidado. [Editorial] *Radis*, Rio de Janeiro, n. 159, p. 3, dez. 2015.
- 12 BATALHA, Elisa. Filas da saúde: os obstáculos ao acesso de qualidade e os caminhos que garantem o cuidado. *Radis*, Rio de Janeiro, n. 159, dez. 2015, p. 19-20.
- 13 FERRAZ, Octávio L. Motta. Brazil: health inequalities, rights, and courts: the social impact of the judicialization of health. In: GLOPPEN, Siri. *Litigating health rights: can courts bring more justice to health*. Cambridge: Harvar University Press, 2011.
- 14 BISOL, Jairo. Judicialização desestruturante: revezes de uma cultura jurídica obsoleta. In: COSTA, Alexandre Bernardino et al. (Org.). *O direito achado na rua: introdução crítica ao direito à saúde*. Brasília: CEAD/UnB, v. 4, p. 327-331, 2008.
- 15 MARQUES, Sílvia Badim; DELDUQUE, Maria Célia. A judicialização da política de assistência farmacêutica no Distrito Federal: diálogos entre a política e o direito. *Revista Tempus Actas de Saúde Coletiva*, p. 98-100, 2009.
- 16 DALLARI, Sueli Gandolfi. O judiciário e o direito à saúde. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 481.

de forma mais restrita, a judicialização da saúde e o fornecimento de medicamentos, com especial atenção àqueles não previstos nas políticas públicas.

De fato, é expressivo o número de trabalhos de análise jurisprudencial que tem como foco tão somente as demandas judiciais por medicamentos. São exemplos as pesquisas de Germano Schwartz *et al*<sup>17</sup>, Rodrigo Diniz<sup>18</sup>, Filomena Araújo<sup>19</sup>, Marina Machado<sup>20</sup>; Miriam Ventura *et al.*<sup>21</sup>, Ramiro Sant'Ana<sup>22</sup>, Silvia Marques e Maria Célia Delduque<sup>23</sup>, e Luiz Romero<sup>24</sup>. Chama atenção que os exemplos dados em muitas pesquisas se restringem às demandas judiciais por fármacos mesmo quando o objeto do estudo não é a assistência farmacêutica em si, mas a judicialização da saúde de forma mais ampla. Exemplos disso são os estudos de Felipe Assensi<sup>25</sup>, Gustavo Amaral<sup>26</sup>, Alvaro Ciarlini<sup>27</sup>, Sueli Dallari<sup>28</sup>, Octávio Ferraz<sup>29</sup> e Fabrício Medeiros<sup>30</sup>. Como exposto acima, é também recorrente que o foco da exemplificação se volte para aqueles medicamentos não previstos nas políticas de assistência farmacêutica. Dentre outras

- 
- 17 SCHWARTZ, Germano; SOUZA, Alex Caldas; MONTANARI, Lais. O direito à saúde e a sua interpretação na Justiça Estadual na Comarca de Caxias do Sul. In: ASENSI, Felipe *et al.* (Coord.). *Direito e saúde: enfoques interdisciplinares*. Curitiba: Juruá, 2013.
  - 18 DINIZ, Rodrigo Vaslin. Controle judicial de políticas públicas de medicamentos no Superior Tribunal de Justiça: necessidade de critérios objetivos. In: ASENSI, Felipe *et al.* (Coord.). *Direito e saúde: enfoques interdisciplinares*. Curitiba: Juruá, 2013.
  - 19 ARAÚJO, Filomena Santos de *et al.* Análise da demanda por direito à saúde e as possibilidades de mediação no Tribunal de Justiça de Mato Grosso. In: PINHEIRO, Roseni; MARTINS, Paulo Henrique (Coord.). *Usuários, redes sociais, mediações e integralidade em saúde*. Rio de Janeiro: UERJ/IMS/Lappis, p. 185-192, 2011.
  - 20 MACHADO, Marina Amaral de Ávila *et al.* Judicialização do acesso a medicamentos no Estado de Minas Gerais, Brasil. *Rev. Saúde Pública*, São Paulo, v. 45, n. 3, p. 590-598, jun. 2011.
  - 21 VENTURA, Miriam; SIMAS, Luciana; PEPE, Vera Lúcia Edais; SCHRAMM, Fermin Roland. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. *Physis* [online], v. 20, n. 1 [cited 2015-12-03], p. 77-100, 2010.
  - 22 SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. A saúde aos cuidados do Judiciário: a judicialização das políticas públicas de assistência farmacêutica no Distrito Federal a partir da jurisprudência do TJDF. Brasília, 2009. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito, UnB.
  - 23 Marques e Delduque, *op. cit.*
  - 24 ROMERO, Luiz Carlos. *Judicialização das políticas de assistência farmacêutica: o caso do Distrito Federal*. Consultoria Legislativa do Senado Federal. Brasília, 2008.
  - 25 ASENSI, Felipe Dutra. Judicialização da saúde e Conselho Nacional de Justiça: perspectivas e desafios. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 91-95.
  - 26 AMARAL, Gustavo. Saúde direito de todos, saúde direito de cada um: reflexões para a transição da práxis judiciária. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 122-126.
  - 27 CIARLINI, Alvaro Luis de A. S. *Direito à saúde: paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 39-52.
  - 28 Dallari, *op. cit.*, p. 482-483.
  - 29 Ferraz, *op. cit.*, p. 82.
  - 30 MEDEIROS, Fabrício Juliano M. *O ativismo judicial e o direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 79-84.

pesquisas, destacam-se as de Maria Inez Gadelha<sup>31</sup>, Débora Diniz *et al*.<sup>32</sup>, Luis Felipe Franco<sup>33</sup>, Higor Pessoa<sup>34</sup>, Sílvia Marques<sup>35</sup> e Ana Chieffi e Rita Barata<sup>36</sup>.

São raros estudos, como os de Janaína Penalva<sup>37</sup> e de Fernanda Gomes<sup>38</sup>, que realizam pesquisas empíricas sobre o fenômeno da judicialização para além da assistência farmacêutica. Ainda assim, não abordam o grave problema da demora no atendimento, conforme pretende esse estudo.

Os usuários do SUS que buscam o sistema de justiça para questionar a demora em acessar determinado serviço têm um elemento muito importante seu favor: postulam o cumprimento de uma política pública de saúde. Isso porque, se há fila de espera para determinado serviço, é porque ele existe e faz parte do rol de prestações que o SUS se comprometeu a fornecer. Ou seja, a demanda está inserida na Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde – Renases ou em política pública estadual, distrital ou municipal.

Quando tais demandas são levadas ao Poder Judiciário, são quase sempre acolhidas quando há urgência no tratamento do qual depende a vida ou integridade física do cidadão. A pesquisa de Janaína Penalva aponta que, nesses casos, apenas 8,05% das decisões são desfavoráveis aos requerentes<sup>39</sup>. Já o estudo de Fernanda Gomes aponta para índice de 6,2% de indeferimentos<sup>40</sup>. A resposta do sistema de justiça – especialmente do Poder Judiciário – é diferente quando o elemento da urgência ou emergência está ausente. Trata-se do perfil

- 
- 31 GADELHA, Maria Inez Pordeus. Escolhas públicas e protocolos clínicos: o orçamento, as renúncias necessárias e os novos projetos de lei. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 367-374.
  - 32 DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; SCHWARTZ, Ida Vanessa D. Consequências da judicialização das políticas de saúde: custos de medicamentos para as mucopolissacarídoses. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 28, n. 3, p. 489/489, mar, 2012.
  - 33 FRANCO, Luis Felipe Galeazzi. Judicialização da saúde e a importância do conhecimento da medicina baseada em evidências como ferramenta de constatação dos requisitos para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela em ações judiciais em que se pleiteiam medicamentos e tratamentos. In: NETO, Elias Hígino dos Santos; CASTRO, Gabriela Moreira (Coord.). *Direito sanitário: manifestações atuais e visão crítica de advogados de Estado*. Brasília: Kiron, 2012. p. 47/60.
  - 34 PESSOA, Higor Rezende. Considerações sobre as decisões judiciais que concedem o fornecimento de medicamento sem o devido registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa. In: SANTOS NETO, Elias Hígino dos; CASTRO, Gabriela Moreira (Coord.). *Direito sanitário: manifestações atuais e visão crítica de advogados de Estado*. Brasília: Kiron, 2012. p. 61/77.
  - 35 MARQUES, Sílvia Badim. A judicialização da saúde e a proposta de regulamentação da integralidade de assistência farmacêutica e terapêutica no Brasil. In: ROMERO, Luiz Carlos; DELDUQUE, Maria Célia (Org.). *Estudos de direito sanitário: a produção normativa em saúde*. Brasília: Senado Federal, 2011. p. 143-153.
  - 36 CHIEFFI, Ana Luiza; BARATA, Rita Barradas. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 25, n. 8, p. 1839-1849, ago. 2009.
  - 37 PENALVA, Janaína *et al*. *Judicialização do direito à saúde: o caso do Distrito Federal*. Belo Horizonte: Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2010/2011.
  - 38 GOMES, Fernanda de Freitas Castro *et al*. Acesso aos procedimentos de média e alta complexidade no Sistema Único de Saúde: uma questão de judicialização. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 30, n. 1, p. 31-42, jan. 2014.
  - 39 Penalva, *op. cit.*, p. 19.
  - 40 Gomes, *op. cit.*, p. 35.

de demandas decorrentes das longas filas para *atendimento eletivo*<sup>41</sup> que impõem inaceitável demora. Essas demandas são muito comuns, pois, para serem atendidos de forma mais eficiente, os usuários do SUS têm, cada vez mais, buscado o acesso à justiça. O perfil dessas demandas e a resposta do Judiciário aos usuários do SUS são o objeto da pesquisa empírica realizada.

Essa abordagem é especialmente relevante, pois, além de ir ao encontro da maior preocupação dos usuários do SUS, é espécie de demanda que, como visto, é pouco abordada pelos estudos acadêmicos acerca da judicialização da saúde.

Os problemas nos atendimentos eletivos estão relacionados à excessiva demora e às consequências dela para a vida do paciente. Nessas situações em que o serviço é ofertado pelo SUS, mas em quantidade muito inferior à demanda, essa deficiência conduz a “filas” longas e muitas vezes o usuário não recebe qualquer perspectiva de atendimento. Isso notadamente ocorre com consultas, exames e cirurgias. Essa demora no atendimento muitas vezes impõe aos pacientes graves consequências, como meses ou anos de sofrimento, dor, dúvidas, incapacidade laboral, dificuldades de locomoção, uso excessivo de analgésicos, entre outras decorrentes da excessiva espera por atendimento.

Assim, investigamos esse perfil peculiar e cada vez mais relevante de demandas por serviços de saúde e a forma como o sistema de justiça as tem acolhido.

## 2 METODOLOGIA E ESCOPO: O FOCO NAS CIRURGIAS ELETIVAS

Adotou-se como caso de estudo o exemplo da saúde pública do Distrito Federal (DF), em especial a participação da Defensoria Pública do DF – principal porta de entrada das demandas – e do Tribunal de Justiça do DF, destinatário delas. Nesse contexto, o foco central do estudo são as demandas da população pobre, assistida pela Defensoria, por procedimentos eletivos (não urgentes) e as respostas dadas pelos Magistrados.

A escolha do Distrito Federal tem duas justificativas centrais. Em primeiro lugar, os autores do artigo são pesquisadores residentes nessa unidade da Federação, o que permite melhor acesso e maior experiência com os problemas desse local. Em segundo lugar, o Distrito Federal, segundo dados da CNI-Ibope de 2014, é a unidade da Federação brasileira com maior índice de preocupação com a qualidade do serviço público de saúde (72% dos cidadãos).

---

41 Atendimentos eletivos são aqueles em que não apresentam critério médico de emergência ou urgência e, logo, podem ser agendados para momento futuro conforme critérios de priorização.

O espaço amostral inicial da pesquisa foi o atendimento realizado pelo Núcleo de Saúde da Defensoria Pública do Distrito Federal (DPDF) à população hipossuficiente do DF e entorno, pois o trabalho do referido órgão representa quase a totalidade das demandas por serviços de saúde. Segundo pesquisas realizadas no Judiciário Distrital, a Defensoria patrocina em média 95% das causas<sup>42</sup>.

A partir dessa premissa, o primeiro recorte metodológico foi de aspecto temporal. Para viabilizar a realização da pesquisa e ao mesmo tempo obter informações atualizadas, foi eleito o ano de 2013 para avaliação<sup>43</sup>.

O segundo enfoque a ser eleito foi o temático. O Núcleo de Saúde da DPDF, em 2013, realizou 13.400 atendimentos à população do Distrito Federal e que resultaram em 1.396 ações judiciais, além de mais de 6.000 ofícios. Nesse contexto, são muito numerosas as demandas por acesso a atendimentos eletivos, tais quais cirurgias, exames e consultas, cada qual com milhares de atendimentos. A demanda por cirurgias, contudo, apresenta diferencial em relação às solicitações de exames e consultas: a resolução do problema pela via administrativa é mais reduzida. Ou seja, exatamente por ser tratamento mais complexo, é mais difícil obter extrajudicialmente seu fornecimento pelo SUS. Assim, as demandas por cirurgias levadas ao Judiciário são mais numerosas do que as relativas a consultas e exames.

Segundo as estatísticas do Núcleo de Saúde da DPDF, em 2013 foram ajuizadas 269 ações para solicitar cirurgias, 123 para solicitar exames e 33 para postular consultas médicas. Assim, pra permitir melhor avaliação do argumento judicial, a pesquisa prosseguiu na análise das demandas por cirurgias.

O universo de demandas exigiu, contudo, maior depuração, pois o número de 269 ações se mostrou muito elevado para viabilizar a pesquisa. Além do mais, há muitos procedimentos cirúrgicos emergenciais ou urgentes dentre estes, especialmente aqueles referentes a cirurgias oncológicas e neurocirurgias. Vale registrar que o estudo busca avaliar a resposta do Judiciário quando o elemento urgência não está presente.

Diante desse contexto, conjugadas a necessidade de afastar as demandas urgentes e a consideração da ampla gama de demandas eletivas, foi eleita para avaliação a demanda mais comum no DF: *cirurgias ortopédicas*. Além disso, os pacientes que aguardam por cirurgias ortopédicas, apesar de não apresentarem risco de morte, muitas das vezes convivem com diversas consequências graves

42 Marques e Delduque, op. cit., p. 101 e 103, e Penalva, op. cit., p. 14.

43 O período de um ano é bem representativo. Além disso, os arquivos do Núcleo de Saúde referentes ao ano de 2013 estavam devidamente organizados de modo a facilitar o acesso aos dados.

e adversas da espera. É, portanto, enfoque muito rico e representativo do complexo de aspectos que envolve o tratamento da saúde humana.

Por fim, o último recorte da pesquisa jurisprudencial empreendida se deu na avaliação apenas das *decisões liminares*<sup>44</sup> que julgam pedidos de antecipação de tutela, pois o elemento temporal, conforme registrado, é de extrema relevância nestas demandas; afinal, é exatamente a espera excessiva que aflige os usuários do SUS.

Assim, resumidamente, os critérios da pesquisa jurisprudencial são: i) decisões liminares em ações ajuizadas na Justiça do Distrito Federal (TJDFT); ii) patrocinadas pela DPDF; iii) que demandam cirurgias ortopédicas eletivas; e iv) no decorrer do ano de 2013.

Dados os critérios postos, é possível se avaliar qual é a resposta que o sistema de justiça dá às demandas que têm três aspectos peculiares: i) não há risco de morte ou dano permanente à integridade física do autor da ação; ii) os serviços de saúde estão de acordo com as políticas públicas do SUS; iii) a parte que demanda judicialmente é pobre ou vulnerável e, portanto, depende exclusivamente do atendimento no SUS.

A partir da definição desses critérios, iniciou-se a investigação pelos arquivos do Núcleo de Saúde da DPDF que contêm cópias de todas as petições iniciais ajuizadas pelo referido órgão. A partir dos critérios eleitos, chegou-se ao total de 77 ações ajuizadas em todo ano de 2013 para postular cirurgias ortopédicas. Esse universo de ações foi submetida então a uma matriz de avaliação comum para obtenção de dados quantitativos e qualitativos, mediante preenchimento dos dados em planilha padrão.

A abordagem quantitativa avaliou tanto a condição do paciente quanto o resultado das demandas judiciais. O enfoque qualitativo se deu nos fundamentos das decisões dos juízes.

A *condição do paciente* foi avaliada nos seguintes aspectos: i) o tempo de espera pela cirurgia; ii) os sintomas e as limitações apresentados pelos pacientes decorrentes da demora; iii) quanto tempo demorou a realização da cirurgia após concedida a ordem judicial.

No que tange à resposta dos Magistrados, a pesquisa jurisprudencial buscou avaliar: i) se a decisão liminar foi favorável ou desfavorável ao autor da ação; ii) se foi desfavorável, qual o fundamento utilizado e quais argumentos foram expostos; iii) se houve recurso nas decisões desfavoráveis aos pacientes;

---

44 A decisão liminar é aquela proferida no início do processo, quando o juiz avalia rapidamente se o autor do direito alegado é plausível e se há perspectiva de dano se o caso demorar a ser julgado. Nas ações com rito ordinário, mais comuns, essa decisão é chamada antecipação de tutela, pois antecipa a decisão do juiz que, de outro modo, viria apenas meses ou anos depois na sentença.

iv) se o recurso foi provido ou improvido; v) qual o argumento utilizado pelo desembargador relator nos casos de improvido do recurso; vi) se havia nas ações informações sobre lista de espera ou sobre a previsão de atendimento do paciente autor da ação.

Os 77 casos foram avaliados e foi preenchida ficha – que segue em anexo – com os dados acima elencados. Para tanto, foram levados em conta as informações e os documentos que instruíam a petição inicial do processo, complementadas com a informações obtidas no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e, quando necessário, nos arquivos de peças processuais do Núcleo de Saúde da DPDF.

### 3 DESCRIÇÃO DOS RESULTADOS

#### 3.1 CONDIÇÃO DO PACIENTE AUTOR DA AÇÃO

O perfil predominante dos usuários do SUS que buscaram a assistência da Defensoria Pública é de pessoas que aguardam há muito tempo – meses ou anos – por cirurgias ortopédicas.

Após avaliação do quadro clínico de cada paciente descrito na petição inicial e documentos que a instruem, verificou-se que todos pacientes já aguardavam há mais de um mês e, no outro extremo, alguns aguardaram até 7 anos para buscar assistência jurídica. Foi possível obter significativa amostra desse dado, pois em 74 das 77 ações analisadas a informação sobre tempo de espera estava disponível. No quadro abaixo, é possível observar, com detalhes, o tempo de espera dos autores até a data de ajuizamento da ação.

TABELA 1 – TEMPO DE ESPERA DOS PACIENTES ANTES DE AJUIZAR A AÇÃO (ESQUERDA)

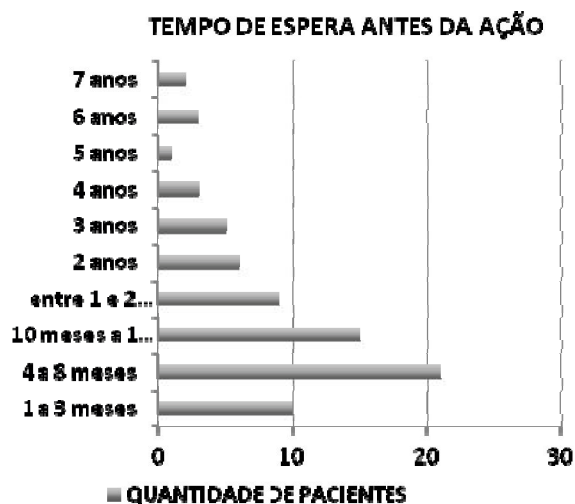
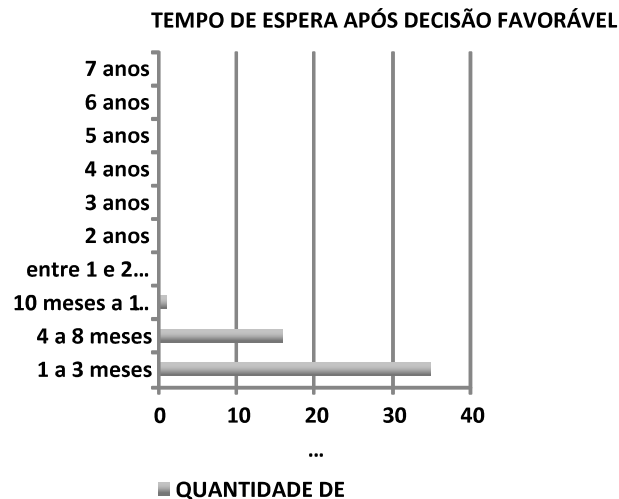


TABELA 2 — TEMPO DE ESPERA APÓS DECISÃO JUDICIAL FAVORÁVEL (DIREITA)



Conforme se observa, a maior parte dos pacientes aguardou até 1 ano antes de acessar o Judiciário: 46 pacientes. Ainda assim, é muito relevante o número de pacientes que aguardou mais de 1 ano e até 7 anos por atendimento: 29 pacientes. A constatação aponta para um problema de *ineficiência do atendimento do SUS*, especialmente se aos resultados encontrados forem comparados os prazos previstos na regulação da saúde suplementar, conforme será adiante abordado na discussão dos resultados (item 4.4.1).

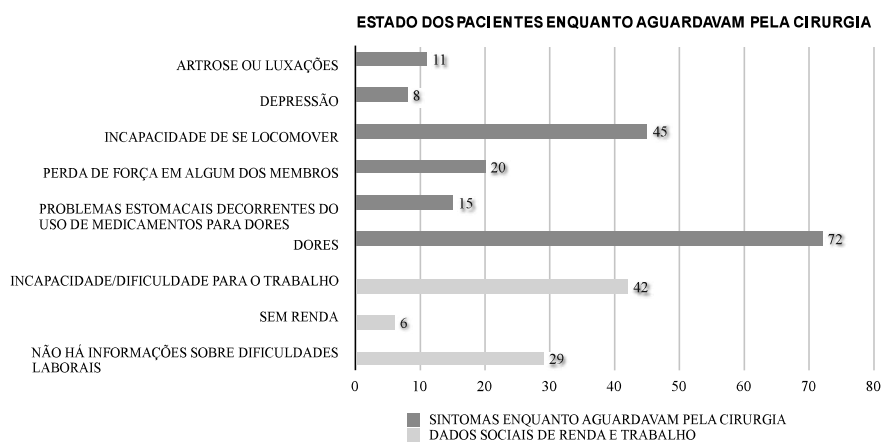
Para os pacientes que acessaram o Judiciário e tiveram sua demanda acolhida pelos Magistrados, a decisão judicial significou acentuado incremento de eficiência no atendimento. Aproximadamente 2/3 (dois terços) dos pacientes beneficiados com liminares foram atendidos em até três meses após proferida a ordem. Os demais foram atendidos entre 4 e 8 meses. Em um caso excepcional, a demora na realização a cirurgia chegou a 9 meses após proferida decisão judicial.

Não bastasse o exacerbado tempo, a espera é permeada por diversos sintomas adversos e limitações físicas. Enquanto aguardam a cirurgia ortopédica, os pacientes padecem de dores, dificuldades ou incapacidade de locomoção, incapacidade laboral, depressão, entre outros. É possível observar, inclusive, peculiar sintoma decorrente da longa espera: o uso prolongado e contínuo de analgésicos para aliviar as fortes dores acarreta sérios problemas gástricos.

Além dos problemas físicos e psicológicos, vários outros problemas sociais têm origem nessa demora do atendimento. O mais notável é a incapacidade para o trabalho. Dentre os casos analisados, em 42 os pacientes infor-

mam que estão incapazes para trabalhar e, destes, 6 acrescentam que estão sem qualquer renda<sup>45</sup>. Destes 6 casos, 2 são mais notáveis: um senhor que estava há 4 anos aguardando atendimento sem capacidade para locomover-se, e outro senhor estava há 7 anos aguardando com dores e problemas estomacais decorrentes do excesso de analgésicos.

**TABELA 3 — SINTOMAS E PROBLEMAS SOCIAIS DOS PACIENTES ENQUANTO AGUARDAVAM CIRURGIA**



OBS: Muitas vezes o paciente apresenta mais de um sintoma.

### 3.2 PESQUISA JURISPRUDENCIAL NA 1ª INSTÂNCIA

A *decisão liminar* proferida pelos juízes é aspecto importante da presente análise. Isso porque os elementos tempo e eficiência são os principais obstáculos à obtenção da cirurgia pretendida pelos pacientes. Apenas decisão célere responde de forma adequada às necessidades dos usuários do SUS que aguardam cirurgias. Nesse contexto, o gráfico abaixo expõe qual os resultados obtidos das análises dos pedidos liminares<sup>46</sup> formulados aos Magistrados de 1ª

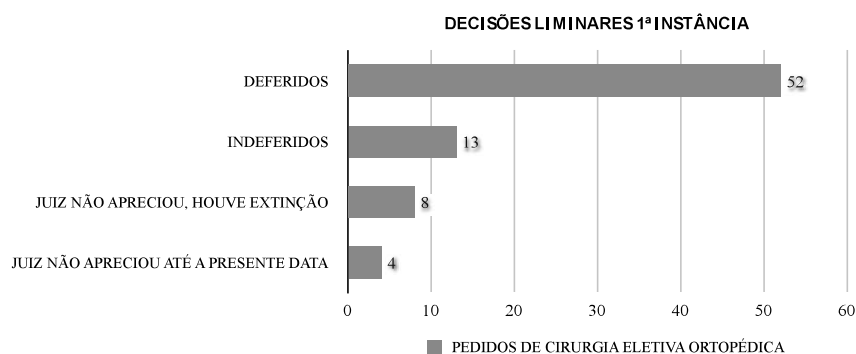
45 Vale destacar que o número de trabalhadores sem renda pode ser maior do que aponta o estudo. Isto porque, na elaboração das petições iniciais das ações, o foco é a saúde do indivíduo, e não os aspectos psicossociais envolvidos. Além do problema da falta de renda, existe o problema da diminuição da renda, pois os inaptos ao trabalho sob proteção previdenciária passam a receber auxílio-doença; contudo, esse benefício comumente tem valor inferior ao que o paciente recebia quando efetivamente trabalhava, especialmente quando o trabalhador combinava um emprego formal e atividade autônoma informal. Esses são aspectos importantes da vida desses pacientes que, pelas limitações dessa pesquisa, não puderam ser avaliados.

46 A palavra “liminar” é usada nesse contexto como toda decisão judicial tomada no início do processo que aprecie o que foi pedido. Todos os casos avaliados são ações de conhecimento sob o rito ordinário; logo, o estudo avalia as decisões tomadas face aos pedidos de *antecipação de tutela* sob os fundamentos do art. 273 do Código de Processo Civil. A palavra liminar é mantida para facilitar a compreensão do artigo por leitores sem formação em Direito.

instância atuantes nas 8 (oito) Varas de Fazenda Pública do Distrito Federal, juízos competentes, na época, para julgar as ações que tem o DF como parte.

Nesse sentido, no total de 77 ações ajuizadas, 52 obtiveram o deferimento da liminar. Ou seja, significativa maioria obteve ordem judicial favorável. Por outro lado, relevante número de ações recebeu ordem judicial desfavorável ao paciente autor da ação: 13 casos. Além disto, em outros 8 casos, os Magistrados simplesmente não analisaram o pedido liminar. Em geral, nesses casos a demora para avaliar o pedido foi tal que o paciente obteve a realização da cirurgia independentemente do comando judicial. A soma dos resultados conduz a 21 casos em que *não* foi obtida decisão liminar favorável. Por fim, em 4 casos a liminar ainda não havia sido avaliada quando do encerramento da coleta de dados.

**TABELA 4 — RESULTADO DAS DECISÕES LIMINARES EM 1ª INSTÂNCIA**



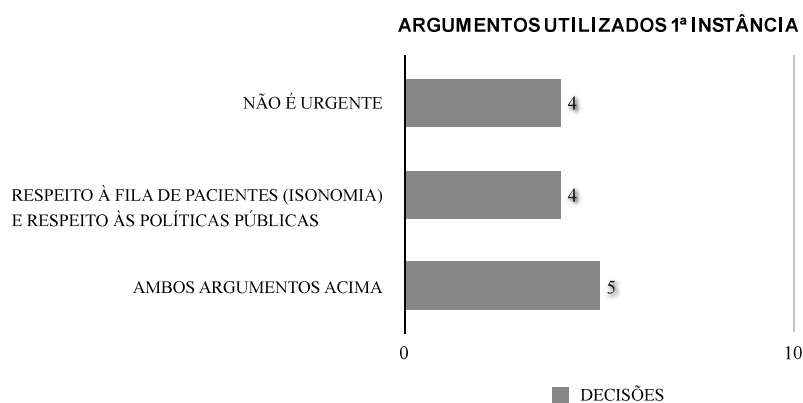
A concessão da liminar que antecipa a tutela pedida tem, segundo o art. 273 do Código de Processo Civil, dois requisitos: a) a prova inequívoca da verossimilhança da alegação e b) o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. A investigação dos argumentos de que os juízes de 1º grau utilizaram para rejeitar o pedido de realização da cirurgia nos 13 (treze) casos encontrados conduziu à conclusão de que os juízes reconhecem que o autor da ação realmente necessita da cirurgia; contudo, não há dano irreparável ou de difícil reparação. Em suma, os juízes reconhecem que o tratamento deve ser ofertado pelo SUS, mas não veem razão para determinar que seja feito logo. Essa situação ocorreu em todas as liminares indeferidas<sup>47</sup>. Vale registrar que o tempo de espera dos pacientes que não obtiveram decisão favorável é semelhante ao dos demais pacientes do conjunto amostral. Eis o tempo de espera, organizado

<sup>47</sup> Estão incluídos nesta análise como liminar indeferida dois casos em que o decisor “deferiu” a antecipação de tutela, mas vinculou sua execução às listas de prioridades da Administração e não fixou prazo algum, o que em nada altera a situação fática do paciente (Autos nºs 2013.01.1.102887-0 e 2013.01.1.018613-3).

em forma crescente, em cada um dos 13 processos em que a liminar não foi concedida: 3 meses, 4 meses, 6 meses, 7 meses, 10 meses, 1 ano e 1 mês, 1 ano e 3 meses, 2 anos, 3 anos, 4 anos, 5 anos, 6 anos, e um caso sem o dado.

Entre os principais argumentos contidos nas decisões de indeferimento, são recorrentes aqueles que indicam que: a) a cirurgia pleiteada “não é urgente”, e que assim devem ser priorizados os casos urgentes, ou que apresentem real “risco de morte”; b) existe uma “fila”, que deve ser respeitada, a fim de que se concretizem as políticas públicas de saúde, e respeite-se o princípio da isonomia. O gráfico abaixo busca avaliar esse aspecto qualitativo das decisões pesquisadas.

**TABELA 5 – ARGUMENTOS UTILIZADOS PELOS JUÍZES DE 1ª INSTÂNCIA PARA REJEITAR O PEDIDO DOS PACIENTES**



Fato interessante é que nesses casos em que os juízes negaram o pedido de realização da cirurgia em respeito à fila de pacientes, não foi encontrado *nenhum documento* juntado pelo réu da ação (o Distrito Federal) ou pelo próprio juiz da causa que comprove a existência de “lista de espera” ou que indique qual a colocação do autor na referida lista ou, ainda, que aponte previsão de atendimento pelo andamento normal da fila. A alegação da existência da lista serve como um argumento que legitima a não concessão liminar do pedido, na qual há um paradoxo. Se há uma lista, seu sentido de isonomia somente seria dado por meio da sua publicidade, na medida em que assim cada pessoa interessada poderia verificar a ordem cronológica nos casos em que não há urgência no procedimento. O argumento seria, então, válido, se houvesse a comprovação da existência da lista, bem como dos critérios de formulação da fila de pacientes. Ocorre que, mesmo sendo um argumento baseado em dados da empiria, não são os mesmos comprovados, o que leva a crer que essa seja uma estratégia retórica com objetivo de legitimar a decisão, sem base factual.

### 3.3 PESQUISA JURISPRUDENCIAL NA 2ª INSTÂNCIA

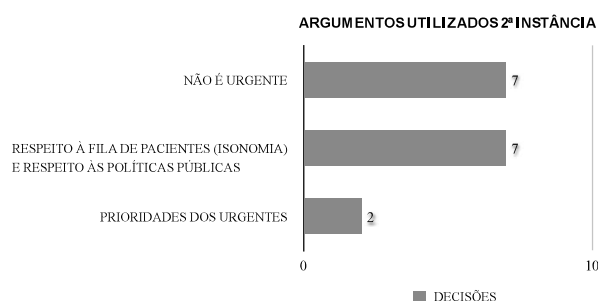
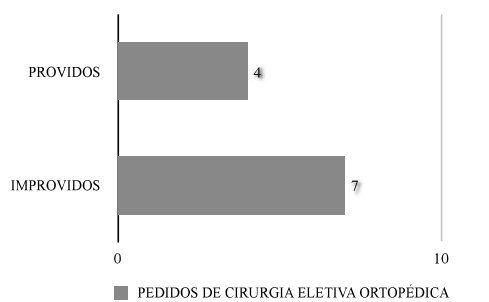
Naturalmente, ao ter seu pedido liminar negado pelo juiz, o autor busca a reforma da decisão através de recurso. Nos casos avaliados, o recurso utilizado foi o agravo de instrumento, que leva ao conhecimento do Tribunal de Justiça a decisão de indeferimento proferida na 1ª instância e pede que uma decisão favorável seja tomada em seu lugar.

O recurso de agravo foi interposto em 11 dos 13 casos de indeferimento, e, assim, foi levada ao TJDFT a irresignação dos usuários do SUS. Destes 11 recursos, 4 foram julgados favoráveis aos autores da ação (recursos providos) e 7 foram julgados em desfavor dos autores (recursos improvidos).

O principal argumento utilizado pelos desembargadores (Magistrados de 2ª instância) foi a ausência de urgência. Tal fundamento está presente em todas as decisões desfavoráveis aos usuários do SUS. Outros argumentos comuns foram: respeito às políticas públicas (2 casos), isonomia (2 casos), prioridade aos urgentes (2 casos), respeito à lista (3 casos). Enfim, todos os fundamentos dos desembargadores apontam para a preocupação de não intervir nos critérios de priorização de atendimento do SUS. O quadro abaixo sintetiza a pesquisa.

**TABELA 6 – DECISÕES LIMINARES EM RECURSOS (2ª INSTÂNCIA)**

**E ARGUMENTO DOS DESEMBARGADORES**  
**DECISÕES LIMINARES 2ª INSTÂNCIA (RECURSOS)**



Por fim, vale ressaltar que na pesquisa de 2ª instância repete-se a situação em que o respeito aos critérios de priorização do SUS é fundamento para negar o pedido dos pacientes; contudo, nenhum documento juntado esclarece quais seriam esses critérios, quais pacientes estão na lista ou qual a previsão de atendimento dos demandantes.

## 4 DISCUSSÃO DOS RESULTADOS

### 4.1 A DEMORA NO ATENDIMENTO DO SUS: FALTA DE CRITÉRIOS DE EFICIÊNCIA

Os usuários do SUS cujas demandas por cirurgia foram avaliadas eram todos, presumidamente, cidadãos de baixa renda ou vulneráveis, pois estavam assistidos pela Defensoria Pública do DF. Assim, os resultados revelam alguns aspectos do tratamento que o SUS dispensa à parcela pobre da população.

A primeira conclusão que registramos é a exacerbada e inexplicável demora para realizar procedimentos cirúrgicos eletivos. Os dados encontrados mostram que o usuário do SUS realmente tem motivos para estar insatisfeito com a demora para acessar os serviços públicos de saúde. Como observado, em 29 dos 74, ou seja, em 39,2% dos casos expostos na Tabela 1, os pacientes aguardaram mais de 1 ano pela cirurgia antes de buscar o Judiciário. Em 6 casos, a espera alcançou entre 5 e 7 anos.

No ordenamento jurídico brasileiro, a demora na prestação de serviço remete à conhecida ideia da eficiência ou da ineficiência. O atendimento eficiente nos serviços públicos é direito do cidadão brasileiro; não à toa a eficiência é um dos princípios basilares da Administração Pública (art. 37, *caput*, da Constituição) e, embora não seja lei aplicável ao SUS, também está previsto no art. 22 do Código de Defesa do Consumidor<sup>48</sup>.

Para definir em cada caso se determinado serviço público está ou não sendo ofertado com eficiência, é essencial a adoção de critérios para objetivamente avaliar se algo é eficiente ou ineficiente. Descumprido o critério, a situação é ilícita e pode, portanto, ser objeto da ação de órgãos de controle ou da revisão judicial.

Neste ponto, encontra-se séria dificuldade. A legislação federal em saúde pouco trata da eficiência na prestação dos serviços à população. A própria lei orgânica da saúde (Lei Federal nº 8.080) é silente nesse aspecto. Basta observar que o art. 7º da referida norma, o qual enumera os princípios e as diretrizes do SUS, não há a mais vaga menção à prestação de serviços de forma eficiente.

48 “Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.”

Nem mesmo em atos infralegais do Ministério da Saúde há registro de prazos adequados para oferta de cirurgias eletivas (ou de qualquer outro serviço). Um dos poucos critérios de eficiência existentes na saúde pública está estabelecido na recente Lei Federal nº 12.732/2012, que, em seu art. 2º, garante ao paciente com câncer o primeiro tratamento em até 60 dias após firmado o diagnóstico<sup>49</sup>. O SUS, simplesmente, não possui critérios de eficiência temporal para atendimentos eletivos.

Muito diferente é a situação da *saúde suplementar*, ou seja, dos planos de saúde privados. A saúde suplementar conta com regulação específica dos prazos para atendimento exposta na Resolução nº 259, de 17.06.2011, da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). A referida norma prevê prazos máximos para consultas, exames, cirurgias e todos os procedimentos sob cobertura contratual. O prazo máximo existente, que é estabelecido para realização de atendimento em regime de internação eletiva, é de apenas 21 dias úteis<sup>50</sup>.

A disparidade de tratamento do paciente no setor público e no setor privado salta aos olhos. Enquanto o usuários do SUS pode passar meses ou até anos no aguardo por um procedimento eletivo, o usuário de plano de saúde tem garantido atendimento no prazo de 21 dias úteis. Esse é o aspecto mais grave dessa iniquidade: o titular de plano privado tem uma expectativa de atendimento; o usuário do SUS, não.

#### 4.2 A DOR E O ESQUECIMENTO: A MÁ-FÉ COM A SAÚDE

Como visto, a espera por tratamento pode demorar de alguns meses a vários anos e o paciente segue aguardando atendimento sem qualquer perspectiva de ter seu procedimento efetivamente realizado. O seu nome é colocado em uma “fila”, mas o paciente não sabe se e quando chegará sua vez. Como sabido e amplamente noticiado nos veículos de mídia de massa, há sério problema de falta de transparência e desorganização. Quanto maior a desorganização, mais casos surgem de acesso personalizado ou privilegiado – entendido como uma “maneira tradicional e antiética de burlar a fila de espera por intermédio de uma pessoa influente”<sup>51</sup>.

49 “Art. 2º O paciente com neoplasia maligna tem direito de se submeter ao primeiro tratamento [cirurgia, radioterapia ou quimioterapia] no Sistema Único de Saúde (SUS), no prazo de até 60 (sessenta) dias contados a partir do dia em que for firmado o diagnóstico em laudo patológico ou em prazo menor, conforme a necessidade terapêutica do caso registrada em prontuário único.”

50 “Art. 3º A operadora deverá garantir o atendimento integral das coberturas referidas no art. 2º nos seguintes prazos: [...] XI – procedimentos de alta complexidade – PAC: em até 21 (vinte e um) dias úteis; [...] III – atendimento em regime de internação eletiva: em até 21 (vinte e um) dias úteis; e XIV – urgência e emergência: imediato.”

51 Batalha, op. cit., p. 19.

A espera, para muitos, não é uma opção simples. Os resultados expostos na *Tabela 3* apontam que as lesões ortopédicas não tratadas impõem aos pacientes sintomas adversos: luxações, depressão, dificuldades de locomoção, perda de força, problemas gástricos e, principalmente, dores. A dor é queixa de 93,5% dos pacientes que buscaram o Judiciário. Essa dor impõe o uso contínuo e prolongado de analgésicos, que, por sua vez, acarretam em problemas gástricos (situação narrada por 20% dos pacientes). Além da dor, outra consequência óbvia são as limitações funcionais: 58% dos pacientes sofrem de dificuldades de locomoção e outros 26% de perda de força nos membros afetados. Em alguns casos, a perpetuação desse estado vai além do sofrimento físico: 10% foram diagnosticados com depressão.

Nesse contexto, a judicialização é caminho quase inevitável, pois, para muitos, parece ser a única forma de escapar dessa situação indigna. A impressão dos pacientes é confirmada pela pesquisa, pois, conforme observado na *Tabela 2*, o incremento de eficiência temporal no atendimento é notável após intervenção judicial. Daqueles pacientes que obtiveram liminares favoráveis, 2/3 (dois terços) obtiveram tratamento em até 4 meses e o restante em até 8 meses, com uma exceção apenas, que chegou a 9 meses.

A situação é curiosa, pois, se a intervenção judicial conseguiu tirar aqueles pacientes do esquecimento, por que o SUS não consegue se organizar e prestar atendimento minimamente eficiente antes? Por que tantos pacientes ficam esquecidos em “filas” por anos sem qualquer previsão de atendimento? Por que a legislação trata de forma tão diferente os pacientes do SUS e aqueles dos planos de saúde?

Nesse ponto, pode-se adotar uma hipótese sociológica canônica sobre a realidade brasileira; a de que a situação de atendimento de saúde reflete uma outra, mais ampla, na qual a distinção e a hierarquia sociais antirrepublicanas estão presentes e são perversamente naturalizadas entre nós<sup>52</sup>. Nessa perspectiva, o serviço é pior e as garantias de acesso são menores para as pessoas da classe pobre.

De fato, desde a década de 90, com a regulamentação dos planos de saúde, ficou exposta a divisão qualitativa entre os serviços acessados pelas classes mais abastadas, portadoras de planos de saúde privados, e a população pobre, que depende exclusivamente do SUS para serviços curativos<sup>53</sup>. Mesmo a interação ente os sistemas público e privado é desfavorável ao pobre, pois quem

52 DAMATTA, Roberto. *Carnavais, malandros e heróis* – para uma sociologia do dilema brasileiro. Rio de Janeiro: Rocco, 1997, passim.

53 SOUZA, Jessé. *A ralé brasileira: quem é e como vive*. Belo Horizonte: UFMG, 2009. p. 306.

possui o rápido diagnóstico ofertado pelo setor privado tem melhor acesso aos serviços públicos quando necessita<sup>54</sup>.

Dentro do próprio SUS a invisibilidade social dos pobres é presente. O baixo investimento no combate às doenças que afetam a população pobre, conhecidas como “doenças da pobreza” ou “doenças negligenciadas”<sup>55</sup>, contrasta com os bons resultados de políticas públicas voltadas para atendimento de agravos de saúde que afetam horizontalmente a população (AIDS, diabetes, coagulopatias). Além disso, o serviço prestado em locais de periferia apresenta qualidade inferior aos hospitais de referência das áreas centrais. Em suma, claramente,

as debilidades no funcionamento das instituições públicas de saúde se afinam com a desigualdade social, reproduzindo-a, o que significa que, na prática, elas contradizem os preceitos constitucionais pelos quais o Sistema Único de Saúde, o SUS, foi criado, não favorecendo a proposta idealizada em seu bojo de propiciar cidadania inclusiva e igualitária.<sup>56</sup>

A demora no atendimento de cirurgias eletivas parece ser mais uma espécie de “doença da pobreza”, ou seja, outra consequência do tratamento desigual que a população pobre tem dentro do próprio SUS. A demora é simplesmente mais um aspecto da baixa qualidade dos serviços prestados aos pobres<sup>57</sup>.

O sociólogo Jessé Souza chama de *má-fé institucional* esse sistemático tratamento negligente dado pelos serviços públicos, qualificativo confirmado pelos dados coletados na presente pesquisa, que nos leva a concluir claramente pela existência de “má-fé da saúde pública brasileira”<sup>58</sup>.

### 4.3 AVALIAÇÃO DA PESQUISA JURISPRUDENCIAL: QUAL O VALOR DA DOR DA ESPERA TEM PARA OS JUÍZES?

A pesquisa jurisprudencial exposta na Tabela 4 revelou que em 17% das ações o pedido liminar do paciente foi rejeitado. Além disso, em outros 10% o pedido sequer foi analisado. Por outro lado, em 67% das ações as decisões foram favoráveis.

Apesar de a maior parte dos julgamentos ser favorável aos pacientes que ingressaram com ações, é significativo o índice de julgamentos desfavoráveis.

---

54 NISHIJIMA, Marislei; CYRILLO, Denise Cavallini; BIASOTO JUNIOR, Geraldo. Análise econômica da interação entre a infraestrutura da saúde pública e privada no Brasil. *Econ. Soc.* [online], v. 19, n. 3, p. 610, 2010.

55 Os estudiosos destacam com frequência a tuberculose, a hanseníase, a malária, as verminoses, o mal de Chagas, dentre outras. Sobre a questão, conferir Souza, op. cit., p. 313-14.

56 *Idem*, p. 306.

57 *Idem*, p. 327.

58 *Idem*.

Basta avaliar o resultado de outras pesquisas. O estudo de Fernanda Gomes<sup>59</sup> em Minas Gerais aponta para índice de apenas 6,2% de indeferimentos dos pedidos liminares<sup>60</sup>. A pesquisa de Janaína Penalva<sup>61</sup> no Distrito Federal aponta que apenas 8,05% das decisões foram desfavoráveis aos requerentes. Em pesquisa realizada por Silvia Marques e Maria Célia Delduque<sup>62</sup>, também na Justiça do Distrito Federal, *nenhuma* solicitação de fornecimento de medicamentos foi rejeitada em 87 casos analisados.

Assim, comparativamente com diversos outros estudos sobre a judicialização da saúde, o índice de 17% dos pedidos liminares demonstra que a 1ª instância da Justiça do DF demonstra incomum postura face às demandas da população por cirurgias no SUS. Se observarmos as decisões de 2ª instâncias, expostas na Tabela 6, o resultado se torna ainda mais destoante. Dos 11 recursos interpostos, 7 foram improvidos, ou seja, rejeitados pelos desembargadores. Nesse caso, o índice de decisões desfavoráveis é de 63%<sup>63</sup>.

Para entender essa situação, é necessário investigar mais detalhadamente os fundamentos das decisões que rejeitaram os pedidos liminares para realização de cirurgias ortopédicas, conforme exposto nas Tabelas 5 e 6.

Entre os Magistrados de 1ª instância, foram utilizados dois principais argumentos para rejeitar o pedido liminar para realização da cirurgia eletiva: i) a necessidade de respeitar as políticas públicas do SUS e a isonomia entre os pacientes de modo a “evitar interferências na fila de espera”; ii) a cirurgia, por ser eletiva, *não é urgente*; logo, o autor da ação pode aguardar mais. Os dois argumentos são apresentados com a mesma recorrência e, em 5 casos analisados, ambos foram lançados como fundamento do indeferimento da liminar.

Resultado semelhante encontra-se na avaliação dos fundamentos dos desembargadores que julgaram os 7 casos em que o recurso do usuário do SUS foi improvido. Para rejeitar o apelo dos pacientes, em todos os casos analisados foram lançados os dois argumentos acima expostos e, em dois julgamentos, também foi apontada a necessidade de se *priorizar casos urgentes*.

---

59 Gomes, op. cit., p. 35.

60 Há aspecto relevante a se destacar, qual seja, a referida pesquisa não restringe o seu espaço amostral apenas às ações ajuizadas pela Defensoria Pública. O índice de demandas patrocinadas pela Defensoria Pública é, nessa pesquisa, de 33,1% (Gomes, op. cit., p. 35).

61 Penalva, op. cit., p. 19. A referida pesquisa é um bom paradigma para comparação, uma vez que, de todas os processos pesquisados, 95,06% foram patrocinados pela Defensoria Pública do DF. Ou seja, adota parâmetro muito próximo ao do presente estudo, que parte de uma base na qual 100% das ações tem seus autores representados pela Defensoria Pública do DF (Idem, p. 14).

62 Marques e Delduque, op. cit., p. 101. Essa pesquisa também perfaz paradigma adequado para comparação, uma vez que, de todas os processos pesquisados, 95,4% foram patrocinados pela Defensoria Pública do DF. Ou seja, também adota parâmetro muito próximo ao do presente estudo (Idem, p. 101).

63 O índice de negativas encontrado na pesquisa de 2ª instância de fato é muito elevado; contudo, é importante notar que há uma tendência costumeira de o Magistrado de 2ª instância manter a decisão do Magistrado de 1ª instância. Esse aspecto da prática judicial não pode ser descartado na interpretação dos dados.

O conjunto destes argumentos conduziu os julgadores à conclusão de que, nos casos analisados, está ausente requisito essencial previsto no art. 273<sup>64</sup> do Código de Processo Civil para a concessão da ordem liminar: o receio de o autor sofrer *dano irreparável ou de difícil reparação*<sup>65</sup>.

Em nenhum caso os juízes consideraram ausente o outro requisito, qual seja, o da *verossimilhança* das alegações do autor da ação. Ou seja, em todos os casos, os Magistrados reconhecem que a pessoa tem, sim, direito ao atendimento médico que postula. Eles entendem, por outro lado, que o seu tempo de espera não configura um dano ao paciente ou, se configura dano, é ele reparável.

Eis exemplo que bem descreve o argumento judicial encontrado nos casos em análise:

A antecipação dos efeitos da tutela exige a convergência da verossimilhança da alegação com o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (CPC, art. 273).

No caso estritamente examinado nestes autos, percebe-se que se trata de pedido de realização de cirurgia ortopédica em um dos joelhos do autor.

O serviço de saúde pretendido foi prescrito por médico do Sistema Único de Saúde – SUS, em atendimento à exigência da Portaria nº 14/01 da Secretaria de Saúde do Distrito Federal.

Ocorre que, apesar da *constatada necessidade da realização do procedimento cirúrgico* em referência, inexistente, no momento, demonstração de fundado receio de dano irreparável que justifique a determinação de realização da referida cirurgia em sede de antecipação de tutela.

Reitere-se que o relatório médico apresentado *não evidencia situação fática relevante ou situação excepcional que autorize o deferimento do pedido emergencial*.

Logo, a tutela emergencial requerida pelo autor, no momento, não deve ser acolhida.

Pelo exposto, *indefiro* o pedido de antecipação dos efeitos da tutela. (Autos nºs 2013.01.1.026384-6 – grifos nossos)

O caso acima é exemplar, pois o autor, no momento em que ajuizou a ação em março de 2013, já esperava há 4 anos por cirurgia no joelho e alegava

64 “Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se *convença da verossimilhança da alegação*: I – haja fundado *receio de dano irreparável ou de difícil reparação*; ou II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.” (grifos nossos)

65 Não avaliamos aqui a pertinência do requisito previsto no inciso II do art. 273, pois o estudo se atém às decisões liminares; logo, não há possibilidade de verificação de abuso de direito de defesa ou de ato protelatório.

que nesse período estava com sérias dificuldades para trabalhar e para se locomover. Diante da negativa, foi interposto recurso, também rejeitado. Ou seja, a espera, que já era de 4 anos, será maior. Essa pessoa, que está inválida há mais de 4 anos sem tratamento, sofreu algum dano decorrente da espera? Se dano houve, é reparável?

Como considerar que não sofre dano paciente submetido à espera de meses ou anos por procedimento cirúrgico? O que dizer da dor sentida, dos movimentos perdidos, da incapacidade para o trabalho, da falta de renda, da depressão? Esse tempo de sofrimento e privação pode ser reparado?

Do ponto de vista da coerência sistêmica há graves problemas com essas decisões. Especialmente se observarmos que, em situações aparentemente menos indignas, já que envolvem bens jurídicos de menor relevância do que a saúde, o Judiciário entende pacificamente que há dano: negativas de cobertura em planos de saúde, inscrições equivocadas em cadastro de inadimplentes, preterições em concursos públicos. Em situação análoga à dos autores das ações pesquisadas, há interessante precedente jurisprudencial do Tribunal de Justiça do DF que reconhece dano moral a um usuário de plano de saúde que esperou 14 dias úteis além do prazo conferido pela ANS de 21 dias úteis para realização de cirurgia eletiva por seu plano de saúde<sup>66</sup>, tendo sido o plano de saúde condenado a pagar R\$ 4.000,00 em danos morais ao paciente.

Como se observa, o Judiciário trata de forma distinta casos bem menos graves do que esses de espera por cirurgias eletivas. A dor dos usuários do SUS, muitas vezes pessoas pobres e sem alternativas para tratamento, não é considerada relevante<sup>67</sup> em expressivo número de julgamentos.

Os argumentos ora lançados podem ser desafiados por duas importantes objeções. Em primeiro lugar, eles podem ser apontados como argumentos morais, e não jurídicos, motivo pelo qual a crítica feita aos Magistrados pode ser considerada apenas moralmente relevante, mas não juridicamente relevante.

Em segundo lugar, pode-se afirmar que os Magistrados, ao decidirem, devem ter em vista as consequências de suas decisões, e seria razoável que eles evitassem comandos voltados ao atendimento de um indivíduo em detrimento

66 Autos nºs 2013 01 1 066022-3-ACJ.

67 Não se pretende afirmar que os juízes agem com preconceito de classe social ou são completamente insensíveis aos pleitos da população pobre; contudo, o fato de os Magistrados não pertencerem à mesma classe social desses litigantes é fato relevante para a formação de sua convicção. Nesse sentido, já alertava Benjamin Cardozo ainda na primeira metade do século XX: “O espírito da época, tal como se revela a cada um de nós, muitas vezes nada mais é que o espírito do grupo no qual os acasos do nascimento, da educação, da profissão ou da comunhão de interesses deram lugar. Nenhum esforço ou revolução da mente destronará, completa e definitivamente, o império dessas lealdades subconscientes” (CARDOZO, Benjamin N. *A natureza do processo judicial*: palestras proferidas na Universidade de Yale. Trad. Silvana Moreira. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 129).

da coletividade. Ou seja, seria inadequado “passar o autor à frente da lista de espera” apenas porque ele bateu às portas do Judiciário.

A seguir tratamos dessas objeções.

#### 4.4 DOIS ARGUMENTOS EM DEFESA DOS JUÍZES X DOIS ARGUMENTOS EM DEFESA DOS PACIENTES

Levamos ao debate a primeira objeção ao aprofundar a questão da urgência da cirurgia. Conforme narrado acima, muitos juízes fundamentaram o indeferimento das liminares com o argumento de que a cirurgia não é urgente; logo, não há dano ou ele não é irreparável ou de difícil reparação. Assim, se não há grave ameaça à vida ou risco permanente à integridade física do paciente, o requisito legal para a concessão da liminar não está presente.

Esse argumento, embora pareça válido, é incoerente, pois a conclusão não decorre das premissas adotadas. Vejamos melhor em quadro comparativo:

*Premissa maior* (art. 273, *caput* e inciso I):

O Juiz poderá conceder a antecipação de tutela (liminar) se convencido de: verossimilhança das alegações + rejeição de *dano* irreparável ou de difícil reparação.

*Premissa menor* (caso concreto):

A cirurgia pleiteada pelo paciente *não é urgente*.

*Conclusão* (decisão liminar):

Se não há comprovação de urgência, o pedido liminar é *indeferido*.

Como se observa, a premissa maior desse silogismo – a norma – exige a presença *dano, irreparável ou de difícil reparação*, para a concessão da ordem liminar. O juiz rejeita a presença desse requisito sob o argumento de que *não há urgência*. A premissa menor, contudo, não afastou a incidência da premissa maior. O argumento válido para o Magistrado seria: *não há dano*. Em suma, o juiz deveria ter fundamentado sua decisão com argumentos que demonstrem a inexistência de dano, não a inexistência de urgência. Isto porque em determinado caso concreto *pode existir dano irreparável mesmo que a medida pleiteada não seja urgente*.

É o caso das cirurgias eletivas. O procedimento, em sua essência, não é urgente do ponto de vista médico; contudo, a demora no atendimento impõe graves danos irreparáveis aos pacientes em razão do sofrimento experimentado: dor, incapacidade, dificuldade de locomoção, depressão etc.

A incoerência argumentativa verificada decorre da interpretação da expressão “dano irreparável ou de difícil reparação” com a qual não é possível concordar, na medida em que os fatos mostram algo distinto do que se afirma. A expressão “dano irreparável ou de difícil reparação” é composta de *palavras de valor*, consoante a teoria da linguagem de Richard Hare. Segundo o referido filósofo, *palavras de valor* são aquelas que exigem avaliação lógica e fática do contexto para definição de seu conteúdo<sup>68</sup>. Ou seja, o seu significado semântico não é autoevidente. Isso implica que em uma decisão judicial “aspectos relevantes relacionados a fatos considerados importantes para o julgamento não podem ser desconsiderados ou distorcidos”<sup>69</sup> (grifos nossos).

Dizer que um dano é *irreparável* não é descrição, mas sim exercício de avaliação. E toda vez que o juiz avaliar que um dano é irreparável deverá seriamente se inclinar para a concessão de uma medida liminar, pois este é o imperativo legal do art. 273 do CPC. Isso porque o significado avaliatório dessa expressão “dano irreparável” é invariável<sup>70</sup>. Em toda situação em que haja receio de que ocorra dano irreparável, o juiz estará enfrentando situação em que o direito do autor da ação está em risco.

Mas a questão central é: como saber avaliar se um dano é ou não irreparável?

Necessitamos da exposição dos critérios utilizados para avaliação dos fatos. Mais especificamente, necessitamos que seja descrito em que sentido cada critério adotado é utilizado pelo Magistrado. Como destaca Neil MacCormick, é necessário empenho para entender os valores que perfazem uma base aceitável para interpretação das normas<sup>71</sup>, bem como o Magistrado deve apresentar alguma boa argumentação avaliatória para a decisão proferida que, ao menos, preserve o valor da coerência<sup>72</sup>.

---

68 HARE, Richard Mervyn. *A linguagem da moral*. Trad. Eduardo Pereira e Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 45.

69 FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do leasing*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2009. p. 147.

70 FREITAS FILHO, Roberto. Decisões jurídicas e teoria linguística: o prescritivismo universal de Richard Hare. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 45, n. 178, p. 26, abr./jun. 2008.

71 MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 198.

72 Idem, p. 242.

No exemplo das cirurgias eletivas, o juiz deve descrever o que ele entende<sup>73</sup> por dano, de modo a esclarecer se a dor é um dano, se a incapacidade laboral é um dano, e assim por diante. A partir daí tem início outro processo para definir se o dano identificado é irreparável ou de difícil reparação. Somente então teremos uma boa argumentação, a partir de uma norma constituída de palavras ou expressões avaliatórias, que exprima os critérios descritivos utilizados por quem decide.

A partir daí, o Magistrado tem critério adequado para avaliar os dados do caso concreto e definir se há ou não *dano irreparável*. Apenas com esse procedimento podemos ao mesmo tempo garantir: i) o controle adequado da coerência do argumento judicial e ii) a formulação de um juízo que pode ser universalizado, ou seja, que pode ser aplicado a casos semelhantes<sup>74</sup>.

É importante garantir isso para que a decisão judicial seja coerente em dois níveis: no caso concreto (coerência com os fatos e provas) e em casos semelhantes (coerência com outros julgamentos e precedentes). A imprecisão cometida nos casos analisados – confundir dano e urgência – conduziu à incoerência das decisões analisadas nos dois níveis indicados.

Em primeiro lugar, as decisões tomadas são incoerentes com as provas dos autos, pois rejeitaram a pretensão de pacientes do SUS em obter atendimento médico, apesar do evidente dano que a espera prolongada impõe a eles. Em segundo lugar, as decisões analisadas são incoerentes com a jurisprudência reiterada do Tribunal de Justiça em casos semelhantes, sejam relativos a demandas da saúde pública ou da saúde privada. Exemplo foi o caso citado no tópico anterior em que se reconheceu existir dano para paciente da rede privada que esperou 14 dias a mais que o prazo de 21 dias de espera previsto em resolução da ANS.

Postulamos que o Judiciário não poderia ter julgado de forma tão diversa situações semelhantes. A coerência é requisito para que o discurso judicial seja legítimo<sup>75</sup> e lógico<sup>76</sup>. A falta de coerência conduz, inclusive, à ausência de isonomia de tratamento que o Judiciário deve assegurar<sup>77</sup> aos usuários do SUS

73 Nesse processo de exposição dos critérios valorativos que serão utilizados, o Magistrado não pode ter em vista apenas os seus próprios critérios, mas é plausível que busque valores compartilhados na coletividade, embora, com frequência, irá se deparar com juízos de valor divergentes (ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Shild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 26).

74 Freitas Filho, op. cit., 2009, p. 181.

75 A defesa da coerência na argumentação jurídica é amplamente defendida e estudada. Nesse sentido, McCormick, op. cit., p. 197 et seq.; e Cardozo, op. cit., p. 20 et seq. Também merece destaque o estudo de Ronald Dworkin (DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 263 et seq.).

76 Freitas Filho, 2009, op. cit., p. 141 et seq.; e Hare, op. cit.

77 Nesse sentido, importante consideração de Freitas Filho: "O significado das palavras de valor é, em uma importante medida, prescritivo, e, de acordo com esse significado, não é aceitável do ponto de vista lógico

entre si e em relação, por exemplo, aos usuários de planos de saúde. Abaixo indicamos o esquema dos argumentos que podem ser considerados válidos conforme as peculiaridades dos casos concretos.

*Premissa maior* (art. 273, *caput* e inciso I):  
O juiz poderá conceder a antecipação de tutela (liminar) se convencido de: verossimilhança das alegações + receio de *dano* irreparável ou de difícil reparação.

<p><i>Premissa menor 1</i> (caso concreto): A espera pela cirurgia implica dano irreparável ou de difícil reparação.</p>	<p><i>Premissa menor 2</i> (caso concreto): A espera pela cirurgia <i>não</i> implica em dano irreparável ou de difícil reparação</p>
--	---

<p><i>Conclusão 1</i> (decisão liminar): Se há dano irreparável ou de difícil reparação a liminar deve ser <i>deferida</i>.</p>	<p><i>Conclusão 2</i> (decisão liminar): Se não há dano irreparável ou de difícil reparação, a liminar deve ser <i>indeferida</i>.</p>
---	--

A crítica voltada às decisões analisadas é, portanto, de *caráter jurídico e lógico*, embora qualquer decisão judicial esteja sempre aberta às críticas de caráter moral.

Passamos à *segunda objeção* anteriormente indicada, qual seja, a de que os juízes devem estar atentos às consequências de sua decisão de modo a evitar que os pacientes que buscam o Judiciário passem à frente dos outros que aguardam na fila.

Como visto, é recorrente a preocupação dos Magistrados com as consequências de suas decisões para o sistema de saúde. Foram diversos os julgados em que se pregou o respeito às políticas públicas de forma a garantir tratamento isonômico aos paciente e evitar preterições na fila.

A inquietação dos juízes com eventuais consequências indesejáveis de suas decisões é algo muito relevante. Aliás, faz parte do processo decisório justificar uma decisão a partir de uma avaliação ponderada da conveniência ou inconveniência que ela acarretará<sup>78</sup>. Neste caso, contudo, a preocupação dos Magistrados, embora louvável, prejudica os pacientes e não contribui em nada

que um mesmo sujeito profira juízos diferentes para situações idênticas sem que se perca a ideia de isonomia e, portanto, a coerência moral e jurídica do juízo” (Op. cit., 2009, p. 185).

78 McCormick, op. cit., p. 225.

para a melhoria do atendimento do SUS. Destacamos três argumentos principais que corroboram essa afirmação.

Em primeiro lugar, como visto anteriormente, não existem normas jurídicas e políticas públicas que definam claramente os programas governamentais para tratamentos eletivos. sequer existem critérios normativos de eficiência estabelecidos, com a exceção do primeiro atendimento para doentes com câncer, conforme previsto no art. 2º da Lei nº 12.732/2012.

A pesquisa realizada reforça essa impressão, pois em *nenhum* dos casos analisados o réu da ação apresentou qual seria a política pública a ser seguida no caso. Da mesma forma, em *nenhuma* situação foi juntada no processo a “lista de pacientes” que aguardavam a cirurgia eletiva. Logo, o argumento do tratamento isonômico é vazio, pois, em verdade, a “fila” é um ente abstrato. Ou seja, como já referido no presente trabalho, o fundamento com base no fato da existência da fila não é confirmado pela comprovação da sua existência.

Em segundo lugar, vale lembrar que a determinação judicial para que cirurgia seja realizada abrange tanto a possibilidade de o paciente ser atendido na rede própria do SUS como na rede de saúde complementar. Assim, se o gestor da saúde entender que, no caso concreto, o atendimento à ordem judicial irá promover injustiça com outro paciente, pode determinar a realização do procedimento na rede de saúde complementar, mediante a contratação de seus serviços. Logo, independente do cenário, é facilmente evitável que a ordem judicial crie consequências negativas para terceiros, ou seja, para pacientes que não recorreram ao sistema de justiça.

Por fim, vale lembrar que os direitos devem ser interpretados em favor daqueles que são seus titulares. Ou seja, o direito à saúde de um usuário do SUS deve ser garantido em seu favor, e não em favor de terceiros desconhecidos e, talvez, inexistentes. Como destaca Dworkin, “o objetivo da decisão judicial constitucional não é meramente nomear os direitos, mas assegurá-los, e fazer isso no interesse daqueles que têm tais direitos”<sup>79</sup>. Os Magistrados não podem simplesmente ignorar que existem normas constitucionais que asseguram aos cidadãos brasileiros o direito à saúde de forma universal, integral e eficiente<sup>80</sup>.

## CONCLUSÃO

A judicialização da saúde tem sido objeto de intensa reflexão acadêmica nos últimos anos. Um dos aspectos ainda pouco investigados, entretanto, é a

79 Op. cit., p. 465.

80 Nesse sentido, merece destaque interessante consideração de McCormick acerca das balizas decisórias impostas aos Magistrados: “Os juízes devem fazer justiça, mas ‘justiça de acordo com a lei’. Isso não significa, na verdade não pode significar, que os juízes devam decidir casos exclusivamente de um modo justificável por simples dedução a partir de normas jurídicas de caráter compulsório. Por outro lado, porém, não pode significar que eles sejam deixados à vontade para seguir suas próprias intuições do senso comum e da utilidade da justiça, livres de todas as limitações” (Op. cit., p. 215).

questão da efetividade do direito à saúde no tocante à demora na prestação, no caso de procedimentos cirúrgicos ortopédicos não reconhecidos como urgentes. O presente artigo aborda essa questão, com especial foco nas ações propostas pela Defensoria Pública do Distrito Federal, conformando um espaço amostral de 77 demandas.

Um primeiro objetivo foi apontar a aparente necessidade de recurso ao que chamamos de “sistema de justiça” como remédio à falta de atenção em tempo razoável de pacientes em situação de grande vulnerabilidade que não vinham sendo atendidos condignamente. Nesses casos, o Judiciário acaba por fazer o papel de catalisador da prestação adequada de um serviço público que deveria, ordinariamente, funcionar de forma organizada e célere.

Outro ponto trabalhado foi a qualidade dos argumentos utilizados pelos decisores que indeferiram a prestação jurisdicional em sede de liminar, o que praticamente inviabiliza a correção do problema, justamente por conta de que o que se pede é o atendimento célere de pacientes que ficam, por assim dizer, “esquecidos” pelo sistema público de saúde.

Refletimos, ainda, sobre a qualidade dos dois argumentos que fundamentaram, de forma recorrente, os indeferimentos dos pedidos liminares: a ausência de dano decorrente da demora e a existência de uma fila a ser frustrada. Quanto aos dois, procuramos identificar problemas quanto à coerência<sup>81</sup> e quanto a uma possível contradição performativa, no caso das filas, já que o argumento se baseia em um dado de realidade sobre o qual não se fez prova.

Pensamos que a pesquisa ora realizada revela a importância de a academia direcionar seus estudos para os problemas do SUS que mais afligem a população brasileira, especialmente os segmentos menos favorecidos da sociedade que tem no SUS sua única forma de acesso à saúde, em especial o caso da frustração da prestação adequada decorrente do não atendimento a tempo razoável.

O estudo avança com argumentos e dados que reforçam a ideia de que o acesso à justiça é alternativa importante para que os brasileiros tenham efetivo acesso aos serviços de saúde pública, especialmente aqueles atendimentos considerados eletivos.

A reflexão ora proposta teve exatamente o objetivo de jogar luz nesse problema de forma a contribuir para que as portas da Justiça mantenham-se

---

81 Compreensão semelhante alcançaram Roberto Freitas e Camilla Brum em pesquisa que avalia o discurso e a coerências das decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o direito à saúde. Eis parte relevante da conclusão do estudo: “A constatação mais relevante dessa pesquisa foi perceber que as palavras avaliatórias integridade, universalidade e igualdade, as quais compõem o núcleo doador de sentido do art. 196 da Constituição Federal, são utilizadas na maioria dos acórdãos proferidos pelo STF, em matéria de saúde, acompanhadas de alta carga de imprecisão quanto ao seu significado, o que acentua a dificuldade de se averiguar a coerência dessas decisões” (FREITAS FILHO, Roberto; BRUM, Camilla Japiassu Dores. A retórica do direito à saúde no Supremo Tribunal Federal. *Universitas Jus*, v. 25, n. 1, p. 62, 2014).

abertas às demandas dos usuários do SUS, especialmente aqueles oriundos das classes sociais marginalizadas.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Shild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- AMARAL, Gustavo. Saúde direito de todos, saúde direito de cada um: reflexões para a transição da práxis judiciária. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- ARAÚJO, Filomena Santos de et al. Análise da demanda por direito à saúde e as possibilidades de mediação no Tribunal de Justiça de Mato Grosso. In: PINHEIRO, Roseni; MARTINS, Paulo Henrique (Coord.). *Usuários, redes sociais, mediações e integralidade em saúde*. Rio de Janeiro: UERJ/IMS/Lappis, 2011.
- ASENSI, Felipe Dutra. Judicialização da saúde e Conselho Nacional de Justiça: perspectivas e desafios. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- BATALHA, Elisa. Filas da saúde: os obstáculos ao acesso de qualidade e os caminhos que garantem o cuidado. *Radis*, Rio de Janeiro, n. 159, p. 19-20, dez. 2015.
- BISOL, Jairo. Judicialização desestruturante: revezes de uma cultura jurídica obsoleta. In: COSTA, Alexandre Bernardino et al. (Org.). *O direito achado na rua: introdução crítica ao direito à saúde*. Brasília: CEAD/UnB, v. 4, 2008.
- CARDOZO, Benjamin N. *A natureza do processo judicial: palestras proferidas na Universidade de Yale*. Trad. Silvana Moreira. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- CHIEFFI, Ana Luíza; BARATA, Rita Barradas. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 25, n. 8, p. 1839-1849, ago. 2009.
- CIARLINI, Alvaro Luis de A. S. *Direito à saúde: paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CNI-IBOPE. *Retratos da sociedade brasileira: problemas e prioridades do Brasil para 2014*. Fevereiro de 2014. Confederação Nacional da Indústria – Brasília. CNI, 2014.
- DALLARI, Sueli Gandolfi. O Judiciário e o direito à saúde. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- DAMATTA, Roberto. *Carnavais, malandros e heróis – para uma sociologia do dilema brasileiro*. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.
- DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; SCHWARTZ, Ida Vanessa D. Consequências da judicialização das políticas de saúde: custos de medicamentos para as mucopolissacarídeos. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 28, n. 3, p. 489/489, mar. 2012.
- DINIZ, Rodrigo Vaslin. Controle judicial de políticas públicas de medicamentos no Superior Tribunal de Justiça: necessidade de critérios objetivos. In: ASENSI, Felipe et al. (Coord.). *Direito e saúde: enfoques interdisciplinares*. Curitiba: Juruá, 2013.

- DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- FRANCO, Luis Felipe Galeazzi. Judicialização da saúde e a importância do conhecimento da medicina baseada em evidências como ferramenta de constatação dos requisitos para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela em ações judiciais em que se pleiteiam medicamentos e tratamentos. In: SANTOS NETO, Elias Higino dos; CASTRO, Gabriela Moreira (Coord.). *Direito sanitário: manifestações atuais e visão crítica de advogados de Estado*. Brasília: Kiron, 2012.
- FERRAZ, Octávio L. Motta. Brazil: health inequalities, rights, and courts: the social impact of the judicialization of health. In: GLOPPEN, Siri. *Litigating health rights: can courts bring more justice to health*. Cambridge: Harvar University Press, 2011.
- FREITAS FILHO, Roberto. Decisões jurídicas e teoria linguística: o prescritivismo universal de Richard Hare. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 45, n. 178, abr./jun. 2008.
- \_\_\_\_\_. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do leasing*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2009.
- \_\_\_\_\_; BRUM, Camilla Japiassu Dore. A retórica do direito à saúde no Supremo Tribunal Federal. *Universitas Jus*, Brasília, v. 25, n. 1, p. 47-64, 2014.
- GADELHA, Maria Inez Pordeus. Escolhas públicas e protocolos clínicos: o orçamento, as renúncias necessárias e os novos projetos de lei. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, p. 367-374, 2013.
- GOMES, Fernanda de Freitas Castro et al. Acesso aos procedimentos de média e alta complexidade no Sistema Único de Saúde: uma questão de judicialização. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 30, n. 1, p. 31-42, jan. 2014.
- HARE, Richard Mervyn. *A linguagem da moral*. Trad. Eduardo Pereira e Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MACHADO, Marina Amaral de Ávila et al. Judicialização do acesso a medicamentos no Estado de Minas Gerais, Brasil. *Rev. Saúde Pública*, São Paulo, v. 45, n. 3, p. 590-598, June 2011.
- MARQUES, Sílvia Badim; DELDUQUE, Maria Célia. A judicialização da política de assistência farmacêutica no Distrito Federal: diálogos entre a política e o direito. *Revista Tempus Actas de Saúde Coletiva*, p. 97-106, 2009.
- MARQUES, Sílvia Badim. A judicialização da saúde e a proposta de regulamentação da integralidade de assistência farmacêutica e terapêutica no Brasil. In: ROMERO, Luiz Carlos; DELDUQUE, Maria Célia (Org.). *Estudos de direito sanitário: a produção normativa em saúde*. Brasília: Senado Federal, p. 143-153, 2011.
- MEDEIROS, Fabrício Juliano M. *O ativismo judicial e o direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- NISHIJIMA, Marislej; CYRILLO, Denise Cavallini; BIASOTO JUNIOR, Geraldo. Análise econômica da interação entre a infraestrutura da saúde pública e privada no Brasil. *Econ. Soc.* [online], v. 19, n. 3, p. 589-611, 2010.

PENALVA, Janaína et al. *Judicialização do direito à saúde: o caso do Distrito Federal*. Belo Horizonte: Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2010/2011.

PESSOA, Higor Rezende. Considerações sobre as decisões judiciais que concedem o fornecimento de medicamento sem o devido registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa. In: SANTOS NETO, Elias Higinio dos; CASTRO, Gabriela Moreira (Coord.). *Direito sanitário: manifestações atuais e visão crítica de advogados de Estado*. Brasília: Kiron, p. 61/77, 2012.

ROCHA, Rogério Lannes. Filas da saúde: os obstáculos ao acesso de qualidade e os caminhos que garantem o cuidado. [Editorial] *Radis*, Rio de Janeiro, n. 159, p. 3, dez. 2015.

ROMERO, Luiz Carlos. *Judicialização das políticas de assistência farmacêutica: o caso do Distrito Federal*. Consultoria Legislativa do Senado Federal. Brasília, 2008.

SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. A saúde aos cuidados do Judiciário: A judicialização das políticas públicas de assistência farmacêutica no Distrito Federal a partir da jurisprudência do TJDF. Brasília, 2009. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito, UnB.

SCHWARTZ, Germano; SOUZA, Alex Caldas; MONTANARI, Lais. O direito à saúde e a sua interpretação na Justiça Estadual na Comarca de Caxias do Sul. In: ASENSI, Felipe et al. (Coord.). *Direito e saúde: enfoques interdisciplinares*. Curitiba: Juruá, 2013.

SOUZA, Jessé (Org.). *A ralé brasileira: quem é e como vive*. Belo Horizonte: UFMG, 2009.

VENTURA, Miriam; SIMAS, Luciana; PEPE, Vera Lúcia Edais; SCHRAMM, Fermin Roland. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. *Physis* [online], v. 20, n. 1, p. 77-100, 2010.

VIERA F. S.; ZUCCHI, P. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. *Revista de Saúde Pública*, 2007, 41 (2): 214-222.

#### ANEXO – FICHA DE PESQUISA – LIMINAR EM CIRURGIA ELETIVA ORTOPÉDICA

Data de distribuição:

Número do processo:

Nome do autor ou autora:

Cirurgia:

Quanto tempo aguarda? \_\_ anos e \_\_ meses.

Sintomas do(a) paciente e consequências da demora na realização da cirurgia:

- Incapacidade ou dificuldade para o trabalho
- Sem renda
- Depressão
- Dores
- Perda de força em alguns dos membros
- Luxações

- Toma medicamento para as dores
- Paraplegia
- Incapacidade para se locomover
- Outro

**PROCESSO**

Quanto tempo para apreciar a liminar?

Houve deferimento da liminar?

Faltou: ( ) verossimilhança ( ) dano irreparável

**Argumentos utilizados:**

- Respeito à lista
- Não é urgente
- Não há risco de morte
- Isonomia
- Respeito às políticas públicas
- Prioridade dos urgentes
- Necessidade de aguardar a instrução probatória
- Outro:

Houve recurso? ( ) Sim ( ) Não

Recurso provido? ( ) Sim ( ) Não

Argumentos utilizados pelo Desembargador Relator:

- Respeito à lista
- Não é urgente
- Não há risco de morte
- Isonomia
- Respeito às políticas públicas
- Prioridade dos urgentes
- Outro:

Quanto tempo para fazer a cirurgia após liminar?

O réu juntou informações sobre a fila de pacientes?

O réu deu previsão de atendimento?