



DIREITO À SAÚDE:

tutela coletiva e mediação sanitária

Antonio Joaquim Schellenberger Fernandes

Apresentação: Bruno Miragem

DIREITO À SAÚDE:

tutela coletiva e mediação sanitária

DIREITO À SAÚDE: tutela coletiva e mediação sanitária

Antonio Joaquim Schellenberger Fernandes

Apresentação: Bruno Miragem



Copyright © 2016, D'Plácido Editora.
Copyright © 2016, Antonio Joaquim Schellenberger Fernandes.

Editor Chefe
Plácido Arraes

Produtor Editorial
Tales Leon de Marco

Capa, projeto gráfico
Letícia Robini
(Sob imagem de sxc.hu)

Diagramação
Letícia Robini

Editora D'Plácido
Av. Brasil, 1843, Savassi
Belo Horizonte – MG
Tel.: 31 3261 2801
CEP 30140-007



WWW.EDITORADPLACIDO.COM.BR

Todos os direitos reservados.
Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida,
por quaisquer meios, sem a autorização prévia
do Grupo D'Plácido.

Catlogação na Publicação (CIP)
Ficha catalográfica

FERNANDES, Antonio Joaquim Schellenberger.

Direito à saúde: tutela coletiva e mediação sanitária -- 2ª tiragem -- Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

Bibliografia.

ISBN: 978-85-8425-433-0

1. Direito . 2. Direito Constitucional. 3. Processo. I. Título. II. Direito

CDU342

CDD341.2

GRUPO
D'PLÁCIDO



*
Rodapé



Aos meus filhos.

AGRADECIMENTOS

Fruto de reflexão, debate e principalmente da oportunidade de atuar em muitos casos de direito individual e coletivo à saúde, ao longo de quase três décadas como membro do Ministério Público, as narrativas e juízos que compõem este trabalho não apenas tratam de questões coletivas, mas devem ser vistos como resultado de um conjunto de influências cuja enumeração completa se faz impossível. Registra-se, portanto, o reconhecimento e o correspondente agradecimento a cada um, a todos e ao ambiente natural, que permitiram a apresentação desta proposta que visa à realização do direito coletivo à saúde, por seus elementos materiais.

Ciente da possível omissão de importantes personalidades que iluminam o caminho percorrido até a conclusão deste trabalho, enumero algumas, com gratidão e respeito.

A Joaquín Herrera Flores (*in memoriam*), por desestabilizar os conceitos de direito e saúde, contaminando de realidade a investigação realizada.

À professora Cláudia Lima Marques, por repetir que a liberdade é a “liberdade do outro”.

Ao ministro Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin, provocador das mudanças pessoais, institucionais e ambientais que inspiram a busca do direito coletivo à saúde.

Ao ministro Ricardo Luís Lorenzetti, autor da proposta de Justiça Coletiva com ancoragem em paradigmas.

Ao Ministério Público de Minas Gerais, instituição, servidores e membros. Por todos, menciono os procuradores-gerais Epaminondas Fulgêncio Neto, instituidor da Promotoria de Saúde, em 1997; Nêdens Ulisses Freire Vieira, criador do Centro de Apoio Operacional

das Promotorias de Saúde, em 2002; Jarbas Soares Júnior, criador da Rede-Saúde, em 2006; Alceu José Torres Marques, em cujo mandato nasceu a Mediação Sanitária, em 2012; Carlos André Mariani Bitencourt, que permite o aperfeiçoamento das Promotorias da Saúde e da Procuradoria de Justiça de Direitos Difusos e Coletivos, com recursos humanos e materiais.

Aos magistrados brasileiros, sensíveis às necessidades de promoção da saúde, como direito. Por todos, nomeio os desembargadores do Tribunal de Justiça de Minas Gerais Vanessa Verdolim Hudson Andrade e Renato Luís Dresh, protagonistas do diálogo entre jurisprudência e políticas públicas.

Aos gestores da saúde deputado federal Marcus Vinicius Caetano Pestana da Silva, deputado estadual Antônio Jorge de Souza Marques, Benedito Scaranci Fernandes, Jomara Alves da Silva, Marcelo Gouvêa Teixeira, José Maria Borges e Helvécio Miranda Magalhães Júnior.

Aos professores e dirigentes da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais Amanda Flávio de Oliveira, Arthur Diniz, Isabel Vaz, João Bosco Leopoldino da Fonseca e Silma Mendes Berti.

Ao Ministério Público brasileiro, particularmente aos procuradores de justiça Marco Antonio Teixeira (MP-PR) e José Adalberto Dazzi (MP-ES), ao procurador da república Humberto Jacques de Medeiros (MPF) e aos procuradores da república e promotores de justiça da Saúde Adriana Amorim Lacerda (MP-PB), Angela Salton Rotunno (MP-RS), Cláudia Pessoa Marques da Rocha Seabra (MP-PI), Dilma Jane Couto Carneiro Santos (MP-MG), Francisco das Chagas Barros de Souza (MP-MA), Gilmar de Assis (MP-MG), Guiomar Felícia dos Santos Castro (MP-AM), Itana Santos Araújo Viana (MP-BA), Izabel Maria Arruda Salustiano Porto (MP-CE), Jairo Bisol (MP-BR), Josely Ramos Pontes (MP-MG), Luciano Moreira de Oliveira (MP-MG), Marcelo Henrique dos Santos (MP-GO), Maria de Lourdes Rodrigues Santa Gema (MP-MG), Maria Ivana Botelho Vieira (MP-PE), Maria Roseli de Almeida Pery (MP-TO), Maurício Pessuto (MPF), Michelini Laurindo Tenório Silveira dos Anjos (MP-AL), Oswaldo José Barbosa Silva (MPF), Reynaldo Mapelli Júnior (MP-SP), Rodrigo Ferreira de Barros (MP-MG), Ronaldo José de Lira (MPT), Sonia Maria Demeda Groisman Piardi (MP-SC), Suely Regina Aguar Cruz (MP-PA).

Aos colegas que atuaram na Procuradoria de Justiça de Direitos Difusos e Coletivos do MPMG, desde sua criação, em 2001, produ-

zindo a sedimentação dogmática do direito coletivo à saúde, Almir Alves Moreira, Ana Paula Mendes Rodrigues, Antonio Sérgio Rocha de Paula, César Antonio Cossi, Cristovam Joaquim Fernandes Ramos Filho, Geraldo de Faria Martins da Costa, Geraldo Magela Carvalho Fiorentini, Giovanni Mansur Solha Pantuzzo, Gisela Potério Santos Saldanha, Gregório Assagra de Almeida, Iraídes de Oliveira Marques, Jacson Rafael Campomizzi, João Batista da Silva, Luiz Carlos Teles de Castro, Luciano França da Silveira Júnior, Marcos Tofani Baer Bahia, Maria Inês Rodrigues de Souza, Mário Cesar Motta, Mônica Aparecida Bezerra Cavalcanti Fiorentino, Paulo Calmon Nogueira da Gama (hoje desembargador do TJMG), Reyvani Jabour Ribeiro. Rodrigo Anaya Rojas, Rômulo de Carvalho Ferraz, Shirley Fenzi Bertão (hoje desembargadora do TJMG).

Aos assessores da Procuradoria de Justiça de Direitos Difusos e Coletivos do MPMG, pelo brilho com que desempenham os papéis de escriba, *sparring partner* e bufão, contribuindo para a expansão dos direitos difusos e coletivos, Carolina Rodrigues Amaral, Cynthia Gontijo D'Assunção, Danielle de Ávila Silva Lopes, Felipe Antônio Horta de Paula, Fernanda de Moraes Pinto, Gustavo Vilaça de Carvalho, Jacqueline Dias de Freitas Schaefer, Lívia Batista Duque Gutierrez Baptista, Luciana Maria Fenelon, Máira Fontes Bento Gonçalves, Mariana Barbabela de Castro Ramos, Mariana de Mattia Rocha, Maria de Fátima Siqueira Viggiano, Nirley Aparecida de Oliveira, Orliênio Antônio Gonçalves da Silva, Patrícia Januária de Sales Marques Barbosa, Raquel Silvestre Matoso Venesia, Rodrigo Tassara Lemos Bráulio, Silvana Vieira Nilton, Thaís Mordente de Souza.

Aos profissionais de saúde e amigos Aghorananda Saraswati, Gangadara Saraswati Georgia Cristina Basílio Medrado, Denir Santos (*in memorian*), Márcia Cordeiro Tupynamba, Maura Aparecida Meira Maia, Miled Alin Demian (*in memorian*) e Vivian Patrícia de Andrade.

Aos gestores e pesquisadores da Escola de Saúde Pública do Estado de Minas Gerais, centro de produção e difusão do conhecimento em direito coletivo da saúde, Rubensmidt Riani, Lucimar Ladeia Colen, Tammy Claret Monteiro, Danielle da Silva Pires, Fernanda Pereira Zhouri, Flávia Naves Vilela Oliveira, Kamilla Éric de Araújo, Keyla Tatiana Rosa Pereira e Marilene Barros de Melo.

Aos acadêmicos que participaram da seleção e revisão das decisões judiciais, aprendendo e ensinando os paradigmas ocultos em variados discursos, Alexandre Luiz de Azevedo Souza, Cecília Cardoso

Pessoa Cangussu, Elaine de Oliveira Liduário, Isabela Lucena Antunes, Júlia Silveira, Lilian Stéfany Moreira da Silva, Luana Duarte Pereira, Nádia Rodrigues Cordeiro, Nicole Carvalho Caram Guedes, Pedro Henrique Romanelli Sampaio, Raquel de Andrade Gomes, Rodrigo Sousa Caetano Soares.

Aos meus pais e irmãos, primeiros leitores e críticos do trabalho, João Bosco Romeiro Fernandes (*in memoriam*), Helena Maria Arantes Fernandes, Maria Auxiliadora Fernandes Tavares, Beatriz Helena Junqueira Fernandes Stipp, Luís Justiniano Haiek Fernandes, Vera Cecília de Arantes Fernandes Costa e Carlos Henrique Schellenberger.

Aos doutores Carol Proner e Francisco José Infante Ruiz, diretores desta tese, responsáveis pelos acertos, alinhamento das ideias e configuração final do trabalho, e aos doutores María José Fariñas Dulce (Presidente), Paulo Abrão Pires (Secretário) e Alexandre Bernardino Costa (Vocal), que integraram o tribunal da Tese “Direito à Saúde: elementos materiais”, aprovada em Sevilha aos 20.01.2016.

À doutora Denise Maria Schellenberger Fernandes, minha mulher. Pela permanente inspiração, apoio e incentivo. Pelo amor.

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

AMPASA	Associação Nacional do Ministério Público de Defesa da Saúde
ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
CACON	Centro de Alta Complexidade em Oncologia
CAO	Centro de Apoio Operacional
CAP	Coefficiente de Adequação de Preços
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CFM	Conselho Federal de Medicina
CIB	Comissão Intergestores Bipartite
CIT	Comissão Intergestores Tripartite
CITEC	Comissão de Incorporação de Tecnologias
CMED	Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNPG	Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais de Justiça
CNS	Conselho Nacional de Saúde
COAP	Contrato Organizativo da Ação Pública
CONASEMS	Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde
COPASA	Companhia de Saneamento de Minas Gerais
COPEDS	Comissão Permanente de Defesa da Saúde
DCB	Denominação Comum Brasileira

ERB	Estação de Rádio Base
ETE	Estação de Tratamento de Esgoto
FGV	Fundação Getúlio Vargas
IDH	Índice de Desenvolvimento Humano
IPEM	Instituto de Pesos e Medidas
LACP	Lei da Ação Civil Pública
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
OMS	Organização Mundial de Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
PCDT	Protocolo Clínico de Diretrizes Terapêuticas
PMVG	Preço Máximo de Venda ao Governo
PNA	Plano Nacional de Atuação do Ministério Público em Saúde
PPI	Programação Pactuada e Integrada
PNA	Plano Nacional de Atuação do Ministério Público em Saúde
PROCON	Programa de Defesa do Consumidor
SAS	Secretaria de Atenção à Saúde
SCTIE	Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUPRAM	Superintendência Regional de Regularização Ambiental
SUS	Sistema Único de Saúde
SUSEP	Superintendência de Seguros Privados
SVS	Secretaria de Vigilância em Saúde
TCU	Tribunal de Contas da União
TFD	Tratamento Fora do Domicílio
TJMG	Tribunal de Justiça de Minas Gerais
UNACON	Unidade de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia
USP	Universidade de São Paulo

SUMÁRIO

Apresentação	19
Introdução	25
PRIMEIRA PARTE:	
<u>A dimensão coletiva do direito à saúde – um processo cultural</u>	<u>39</u>
1. Saúde e processo cultural	57
Saúde: a interpretação do “estado de fato”.....	57
Saber prático: valor a ser ponderado.....	59
Acesso controlado às ações e serviços de saúde.....	60
Reconhecer a complexidade e identificar a exclusão.....	61
Evitar a separação, a redução e a abstração.....	63
1.1. <i>Os vários conceitos de saúde e a busca de um conceito jurídico</i>	66
Primeiro os bens, depois os direitos.....	67
Direito como garantia de acesso aos bens fundamentais.....	68
Em busca de um conceito de saúde.....	69
Do bem estar ascético ao bem estar “turbinado” pelo mercado.....	70
Direitos sociais: a redução dos direitos humanos nos pactos de 1966.....	72
Saúde: conceito em disputa no século XXI.....	75
Saúde e assistência à saúde, duas leituras da Constituição.....	78
Saúde como processo cultural.....	80
1.2. <i>Marcos no processo de luta pelo reconhecimento da saúde como direito</i>	82

Saúde como instrumento de dominação.....	83
Saúde como caminho para a emancipação individual e coletiva.....	87
Pêndulo: emancipação e dominação nas Conferências Nacionais de Saúde.....	88
Movimento sanitário: importante processo cultural.....	90
O divórcio entre texto e política de saúde.....	94
Processos culturais e processos ideológicos.....	98
O contexto revela complexa teia de interesses.....	100
Saúde como direito: um signo cultural.....	102
Bloqueio aos circuitos de reação cultural.....	104
Resposta coletiva às demandas de saúde.....	106
Conceitos são determinados por interesses.....	107
<i>1.3. Perspectiva relacional da saúde: o espaço da mediação.....</i>	<i>112</i>
O tradicional e o científico na era da incerteza.....	115
Identificar hierarquias e desobstruir os bloqueios ideológicos.....	118
Na saúde patenteadada, a banalização dos bens de consumo social.....	120
Proteção ao consumidor e regulamentação de planos de saúde privados.....	122
Saúde do mercado e saúde do Estado.....	124
Diálogo, participação e humanização da atenção à saúde.....	129
2. Direito e processo cultural.....	135
A construção dogmática do direito a partir da jurisprudência.....	137
<i>2.1. Direito coletivo à saúde no sistema jurídico brasileiro.....</i>	<i>139</i>
O direito à saúde sob a ótica da distribuição.....	141
Do reconhecimento das desigualdades à busca de equidade em saúde.....	144
Individual e coletivo: o caminho das pedras.....	148
<i>2.2. Perspectiva biocêntrica da teoria geral do direito coletivo.....</i>	<i>149</i>
Direito subjetivo e direitos coletivos: a polêmica conceitual.....	152

Titularidade do direito coletivo: transcendendo a noção de pessoa.....	154
Direito coletivo nas relações de consumo.....	157
Além da dicotomia sujeito–objeto, a interpretação a partir da noção de dano coletivo.....	159
A macrorrelação ambiental de consumo: uma proposta alternativa.....	161
A invenção do direito coletivo	163
O direito coletivo à saúde.....	166
Tutela coletiva de direitos individuais.....	170
Interesses coletivos propriamente ditos: difusos e coletivos.....	172
Grupos, categorias ou classes de pessoas titulares de interesses coletivos.....	176
Pedidos de cunho coletivo e decisões judiciais correspondentes.....	177
<i>2.4. Paradigmas: a racionalidade oculta da justiça coletiva.....</i>	<i>179</i>
Acesso aos bens: vértice da concepção distributiva da justiça.....	182
Proteção da parte fraca como critério de intervenção necessária.....	185
Equilíbrio: a justiça que se opõe à exploração.....	188
A ecologia dos saberes confronta o imperialismo cultural.....	191
Consequencialismo: medindo impactos e limitando interesses individuais.....	195
No Estado de Direito Constitucional, o espaço da participação popular.....	198
O dever da sustentabilidade ambiental.....	200
<i>2.5. A construção de garantias para o direito à saúde.....</i>	<i>205</i>
Direitos humanos como processos culturais.....	207
A fundamentação do direito à saúde.....	212
Garantias do indivíduo, dos grupos e do ambiente.....	215
Direito coletivo à saúde: elementos materiais.....	216
Da prática à teoria, e da teoria à prática.....	220

SEGUNDA PARTE:

Da judicialização à mediação sanitária.....	223
---	-----

1. O Ministério Público brasileiro na defesa da democracia e dos direitos humanos	231
1.1. <i>Promotoria da saúde: compromisso com a justiça social</i>	233
Um modelo que rompe com a metrópole, comprometido com o social.....	237
Na saúde coletiva, a identificação de ações e serviços de relevância pública.....	239
Controle social, planejamento e participação da comunidade.....	242
1.2. <i>O plano de atuação para o Ministério Público na área da saúde</i>	247
Um modelo de atenção que privilegie ações preventivas, de caráter educativo: ênfase na atenção primária.....	249
A complexidade de uma rede com atores do Estado, do mercado e da sociedade civil: intersetorialidade.....	252
No eixo material, as forças produtivas e as relações sociais de produção presentes no Plano Nacional de Atuação.....	253
Na segunda capa, elementos que revelam o caráter impuro dos direitos humanos.....	257
Uma história de mobilização e luta pelo acesso à saúde.....	262
Políticas públicas como espaços de luta para a realização dos direitos sociais.....	265
As práticas sociais e o modelo de desenvolvimento.....	269
1.3. <i>Promoção e garantia dos direitos humanos: avanços e retrocessos</i>	272
O princípio da unidade, vértice do planejamento regional e local.....	273
O desafio da formação permanente e da gestão do conhecimento.....	276
Especialização: da equivocada divisão do trabalho à atuação em rede.....	279
A criação de espaços e ações para o resgate político do social.....	283
2. Paradigmas da justiça nas manifestações do Ministério Público e nas decisões judiciais	287
Impacto da telefonia móvel na saúde coletiva.....	293

Prestação continuada da atenção hospitalar.....	298
2.1. <i>Excluídos e vulneráveis: dois momentos na superação da desigualdade.</i>	301
Acesso aos bens: o sentido e os limites da integralidade em saúde.....	302
Saúde e previdência social: esferas diferentes da exclusão.....	310
Paradigma protetivo e ação coletiva.....	312
Necessidades, interesses e políticas públicas.....	316
2.2. <i>Expansão e limites do paradigma coletivo: consequencialismo e estado de direito constitucional.</i>	323
Programação pactuada e integrada	331
Os limites do poder político, econômico e cognoscitivo	335
Requisição administrativa de medicamentos	345
2.3. <i>Planeta saudável: critério de valor para o processo cultural.</i>	347
Risco à saúde: determinante na política de saneamento básico.....	351
2.4. <i>Paradigmas na pauta do direito coletivo à saúde.</i>	354
3. Mediação sanitária: os elementos materiais do direito coletivo à saúde	367
Ocupando espaços para a criação do imaginário social.....	369
3.1. <i>O Diamante Ético como metodologia crítica</i>	373
A invenção do coletivo na Mediação Sanitária	375
Escala, projeção e simbolização na cartografia da saúde coletiva.....	377
Da elaboração de mapas ao monitoramento de resultados	382
Descentralização: o permanente ponto de tensão entre União, Estados e Municípios.....	384
Compreensão dinâmica das posições e disposições dos actantes.....	387
3.2. <i>Os elementos materiais colocam o contexto em primeiro plano.</i>	390
No modelo morbo-cêntrico, a recuperação da saúde mobiliza forças produtivas.....	392
Patamares de desenvolvimento medidos pelo acesso a bens e serviços.....	396
3.3. <i>Memória exemplar – para explicar, interpretar e intervir na saúde coletiva.</i>	402

Tempo e espaço da narrativa: gênese de políticas públicas e ações coletivas.....	405
3.4. <i>Identificar e intervir nas relações sociais de produção</i>	412
Redes contratuais distribuem a responsabilidade entre gestores e prestadores.....	413
Tratar as causas como “causas”: um ponto de inflexão.....	417
3.5. <i>A posição do Ministério Público e sua disposição para a Mediação Sanitária</i>	421
3.6. <i>Espaços e práticas sociais: dois elementos esquecidos na Mediação Sanitária</i>	424
3.6. <i>O conceito central: saúde para todos, com dignidade</i>	428
Espaços de encontro, a primeira invenção na busca do direito coletivo	435
Na justiça coletiva, os paradigmas substituem os tipos na construção do direito justo	438
Conclusão	443
Referências	455

APRESENTAÇÃO

O processo civilizatório realizou-se em seus últimos estágios da história a partir da consagração de direitos iguais a todos os seres humanos, em suas interações sociais e ambientais, compondo o desafio contemporâneo da sua realização material. Dentre os direitos reconhecidos a todos, um de mais viva complexidade é justamente o direito à saúde. O conhecido artigo XXV da Declaração Universal dos Direitos Humanos, faz referência a “um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar (...)”. Já a definição da Organização Mundial da Saúde, em 1948, é compreensiva ao assinalar que “saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doenças”.

Do seu reconhecimento resulta que há um direito humano à saúde vista como proteção da sua integridade pessoal quanto a quaisquer agressões ou intervenções que representem riscos, assim como um direito de acesso aos serviços de saúde. A Constituição brasileira, de sua vez, expressa em seu artigo 196 que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, 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”.

Saúde compreende, antes de tudo, equilíbrio e harmonia.¹ O direito à saúde, nestes termos, busca evitar o risco do desequilíbrio e a recomposição da harmonia em relação à doença. Ao Estado e à sociedade se impõem deveres para a realização do direito à saúde. No

¹ GADAMER, Hans-Georg. *The enigma of health*. The art of healing in a scientific age. cambridge: Polity Press, 1996.

plano jurídico, a especialização e complexidade do fenômeno e sua disciplina jurídica inspiram, inclusive, a organização inclusive de um ramo especializado que articula o conjunto de institutos de direito público e privado atinentes ao tema, o Direito da Saúde (ou Direito Sanitário)² e seus correspondentes nos diversos sistemas (Direito de la santé³, Health law⁴, Diritto sanitario⁵, Gesundheitsrecht⁶)

É neste contexto que Antonio Joaquim Schellenberger Fernandes ora apresenta à comunidade jurídica brasileira o resultado de suas pesquisas neste importante campo de investigação científica e atuação institucional de diversos atores na realidade nacional, objeto de sua exitosa tese de doutoramento na Universidade Pablo de Olavide, em Sevilha, sob direção dos Professores Caroline Proner e Francisco José Infante Ruiz.

Antonio Joaquim é conhecido e destacado jurista, membro do Ministério Público de Minas Gerais, comprometido desde sempre com a defesa dos interesses dos vulneráveis na sociedade contemporânea. Com larga experiência no exercício das funções ministeriais também tem destacada atuação em entidades científicas, dentre as quais cumpre registrar o Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor – Brasilcon –, do qual há vários anos integra a diretoria.

A abordagem oferecida pelo autor nesta obra é digna de nota. Inicia seu exame a partir da afirmação de um prefeito municipal esquivo quanto às responsabilidades do município em matéria de saúde, conferindo as dificuldades enfrentadas “às instituições, à legislação, ao Judiciário, ao Ministério Público e também à “máquina administrativa”, aqui entendida como parte das forças produtivas responsáveis pela efetiva prestação da assistência à saúde.” Neste sentido apresenta com nitidez o conflito entre a atuação institucional do Ministério Público e do Poder Judiciário na garantia do acesso aos serviços de saúde pela população, e o argumento dos gestores, de que tal atuação é uma das causas da inviabilização financeira do setor.

² AITH, Fernando. *Curso de direito sanitário*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

³ LAUDE, Anne Laude; MATHIEU, Bertrand; TABUTEAU, Didier. *Droit de la santé*. Paris: PUF, 2007.

⁴ FURROW, Barry F.; GREANEY, Thomas; JOHNSON, Sandra; JOST, Timothy; SCHWARTZ, Robert. *Health law*. 3. ed. Saint Paul: West Academic, 2014.

⁵ CILIONE, Giampiero. *Diritto sanitario*. Santarcangelo di Romagna: Maggioli, 2012.

⁶ WELTI, Felix Welti; IGL, Gerhard (Hrsg.) *Gesundheitsrecht – Eine Einführung*, München, 2012, 2. Aufl. 2014.

Propõe, então, uma nova abordagem do tema, tomando a saúde como um processo cultural e afastando-se da perspectiva tradicional de exame das questões jurídicas, segundo o método dedutivo. Para tanto sugere duas perspectivas de análise, fundadas, respectivamente, nos estudos do professor espanhol Joaquín Herrera Flores, e do professor argentino Ricardo Luís Lorenzetti. Do primeiro, resulta identificar “a realidade dinâmica das situações complexas de forma ampla e singela, identificando e distinguindo elementos materiais e elementos conceituais que compõem a realidade dos direitos”. Mais conhecida entre nós, contudo, a teoria da decisão judicial de Lorenzetti busca identificar o sentido de justiça que orienta a decisão no denominado *law in action*.

Sustenta, igualmente, a necessidade de compreensão do direito à saúde distinguindo a dogmática individualista de direito subjetivo do caráter coletivo que caracteriza as questões de saúde, sustentando uma especialização material, e não meramente processual ao tema. Sustenta a necessidade de uma abordagem mais direta do problema, de modo que “sejam compreendidas e superadas as estratégias de separação que criam hierarquias entre expertos e leigos, público e privado, tradicional e científico”, a partir do recurso ao “paradigma da simplicidade” como forma de abertura para o “pensamento complexo”, sugerido por Edgar Morin.

A partir daí reconstrói os sentidos que a tutela do direito à saúde vem recebendo, como promoção da qualidade de vida e bem estar, passando pela compreensão do fenômeno a partir de uma perspectiva múltipla, construída no Brasil, especialmente a partir dos processos de participação social nas conferências de saúde. Reconhece a saúde como resultante das condições de alimentação, habitação, educação, renda, meio ambiente, trabalho, transporte, emprego, lazer, liberdade, acesso e posse da terra e acesso a serviços de saúde. Em resumo, como resultado da organização econômica e social e de suas consequências, afinal expressos no art. 3º da Lei 8.080/90, que instituiu o Sistema Único de Saúde.

Tomando-se esta perspectiva coletiva da saúde, recolhem-se as lições de Ricardo Lorenzetti, para quem um novo paradigma coletivo do direito, ao tempo em que dá preeminência dos bens coletivos, implica também na reordenação de conceitos clássicos do direito, em vista da adequada tutela do interesse dos grupos, e a reformulação de áreas importantes no direito contratual, a partir dos contratos difusos

e coletivos⁷, assim também como hoje se identificam no direito europeu os denominados *Life time contracts*.⁸

Também os demais paradigmas de decisão indicados por Ricardo Lorenzetti são bem utilizados por Antonio Joaquim, que inclusive anota as tensões e limites recíprocos que representam.

Observa o autor que:

o exame do paradigma consequencialista aprofunda a reflexão sobre os limites do paradigma protetivo e o caráter distributivo da promoção de direitos em escala coletiva. As perspectivas coletiva e consequencialista se opõem ao modelo que toma como ponto de partida o indivíduo e seu direito subjetivo; diferenciam-se porque, enquanto ao coletivo se chega a partir da identificação de bens coletivos (objeto) e de grupos (sujeito), o consequencialismo resulta da identificação de efeitos negativos da ação individual sobre aqueles bens coletivos (objeto) e/ou grupos de pessoas (sujeito).

Nestes termos, mais adiante, registra que

da forma como vem sendo posta na jurisprudência brasileira, a teoria da “reserva do possível” apresenta-se como discurso alinhado com o paradigma consequencialista, um discurso que busca estabelecer limites ao paradigma protetivo.

Por outro lado, assinala que se supera, em paralelo, a visão clássica de que o Poder Judiciário, provocado pelo Ministério Público e outros entes dotados de legitimação coletiva, não pode escrutinar as opções de governo – em especial, aquelas relativas à formação e execução do orçamento público. Com isso, fomenta-se a disposição para a pactuação de políticas públicas, com estímulo ao planejamento governamental, em especial no tocante aos deveres específicos que se passam a reconhecer aos gestores públicos. Destacam-se aspectos instrumentais, como os novos atores coletivos e sua legitimação para

⁷ LORENZETTI, Ricardo. *Teoria da decisão judicial*. Paradigmas de decisão. Trad. Bruno Miragem. São Paulo: RT, **cit.**

⁸ NOGLER, Luca; REIFNER, Udo (Orgs). *Life time contracts*. Eleven, 2014, p. 11 e ss.

ação, como também uma nova compreensão cultural dos direitos coletivos e sua tutela. Para tanto, sublinha a influência de um novo paradigma ambiental, que impõe sensíveis transformações em modelos de raciocínio tradicionais de compreensão do direito – assim por exemplo, a releitura da noção de direito subjetivo – e das próprias relações entre o ser humano e o ambiente.

Nesse contexto surge mais uma contribuição original do autor, que é a proposição, como um dos meios efetivos de solução dos conflitos na área da saúde, da mediação. A mediação sanitária, apresentada a partir, inclusive, de experiências práticas na composição de conflitos entre o Estado e o cidadão, surge como instrumento de realização do direito à saúde. *Posição e disposição*, refere o autor, envolvendo todos os interessados, usuários, Estado, prestadores de serviço, trabalhadores do setor de saúde, realizando também nesta dimensão a participação de todos não apenas na gestão do sistema, mas em seus aspectos operacionais, em especial na solução de conflitos.

Daí a conclusão final do trabalho de Antonio Joaquim, que pode ser sintetizada no parágrafo de encerramento de sua obra, e revela o entrelaçamento dos critérios para realização do direito à saúde. Refere o autor:

Determinantes e condicionantes da saúde – especialmente o ambiente natural, a moradia e o trabalho –, relações sociais baseadas na fraternidade, na cooperação e na solidariedade, e emancipação individual, entendida como capacidade de reagir a todas as formas de opressão, com autonomia e responsabilidade pessoal pela saúde, pelo corpo e pela vida, são apreciados como três esferas separadas apenas para efeitos didáticos. Todas devem ser atendidas para que se tenha vida digna: individual, coletiva e ambientalmente saudável.

A complexidade e importância atual do direito à saúde, e sua vinculação estrita com a proteção da pessoa humana e sua dignidade – que emergem como princípios fundantes da ordem jurídica – requalifica a tutela para realização dos direitos. Emerge um paradigma coletivo, cuja adequada compreensão é essencial à efetivação dos direitos fundamentais. Antonio Joaquim, em sua obra, traz uma importante proposta não apenas para constatação desta nova realidade, mas de atuação concreta sobre ela, razão pela qual deve

ser objeto de detida atenção por parte de todos os que se ocupam em refletir sobre os desafios do direito à saúde e sua realização na experiência brasileira.

Porto Alegre, agosto de 2016.

Bruno Miragem

Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, nos cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito. Advogado

INTRODUÇÃO

O papel da justiça e os usos do direito atravessam processos de mudança paradigmática. Os modelos sistematizados nos últimos séculos, idealizados para a solução de conflitos bilaterais, atomizados, mostram-se inadequados para lidar com os novos riscos, os danos coletivos, a complexidade de situações que não se contêm nas fronteiras tradicionais. Cresce, então, o ativismo judicial, provocado pelas causas e graves consequências dos novos problemas, e pela percepção de que as ações individuais trazem consequências coletivas: a propriedade e o contrato têm função social. No Brasil, a chamada judicialização da saúde insere-se nesse contexto. Há um problema, cujas origens entrelaçam políticas de saúde e decisões judiciais.

Objeto de atenção constante da espécie humana, em todos os lugares e em todos os tempos, a saúde é condição de acesso aos demais bens. A falta de saúde prejudica o trabalho, dificulta o lazer e a mobilidade, causa prejuízos de várias ordens, perturba a paz. “Saúde para Todos” foi a meta definida para os governos e a Organização Mundial de Saúde (OMS), em 1977, na *30ª Assembleia Mundial de Saúde*. Fracassaram ambos. A OMS foi desautorizada pelo sistema financeiro internacional e os Estados são pressionados a reduzir direitos sociais, privatizar os sistemas de saúde e incorporar tecnologias de atenção à saúde controladas pela indústria, em prejuízo dos cuidados básicos.

A partir de 1996, no Brasil, quando a plenária da *10ª Conferência Nacional de Saúde* decidiu “exigir do Ministério Público a defesa do SUS”, destacando o papel da instituição na “democratização do acesso a ele, a garantia da informação e o compromisso deste com a defesa dos interesses dos cidadãos”, os gestores de saúde foram os primeiros a buscar, na Promotoria, a utilização de ferramentas jurídicas para a

implementação de políticas públicas. Transcorridos quase vinte anos, a disposição dos prefeitos e secretários de saúde é outra. O reconhecimento da saúde como direito subjetivo pelos Tribunais brasileiros não correspondeu à esperada organização do Sistema Único de Saúde (SUS), e os usuários passaram a exigir, pela via judicial, a garantia de acesso às ações e serviços de saúde. Como consequência, cresceu a judicialização da saúde, que garante o acesso àqueles que recorrem à via judicial, mas restringe o poder de decisão do gestor sobre a utilização dos recursos da saúde – tanto os recursos financeiros como os recursos materiais.

Prefeito reeleito de Porto Alegre, em outubro de 2012, com 65% dos votos válidos, José Fortunati anunciou: “minha prioridade absoluta é a saúde”. Na entrevista ao jornal *Zero Hora*, publicada um dia após as eleições, Fortunati listou os desafios que, em sua opinião, dificultavam a melhoria nos serviços de assistência à saúde:

Vontade política há, mas é que, às vezes, a máquina administrativa, a legislação, o poder judiciário e o Ministério Público são entraves que vamos enfrentando e que não nos permitem avançar. (*Zero Hora*, Porto Alegre, 09.10.1012, p. 8)

É o ponto de vista do prefeito da capital do Rio Grande do Sul, uma das principais cidades do Brasil, com um milhão e meio de habitantes. Amplificada pela força das urnas, a reclamação de Fortunati se dirige a juízes, promotores de justiça e advogados que buscam tornar concreto o comando constitucional que atribui à saúde o *status* de “direito de todos”. São duas posições, aparentemente opostas, em relação à forma de implementação do SUS, modelo de atenção que impõe ao Estado a obrigação de garantir assistência integral e gratuita, a todos.

A queixa de Fortunati se dirige às instituições, à legislação, ao Judiciário, ao Ministério Público e também à “máquina administrativa”, aqui entendida como parte das forças produtivas responsáveis pela efetiva prestação da assistência à saúde. Nota-se, portanto, que os obstáculos – na visão do prefeito – encontram-se preponderantemente nos elementos conceituais: as instituições jurídicas e o modelo idealizado de separação de poderes. O único elemento material apontado é a própria “máquina administrativa”, análise que poupa os agentes econômicos privados, que lucram com a doença.

Muitos prefeitos e secretários de Saúde têm opinião semelhante, e mobilizam-se contra a judicialização da saúde, situando-a no rol das causas do insucesso das políticas públicas de saúde. Questionam os resultados da judicialização, nos moldes atuais, apontando a persistência de situações iníquas, de discriminação e exclusão, sem a necessária apresentação de alternativas que se mostrem aptas a garantir saúde para todos, com dignidade.

É relevante notar que o primeiro obstáculo apontado pelo gestor é a própria legislação, ou seja, a Constituição da República Federativa do Brasil, que impõe ao poder público a obrigação de prestar a assistência à saúde de forma universal, integral e gratuita. Na prática, tal avaliação direciona-se para a perpetuação das práticas assistencialistas que grassam em pequenos e grandes Municípios. Não são poucos os prefeitos e gestores públicos que oferecem ações e serviços de saúde como favores pessoais.

O problema enfrentado pelos brasileiros é semelhante à realidade vivida em muitos países: muitos são os excluídos do acesso aos serviços de saúde, e muitos mais os que não participam das decisões sobre as políticas públicas de saúde. As pesquisas reunidas neste trabalho partem da constatação de que o ideal de saúde para todos, proclamado no final do século passado, encontra-se longe de concretizar-se e enfrenta forte oposição do poder econômico, que insiste na redução do gasto público, em prejuízo dos direitos sociais, e na privatização.

O discurso do gestor público, que teoricamente deveria alinhar-se com a promoção dos direitos humanos e o respeito à Constituição e às leis, sugere que o receio expresso em 2006 pelos promotores de justiça corre o risco de confirmar-se. Na época, além de se condenar o modelo de gestão do SUS, qualificado como morbo-cêntrico, concluiu-se que ele “absorve crescentes custos, que tendem à perpetuação, até atingir ponto de ruptura de financiamento, impondo soluções seletivas ou, mesmo, a modificação do marco regulatório constitucional”⁹.

A leitura das decisões judiciais em matéria de saúde apresenta juízes, promotores de justiça e advogados preocupados com os problemas de justiça distributiva – acesso às ações e serviços de saúde –, mas o resultado prático de suas ações, conforme a visão de prefeitos e secretários de saúde, se colocaria entre as causas do aprofundamento

⁹ Plano Nacional de Atuação do Ministério Público em Saúde, aprovado pelo Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais de Justiça em 2006.

"O presente livro supre uma grande lacuna na doutrina brasileira ao abordar, em uma visão crítica, teórica e pragmática, o Direito à Saúde, com ênfase tanto na tutela coletiva, abordada como processo cultural, quanto na mediação sanitária, apresentada como um legítimo mecanismo que tem o condão de ser útil à invenção do direito coletivo por meio da elaboração de um mapa da realidade, apontado como sendo a soma das percepções particulares dos vários atores.

A obra é o resultado de um trabalho de pesquisa muito sério, realizado pelo brilhante Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Antonio Joaquim Shellenberger Fernandes, perante o Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos e Desenvolvimento da Universidade Pablo de Olavide, Sevilha, Espanha."

Gregório Assagra de Almeida

Pós-Doutor pela Syracuse University, NY, USA.

Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Bolsista Capes em Estágio Sênior.



ISBN 978-85-8425-433-0



9 788584 254330