



Ministério da Saúde

FIOCRUZ
Fundação Oswaldo Cruz



Rodrigo Coelho de Carvalho Goes

**Elementos discursivos de gestores da saúde e operadores do direito sobre acesso a leitos
hospitalares no Rio de Janeiro**

Rio de Janeiro

2021

Rodrigo Coelho de Carvalho Goes

Elementos discursivos de gestores da saúde e operadores do direito sobre acesso a leitos hospitalares no Rio de Janeiro

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Saúde Pública da Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Saúde Pública. Área de concentração: Determinação dos processos Saúde-Doença: Produção/Trabalho, Território e Direitos Humanos.

Orientadora: Profa. Dra. Maria Helena Barros de Oliveira.

Co-orientador: Prof. Dr. Felipe Rangel de Souza Machado.

Rio de Janeiro

2021

Título do trabalho em inglês: Discursive elements of health managers and law operators on access to hospital beds in Rio de Janeiro.

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001.

Catálogo na fonte
Fundação Oswaldo Cruz
Instituto de Comunicação e Informação Científica e Tecnológica em Saúde
Biblioteca de Saúde Pública

G598a Goes, Rodrigo Coelho de Carvalho.
Elementos discursivos de gestores da saúde e operadores do direito sobre acesso a leitos hospitalares no Rio de Janeiro / Rodrigo Coelho de Carvalho Goes. -- 2021.
80 f.

Orientador: Maria Helena Barros de Oliveira.
Dissertação (mestrado) – Fundação Oswaldo Cruz, Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Rio de Janeiro, 2021.

1. Acesso aos Serviços de Saúde. 2. Judicialização da Saúde.
3. Direito à Saúde. 4. Gestor de Saúde. 5. Análise de discurso.
I. Título.

CDD – 23.ed. – 344.0321

Rodrigo Coelho de Carvalho Goes

Elementos discursivos de gestores da saúde e operadores do direito sobre acesso a leitos hospitalares no Rio de Janeiro

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Saúde Pública da Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Saúde Pública. Área de concentração: Determinação dos processos Saúde-Doença: Produção/Trabalho, Território e Direitos Humanos.

Orientadora: Profa. Dra. Maria Helena Barros de Oliveira.

Co-orientador: Prof. Dr. Felipe Rangel de Souza Machado.

Aprovada em: 06 de agosto de 2021.

Banca Examinadora

Prof. Dr. José Roberto Franco Reis
Fundação Oswaldo Cruz – Casa de Oswaldo Cruz

Prof. Dr. Marcos Berseman Vianna
Fundação Oswaldo Cruz – Escola Nacional de Saúde Pública

Prof. Dr. Felipe Rangel de Sousa Machado
Fundação Oswaldo Cruz – Escola Nacional de Saúde Pública

Prof. Dr. Rondineli Mendes da Silva
Fundação Oswaldo Cruz – Escola Nacional de Saúde Pública

Rio de Janeiro

2021

A todos os pacientes que faleceram à espera de
um leito para covid-19 no Brasil e a todas as
famílias enlutadas.

AGRADECIMENTOS

A Deus, criador dos céus e da terra, que por sua providência e infinita bondade, permitiu o término deste trabalho em bons termos, fechando assim uma fase importante de minha vida.

Aos meus familiares, pelos ensinamentos recebidos ao longo da vida.

À Artenira da Siva e Silva, por ter me apoiado nos momentos em que quase desisti e que pacientemente me incentivou a seguir adiante.

Aos professores do Programa de Pós-Graduação em Saúde Pública da ENSP, aos servidores e aos colegas, por proporcionarem as leituras e discussões extremamente edificantes que contribuíram significativamente para o resultado aqui exposto, sempre provendo motivação em meus momentos de dificuldade.

A ideia de justiça é inseparável da ideia de responsabilidade.

VON IHERING, 2017, p. 21

RESUMO

O debate sobre a judicialização da saúde tem ganhado destaque nos últimos anos, devido, principalmente, ao estado de crise financeira em que se encontra o Estado brasileiro. Com a ocorrência da pandemia da covid-19, a busca por soluções, em tese técnicas, e especialização, no que tange ao Direito à saúde, constitucionalmente garantido no país, tem tornado o Poder Judiciário protagonista de demandas de soluções para a área em questão. Diante disso, objetivou-se com esta dissertação analisar o discurso dos operadores do direito que atuam na área de judicialização da saúde a partir de oito processos judiciais propostos pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (DPE-RJ) que demandavam a internação em Centro de Terapia Intensiva/Unidade de Terapia Intensiva (CTI/UTI) em diferentes unidades hospitalares do estado do Rio de Janeiro para pacientes com covid-19. Os objetivos específicos foram identificar as estratégias argumentativas nas petições iniciais realizadas pela DPERJ, bem como os argumentos decisórios apresentados em cada caso pelos gestores de saúde; e discutir os elementos enunciativos presentes nas sentenças prolatadas. Para tanto, foram analisados oito processos judiciais individuais demandando prestações de saúde em face de entes públicos, propostos entre março e junho de 2021. Foi possível observar que a análise dos argumentos de todos os atores envolvidos nas ações objeto deste estudo propiciou verificar que estas se pautaram nos direitos dos cidadãos, no dever do Estado e nas omissões e possíveis negligências dos gestores de saúde. Os atores envolvidos (defensores públicos, gestores de saúde e juízes) utilizaram em seus discursos a legislação pertinente, jurisprudências e princípios constitucionais. Observou-se, ainda, que todos os argumentos dos gestores de saúde foram utilizados para minimizar os impactos de processos movido contra o Estado, sobretudo no que diz respeito ao dano moral requerido e à multa diária pela não resolução imediata do problema aventado no processo, priorizando a lógica utilitarista no âmbito dos discursos analisados.

Palavras-chave: Acesso à saúde. Judicialização. Análise de discurso.

ABSTRACT

The debate on the judicialization of health has gained prominence in recent years, mainly due to the state of financial crisis in which the Brazilian State finds itself. With the occurrence of the covid-19 pandemic, the search for solutions, in technical theory, and specialization, with regard to the right to health, constitutionally guaranteed in the country, has made the Judiciary the protagonist of demands for solutions for the area in question. Therefore, the objective of this dissertation was to analyze the discourse of legal practitioners who work in the area of judicialization of health from eight lawsuits proposed by the Public Defender's Office of the State of Rio de Janeiro (DPE-RJ) that demanded hospitalization in Intensive Care Center/Intensive Care Unit (ICU/ICU) in different hospital units in the state of Rio de Janeiro for patients with covid-19. The specific objectives were to identify the argumentative strategies in the initial petitions made by the DPERJ, as well as the decision-making arguments presented in each case by the health managers; and discuss the enunciative elements present in the uttered sentences. To this end, eight individual lawsuits were analyzed demanding health benefits from public entities, proposed between March and June 2021. It was possible to observe that the analysis of the arguments of all the actors involved in the actions object of this study allowed to verify that these were based on the rights of citizens, the duty of the State and the omissions and possible negligence of health managers. The actors involved (public defenders, health managers and judges) used relevant legislation, jurisprudence and constitutional principles in their speeches. It was also observed that all the arguments of the health managers were used to minimize the impacts of lawsuits filed against the State, especially with regard to the moral damage required and the daily fine for not immediately solving the problem raised in the process, prioritizing the utilitarian logic within the analyzed discourses.

Keywords: Access to health. Judicialization. Discursive Analysis.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AgRg	Agravo Regimental
ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
Anvisa	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
AP	Apelação Cível
AREsp	Agravo em Recurso Especial
CF/88	Constituição Federal de 1988
CHN	Complexo Hospitalar de Niterói
CID	Código Internacional de Doenças
CMJ	Central de Recebimentos de Mandados Judiciais
CPC	Código de Processo Civil
CREMERJ	Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
CRLS	Câmara de Resolução de Litígios em Saúde do Rio de Janeiro
CTI	Centro de Terapia Intensiva
DPE-RJ	Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro
EPI	Equipamento de Proteção Individual
MP	Ministério Público
NCPC	Novo Código de Processo Civil
OMS	Organização Mundial da Saúde
PCDT	Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas
RE	Recurso Extraordinário
RISTJ	Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça
SER	Sistema Estadual de Regulação
SES	Secretaria Estadual de Saúde
SESDEC	Secretaria Estadual de Saúde e Defesa Civil
SOTIERJ	Sociedade de Terapia Intensiva do Rio de Janeiro
STA	Suspensão de Tutela Antecipada
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUS	Sistema Único de Saúde
TJRJ	Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
TRF	Tribunal Regional Federal

UCI	Unidade de Cuidados Intensivos
UPA	Unidade de Pronto Atendimento
UTI	Unidade de Terapia Intensiva

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	METODOLOGIA	16
2.1	TIPO DE ESTUDO.....	16
2.2	PLANEJAMENTO DA PESQUISA DOCUMENTAL.....	20
2.2.1	Universo e unidade de análise	20
2.2.2	Tratamento e análise dos dados	23
2.2.3	Tipologia dos argumentos jurídicos	24
2.2.3.1	Argumentação por analogia.....	24
2.2.3.2	Argumento <i>a fortiori</i> (por mais forte razão).....	25
2.2.3.3	Argumento pragmático.....	25
2.2.3.4	Argumento teleológico.....	26
2.2.3.5	Argumento simétrico.....	26
2.2.3.6	Argumento sistemático.....	26
2.2.3.7	Argumento de causalidade.....	26
2.2.3.8	Argumento axiológico.....	27
2.2.3.9	Argumento histórico e <i>a exempla</i>	27
2.2.3.10	Argumento <i>a contrario sensu</i> (“pela razão contrária”).....	28
2.2.3.11	Argumentos <i>ab inutile sensu</i> e <i>a rubrica</i>	28
2.2.3.12	Argumento <i>a completudine</i>	28
2.2.3.13	Argumento da melhor opção.....	28
3	ANÁLISE DO DISCURSO DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE ANEIRO	29
4	ANÁLISE DO DISCURSO DOS GESTORES DE SAÚDE	46
5	ANÁLISE DO DISCURSO DOS JUÍZES	62
6	CONCLUSÃO	68
	REFERÊNCIAS	71

1 INTRODUÇÃO

Conceituar saúde não é tarefa simplista, uma vez que se está diante de um conceito complexo e transdisciplinar. Para fins da presente pesquisa, fez-se uso do conceito de saúde preconizado pela Organização Mundial da Saúde (OMS), por ser muito mais abrangente que a mera ausência de doenças, visto que se refere a um estado de qualidade de vida que contempla aspectos somáticos, psíquicos, fatores socioambientais, econômicos, filosóficos, culturais e do estilo de vida a que a pessoa é exposta.

O direito à saúde passou a ter destaque por meio do artigo 196¹ da Constituição Federal de 1988 (CF/88) (BRASIL, 1988), que afirma que a saúde é dever do Estado e direito de todos, tendo que ser promovida e garantida através de políticas públicas. Tais políticas têm o principal intuito de garantir o direito à vida dos cidadãos, o que deve ser feito mediante a melhor distribuição possível dos recursos do governo.

Os indivíduos, privados de seus direitos básicos, buscam soluções no Poder Judiciário, que atua tentando solucionar os problemas do sistema de saúde devidamente ajuizados.

No entanto, esse direito não é absoluto, necessitando obedecer a limites constitucionais. E é sob esse âmbito que existem discussões e debates, uma vez que, se por um lado, o Poder Judiciário não pode deixar de julgar as causas que lhe são submetidas, por outro, o poder público pode eventualmente praticar ativismo judicial, intervindo em demandas especializadas, sem que possua a devida qualificação e ou *expertise* para tanto.

O debate sobre a judicialização da saúde ganhou maior destaque nos últimos anos, devido, sobretudo, ao estado de crise financeira em que se encontra o Estado brasileiro. De todo modo, essa é uma discussão que abarca, para além da dimensão financeira, a questão da garantia do direito à saúde como um direito de exercício de cidadania plena, legado da CF/88 (MACHADO, 2008).

Com a ocorrência da pandemia de covid-19, a busca por soluções no âmbito do direito à saúde no Judiciário tem crescido. Prova disso é que já são 3.600 ações recursais cujos objetos envolvem a covid-19 no Supremo Tribunal Federal (STF) (TEIXEIRA, 2020). Buscando minimizar os impactos trazidos pela covid-19, vários atos têm sido praticados pelo Executivo federal e normas foram aprovadas pelo Congresso Nacional, a partir do Decreto

¹ Artigo 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução dos riscos de doença e de outros agravos e o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988).

Legislativo nº 6/2020, em vigor desde o dia 20 de março de 2020 e com efeitos até 31 de dezembro de 2020².

Tal decreto reconheceu em todo o território nacional a ocorrência do estado de calamidade pública em virtude da pandemia causada pelo novo coronavírus (covid-19).

Dentre os problemas verificados na área da saúde, destacam-se: a judicialização da ocupação de leitos hospitalares, especialmente em Unidades de Terapia Intensiva (UTI), em um cenário no qual não há vagas para todos, mesmo para casos que não envolvam a covid-19 (O'DWYER *et al.*, 2017).

No Direito, os reflexos da pandemia atingiram os mais variados ramos, tanto no direito público quanto no direito privado, entre eles, o direito à saúde, que foi e continuará sendo impactado pela pandemia e pelas demandas que surgirão no Judiciário do país durante os próximos anos.

Tais conflitos possuem pelo menos dois pontos em comum. O primeiro ponto é que todos visam à tutela judicial tão somente para o atendimento de demandas individualizadas, o que acaba por comprometer o Estado em detrimento do coletivo, e o segundo diz respeito ao risco de o Judiciário se sobrepor ao Executivo em matéria de políticas públicas de saúde, principalmente se os magistrados não possuírem meios adequados de informação e suporte técnico para decisão (O'DWYER *et al.*, 2017).

O primeiro dos conflitos versa sobre a judicialização de leitos hospitalares. O que está em jogo é a capacidade de atendimento do sistema de saúde ante suas diversas limitações, afinal, o elevado crescimento da curva de contaminação pode levar o sistema ao colapso (DOMINGUES; BALBANI; LUTAIF, 2020).

Sob esta perspectiva, faltariam leitos em UTI, respiradores artificiais e recursos humanos para lidar com a quantidade de pacientes. Haveria aqueles que, mesmo atingido o limite da capacidade de internação hospitalar, recorreriam ao Judiciário para conseguir sua vaga.

O tempo da saúde é diferente do tempo do Judiciário e do Executivo, ou seja, o tempo do mundo real não é o tempo estatal, o que deve ser devidamente considerado sob pena de se decidir sem qualquer possibilidade de efetividade e/ou eficácia das decisões proferidas, quer no que se refere ao Executivo, quer no que concerne a decisões judiciais, definindo, em última instância, um ciclo cruel de má utilização de verbas estatais, sem que a referida utilização se traduza em benefícios de garantias constitucionais à população brasileira. Essa dissincronia

² O decreto versa acerca do cumprimento de mandados de intimação para regulação de vagas e de verificação de vagas para internação.

tem provocado morte, aumento de custos para o Estado e uma avaliação negativa tanto da eficiência do Sistema Único de Saúde (SUS) quanto da garantia do acesso à justiça.

A progressiva concessão de tutelas jurisdicionais, ainda que sirva para atender a demandas de pacientes específicos, tem o potencial de trazer grave problema a esses gestores, que se veriam forçados ao cumprimento das ordens judiciais em detrimento da observância de protocolos clínicos – e é natural que uma família pense mais no atendimento de seu ente do que na concretização de uma política pública geral (DOMINGUES; BALBANI; LUTAIF, 2020).

Parte dos estudiosos da Saúde Coletiva vê um Judiciário buscando preencher os vácuos da ineficiência do Executivo na concretização do direito à saúde. A judicialização da política parece ser a outra face do mesmo fenômeno, definindo ativismo judicial, o que pode comprometer mais ainda a eficácia de decisões e o impacto negativo das referidas decisões sobre o Poder Executivo. Por outro lado, o direito de petição é inquestionável, mas há que se considerar que o equilíbrio entre os poderes da República é um dos principais pilares da democracia.

Este contexto adverso à concretização dos direitos abstratos à saúde elencados na CF/88 (BRASIL, 1988) é agravado pelo surgimento da pandemia de covid-19.

Inicialmente, intentava-se analisar a atuação da Câmara de Resolução de Litígios em Saúde do Rio de Janeiro (CRLS) frente à pandemia de covid-19. No entanto, a partir da aproximação com o objeto de estudo, deparou-se com diversas dificuldades que impediram o avanço dessa pesquisa. Pode-se dizer que tais dificuldades devem-se ao número elevado de demandas por parte da referida Câmara, porquanto não foi possível conseguir os dados necessários.

Diante disso, optou-se por analisar processos na justiça cujo objeto fosse a solicitação de leitos em Centros de Terapia Intensiva (CTI) durante a pandemia de covid-19. O período escolhido para essa abordagem foi de março a junho de 2021.

A Secretaria de Saúde do Estado do Rio de Janeiro organizou uma Central de Recebimentos de Mandados Judiciais (CMJ). Essa central tem a atribuição de receber principalmente os mandos de intimação, os mandados de busca e apreensão e os ofícios da Defensoria Pública e do Judiciário.

Destaca-se que todos os mandados recebidos devem ser obrigatoriamente cumpridos, não cabendo margem de argumentação para a Secretaria Estadual de Saúde e Defesa Civil (SESDEC).

Diante do cenário atual de judicialização da saúde, é preciso ampliar o diálogo entre Executivo, Judiciário e Legislativo; desenvolver um sistema de informação que possibilite o acompanhamento em todo o SUS das decisões judiciais; manter programa de capacitação para diferentes públicos; regulamentar as questões relevantes como o acesso a tecnologias (SILVA; SCHRAIBER; MOTA, 2020).

Observou-se nos processos analisados nesta pesquisa que a Comarca da Capital, que atende a uma das principais metrópoles do país, concentrou o maior número absoluto de processos. Entretanto, esse cenário não é recente, e isso foi verificado por Pepe *et al.* (2010) em um estudo que examinou demandas do estado do Rio de Janeiro no ano de 2006, por medicamentos considerados essenciais, também identificando uma predominância de ações vinculadas a esse tipo de demanda na Comarca da Capital.

Esse dado pode ter relação com a existência de uma maior rede de serviços de saúde e jurídicos, além do porte populacional da capital do estado. Mesmo se considerarmos que o aumento proporcional das demandas não foi muito significativo no período, segue como dado relevante o crescimento do volume de processos ajuizados relativos ao direito à saúde na Comarca da Capital (PEPE *et al.*, 2010).

É importante registrar que o aumento e a redução das ações judiciais cujo objeto é o direito à saúde ao longo do tempo devem ser interpretados com cautela, uma vez que aspectos pontuais, relacionados à realidade de uma determinada região, assim como ao contexto social e político, tanto em âmbito nacional como local, podem influenciar esse movimento (VIUDES, 2015).

Até mesmo questões ligadas ao próprio funcionamento do sistema de justiça, incluindo-se a Defensoria Pública como instituição integrante do referido sistema, podem gerar aumento ou redução da busca do Poder Judiciário pelos cidadãos (PEPE *et al.*, 2010).

A celeuma envolvendo a judicialização da covid-19, no entanto, reside no fato de a pandemia provocar o aumento exponencial da demanda por serviços de saúde, de modo que o sistema único – na sua vertente pública ou privada – não é capaz de oferecer atendimento adequado, pois, nesse caso, não envolve apenas consulta e diagnóstico médico, mas, também, nos casos mais graves, a internação da pessoa em UTI, com disponibilização de máquina de respiração artificial – item muito escasso.

Entende-se como contribuição deste estudo que, ao se analisarem casos concretos que envolvem a judicialização da saúde durante a pandemia da covid-19, são trazidas à luz as medidas que precisam ser consideradas e adotadas para garantir a efetivação do direito à saúde.

A dissertação buscou responder alguns questionamentos, como: o que há de comum nas estratégias argumentativas das petições iniciais dos oito casos obtidos junto à DPE-RJ?; quais as estratégias de tratamento dos casos pelos gestores da saúde pública municipais, estaduais e federais e dos hospitais privados?; e que elementos enunciativos foram evocados pelos juízes nas sentenças prolatadas durante a pandemia de covid-19?

Assim, o objetivo geral desta dissertação é analisar o discurso dos operadores do direito que atuam na área de judicialização da saúde a partir de oito processos judiciais propostos pela DPE-RJ, que demandavam a internação em CTI/UTI em diferentes unidades hospitalares do estado do Rio de Janeiro para pacientes com covid-19. Além disso, os objetivos específicos foram: a) identificar as estratégias argumentativas nas petições iniciais realizadas pela DPE-RJ, bem como os argumentos decisórios apresentados em cada caso pelos gestores de saúde; e b) discutir os elementos enunciativos presentes nas sentenças prolatadas.

2 METODOLOGIA

2.1 TIPO DE ESTUDO

Trata-se de estudo descritivo e exploratório com abordagem qualitativa, sendo a análise do discurso (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2005) o instrumento de compreensão do amplo material disponível.

A pesquisa qualitativa, segundo Minayo (2002, p. 22), “trabalha com o universo de significados, motivações, aspirações, crenças, valores e atitudes, o que corresponde a um espaço mais profundo das relações, dos processos e dos fenômenos que não podem ser reduzidos à operacionalização de variável”.

Segundo Minayo (2002, p. 43), “esse tipo de pesquisa (qualitativa) não pode basear-se no critério numérico, para poder garantir sua representatividade. A amostragem boa é aquela que possibilita abranger a totalidade do problema investigado em suas múltiplas dimensões”.

Sob as abordagens, Gil (2002) esclarece:

A pesquisa qualitativa responde a questões muito particulares. Ela se preocupa, nas ciências sociais, com um nível de realidade que não pode ser quantificado. Ou seja, ela trabalha com o universo de significados, motivos, aspirações, crenças, valores e atitudes, o que corresponde a um espaço mais profundo das relações, dos processos e dos fenômenos que não podem ser reduzidos à operacionalização de variáveis (p. 21-22).

A pesquisa descritiva é apropriada a casos em que se objetiva ter conhecimento acerca de características de determinado grupo a fim de se conhecer as relações existentes entre variáveis, bem como avaliar os impactos de implantação de um determinado programa.

Os dados obtidos por meio de uma pesquisa descritiva também fornecem importantes direções a serem seguidas em estudos futuros, em especial quando indicam a existência de relação entre variáveis e quando se quer conhecer a extensão dessa relação.

Vergara (2010) afirma que a pesquisa descritiva expõe as características de determinada população ou fenômeno, estabelece correlações entre variáveis e define sua natureza.

Em relação à análise de discurso, Perelman e Olbrechts-Tyteca (2005, p. 6) ressaltam que “é em função de um auditório que qualquer argumentação se desenvolve”. Dessa forma, foi interessante identificar quais estratégias de fundamentação cada orador utilizava para convencer os outros atores envolvidos nos processos.

Para Perelman (2005), está claro que o objetivo de toda argumentação é criar nos ouvintes uma disposição para a ação, uma mudança, uma tomada de posição, ou até uma inércia, incluindo-se uma adesão ao que fora exposto e que essa exposição produza uma ação positiva ou uma abstenção de ação.

A argumentação ocupa um lugar de destaque nas práticas jurídicas, visto que o trabalho dos advogados e juízes tem como premissa a necessidade de convencimento. Nesse aspecto, de acordo com Perelman (1999), no Direito são observadas diversas controvérsias nas argumentações, uma vez que estas às vezes são consideradas arbitrárias e até inválidas, resultando em soluções por vezes injustas.

Danblon (2005) acredita que o processo da argumentação busca conduzir a uma conclusão positiva em relação ao que se argumenta. Entretanto, essa ação possui alta complexidade, uma vez que abrange aspectos ligados ao raciocínio, ao auditório e à consequente conclusão. Isso porque quando há um argumento, é estabelecida uma relação direta entre um raciocínio e uma conclusão e uma consequente ligação de pertinência entre ambos. A pertinência entre o raciocínio e a conclusão é altamente relevante para o auditório a que o argumento é dirigido.

O discurso ou retórica está vinculado aos valores aceitos pela sociedade, da mesma forma como acontece com o sistema de justiça. Perelman (2005) destaca que a ação retórica voltada para a justiça busca condições que possibilitem a qualificação de uma regra, de um ato que precisa ter aprovação no âmbito social. Partindo dessa premissa, o sistema de justiça recorre aos valores que representam as necessidades da sociedade.

A importância das figuras retóricas é evidenciada por Reboul (2000) ao afirmar que:

[...] toda figura de Retórica é um condensado de argumento: a metáfora é um condensamento de analogia, etc. A nosso ver, essa teoria é intelectualista demais; esquece-se do prazer da figura, que deriva ora da emoção, ora da comicidade, mas sempre do *pathos* (REBOUL, 2000, p. 118).

No caso específico da esfera jurídica, o embate discursivo ocorre por meio da argumentação. Isso é decorrente do fato de que o diálogo argumentativo ajuda na interpretação da lei.

Para Marinoni (2010), a eficácia social está relacionada à semântica da norma, não se referindo apenas à realidade social, mas também aos valores sociais. A semântica tem ligação direta entre a eficácia e a obediência de fato, ou seja, a norma constitucional só seria eficaz caso fosse não somente cumprida, mas também aplicada de forma concreta.

A argumentação jurídica, segundo Perelman (2005), é o fundamento máximo de um meio de convencimento que não seja coercivo nem tampouco arbitrário, mas sim que confere o sentido maior de liberdade humana, que é condição *sine qua non* para o exercício de uma escolha racional.

A teoria da argumentação jurídica proposta por Alexy (2016) engloba um conjunto de vertentes que versam desde a legitimação de um sistema de direitos humanos e fundamentais embasado na ética e na moral até uma teoria da argumentação prática geral que posteriormente é projetada no campo do direito.

Para Alexy (2016), a tese central da teoria da argumentação consiste em considerar o discurso jurídico como um caso prático do discurso da moral. O autor não pretende de forma simplista elaborar uma teoria normativa da argumentação jurídica, em que se distingam os bons e os maus argumentos, mas sim uma teoria que seja, sobretudo, analítica, que estude profundamente as estruturas dos argumentos, e também descritiva, incorporando elementos empíricos.

Há também a teoria discursiva da justiça, editada por Alexy (2016), e suas questões sobre a legitimação moral do direito, assunto de muita importância para a compreensão teórica e prática do não positivismo jurídico defendido pelo autor. Nesse trato, vê-se a necessidade de o Estado e/ou o juiz aplicarem normas não convencionadas ou mesmo editadas para a formulação de sentenças ou jurisprudências, formando, assim, uma oportunidade de estudo de versamos sobre a urgência de uma aplicabilidade moral e ética nesse vazio legislativo.

Levando em consideração os três diferentes níveis da retórica, podemos destacar algumas técnicas argumentativas como estratégias típicas da retórica prática. A argumentação dogmática, destinada à obtenção de resultados práticos e compromissada com o processo decisório, é orientada, explícita ou implicitamente, por uma série de estratégias de expressão oral e textual (PARINI, 2013).

No entanto, para um estudo que toma a retórica analítica como metodologia, a prescrição de métodos “certos” para se chegar à interpretação “correta” não passa de mais uma estratégia de convencimento, a qual lança mão de uma linguagem metafórica para tentar aparentar descrever a realidade “ela mesma” (PARINI, 2013).

O estudo de Perelman (2005) sobre as técnicas argumentativas trata de uma análise da estrutura dos argumentos que frequentemente constituem os discursos. Cumpre, contudo, atentar para o alerta do autor: os argumentos de um discurso se interpenetram e, na maioria dos casos, um mesmo argumento pode ser enquadrado em mais de uma categoria, a depender

daquele que faz a análise.

Portanto, a leitura a que nos propomos aqui não pode ser, em hipótese alguma, considerada definitiva, estanque ou inquestionável; o maior objetivo é trazer a lume como se desenrolou, em caso específico, o discurso judicial que pretende persuadir seu auditório de que a decisão tomada é fruto de um raciocínio neutro, objetivo, correto e legítimo.

Perelman (2005) divide os argumentos em dois grandes grupos: argumentos de ligação e argumentos de dissociação, embora advirta que ambos são complementares e inter-relacionados. Os argumentos de ligação são os que aproximam elementos distintos e permitem estabelecer entre eles uma solidariedade que visa estruturá-los ou valorizá-los (positiva ou negativamente) um pelo outro. Nessa categoria se enquadram os argumentos quase lógicos; baseados na estrutura do real; e fundantes da estrutura do real.

Os argumentos de dissociação se caracterizam por remanejar os conceitos e remodelá-los, a fim de distinguir situações que são vistas como próximas. Nossa análise ficará restrita a dois subgrupos: o dos “argumentos quase lógicos” e o dos “argumentos baseados na estrutura do real”, ambos pertencentes ao grupo dos “argumentos de ligação” (PERELMAN, 2005).

A regra de justiça determina que, a situações idênticas, sejam aplicadas as mesmas regras e princípios. É ela quem fundamenta a aplicação de precedentes (e, até mesmo, a existência da lei como padrão universal, impessoal e genérico de condutas). Requer, desse modo, a categorização dos seres e eventos e o seu enquadramento em alguma das categorias estabelecidas (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2005).

Contudo, a adaptação dessa regra lógica ao plano da realidade necessita que se demonstre a identidade entre as situações apreciadas, e tal demonstração é problemática, porque nunca, no mundo fático, dois eventos serão realmente iguais, apenas semelhantes (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2005).

Para o adversário, a rejeição da regra de justiça passa por expor que os eventos não possuem identidade entre si, acarretando a inaplicabilidade da regra entre eles. Por essa razão, uma das principais estratégias dogmáticas é a da dissociação de noções como, por exemplo, para deixar de aplicar um precedente a um caso, alegando a sua *defeasibility* (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2005).

Na análise dos processos judiciais, o trabalho de Perelman e Olbrechts-Tyteca (2005) também foi utilizado como referencial teórico. Para eles, o processo judicial é um caso privilegiado de análise, pois é possível conhecer de antemão as intenções dos sujeitos.

No processo judicial, sabemos que o advogado de cada parte tende menos a esclarecer-se do que a desenvolver argumentos em favor de uma tese. Fixando os pontos a serem debatidos, o direito favorece essa atitude unilateral, essas tomadas de posição, que o litigante só tem de sustentar com constância contra o seu adversário (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p. 43).

Nesta dissertação, utilizou-se o núcleo interpretativo da saúde como dever do Estado, tendo como base as demandas judiciais em saúde a partir do artigo 196 da CF/88 (BRASIL, 1988).

2.2 PLANEJAMENTO DA PESQUISA DOCUMENTAL

2.2.1 Universo e unidade de análise

O universo da pesquisa são os processos judiciais individuais demandando prestações de saúde em face de entes públicos, entre março e junho de 2021.

O universo representa as demandas dos usuários dos serviços que não obtiveram êxito no atendimento ao seu direito de acesso à saúde no período de pandemia da covid-19.

Para a identificação das demandas judicializadas, foi utilizada a base de dados públicos do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ), que contém o número dos processos judiciais individuais.

Uma série de ações judiciais em busca de garantias de internação em leitos de UTI para pacientes diagnosticados com covid-19 foi ajuizada, o que remete à necessidade de discutir alternativas para a reorganização e o compartilhamento de recursos assistenciais da saúde, em especial os leitos de UTI, a serem utilizados não apenas no âmbito da pandemia de coronavírus, mas em emergências de saúde pública futuras. Os processos selecionados foram todos voltados a problemas referentes à falta de leitos em UTI no estado do Rio de Janeiro:

Caso 1 – Processo nº 0068297-22-2021-8-19.0001 (RIO DE JANEIRO, 2021a)

Comarca da Capital

Ação: UTI ou Unidades de Cuidados Intensivos (UCI)

Assunto: UTI ou UCI

Prioridade: Pessoa Idosa – Lei nº 10.741/03 (BRASIL, 2003)

Data da distribuição do processo: 24/3/2021

Caso 2 – Processo nº 0068290-30.2021.8.19.0001 (RIO DE JANEIRO, 2021b)

Comarca de Queimados

Ação: UTI ou UCI

Assunto: Violência Doméstica contra a Mulher (artigo 7º, Lei nº 11.340/06)
(BRASIL, 2006a)

Data da distribuição do processo: 24/3/2021

Caso 3 – Processo nº 0067224-15.2021.8.19.0001 – Juizados Fazendários (RIO DE JANEIRO, 2021c)

Comarca da Capital

Assunto: Medicamentos e outros Insumos de Saúde

Data da distribuição do processo: 23/3/2021

Caso 4 – Processo nº 0067441-58.2021.8.19.0001 – Fazenda Pública (RIO DE JANEIRO, 2021d)

Comarca de Niterói

Ação: UTI ou UCI

Assunto: UTI ou UCI

Prioridade: Pessoa Idosa – Lei nº 10.741/03 (BRASIL, 2003)

Data da distribuição do processo: 24/3/2021

Caso 5 – Processo nº 0067300-39.2021.8.19.0001 – Juizados Especiais Cíveis/Fazendário (RIO DE JANEIRO, 2021e)

Comarca da Capital

Assunto: Medicamentos e outros Insumos de Saúde

Data da distribuição do processo: 24/3/2021

Caso 6 – Processo nº 0065286-22.2021.8.19.0001 - Juizados Especiais Cíveis/Fazendário (RIO DE JANEIRO, 2021f)

Comarca da Capital

Assunto: Convênio Médico com o SUS

Prioridade: Pessoa Idosa – Lei nº 10.741/03 (BRASIL, 2003)

Data da distribuição do processo: 22/3/2021

Caso 7 – Processo nº 0068264-32.2021.8.19.0001 – Fazenda Pública (RIO DE JANEIRO, 2021g)

Comarca de Nova Iguaçu

Ação: UTI ou UCI

Assunto: Violência Doméstica contra a Mulher (artigo 7º, Lei nº 11340/06) (BRASIL, 2006)

Prioridade: Pessoa Idosa – Lei nº. 10.741/03 (BRASIL, 2003)

Data da distribuição do processo: 24/3/2021

Caso 8 – Processo nº 0064254-42.2021.8.19.0001 (RIO DE JANEIRO, 2021h)

Comarca de Nilópolis

Ação: UTI ou UCI

Data da distribuição do processo: 24/3/2021

Cabe aqui mencionar que, no Caso 2, embora a ação seja solicitação de leito de UTI para paciente com caso grave de covid-19, o assunto em destaque foi violência doméstica contra a mulher, que foge completamente ao objeto do processo. No entanto, o erro foi apenas no assunto (violência doméstica contra a mulher), pois a ação era de solicitação de leito de UTI para paciente com caso grave de covid-19. Mesmo com o erro, a ação prosseguiu de forma correta (RIO DE JANEIRO, 2021b).

Ressalta-se que no Caso 3, em específico, a paciente autora do processo não estava com covid-19 e sim com câncer de mama, em estado grave, precisando de leito hospitalar em UTI. Todas as demais ações foram voltadas para pacientes com covid-19 em estado grave que necessitavam com urgência de leito hospitalar em UTI (RIO DE JANEIRO, 2021c).

Em relação ao Caso 7, verificou-se o mesmo problema do Caso 3, visto que, embora seja uma ação voltada à solicitação de transferência para leito de UTI, o assunto em destaque foi violência doméstica contra a mulher, fugindo completamente ao objeto do processo. O erro novamente estava na categorização, pois o processo se referia a paciente com covid-19 em estado grave e que necessitava com urgência de um leito em UTI (RIO DE JANEIRO, 2021c, 2021g).

Observou-se que as demandas dos casos analisados foram nas Varas de Fazenda Pública e Juizados Especiais Fazendários.

Especificamente quanto à Comarca da Capital, identificou-se que o cenário da judicialização da saúde modificou-se significativamente, tendo restado bastante visível a

migração das demandas das Varas de Fazenda Pública para os Juizados Especiais Fazendários (SOUZA, 2018).

Isso fica claro ao verificar que a busca pelas Varas de Fazenda Pública, em 2013, ainda superava a busca pelos Juizados Especiais Fazendários. Todavia, essa proporção foi-se invertendo ao longo dos anos, chegando ao quadro registrado em 2017, em que os Juizados Especiais receberam quase a totalidade dos processos (97,7%), nos assuntos selecionados (SCHULZE, 2020).

Os Juizados Especiais Fazendários foram criados no estado do Rio de Janeiro pela Lei Estadual nº 5.781/2010 (RIO DE JANEIRO, 2010). Essa norma excluiu da competência de seu sistema, pelo prazo de dois anos a partir de sua entrada em vigor, as ações fundadas no direito à saúde (PEÇANHA; SIMAS; LUIZA, 2019).

Buscando atender a todas as demandas da população, além das solicitações referentes ao direito à saúde, propostas no juízo natural, o Plantão Judiciário Noturno do TJRJ tem como objetivo decidir casos de urgência, propiciando ao cidadão uma prestação jurisdicional com maior celeridade. Salienta-se que todos os processos aqui analisados foram atendidos no período de Plantão Judiciário Noturno.

2.2.2 Tratamento e análise dos dados

Para analisar os dados, foi definida a amplitude da análise, ou seja, foi decidido como e em que extensão seriam interpretados os discursos sob apreço. Nesse caso, definiu-se como amplitude o universo dos operadores jurídicos, mais especificamente em casos ligados à covid-19, no quesito de solicitação de transferência de pacientes para UTI.

Foi avaliado o discurso persuasivo tanto nas petições iniciais dos defensores públicos, como nas decisões dos juízes e na contra-argumentação dos gestores de saúde, que contestam parte da decisão e, para tanto, utilizam o discurso persuasivo, sempre levando em consideração as leis, a jurisprudência e os aspectos doutrinários, intentando fazer prevalecer a lógica utilitarista.

Ao analisar retoricamente o discurso, está se assumido que o quadro analítico se moverá dentro dos conceitos e princípios que a teoria retórica já oferece ou daqueles que ainda virá a construir. Acrescente-se, ainda, que compreendendo o discurso como prática social, sua análise pressupõe como ponto de partida – e de chegada – que o discurso (persuasivo) cria e modifica não somente a mente das pessoas, mas interfere no ambiente

social e histórico, construindo novas interpretações dos acontecimentos de acordo com o que é justificado e aceito (ou não) em dada cultura, história ou sociedade (GARDNER, 2005).

No intuito de um aprofundamento referente ao instituto em questão, observam-se os tipos de argumentos mais usados nos discursos argumentativos:

[...] sendo o Direito uma ciência que mantém contato direto com a Argumentação e que muitas vezes encontra nela a sua única ferramenta de trabalho, carece de uma Argumentação mais sólida, sustentável, e não tão facilmente combatida como são os argumentos sofisticos (CARNEIRO; SEVERO; ÉLER, 2005, p. 155).

Assim, importa neste momento traçar as linhas gerais dos tipos de argumentos mais utilizados nos discursos jurídicos.

2.2.3 Tipologia dos argumentos jurídicos

Vários são os tipos de argumentos jurídicos, dentre os quais se menciona a Argumentação por analogia, Argumento a fortiori (por mais forte razão), Argumento pragmático, Argumento teleológico, Argumento simétrico, Argumento sistemático, Argumento de causalidade, Argumento axiológico, Argumento histórico e a exempla, Argumento a contrario sensu (“pela razão contrária”), Argumentos ab inutile sensu e a rubrica, Argumento a completudine e Argumento da melhor opção. Para melhor entender as especificidades de cada tipo de argumento jurídico, será realizado um breve detalhamento de cada um.

2.2.3.1 Argumentação por analogia

A analogia é a semelhança de raciocínio observada em duas situações diferentes, mas que estejam inseridas em uma mesma encadeação lógica. Para Reboul (2000, p. 185), “raciocinar por analogia é construir uma estrutura do real que permita encontrar e provar uma verdade graças a uma semelhança de relações”.

Esse tipo de argumento tem sido muito utilizado no Direito brasileiro, unificado no artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (BRASIL, 1942), que estabelece que o juiz possui a liberdade de decisão de acordo com a analogia quando observar a omissão da lei.

Utiliza-se a argumentação por analogia quando a conclusão é de que duas coisas similares e advindas de uma mesma linha de raciocínio contribuem para formar uma base de convencimento sólida. Nesse sentido, observa-se que:

No Direito, o raciocínio por analogia propriamente dita, se limita, ao que parece, ao confronto, acerca de pontos particulares, entre Direitos positivos distintos pelo tempo, pelo espaço geográfico ou pela matéria tratada. Em contrapartida, todas as vezes que se buscam similitudes entre sistemas, estes são considerados exemplos de um Direito universal; assim também todas as vezes que se argumenta em favor da aplicação de uma determinada regra a novos casos, afirma-se por isso mesmo, que se está no interior de uma única área (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p. 426).

Ao analisar os oito processos objeto deste estudo, não foi verificada nenhuma argumentação por analogia pela Defensoria Pública, pelos gestores de saúde, nem pelos juízes.

2.2.3.2 Argumento *a fortiori* (por mais forte razão)

O argumento é *a fortiori* possui alguns enunciados específicos que reforçam a verdade da proposição. Assim sendo, a legislação é aplicada em maior ou menor grau em um caso, levando em consideração os motivos em questão. Esse tipo de argumento tem como intuito detalhar melhor a aplicação da lei, no caso em que a explicação não está clara (CARNEIRO; SEVERO; ÉLER, 2005).

2.2.3.3 Argumento pragmático

Esse tipo de argumento é o mais utilizado, uma vez que tem um poder persuasivo muito grande, e isso ocorre porque é fundamentado em atos incontestáveis, dificultando a contra-argumentação. Em relação ao argumento pragmático, Perelman e Olbrechts-Tyteca (2005) destacam que:

parece desenvolver-se sem grande dificuldade, pois a transferência para a causa, do valor das consequências, ocorre mesmo sem ter pretendido. [...] permite apreciar uma coisa consoante suas consequências, presentes ou futuras, tem uma importância direta para a ação. Ele não requer para ser aceita pelo senso comum, nenhuma justificação. O ponto de vista oposto, cada vez que é ofendido, necessita de uma Argumentação; tal como a afirmação de que a verdade deve ser preconizada, sejam quais forem suas consequências, por possuir um valor absoluto, independente destas (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p. 303-304).

O alicerce do argumento pragmático é a realidade fática. Logo, é necessário que seja confirmada a veracidade dos fatos antes de se utilizar esse tipo de argumento.

2.2.3.4 Argumento teleológico

Tem como fundamento o próprio fim, ou seja, não pode desviar-se da sua finalidade (CARNEIRO; SEVERO; ÉLER, 2005). Esse tipo de argumento tem como conceito:

[...] aquele referente ao espírito e à finalidade da lei, que desta vez não são reconstituídos a partir do estudo concreto dos trabalhos preparatórios, mas a partir do próprio texto da lei. Esse modo mais abstrato de argumentar impõe-se quando o estudo histórico não permite esclarecer o intérprete, porque os problemas levantados são novos e não se apresentavam na época (PERELMAN, 1998, p. 80).

2.2.3.5 Argumento simétrico

Esse tipo de argumentação se baseia em dados específicos ligados à justiça em seu sentido mais amplo. O argumento simétrico é usado quando se aborda a harmonia necessária ao sistema, onde é preciso fazer justiça (CARNEIRO; SEVERO; ÉLER, 2005).

2.2.3.6 Argumento sistemático

A argumentação simétrica tem como base a ordenação do Direito e, de acordo com Perelman (1998), os elementos precisam ser interpretados mediante o contexto em que estão inseridos.

2.2.3.7 Argumento de causalidade

No argumento de causalidade pode-se analisar a origem, a causa e o precedente, de modo que, ao verificar um problema, é preciso avaliar o fato levando em consideração a causa para que seja possível sanar o problema de forma justa e correta.

Para Reboul (2000, p. 173), é relevante, nesse caso, “estabelecer um juízo de valor, mostrar o valor do efeito a partir do valor da causa, ou o inverso”.

Esse tipo de argumento tem sido o mais utilizado durante a pandemia pelos gestores de saúde, para argumentar as decisões judiciais, o que será ilustrado no capítulo 4.

2.2.3.8 Argumento axiológico

Muito usado nos discursos em geral, tem como base os valores. No entanto, não é um argumento de força absoluta, visto que tende a variar conforme a receptividade do argumentador (CARNEIRO; SEVERO; ÉLER, 2005).

Caso os valores usados agradem o leitor, será difícil ser contestado. Porém, se o receptor não concordar com os argumentos, haverá uma contra-argumentação.

No caso do discurso jurídico, observa-se o uso de argumentos com juízos de fato, que podem ser comprovados, pois juízos de valor podem não ter a receptividade esperada, podendo ser “mais ou menos” fundamentados. Por essa razão, têm eficácia parcial.

2.2.3.9 Argumento histórico e *a exempla*

Esses argumentos não são muito elaborados e têm como função corroborar a argumentação. Podem emocionar o leitor, acarretando maior credibilidade ao argumento. Esse tipo de argumento:

supõe que o legislador é conservador, isto é, que permanece fiel ao modo como quis regulamentar certa matéria, a menos que tenha modificado expressamente o texto legal. Notemos que este argumento é, às vezes, descartado em benefício de outros argumentos, sem o que jamais teria sido possível reformar uma jurisprudência (PERELMAN, 1998, p. 79).

São considerados fatos ligados a uma época específica, que ocasionaram a realidade atual e, com isso, a experiência anterior deve ser reproduzida (CARNEIRO; SEVERO; ÉLER, 2005).

Um meio de utilizar o argumento histórico é pelo uso de dados estatísticos de maneira que a ser mais bem fundamentado. Podem ser utilizados ainda exemplos anteriores, visto que “a assimilação deles parece resultar da própria natureza das coisas, ao passo que a diferenciação deles parece necessitar de uma justificação” (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p. 406).

Nos processos analisados neste trabalho, não foram usados dados estatísticos como meio de argumentação, e sim exemplos de outras decisões para fundamentar melhor as peças documentais devidamente analisadas.

2.2.3.10 Argumento *a contrario sensu* (“pela razão contrária”)

Nesse tipo de argumento, a antítese é aplicada para se chegar à conclusão pela exclusão, onde exceções legais são expressas. Trata-se de:

[...] um procedimento discursivo segundo o qual, sendo dada uma proposição jurídica, que afirma uma obrigação (ou outra qualificação normativa) de um sujeito (ou classe de sujeitos), na falta de outra disposição expressa deve-se excluir a validade de uma proposição jurídica diferente, que afirma a mesma obrigação (ou outra qualificação normativa) a propósito de qualquer outro sujeito (ou classe de sujeitos) (PERELMAN, 1998, p. 74-75).

Não foi observado nos processos objeto deste estudo o uso desse tipo de argumento.

2.2.3.11 Argumentos *ab inutile sensu e a rubrica*

Os argumentos *ab inutile* aduzem que as leis não devem ter palavras inúteis. Já o argumento *a rubrica* considera os livros e as emendas de leis (CARNEIRO; SEVERO; ÉLER, 2005). Normalmente, são pouco utilizados, uma vez que possuem pouca fundamentação.

2.2.3.12 Argumento *a completudine*

Esse tipo de argumento parte do princípio de que o ordenamento jurídico é completo, ou seja, que a lei não é omissa, nem possui lacunas. Sendo assim, o juiz precisa analisar e encontrar uma solução para qualquer demanda.

2.2.3.13 Argumento da melhor opção

Trata-se de um argumento em que é utilizada a escolha, ou seja, dentre as propostas apresentadas ao argumentador é a opção que causa menos prejuízos, ou que acarretará benefícios maiores.

É um argumento forte, que traz em seu desfecho uma análise dos efeitos e resultados, demonstrando que há uma congruência com o argumento pragmático ou teleológico (CARNEIRO; SEVERO; ÉLER, 2005).

3 ANÁLISE DO DISCURSO DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O objetivo deste capítulo é analisar os elementos discursivos da DPE-RJ, na inicial dos processos que buscam o atendimento urgente de pacientes que não conseguiram leito em UTI em hospitais públicos no período objeto desta dissertação.

Os cidadãos buscam a garantia da saúde por intermédio da Defensoria Pública, uma vez que não possuem condições de pagar um advogado. Nesse âmbito:

a Defensoria Pública é a instituição essencial à função jurisdicional do Estado, sendo o órgão constitucionalmente predestinado a efetivar a íntegra garantia à dignidade da pessoa humana e à plena busca da felicidade aos menos abastados, com o compromisso fundamental de tentar a máxima erradicação da miséria e a criação de oportunidade para todos os indivíduos, tornando-os cidadãos (TERROSO, 2016, p. 2).

Não há outro meio de garantir que a parcela mais carente da população tenha seus direitos assegurados, senão através da Defensoria Pública, instituição que atua ativamente a fim de alcançar esse objetivo.

Para que a Defensoria Pública atenda a pessoa, é necessário que seja fornecida a declaração de hipossuficiência de recursos (TERROSO, 2016).

Antes de discutir os elementos discursivos dos oito processos analisados no presente estudo, cabe mencionar aspectos ligados à argumentação e à retórica na seara jurídica. Isso porque a argumentação é capaz de se adaptar facilmente à realidade jurídica encontrada, conferindo aos operadores do direito um instrumento de trabalho passível de ser útil e eficaz. Os argumentos, analisados a partir de uma ótica jurídica, são elementos que conduzem à demonstração da verdade jurídica.

A função do operador jurídico é despertar a persuasão e/ou o convencimento; para tanto, utiliza-se da retórica e da argumentação para construir argumentos convincentes.

A retórica é ainda um poderoso instrumento de justiça, aplicável às mais diversas circunstâncias, e são justamente essas qualidades de poder e de versatilidade que a tornam tão apetecida.

A argumentação jurídica tem procedência no raciocínio hermenêutico jurídico. Para Perelman (1998), o raciocínio judiciário visa a discernir e a justificar a solução autorizada de uma controvérsia, na qual argumentações em sentidos distintos, conduzidas em conformidade

com procedimentos determinados, procuram fazer valer, em situações diversas, um valor ou um compromisso entre valores, que possa ser aceito em um meio e em um momento dados.

Observa-se o uso do argumento *a fortiori* em petição inicial efetuada pela Defensoria Pública em um dos casos analisados:

E da dinâmica dos fatos narrados, não há dúvida de que se verifica, no caso, flagrante violação do dever estatal de prestação do serviço público de saúde.

Como se viu, o Autor, que possui quadro clínico gravíssimo, está padecendo em um hospital público sem receber o tratamento médico adequado para o restabelecimento de sua saúde e resguardo de sua própria vida ((RIO DE JANEIRO, 2021c).

No argumento *a fortiori*, se a lei exige dos promotores de justiça que, nas denúncias, discriminem as ações de cada um dos acusados, com mais forte razão deve-se exigir que o magistrado as individualize, na sentença (CARNEIRO; SEVERO; ÉLER, 2005).

O argumento pragmático foi utilizado pela Defensoria Pública, deixando claro os problemas do Estado em cumprir o Direito à saúde:

a inexistência de vagas na rede pública de saúde como um todo é fato público e notório. Sem falar, é claro, na falta de materiais, aparelhos, médicos, assepsia, e no péssimo atendimento prestado àqueles que mais necessitam da atenção do Estado. O que está em jogo, lembre-se, é a vida, direito indisponível e de estatura constitucional ((RIO DE JANEIRO, 2021c).

A oferta de leitos de terapia intensiva no Brasil configura-se como um dos principais nós críticos do SUS. O aumento na demanda por esse tipo de serviço vem desafiando gestores, profissionais de saúde e pesquisadores a buscarem estratégias concretas que aperfeiçoem recursos e viabilizem a prestação desse complexo serviço de saúde (BRASIL, 2020a).

Os pacientes gravemente enfermos, também denominados pacientes críticos, cursam com instabilidade vital e elevado risco de morte, necessitando de assistência de saúde em UTI (BRASIL, 2020a).

As filas para admissão na UTI são influenciadas por diferentes fatores, como epidemiológicos (envelhecimento populacional), técnicos (evidência médica e tecnologias), éticos (critérios de prioridade), organizacionais (regulação) e educacionais (cuidados pré-hospitalares) (GOLDWASSER *et al.*, 2018).

A superlotação dos serviços de urgência, entre eles os de terapia intensiva, reflete não apenas a insuficiência quantitativa de estabelecimentos, como também a gestão deficiente dos

processos assistenciais, afetando todos os estados brasileiros de forma sistêmica e rotineira, tanto no SUS como na saúde suplementar.

Em grande parte dos processos, o requerente se encontra em Unidade de Pronto Atendimento (UPA), cuja estrutura se mostra insuficiente para o atendimento necessário que o caso exige. Antes mesmo da pandemia da covid-19, já se verificava o descumprimento da tutela deferida e que estabelecia que o requerente fosse transferido para um hospital com suporte em CTI.

Na verdade, as UPA foram implantadas como o objetivo de atender às urgências e propiciar uma estabilização do paciente grave enquanto aguarda o acesso ao leito. No entanto:

as UPAs foram implantadas no país a partir de 2008 sem um planejamento efetivo, causando várias consequências impremeditadas, entre elas, a frequente “internação” na unidade, representando uma distorção da finalidade e das possibilidades de cuidado dessa unidade (O'DWYER *et al.*, 2017, p. 4).

São inúmeros os problemas ligados às UPA, mas o principal é a alta demanda e o número insuficiente de leitos para a internação imediata. Isso ocorre de forma recorrente no Rio de Janeiro, onde se observa uma discrepância entre o número de vagas disponíveis e o número de solicitações de internação em leito hospitalar oriundas das UPA. De acordo com O'Dwyer *et al.* (2019), menos de 40% do total de solicitações consegue ter acesso ao leito.

Para O'Dwyer *et al.* (2017), embora o projeto de atenção às urgências tenha como objetivo ser integrador, sua implementação se deu de maneira fragmentada e com frágil articulação entre os seus componentes, o que causa a ineficácia da prestação de serviço.

Para a OMS, a relação ideal de leitos de UTI é de um a três leitos para cada dez mil habitantes. No entanto, ao analisar a distribuição dos leitos de UTI no Brasil, constata-se que a maior parte pertence à rede privada, mesmo que muitas vezes conveniados ao SUS. Ademais, são identificadas disparidades importantes quanto à sua distribuição regional, sendo esse um problema recorrente (ASSOCIAÇÃO DE MEDICINA INTENSIVA BRASILEIRA, 2020).

Estudos demonstram que a demanda judicial por esse recurso não é recente, corroborando os dados sobre falta de equidade no acesso ao referido serviço. Diniz, Machado e Penalva (2014), em estudo que analisou o fenômeno da judicialização no Distrito Federal, concluíram que o principal bem judicializado era o leito de UTI. Pesquisa realizada por Delduque *et al.* (2017) abrangendo 27 estados da federação aponta que a demanda por leitos de UTI também se encontra entre as principais prestações de saúde solicitadas.

A proposta de criação de uma fila única para regulação de leitos de terapia intensiva durante a pandemia de coronavírus se insere nesse contexto, pois advoga a inserção de um modelo alternativo de regulação de recursos de saúde escassos, a ser utilizado durante momento de crise sanitária.

Em termos gerais, a proposta de fila única de leitos de UTI consiste em centralizar, na gestão pública, a regulação de todos os leitos de UTI do país, públicos ou privados, independentemente de a clientela ter ou não planos e seguros de saúde, ou ainda da capacidade de pagamento no momento da internação (MARINHO, 2020). Cotrim Junior, Cabral e Machado (2021) argumentam que:

O contexto da atual pandemia evidenciou desafios subsumidos ante outras necessidades presentes no cotidiano do SUS. A questão da fila única é um deles. As diretrizes de igualdade e universalidade e o sentido maior de garantia da vida só teriam sido possíveis com a adoção de tal mecanismo (p. 225-226).

Há necessidade de atualização do ordenamento jurídico de modo a prever mecanismos capazes de gerir recursos e insumos essenciais no caso de uma emergência em saúde pública, e a proposta de fila única de leito de UTI se apresenta como um arranjo capaz de aperfeiçoar recursos, viabilizar assistência adequada ao maior número de pacientes e propiciar igualdade de acesso aos insumos de saúde em tempos de crise (MARINHO, 2020).

É necessário que o tema seja amplamente debatido e que tenha o devido encaminhamento do seu processo legislativo, de modo a não cair no esquecimento que só será percebido quando uma nova epidemia se instalar (GOLDWASSER *et al.*, 2018).

A partir desse cadastro único, a regulação dos pacientes para os leitos de UTI disponíveis, em rede pública ou privada, ficaria sob o encargo de uma central reguladora estadual, responsável pela articulação entre prestadores de serviços e órgãos municipais e estaduais. Ao Ministério da Saúde caberia a normatização e a regulamentação da fila única (MARINHO, 2020).

Segundo as entidades, esse arranjo estrutural incidiria não apenas na melhoria do acesso, mas também na redução de iniquidades sociais e disparidades regionais, além de aperfeiçoar o uso de recursos assistenciais no sistema de saúde em tempos de emergência sanitária.

A falta de equidade no acesso ao leito de UTI é questão crônica observada no sistema de saúde brasileiro, e se intensificou durante a pandemia de coronavírus. Medidas

administrativas e judiciais são tomadas pontualmente, sem, contudo, enfrentar questões estruturantes (GOLDWASSER *et al.*, 2018).

O argumento teleológico utiliza leis. As leis foram criadas para ser cumpridas. Se as leis não estão sendo cumpridas, estão desviadas de seu objetivo e não atingirão a sua finalidade. Nesse sentido, a Defensoria Pública utiliza tal argumento:

Os entes públicos réus possuem uma missão constitucional, e devem arcar com as consequências de sua inércia. Admitir o contrário é restringir o direito à saúde somente a uma ínfima parcela da população, representada por aqueles que apresentam condições financeiras para arcar com os custos de um plano de saúde. É condenar a maior parte da população a sofrer atendimentos desumanos, a aguardar, nos corredores das instituições públicas de saúde, despida de dignidade, sua própria morte, e a ser tratada como desafortunados que não possuem voz sequer para pedir socorro de forma digna! ((RIO DE JANEIRO, 2021c).

A Defensora Pública, mesmo já tendo usado esse argumento, em outro ponto da petição inicial, o reforça, enfatizando que:

repita-se, descumpriram um dever jurídico primário de envergadura constitucional: o de prestar a saúde, com eficiência, e velar pela segurança, incolumidade física e psíquica de todos os seus administrados. Notadamente daqueles que, como o Autor, estão nas dependências públicas, sob a guarda, atenção, vigilância e proteção específica das autoridades e funcionários públicos de saúde. Daí, o ilícito que gera, por sua vez, o dever jurídico sucessivo ou secundário de reparação integral do dano, inclusive, com assento no art. 5º, V e X, da Carta Maior, o de caráter extrapatrimonial ((RIO DE JANEIRO, 2021c).

Esse tipo de argumentação utilizada pela Defensora Pública busca reforçar os direitos que os indivíduos têm assegurados e que não estão sendo cumpridos.

A subprocuradora utilizou o argumento simétrico, ao destacar que:

Outro ponto nodal a esta questão é a chamada reserva do possível. Os recursos públicos são limitados, de modo que é inviável ao Poder Público socorrer a todos eficazmente, não obstante o mandamento constitucional insculpido no artigo 196 da Constituição Federal. Para a efetivação dos chamados direitos sociais, como a saúde, são necessários recursos financeiros, para que se preste um serviço público minimamente adequado à população.

Em outras palavras, ao deferir tal pleito em ações como esta, em que é pleiteada a internação hospitalar de um paciente infectado pelo coronavírus impõe-se um questionamento.

Apenas aqueles infectados pelo vírus terão direito a um atendimento “prioritário” pelo Estado? Em outras palavras, a despeito do crescente número de infectados pelo covid-19, somente aqueles que ingressaram com uma ação no Judiciário farão jus a um tratamento de saúde eficaz? ((RIO DE JANEIRO, 2021h).

A Defensoria Pública utilizou o argumento sistemático ao afirmar que:

a responsabilidade civil dos entes públicos réus é clara: basta afirmar que, em função do descumprimento de sua missão constitucional, da prestação ineficiente e inadequada do serviço público de saúde, o Autor está padecendo em hospital público sem receber, como exige a sua condição humana, o tratamento médico adequado à preservação de sua saúde e própria vida.

Não é difícil imaginar o intenso sofrimento, a angústia, o aborrecimento e a humilhação sofridos pelo Demandante que, a despeito do seu direito subjetivo à dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB/88 [Constituição da República Federativa do Brasil de 1988]), não recebe o tratamento médico adequado no hospital público em que se encontra. E é ainda compelido a aguardar, com piora do seu quadro clínico, a remoção para uma unidade hospitalar que tenha suporte para recebê-lo ((RIO DE JANEIRO, 2021c).

O argumento *ab inutile sensu e a rubrica* foi utilizado pela Defensoria Pública, ao mencionar aspectos doutrinários, citando os livros dos juristas em questão:

Veja-se: não se está a exigir do Estado que atue como um segurador universal, mas como garante daquele que, como o Demandante, está em suas dependências, sob a sua atenção e cuidados, e que possui direito subjetivo à saúde (física e psíquica). Além disso, é até possível afirmar que, como o caos na saúde pública é problema recorrente do Estado, que se arrasta há anos, e que este, como se vê, nada faz de forma eficiente para saná-lo, seja pela aplicação efetiva do mínimo constitucional na saúde, seja por uma melhor administração das verbas públicas ou gestão administrativa, que ele (Estado) criou, incrementou o risco e concorreu de forma relevante para o evento lesivo que envolve o Autor.

Daí porque é razoável afirmar que, como os réus não se desincumbiram de seu papel constitucional, criaram a situação propícia para a lesão à dignidade humana. E que sua omissão, relevante e específica, se erige, assim, em causa direta e imediata do não impedimento do dano moral.

É o que explicita Sergio Cavalieri Filho, em sua obra, “Programa de Responsabilidade Civil”, 6ª edição, páginas 261 e 262: “A atividade administrativa a que alude o art. 37, § 6º, da Constituição, engloba não só a conduta comissiva como também a omissiva, pelo quê merece temperamento aquela parte da doutrina Capitaneada pelo insigne Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso de Direito Administrativo, 15ª, Ed., Malheiros Editores, PP. 871-872) que sustenta ser subjetiva a responsabilidade do Estado.

Neste ponto é preciso distinguir omissão genérica do Estado (item 77) e omissão específica. Observa o talentoso jurista Guilherme Couto de Castro, em excelente monografia com que brindou o nosso mundo jurídico, “não ser correto dizer, sempre, que toda hipótese de dano proveniente de omissão estatal será encarada, inevitavelmente, pelo ângulo subjetivo. Assim o será quando se tratar de omissão genérica. Não quando houver omissão específica, pois aí há dever individualizado de agir (A responsabilidade civil objetiva no Direito Brasileiro, Forense, 1997, p. 37).

Mas, afinal de contas, qual a distinção entre omissão genérica e omissão específica? Haverá omissão específica quando o Estado, por omissão sua, crie a situação propícia para a ocorrência do evento em situação em que tinha o dever de agir para impedi-lo. Assim, por exemplo, se motorista embriagado atropela e mata pedestre

que estava na beira da estrada, a Administração (entidade de trânsito) não poderá ser responsabilizada pelo fato de estar esse motorista ao volante sem condições. Isso seria responsabilizar a Administração por omissão genérica. Mas se esse motorista, momentos antes, passou por uma patrulha rodoviária, teve o veículo parado, mas os policiais, por alguma razão, deixaram-no prosseguir viagem, aí já haverá omissão específica que se erige em causa adequada do não-impedimento do resultado. Nesse segundo caso haverá responsabilidade objetiva do Estado ((RIO DE JANEIRO, 2021c).

Esse tipo de argumento é muito utilizado, buscando fundamentar de maneira clara, utilizando a doutrina sobre o tema em questão.

O argumento *a completudine* foi utilizado pela Defensoria Pública, ao destacar que:

Ainda que se queira afirmar, como insistem alguns doutrinadores, que a hipótese é de omissão, a conclusão não se altera: a responsabilidade permanece objetiva, pois o caso é de omissão específica, ou seja, de descumprimento de um dever individualizado de agir.

Ora, o Autor está nas dependências dos entes públicos réus, sob a guarda, vigilância, atenção e proteção específica das suas autoridades e funcionários públicos de saúde. Ou seja, os réus conhecem o gravíssimo estado clínico do Demandante, a necessidade do seu tratamento médico imediato e de sua transferência.

Em tal contexto, não há dúvida de que possuem o dever específico e individualizado de agir, de preservar a integridade física e psíquica do Autor, de prestar o tratamento médico adequado de forma imediata, e de cessar de plano o intenso sofrimento que lhe vem sendo imposto de forma ilícita ((RIO DE JANEIRO, 2021c).

Buscando fortalecer esse argumento, a Defensora Pública menciona ainda que:

ainda que, por amor ao debate, se perfilhe a tese de que a omissão é genérica ou de que se trata de responsabilidade contratual, e de que o art. 37, § 6º, da CRFB/88 não se aplica à hipótese, a 7 responsabilidade civil dos réus não é excluída. É que, como o elemento subjetivo da culpa, à luz da Teoria da Culpa Administrativa, decorre, de forma genérica, da falta do serviço, e esta, no caso, é inequívoca (aliás, pública e notória), conclui-se, mais uma vez, por via diversa, que a obrigação dos réus de compensar os danos morais incorridos pelo Autor existe ((RIO DE JANEIRO, 2021c).

E para fundamentar ainda mais o argumento, menciona doutrina acerca do tema em questão:

No ponto, vale citar, pela singular clareza com que trata do tema, trecho da obra “Direito Administrativo Descomplicado” de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, Editora Método, 19ª edição, páginas 760 e 761.

“A Constituição de 1988 não traz qualquer regra expressa relativa à responsabilidade civil por eventuais danos ocasionados por omissões do Poder Público”. Nossa jurisprudência, entretanto, com amplo respaldo da doutrina administrativista, construiu o entendimento de que é possível, sim, resultar configurada responsabilidade extracontratual do Estado nos casos de danos ensejados por

omissão do Poder Público. Nessas hipóteses, segundo a citada jurisprudência, responde o Estado com base na teoria da culpa administrativa. Tratase, portanto, de modalidade de responsabilidade civil subjetiva, mas à pessoa que sofreu o dano basta provar (o ônus da prova é dela) que houve falta na prestação de um serviço que deveria ter sido prestado pelo Estado, provando, também, que existe nexo causal entre o dano e essa omissão estatal... Tal culpa administrativa, no entanto, não precisa ser individualizada, isto é, não precisa ser provada negligência, imprudência ou imperícia de um agente público determinado (por isso, às vezes, é utilizada a expressão “culpa anônima” em referência a essa modalidade de responsabilidade subjetiva).

[...] Em suma, para ensejar a responsabilização, a pessoa que sofreu o dano deve provar que houve falta no serviço que o Estado deveria ter prestado (nas modalidades omissivas inexistência do serviço, deficiência do serviço ou atraso na prestação do serviço)” ((RIO DE JANEIRO, 2021c).

Esse recurso argumentativo é muito utilizado pelos operadores do direito em geral, uma vez que reforça a necessidade de serem cumpridas as solicitações realizadas.

Além disso, normalmente são elencadas decisões anteriores que fundamentam e reforçam a necessidade de decisão similar.

Não foi outro o entendimento do Superior Tribunal de Justiça [STJ] e do Tribunal de Justiça deste Estado em casos similares: “ADMINISTRATIVO. TRATAMENTO MÉDICO. INTERNAÇÃO HOSPITALAR POR ORIENTAÇÃO MÉDICA. DEVER DO ESTADO. “Não viola legislação federal a decisão judicial que impõe ao Estado o dever de garantir a internação em UTI conforme orientação médica e, inexistindo vaga na rede pública, arcar com os custos da internação em hospital privado”³. Agravo regimental improvido⁴.

FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE SAÚDE PÚBLICA MUNICIPAL CARACTERIZADO PELA CARÊNCIA DE VAGA PARA ATENDIMENTO MÉDICO ESPECIALIZADO. UTILIZAÇÃO DA REDE PARTICULAR ÀS EXPENSAS DO ENTE PÚBLICO. DANOS MATERIAL E MORAL.

1) As normas constitucionais preveem a solidariedade dos entes de direito público interno para execução de política de saúde, de forma a preservar a vida daqueles que não têm condições de se submeter a determinados tratamentos às suas expensas, sendo certo que a própria Lei n. 8.080/1990, a qual rege o SUS, faz referência à prestação suplementar na rede particular, em caso de carência de serviço na rede pública de saúde.

2) É de conhecimento comum a dificuldade em se obter agendamento de consulta médica especializada, tal como aquela da qual necessitava a Autora, sobretudo no âmbito da rede pública de saúde, sendo factível a alegação do enfermo de que não teve sucesso em suas tentativas neste sentido, e de que, ao final de oito dias, diante do aumento das dores nas costas, viu-se obrigado a se submeter à consulta médica particular, e, uma vez diagnosticado como portador de embolia pulmonar, à imediata internação em CTI do Hospital privado.

³ Agravo Regimental (AgRg) no Agravo em Recurso Especial (AREsp) 36.394/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 28/2/2012 (BRASIL, 2012a).

⁴ AgRg no AREsp 807.820/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 17/12/2015 (BRASIL, 2015a).

3) Não é crível que a Autora, após ter, em um primeiro momento, procurado o serviço público de saúde, tenha optado por se internar, inadvertidamente, em nosocômio privado, a despeito de não dispor de condições financeiras para tanto.

4) Diante da falha no serviço de saúde prestado no âmbito do Município, caracterizada pelo descumprimento do dever legal do ente público de disponibilizar o atendimento médico do qual necessitava a Autora, exsurge o dever dos réus de ressarcir as despesas comprovadas nos autos, havidas pelo enfermo em razão de seu atendimento médico-hospitalar em unidade de saúde da rede privada no período que antecedeu à sua transferência para hospital da rede pública de saúde.

5) Porém, não restou demonstrada lesão psíquica apta a ensejar a indenização por dano moral, tampouco há prova de que o quadro clínico da parte autora tenha sido agravado no transcurso do lapso temporal compreendido entre o seu atendimento no Pronto Socorro do Município e a sua consulta e internação em unidade da rede privada. 6) Recursos aos quais se nega provimento⁵ ((RIO DE JANEIRO, 2021c).

Observou-se ainda que a estratégia de argumentação de utilização de decisões similares é adotada em demasia. Em uma mesma petição são ilustrados diversos casos similares de decisão, buscando dar mais ênfase ainda ao pleito.

Apelação Cível. Ação de obrigação de fazer. Direito Fundamental à Saúde. Estado e Município. Transferência para CTI da rede pública de neonata com sepse tardia. Decisão que antecipou os efeitos da tutela e fixou multa coercitiva de R\$ 1.000,00 (hum mil reais). Sentença de procedência confirmando a tutela antecipada, que foi cumprida pelo ente estadual. Apelo do Estado. Os artigos 196 e 198 da Constituição Federal dispõem que a saúde é um direito de todos e dever do Estado, a ser prestado através de um sistema único de saúde.

A notória deficiência de verbas orçamentárias para fazer frente às despesas geradas para a consecução dos direitos sociais não pode servir de impedimento quando a se trata da manutenção ou a salvação da vida humana (Súmula 65 desta Corte).

Na salvaguarda da preservação da vida a determinação de internação em hospital particular, na ausência de vaga em UTI na rede pública, se faz imperiosa ante o princípio da universalidade e integralidade do atendimento, inculpidos nos incisos I e II do artigo 7º da Lei 8.080/90, e a utilização dos serviços da rede privada é possível em caráter complementar, consoante previsão do art. 4º, § 2º e 8º da Lei 8.080/90.

Descabe o pedido subsidiário do recorrente para que o Judiciário determine que os custos dos serviços privados complementares sejam ressarcidos à entidade privada participante do SUS pelo valor de custo, porque tal questão refoge aos lindes da demanda e, ademais, é questão administrativa a ser resolvida no âmbito da normatividade dos órgãos integrantes do SUS, consoante previsão do artigo 43 da lei reitoria, a qual ressalva a imposição da gratuidade dos serviços prestados pelos participantes particulares do SUS às cláusulas dos contratos ou convênios estabelecidos com essas entidades privadas.

A multa coercitiva fixada em R\$ 1.000,00 (hum mil reais) atende à tutela do bem jurídico tutelado e está harmonizada com a jurisprudência da Corte. Sentença

⁵ Apelação nº 0056339-28.2012.8.19.0042 – Des(a). Heleno Ribeiro Pereira Nunes – Julgamento: 14/06/2016 - Quinta Câmara Cível – TJRJ (RIO DE JANEIRO, 2016a).

mantida. Recurso a que se nega seguimento, com fulcro no artigo 557, *caput*, do CPC⁶ ((RIO DE JANEIRO, 2021c).

A princípio a argumentação busca dar ênfase ao quadro grave do paciente em questão:

No momento, Excelência, ela encontra-se em estado grave, necessitando de transferência para hospital que tenha suporte de CTI ou sala vermelha, pois pode haver piora do quadro da paciente, inclusive com óbito da mesma. Assim, diante de seu quadro clínico gravíssimo e sob risco de morte, necessita, com urgência, de INTERNAÇÃO EM UNIDADE DE TERAPIA INTENSIVA (CTI/UTI) – tudo conforme laudo médico anexo, assinado pelo Dr. ALEXANDRE ANDRIONI (CRM 52.86838-8).

Ressalte-se que, nos termos da Res. Conjunta SES/SOTIERJ/CREMERJ [Secretaria Estadual de Saúde/Sociedade de Terapia Intensiva do Rio de Janeiro/Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro] N° 147, de 10/07/2013, a UTI/CTI se destina a PACIENTES GRAVES OU COM RISCO DE MORTE, razão pela qual a transferência da parte autora deve ser feita COM URGÊNCIA (RIO DE JANEIRO, 2021c).

Argumenta ainda destacando o direito fundamental à saúde que o Estado tem como dever jurídico, utilizando-se tanto da doutrina como de jurisprudência como meio de fundamentar a solicitação.

No entanto, a despeito da gravidade do quadro, do direito fundamental à saúde e do correlato dever jurídico do Estado de prestá-la, com a máxima eficiência e efetividade, o Autor não foi, até o presente momento, transferido para local adequado.

O art. 196 da Constituição de 1988, ao cuidar da ordem social, assegura a todos os indivíduos o direito à saúde, e estipula o correlato dever jurídico do Estado de prestá-la. Trata-se, enquanto direito fundamental de segunda geração, de liberdade real ou concreta que impõe ao Estado uma prestação positiva, consistente em um *facere*.

Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico hospitalar.

O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida.

O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE.

⁶ Apelação nº 0001826-46.2014.8.19.0073 – Apelação – Des(a). Carlos José Martins Gomes – Julgamento: 31/12/2015 – Décima Sexta Câmara Cível – TJRJ (RIO DE JANEIRO, 2016b).

– O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode convertê-la em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

DISTRIBUIÇÃO GRATUITA, A PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU DE SUA SAÚDE: UM DEVER CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR.

O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da 4 República (arts. 5º, ‘*caput*’, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.⁷ ((RIO DE JANEIRO, 2021c).

Ainda no sentido da ênfase ao direito à saúde, o defensor público menciona jurisprudências cujos objetos apresentam similaridades, sendo os acórdãos do próprio TJRJ utilizados para a fundamentação das peças protocoladas pela Defensoria Pública.

Apelação com reexame necessário. Prestação unificada de serviço público de saúde. Direito fundamental (CF, arts. 6º e 196). Quadro de emergência, decorrente de aneurisma cerebral roto.

Ausência de leitos de Unidade de Terapia Intensiva – UTI em nosocômios públicos do município.

Obrigação de o Poder Público custear, nessas circunstâncias, a internação do cidadão em hospital privado. Inteligência das Súmulas nº 65 e 184 deste Tribunal. Demora na providência de transferência da autora para UTI em nosocômio particular. Situação que ultrapassa o mero aborrecimento.

Conquanto as Súmulas nº 211, nº 210 e nº 209 deste Tribunal, concebidas para a relação contratual entre segurado e seguro-saúde, não se apliquem indiscriminadamente contra o Poder Público – que, mercê da norma de universalidade e gratuidade do atendimento, encontra reverses desconhecidos pelos planos de saúde –, nem por isto o descumprimento de gravíssimo dever constitucional, sonhando-se leito hospitalar a paciente em delicado estado de saúde, deixa de configurar dano moral.

Provimento do recurso voluntário para acolher o pleito indenizatório, arbitrada em R\$ 10.000,00 a verba compensatória – e confirmada, no mais, a sentença⁸ (RIO DE JANEIRO, 2021d).

⁷ Recurso Extraordinário (RE) 393.175-AgR/RS, Rel. Min. Celso de Mello (BRASIL, 2006b).

⁸ TJRJ, Décima Nona Câmara Cível; Apelação/Reexame Necessário nº 0060140-20.2010.8.19.0042; Rel.: Des. Marcos Alcino A. Torres; Julgamento: 20/03/2012) (Destacamos).

Outra tese argumentativa apresentada nas peças ora analisadas é a idade avançada do paciente, ilustrando ainda o quadro grave no qual o referido paciente se encontra.

o Autor, que conta, atualmente, com 76 (setenta e seis) anos de idade, deu entrada nesta unidade com quadro de insuficiência respiratória aguda (CID [Código Internacional de Doenças] J 160), apresentando saturação de 85% em ar ambiente. Apresenta embolia pulmonar com COR pulmonale agudo (I 260), e grave comprometimento pulmonar, característico de infecção por COVID-19 (CID U 071), com acometimento de 75% do parênquima pulmonar (RIO DE JANEIRO, 2021d).

O defensor público deu ênfase ainda ao fato de que o autor do processo, ao ter negado o direito a um leito de UTI, teve seu direito violado.

E da dinâmica dos fatos narrados, não há dúvida de que se verifica, no caso, flagrante violação do dever estatal de prestação do serviço público de saúde. Como se viu, o Autor, que possui quadro clínico gravíssimo, está padecendo em um hospital público sem receber o tratamento médico adequado para o restabelecimento de sua saúde e resguardo de sua própria vida (RIO DE JANEIRO, 2021c).

Em outro processo, o defensor público destacou a obrigação do Estado em fornecer o leito hospitalar e que, caso não haja disponibilidade de leitos em hospitais públicos, deve-se alocar o paciente em hospital privado.

Os entes públicos réus, independentemente de eventual repartição interna de atribuição administrativa (Enunciado nº 65 da Súmula do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro), possuem a missão constitucional (art. 196 da CRFB/88) de resguardar e de concretizar o direito fundamental à saúde (art. 6º da CRFB/88) de todos os seus cidadãos e administrados.

É certo, portanto, que, em se tratando de situação que implica risco imediato à vida da parte autora, deveriam tê-lo transferido de forma imediata, assim que solicitado. Mas, como se viu, nada absolutamente nada foi feito para preservar a saúde e a própria vida do Autor. E é certo que tal postura, diante do quadro de urgência narrado, não pode ser chancelada pelo Poder Judiciário.

É necessário frisar, ainda, que os familiares do demandante só procuraram o CHN – COMPLEXO HOSPITALAR DE NITERÓI porque este era o hospital mais próximo de onde se encontravam, e não tinham ciência da gravidade do quadro e da necessidade premente e contínua da internação em UTI/CTI (RIO DE JANEIRO, 2021d).

Cabe aqui mencionar que, embora a CF/88 tenha firmado um instrumento jurídico normativo relacionado ao direito à saúde, ainda se observa a desigualdade e a exclusão de acesso ao sistema público de saúde, bem como a garantia de acesso ao devido direito pela via do acesso à justiça. A partir da promulgação da referida Carta Magna, a saúde tornou-se um

direito condicionado pelo princípio da universalidade, tendo o Estado o dever de implementá-lo mediante a formulação de políticas sociais e econômicas.

assumir que a saúde é um direito fundamental, porém, implica considerar as transformações por que têm passado, durante as últimas décadas, as concepções do que é a saúde e, em particular, a ampliação do conceito de saúde. Essas transformações, por sua vez, não podem ser dissociadas das mudanças nos saberes sobre a saúde e nas práticas científicas e profissionais neste campo, nem da emergência de uma diversidade de formas de governar a vida (biopoder), de reconfigurar relações sociais a partir de afinidades ou partilhas de características associadas à biologia (biossocialidade) e da constituição da “vida em si mesma” como fonte de valor e de acumulação de capital (NUNES, J. A., 2009, p. 144).

É inegável a importância do SUS que teve sua implantação iniciada em 1990. No mesmo ano, foi aprovada a Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90) (BRASIL, 1990a), que especificava as atribuições e a organização do SUS. O projeto de reforma sanitária retornou em 1992 (PAIM *et al.*, 2011).

A Lei 8.142/90 (BRASIL, 1990b) aborda a participação da comunidade na gestão do SUS, bem como as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde, instituindo, assim, os Conselhos de Saúde e conferindo *status* público aos organismos de representação de governos estaduais e municipais (CARVALHO; BARBOSA, 2014).

São inquestionáveis os avanços do SUS em favor das necessidades e direitos da população. No âmbito da Atenção Básica em Saúde, houve um aumento na integração das ações promotoras, protetoras e recuperadoras da saúde. Ao longo dos últimos 32 anos, o SUS tem demonstrado avanços, mas desafios ainda existem e merecem ações estratégicas que possibilitem ampliar o atendimento das pessoas, o que se torna mais urgente diante de pandemias tão avassaladoras como a de covid-19.

De acordo com o Ministro Paulo Sanseverino (2020), 77,5% da população brasileira dependem do SUS para tratar problemas de saúde e a pandemia acabou agravando essa desigualdade no acesso aos serviços de saúde. Destacou ainda que:

o período pós-pandemia deverá ampliar o fenômeno da judicialização da saúde também entre os usuários dos planos de saúde privados. As causas dessa “onda de judicialização” devido à pandemia vão se somar aos motivos que justificam a crescente judicialização da saúde nos últimos anos (SANSEVERINO, 2020, *online*).

Cabe salientar, em consonância com Ribeiro (2014) que os cidadãos buscam a garantia da saúde por intermédio de três instituições que integram o Sistema de Justiça brasileiro: o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública. Nesse âmbito:

a Defensoria Pública é a instituição essencial à função jurisdicional do Estado, sendo o órgão constitucionalmente predestinado a efetivar a íntegra garantia à dignidade da pessoa humana e à plena busca da felicidade aos menos abastados, com o compromisso fundamental de tentar a máxima erradicação da miséria e a criação de oportunidade para todos os indivíduos, tornando-os cidadãos (TERROSO, 2016, p. 2).

Buscando antecipar uma contra-argumentação da outra parte quanto à inexistência de responsabilidade civil por danos ocasionados por omissões do poder público, já na petição inicial, é deixado claro que:

A Constituição de 1988 não traz qualquer regra expressa relativa à responsabilidade civil por eventuais danos ocasionados por omissões do Poder Público. Nossa jurisprudência, entretanto, com amplo respaldo da doutrina administrativista, construiu o entendimento de que é possível, sim, resultar configurada responsabilidade extracontratual do Estado nos casos de danos ensejados por omissão do Poder Público.

Nessas hipóteses, segundo a citada jurisprudência, responde o Estado com base na teoria da culpa administrativa. Trata-se, portanto, de modalidade de responsabilidade civil subjetiva, mas à pessoa que sofreu o dano basta provar (o ônus da prova é dela) que houve falta na prestação de um serviço que deveria ter sido prestado pelo Estado, provando, também, que existe nexo causal entre o dano e essa omissão estatal (RIO DE JANEIRO, 2021h).

Nota-se que todas as iniciais são muito parecidas, visto que o objeto das ações é o mesmo. Nesse sentido, observa-se o uso de legislação e jurisprudência como argumentos.

É importante mencionar que as normas jurídicas se tornaram complexas devido à restrição de assuntos vinculados às novas relações jurídicas. Um paradoxo recorrente é que os operadores do direito, ao buscarem o alcance da segurança jurídica, acabam, na prática, impondo aos jurisdicionados um contexto de insegurança jurídica e isso ocorre em razão da distorção do conceito de livre convencimento e de autonomia funcional, sem que haja controle externo expressivo da atuação das instituições do Sistema de Justiça, além do aumento de leis, ineficiência na elaboração de normas, aumento das guinadas jurisprudenciais, dentre outros (NUNES, J. A. M., 2009).

Mediante esses paradoxos, a questão que surge é: “se tudo o que se encontra fixado nos ordenamentos jurídicos permanecer constante, ainda é possível falar em segurança jurídica?” (NUNES, J. A. M., 2009, p. 88). Diante desse cenário, verifica-se que as respostas a esse questionamento permanecem imprecisas.

São diversos os motivos que acarretam a insegurança no Direito. Dentre eles, pode-se mencionar o número excessivo de leis; número elevado de ações na justiça e descrença nos

mecanismos judiciários e na própria justiça, dada a percepção social de morosidade e falta de efetividade de decisões judiciais (MARINONI, 2010).

O papel da Defensoria Pública é defender os indivíduos que necessitam de previsibilidade e de estabilidade em suas relações com o Estado. O princípio da proteção à confiança legítima é uma maneira de proporcionar que o Estado não frustrate as expectativas dos indivíduos, constituídas em concordância com o que foi previamente manifestado pelo próprio poder público. Nesse sentido, pode-se afirmar que:

confiança legítima significa que o Poder Público não deve frustrar, deliberadamente, a justa expectativa que tenha criado no administrado ou no jurisdicionado. Ela envolve, portanto, coerência nas decisões, razoabilidade nas mudanças e a não imposição retroativa de ônus imprevistos [...] A obrigação dos órgãos do Poder Público de não vulnerar a confiança legítima e de agir com boa-fé é inerente ao Estado Democrático de Direito (BARROSO, 2006, p. 22).

A confiança “é um sentimento de superação de incerteza e da imprevisibilidade, mediante a assunção de certo grau de risco, em relação ao comportamento de terceiros, de tal modo que não se espera algo distinto da expectativa que tenha criado” (CANOTILHO, 1995, p. 371).

A proteção da confiança, legitimamente despertada no titular de uma situação jurídica, cujo comportamento é guiado por valores éticos, prestigia a segurança jurídica. A ideia de segurança aqui referida baseia-se num comportamento ético e diligente daquele que tem expectativas na validade de um ato, uma vez que é preciso amparar os interesses legítimos dali decorrentes, sob pena de a atuação estatal surpreender o cidadão (CANOTILHO, 1995).

Na verdade, há uma correlação necessária entre a confiança dos cidadãos em que os atos ou as decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições jurídicas e relações sejam praticados ou tomados de acordo com as normas jurídicas vigentes, e a confiança em efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nessas mesmas normas (CANOTILHO, 1995).

Revela-se imperiosa a necessidade de se instituir uma ordem jurídica dotada de estabilidade e continuidade, pois a uniformidade na aplicação das normas é um pressuposto imperativo ao Estado de Direito, conferindo confiabilidade à sociedade no que tange à proteção dos direitos oriundos de relações com o poder público.

Nesse âmbito, é importante abordar a questão da omissão por parte do Estado diante dos mais diversos pleitos de jurisdicionados. E isso, nos processos abordados neste trabalho, está ligado ao fato de os pacientes não terem seus direitos preservados.

A Constituição de 1988 não traz qualquer regra expressa relativa à responsabilidade civil por eventuais danos ocasionados por omissões do Poder Público. Nossa jurisprudência, entretanto, com amplo respaldo da doutrina administrativista, construiu o entendimento de que é possível, sim, resultar configurada responsabilidade extracontratual do Estado nos casos de danos ensejados por omissão do Poder Público.

Nessas hipóteses, segundo a citada jurisprudência, responde o Estado com base na teoria da culpa administrativa. Trata-se, portanto, de modalidade de responsabilidade civil subjetiva, mas à pessoa que sofreu o dano basta provar (o ônus da prova é dela) que houve falta na prestação de um serviço que deveria ter sido prestado pelo Estado, provando, também, que existe nexo causal entre o dano e essa omissão estatal.

Tal culpa administrativa, no entanto, não precisa ser individualizada, isto é, não precisar ser provada negligência, imprudência ou imperícia de um agente público determinado (por isso, às vezes, é utilizada a expressão “culpa anônima” em referência a essa modalidade de responsabilidade subjetiva).

[...] Em suma, para ensejar a responsabilização, a pessoa que sofreu o dano deve provar que houve falta no serviço que o Estado deveria ter prestado (nas modalidades omissivas inexistência do serviço, deficiência do serviço ou atraso na prestação do serviço) (RIO DE JANEIRO, 2021d).

A violação ao princípio da segurança jurídica é um aspecto muito relevante e o destaque a ela se faz necessário, visto que a sua ocorrência tem sido cada vez mais constante. Diante disso, o capítulo 4 da presente dissertação abordará essa questão com maior aprofundamento analítico.

É inegável que a Defensoria Pública alcançou destaque como defensora da sociedade, notadamente no âmbito dos direitos transindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos), que abrangem a saúde, transformando-se em agente político fomentador de políticas públicas, e não mais se limitando a atribuições eminentemente persecutórias (CAMBI, 2016).

No que diz respeito às ações e aos serviços públicos de saúde, importa ressaltar que o texto constitucional estabeleceu que ao Ministério Público compete o dever de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos ao direito fundamental à saúde, consoante prescreve o artigo 129, II, da CF/88 (BRASIL, 1988).

A Defensoria Pública, em seu dever de tutelar a saúde, deve buscar a efetivação de medidas que não comprometam a saúde das pessoas, atuando de modo a não sufragar comportamentos prejudiciais ou sem responsabilidade, e garantir que a ciência pautar informações e ações relacionadas à saúde.

Ao serem utilizados os tipos de argumentos, deve-se apenas ter a cautela de escolher o que se aplica ao caso específico, evitando os argumentos sofisticados. Isso porque esses argumentos são repletos de vícios e falácias com a intenção de induzir ao erro o juízo, sem

preocupação alguma com a verdade, comprometendo, assim, todo o raciocínio e toda a argumentação hermenêutica jurídica que possa de fato levar a decisões justas.

4 ANÁLISE DO DISCURSO DOS GESTORES DE SAÚDE

Dentre as atribuições do SUS, destaca-se a assistência terapêutica integral⁹, cujo conteúdo só foi explicitado em 2011, pela Lei nº 12.401 (BRASIL, 2011), que, dentre outros, inseriu o artigo 19-M e o artigo 19-N na Lei nº 8.080/90 (BRASIL, 1990a). Segundo o primeiro dispositivo:

a assistência terapêutica integral, incluindo a farmacêutica, a que se refere o art. 6º, I, “d”, consiste em: I – dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado ou, na falta do protocolo, em conformidade com o disposto no art. 19-P; II – oferta de procedimentos terapêuticos, em regime domiciliar, ambulatorial e hospitalar, constantes de tabelas elaboradas pelo gestor federal do Sistema Único de Saúde – SUS, realizados no território nacional por serviço próprio, conveniado ou contratado (BRASIL, 1990a, artigo 6º, I, “d”).

Tanto a superlotação das emergências hospitalares como a escassez de leitos no Brasil são uma realidade antiga no SUS (O'DWYER *et al.*, 2017). Perante esse cenário, com o aumento dos casos de covid-19, a probabilidade é de uma maior escassez de leitos no sistema de saúde. Especificamente no Rio de Janeiro, a construção de Hospitais de Campanha se tornou uma estratégia para minimizar a superlotação da rede hospitalar (ZIEGLER, 2020).

Nesse sentido, foi estabelecido que no estado do Rio de Janeiro todos os leitos habilitados para o atendimento de pacientes com covid-19 nas redes municipal, estadual e federal deveriam ser regulados de forma exclusiva pela Central Estadual de Regulação, via Sistema Estadual de Regulação (SER), sendo incluídos também os leitos de Hospitais de Campanha (BRASIL, 2020b).

Os gestores de saúde, mediante os processos judiciais, contestaram a referida prática, destacando o momento de colapso na saúde devido à alta demanda por leitos hospitalares.

É nesse momento que a subprocuradora emprega o argumento de causalidade, frisando o problema atual de calamidade na questão da saúde, em virtude da alta demanda por leitos hospitalares, solicitando prudência e razoabilidade dos juízes em suas decisões.

Neste momento de calamidade, mais do que nunca, espera-se dos juízes prudência e razoabilidade na hora da tomada de decisões, eis que imperioso que se ouça o que a Ciência tem a dizer. Isto porque ainda não existe uma cura, um fármaco, cientificamente comprovado, que faça com que o vírus desapareça. Medidas precipitadas, tomadas à flor da pele, só tendem a tornar ainda mais caótico o

⁹ Artigo 6º, I, “d”, da Lei nº 8.080/90 (BRASIL, 1990a) e artigo 3º, II, da Lei Complementar nº 141/12 (BRASIL, 2012b).

deficitário Sistema Único de Saúde. Não se pode esperar resolver tal problema com uma “canetada” [...].

Trata-se de uma questão atípica e que impõe a atuação parcimoniosa do Poder Judiciário. Devem ser levadas em consideração as determinações expedidas pela OMS, vez que ela detém a *expertise* necessária para buscar uma solução. Por outro lado, em nível nacional deve-se perseguir uma ação integrada entre os três poderes da Federação, seguindo à risca os protocolos institucionais que forem determinados por aqueles que possuem o conhecimento técnico/científico necessário (RIO DE JANEIRO, 2021h).

Esse argumento tenta buscar que o magistrado reveja sua decisão, levando em consideração a situação atual. Para reforçar ainda mais esse argumento, a subprocuradora menciona texto publicado por Ministro do STF, em que é abordada a questão das decisões judiciais.

Nesse diapasão, foi publicado no jornal o Globo, no dia 30 de março de 2020 o consciente texto do Exmo. Ministro Vice-Presidente do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux, “Justiça infectada? A hora da prudência”. Neste elucidativo artigo o autor descreve com precisão esse momento atípico, ressaltando o dever dos juízes em decidir com cautela. O contexto demanda que sejam ouvidos, primeiramente, os profissionais da área de saúde, que detêm o conhecimento científico para tanto. O Poder Judiciário não deve ter a pretensão de substituí-los. Estes fortes motivos, por si só, seriam suficientes para se concluir pela improcedência dos pedidos formulados na presente ação (RIO DE JANEIRO, 2021h).

Argumenta ainda que essa questão deveria ser considerada pelos juízes.

Não se pode esperar que os juízes, a par de seu conhecimento jurídico, possam decidir lides sem ao menos considerar os reflexos que suas decisões podem gerar em nível global. Tomando-se em conta o momento de exceção, sem dúvida, esse é o melhor caminho a ser seguido (RIO DE JANEIRO, 2021h).

Utiliza o argumento de causalidade para melhor fundamentação:

Em momentos atípicos como este não pode o juiz pautar sua decisão apenas como base em uma “microjustiça”, em detrimento de uma “macrojustiça”, utilizando-se aqui das famosas expressões cunhadas pelo Ministro Relator Gilmar Mendes na STA [Suspensão de Tutela Antecipada] 175-AgR/CE.

As consequências de suas decisões devem ser sopesadas, principalmente neste cenário de pandemia. Consequências estas que, inclusive têm respaldo legal, diante do disposto no artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, *in verbis*:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão (RIO DE JANEIRO, 2021h).

Buscando demonstrar que todo o possível tem sido feito para atender aos pacientes e

cumprir o dever o Estado, argumenta que:

Assim sendo, em âmbito municipal, é dever da Secretaria Municipal de Saúde agir de forma integrada por meio de resoluções, em estrita observância das normas técnicas e médicas a fim de evitar privilégios e um desarranjo no Sistema Único de Saúde. Repise-se, o cenário de pandemia é tamanho que tanto o Estado, quanto o Município de Niterói decretaram estado de calamidade pública, respectivamente. A situação exige maiores contornos (RIO DE JANEIRO, 2021h).

É importante que se destaque que, no Brasil, todas as pessoas afetadas pela pandemia têm o direito de receber tratamento gratuito e aquelas que fazem uso da saúde suplementar tiveram garantido o direito à cobertura de exames e à realização de testes diagnósticos para infecção pelo novo coronavírus, por ato da Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

A rápida regulamentação desse tipo de cobertura, um dia depois da declaração da pandemia pela OMS, foi fundamental para evitar que inúmeras ações judiciais questionassem o tema.

Embora os gestores de saúde argumentem que o acesso tem sido dificultado em função da alta demanda, cabe destacar que, independentemente da pandemia, a área da saúde no Brasil já se encontrava em esgotamento, pela falta de recursos, corrupção, má gestão do sistema e por tantos outros problemas que obrigavam o cidadão, que se via desassistido, a ingressar com os mais diversos tipos de ações judiciais (O'DWYER; BASTOS, 2020).

Prova disso é que, do total de mais de 78 milhões de processos em tramitação, cerca de dois milhões relacionam-se ao direito à saúde. E, conforme apurado no relatório “Justiça em Números” publicado em agosto de 2021, somente em 2019 foram ajuizadas 474.429 novas ações com demandas referentes a essa temática (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2021).

Paralelamente, o fenômeno intensificou-se na pandemia. “No período de três meses de vigência das medidas de prevenção ao contágio do novo coronavírus, foram ajuizadas mais de três mil ações” (CONSELHO NACIONAL DE SECRETARIAS MUNICIPAIS DE SAÚDE, 2020, *online*).

Relevante ainda mencionar que, no que concerne à gestão do SUS, Paim e Teixeira (2007) assinalam a falta de profissionalização de gestores, a descontinuidade administrativa, o clientelismo público e a interferência político-partidária no funcionamento dos serviços como condições que comprometem a reputação do SUS perante os cidadãos e a expectativa dos servidores públicos enquanto trabalhadores e partícipes de um projeto civilizatório do escopo

da Reforma Sanitária brasileira.

É notória a fragilidade do SUS diante da universalização dos serviços de saúde, da inclusão de toda a população igualmente no sistema, com destaque para ações de alta complexidade e, em última análise, a utilização dos leitos de UTI que apresentam alto custo e elevada densidade tecnológica. A relação demanda e oferta de serviços é comprometida, gerando longas filas de espera (GOLDWASSER *et al.*, 2016).

Assim, é urgente a regulamentação nacional de normas para a uniformização do acesso aos leitos, no caso excepcional de pandemia, pelos órgãos do Ministério da Saúde, secretarias municipais e estaduais e agências reguladoras. Destaca-se a importância da fila única dos leitos de UTI para os casos graves de covid-19, em virtude da necessidade pública, transitória e urgente, de se evitar leitos ociosos em alguns hospitais, garantindo o direito fundamental à saúde. Essa proposição tem respaldo no artigo 5º, inciso XXV, da CF/1988 (BRASIL, 1988), e na Lei nº 8.080/1990 (BRASIL, 1990a), em seu artigo 15, inciso XIII (SILVA; SCHRAIBER; MOTA, 2020).

Acrescente-se que a análise da questão da judicialização da saúde no momento da pandemia é muito importante para que sejam adotadas medidas urgentes com o objetivo de evitar o comprometimento, a curto, médio e longo prazo, da prestação do serviço judicial, cujo sistema tem uma quantidade muito grande de processos em tramitação (SILVA; SCHRAIBER; MOTA, 2020).

A questão do desequilíbrio orçamentário do poder público é um dos aspectos negativos ligados à judicialização no âmbito da saúde, uma vez que quando o Poder Judiciário solicita o custeio de gastos que não estavam previstos, verifica-se uma escassez nos recursos que deveriam ser destinados à garantia da saúde em sua dimensão coletiva, o que acaba resultando no enfraquecimento da política de saúde (VENTURA *et al.*, 2010).

Brauner e Cignachi (2011) compactuam com a ideia de que a existência de uma demanda ilimitada e a insuficiência de recursos na administração pública inviabilizam a garantia integral de todos os direitos contemplados como fundamentais. Nesse sentido:

[...] o aumento das ações judiciais acaba por desvirtuar a destinação de recursos provenientes do governo para as áreas prioritárias de atendimento. As distorções provocadas por processos judiciais em que há a exigência de compra de medicamentos de alto valor, que não estão incluídos na lista elaborada pelos gestores de saúde acabam por comprometer a atual política da saúde pública (BRAUNER; CIGNACHI, 2011, p. 37).

No Brasil, a demanda em processos judiciais na área da saúde é maior em relação a

procedimentos médicos e à concessão de medicamentos. Para tanto, no que tange a esses pedidos, os juízes, na sua tomada de decisão, têm superdimensionado a prescrição médica individual, sem fazer uma análise criteriosa sobre a segurança do medicamento, visto que, em muitos casos, os indivíduos necessitam de acesso a insumos e procedimentos que ainda não estão registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) nem nos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT), e isso pode trazer danos ao bem-estar do usuário (VENTURA *et al.*, 2010).

Muitas pessoas acreditam que a aplicabilidade do direito depende de seu acesso à justiça, ou seja, “não pode o poder público ficar na vanguarda das decisões, ou simplesmente implementar tais políticas em razão tão e somente por força coercitiva do poder judiciário” (TASCA, 2013, p. 117).

A judicialização da saúde, por sua complexidade, não traz respostas ou soluções prontas, mas urge que se pense em alternativas que minimizem esse processo, de forma que o Estado assuma a centralidade dos cuidados de saúde da população por intermédio de políticas públicas consistentes que garantam a efetivação dos direitos sociais, sem precisar da interferência do Poder Judiciário (VIEIRA, 2016).

Segundo Oliveira (2015), é preciso avançar no debate sob a ótica teórica, colocando-o em pauta nos espaços de participação social da política de saúde, com o intuito de proporcionar o diálogo entre os diversos atores sociais envolvidos nessa temática e buscar formas de assegurar uma nova cidadania política.

O processo de judicialização tem apresentado grande repercussão na prática dos profissionais de saúde, pois esses profissionais têm testemunhado o agravamento da saúde de pessoas que deixam de ter acesso a recurso terapêutico em consequência da obrigatoriedade de cumprimento imediato de um mandado judicial, sendo que o recurso nem sempre é tecnicamente indicado (SILVA *et al.*, 2020).

Tal constatação ocorreu por meio de uma pesquisa realizada por Ramos *et al.* (2016), na qual foram entrevistados 40 profissionais em um hospital universitário e na central de regulação de leitos e procedimentos no Rio de Janeiro. Os autores verificaram que os profissionais de saúde, embora reconheçam que a judicialização é um recurso necessário diante da crise da saúde pública nacional, se posicionam de forma negativa em relação à realidade imposta pela judicialização. Os autores acreditam que a judicialização é uma estratégia de exercício da cidadania que sobrepõe o direito individual ao coletivo, aumenta desigualdades sociais no acesso e compromete a eficácia das políticas de saúde.

São inúmeros os desafios atuais do Estado brasileiro para garantir o direito à saúde

frente à judicialização. Com relação ao direito à saúde, os desafios são divididos em: direito à saúde, judicialização e recursos financeiros.

Quanto ao direito à saúde, as questões são voltadas para o financiamento do SUS e a formulação e implementação de políticas. É fundamental o aumento no aporte de recursos para financiamento do SUS; a elaboração de ações que possibilitem a ampliação da garantia da integralidade da assistência terapêutica; a formulação e implementação de políticas baseadas em critérios técnico-científicos, considerando sua sustentabilidade financeira; além da criação de mecanismos que assegurem o acesso à tecnologia em saúde (SILVA *et al.*, 2020).

A pandemia da covid-19 vem descortinando, de forma contundente, as mazelas sociais e do sistema de saúde. O colapso deste último pelo número crescente de doentes e pela agressividade do SARS-CoV-2 já é vivenciado em alguns estados brasileiros e está muito próximo em outros (MAIS, 2020).

A demanda de cuidados complexos e de tecnologias diversas, a escassez de Equipamento de Proteção Individual (EPI), a falta de leitos para internação e de profissionais de saúde em quantidade e qualidade explicam a situação calamitosa dos serviços (CARVALHO *et al.*, 2020).

Entende-se que tal cenário elevará a insatisfação da população e dos profissionais com o sistema de saúde brasileiro e com as condições laborais. Nessa perspectiva, assevera-se que há potencial para aumentar a judicialização da saúde durante a epidemia (SILVA *et al.*, 2020).

Os gestores de saúde das comarcas de Nilópolis salientaram que era preciso considerar a situação do sistema de saúde dessa municipalidade, uma vez que o número de leitos em UTI e respiradores na região era ainda muito reduzido para respaldar tal decisão.

Foi possível observar o argumento dando ênfase ao princípio da isonomia, que denota o respeito à fila de espera.

Há de se destacar, neste cenário, a estrita observância do princípio da isonomia, com o necessário respeito à fila de espera. A atuação da Administração Pública é pautada por tal princípio, visando deste modo a evitar favorecimentos. A ordem no atendimento tem por objetivo empreender maior eficiência no SUS dando um tratamento digno à população. Subverter esta ordem cronológica colocaria em xeque o atendimento ao direito à saúde.

[...] Por meio da presente demanda a parte autora pretende, em verdade, subverter a ordem cronológica da fila de espera de pacientes dos hospitais da rede pública de saúde. Cabe esclarecer que as filas cadastrais de pacientes do SUS visam garantir uma organização maior e a garantia de um atendimento digno e mais eficaz à população que se socorre dos Hospitais da rede pública de saúde. Há de se consignar que os atendimentos ambulatoriais, cirúrgicos e continuados realizados nos hospitais públicos ensejam grande complexidade, bem como envolvem o interesse de uma

quantidade expressiva de cidadãos. Nesse sentido, causas como a presente geram uma verdadeira colisão de interesses, ao passo que todos aqueles que buscam atendimento e tratamento de suas moléstias junto aos nosocômios ligados ao SUS, via administrativa, também precisam de atendimento célere e eficaz, sendo este um dos grandes objetivos do SUS: prestar a todos os cidadãos atendimento eficaz e eficiente (RIO DE JANEIRO, 2021h).

E para darem ainda mais fundamento a esse argumento, apresentaram jurisprudência nesse sentido:

A jurisprudência do E. Tribunal Regional Federal da 2ª Região é pacífica no sentido de que, deve ser observada a realidade dos pacientes das filas de espera, em respeito ao Princípio da Isonomia. Confira-se:

“CONSTITUCIONAL”. ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. TRATAMENTO MÉDICO. CIRURGIA. INTO. RESPEITO À FILA ADMINISTRATIVAMENTE ORGANIZADA.

1. O direito à saúde implica para o Poder Público o dever inescusável de adotar providências necessárias e indispensáveis para a sua promoção, estabelecidas de forma universal e igualitária. Nesse contexto jurídico, se o Poder Público negligencia no atendimento de seu dever, cumpre ao Poder Judiciário intervir, num verdadeiro controle judicial de política pública, para conferir efetividade ao correspondente preceito constitucional.

2. Todavia, o acesso ao referido direito deve ser compatibilizado com o princípio da isonomia, de forma a não garantir privilégios àqueles que procuram o Judiciário em detrimento dos que aguardam por tratamentos e cirurgias de acordo com a fila administrativamente estabelecida. Assim, não cabe ao Judiciário administrar hospitais, estabelecendo prioridades de natureza médica. Precedentes.

3. Dessa forma, cabe à Administração Pública, mediante exame com base em critérios técnicos, aferir a possibilidade de internação no INTO ou em qualquer outro hospital da rede pública, respeitando a fila administrativamente estabelecida.

4. É inviável, em um quadro insatisfatório, socializar o custeio de internação em rede hospitalar privada. Do mais, o deferimento do pedido, nesta hipótese, também representaria verdadeira preterição aos pacientes que aguardam na fila de espera. Precedentes. Apelação conhecida e desprovida¹⁰.

“CONSTITUCIONAL”. ADMINISTRATIVO. EMBARGOS INFRINGENTES. TRATAMENTO MÉDICO. CIRURGIA. INTO. ISONOMIA. RESPEITO À FILA ADMINISTRATIVAMENTE ORGANIZADA. TRATAMENTO EM HOSPITAL PARTICULAR. LEI 8.080/90. EXCEPCIONALIDADE. [...]

O direito à saúde implica para o Poder Público o dever inescusável de adotar providências necessárias e indispensáveis para a sua promoção, estabelecidas de forma universal e igualitária. Nesse contexto jurídico, se o Poder Público negligencia no atendimento de seu dever, cumpre ao Poder Judiciário intervir, num verdadeiro controle judicial de política pública, para conferir efetividade ao correspondente preceito constitucional.

5. Todavia, o acesso ao referido direito deve ser compatibilizado com o princípio da isonomia, de forma a não garantir privilégios àqueles que procuram o Judiciário em

¹⁰ Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Sétima Turma, Apelação Cível (AP) 0113602-43.2013.4.02.5101, Relator Des. Fed. José Antonio Neiva, DJe 27/10/2016.

detrimento dos que aguardam por tratamentos e cirurgias de acordo com a fila administrativamente estabelecida. Assim, não cabe ao Judiciário administrar hospitais, estabelecendo prioridades de natureza médica. Precedentes.

6. Dessa forma, cabe à Administração Pública, mediante exame com base em critérios técnicos, aferir a possibilidade de internação no INTO ou em qualquer outro hospital da rede pública, respeitando a fila administrativamente estabelecida.

7. Embargos Infringentes conhecidos e parcialmente providos¹¹ (RIO DE JANEIRO, 2021h).

Argumentam ainda que o direito à saúde não pode ser encarado sob um prisma cristalizado, ou seja, como um direito inquestionável e irrestrito.

Em verdade, o direito à saúde é direito de todos, todavia, este se insere em um rol de tantos outros direitos constitucionalmente garantidos, que não se pode considerá-lo isoladamente, trata-se de todo um sistema de direitos e garantias fundamentais, forçoso concluir. Não se aventa aqui apenas a questão da finitude dos recursos da Administração Pública, mas também, o chamado dever de solidariedade social, ora Exa., o indivíduo não pode se valer de suas prerrogativas individuais em detrimento da coletividade na qual se encontra inserido, nesse sentido, inexistem direitos absolutos e, corroborando com tal assertiva o Pretório Excelso vem aplicando e defendendo o emprego da técnica de ponderação de interesses em casos como o presente. E, grife-se aqui, a limitação ao direito do indivíduo encontra-se no respeito ao direito de outro indivíduo (RIO DE JANEIRO, 2021h).

A subprocuradora, ao dizer que uma decisão não foi justa, utilizou como argumento de simetria relacionada à Justiça, como valor absoluto. Além disso, foi rechaçada por eles a omissão imputada ao município de Nilópolis, ao argumentarem que:

não houve qualquer omissão imputável ao Município suscetível de causar dano moral, tendo em vista que a parte autora vem sendo regularmente atendida pelo nosocômio no qual deu entrada por livre e espontânea vontade, ficando sob os cuidados necessários à manutenção de sua saúde até a realização de sua transferência. Constatada a inexistência de qualquer ação ou omissão imputável à Municipalidade capaz de causar dano à parte autora, resta evidenciada a inexistência do primeiro requisito necessário à configuração do dano moral – a conduta –, não podendo cogitar de condená-la ao pagamento de indenização (RIO DE JANEIRO, 2021h).

Em outro caso, a subprocuradora destaca que:

A pretensão autoral está fundada na possível violação de alegado direito de obter do Município de Queimados, através dos atos de autoridade emanados pelos agentes públicos, tratamento na área de saúde. Não houve e não há nenhum ato emanado da administração municipal, seja no aspecto omissivo ou comissivo, que possa compatibilizar-se com as alegações da parte autora (RIO DE JANEIRO, 2021b).

¹¹ TRF-2E - Embargos Infringentes – Proc.: 201351011396597 - 3ª Seção Especializada – Rel. José Antonio Neiva - 25/01/2017.

No caso específico do município de Niterói, os gestores deixam claro que:

Quanto ao pleito de responsabilização civil dos réus, cabe desde logo deixar registrada a total improcedência da referida pretensão. De modo algum é possível cogitar, no presente caso, de compensação por suposto dano moral, haja vista a inexistência de violação a direito personalíssimo do Autor ocasionada pelos Réus.

Ressalta-se que nunca houve recusa, nem mesmo eventual demora injustificada por parte da Administração Pública Municipal em providenciar a transferência do paciente (negativa ou retardamento indevidos). Logo, ausente conduta comissiva ou omissiva danosa imputável a agente público municipal, juridicamente infundada a pretensão de responsabilização civil dos réus.

Não bastasse a inexistência de ato lesivo, inexistente dano ou prejuízo concreto a justificar reparação. O simples risco ou perigo de dano não é suficiente para ensejar uma condenação ao pagamento de compensação pecuniária por danos morais.

A ameaça de dano, vale dizer, o receio ou temor de que um dano possa sobrevir dá margem, no máximo, a uma tutela inibitória de eventual ilícito/ato antijurídico, voltada para o futuro, jamais, porém, a uma tutela reparatória.

O dever de reparar pressupõe a consumação de um dano real/efetivo a algum direito da personalidade, o que no presente caso não ocorreu. Em outras palavras, a obrigação de indenizar pressupõe a concretização de um resultado danoso, não sendo suficiente a mera potencialidade de lesão (RIO DE JANEIRO, 2021d).

Utilizam jurisprudência como meio de contestar o dano moral que a decisão dos juízes imputam aos entes:

O Tribunal de Justiça, em recentes julgados, decidiu que a ausência de leitos de UTI/CTI, por si só não configura DANO MORAL, senão vejamos:

Apelação Cível nº 0190933-68.2013.8.19.0001 Sétima Câmara Cível Apelantes: Estado do Rio de Janeiro e Município do Rio de Janeiro Apelado: Marina Rosa Gomes Santos Relator: Des. Ricardo Couto de Castro Julgamento: 30/09/2015

AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO MORAL. TRANSFERÊNCIA E INTERNAÇÃO EM CARÁTER DE URGÊNCIA PARA HOSPITAL PÚBLICO OU PARTICULAR. FALTA DE LEITOS DE UTI. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO.

I - A insuficiência de leitos de UTI no hospital onde a autora deu entrada, por si só, não enseja o direito à indenização moral, devendo, aqui, ser comprovada falhas ou sequelas, o que não foi feito. II- Conclui-se, portanto, pela ausência de situação ofensiva à dignidade capaz de ensejar reparação moral, principalmente, levando-se em conta que foi realizada a transferência e a internação, sem qualquer dano à integridade física da autora. III- Sentença que se reforma. IV Recurso a que se dá provimento, nos moldes do art. 557,

§ 1º-A, do CPC, para excluir a indenização moral e aplicar a sucumbência recíproca. Apelação Cível nº: 0499197-35.2012.8.19.0001 Sétima Câmara Cível Apelante: Aleci Rodrigues Mello Apelados: Estado do Rio de Janeiro e Município do Rio de Janeiro Relator: Des. Ricardo Couto de Castro Julgamento: 22/10/2014 (RIO DE JANEIRO, 2021b).

Destacam ainda que o município não se exime de cumprir as decisões judiciais, entretanto:

a pretensão formulada não mereceria acolhida, vez que não se encarta nas ações de promoção de saúde estabelecidas pelos artigos 197, 198 e 200 da CRFB, assim como carece de previsão no artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.080/90.

Tais dispositivos estabelecem, essencialmente, a implementação de políticas públicas sociais e econômicas voltadas à promoção da saúde que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos, bem como no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação, sem qualquer menção ao custeio privado de tratamento médico.

Registre-se que, nem a Constituição nem a mencionada lei albergam todo e qualquer pleito individual atinente às ações de saúde, sob pena do colapso do sistema público de saúde. Nesse sentido, tendo em conta o princípio da reserva do possível, a internação na rede pública visa justamente garantir que a utilização dos limitados recursos públicos atenda ao princípio da isonomia insculpido do artigo 5º da CRFB/88, além de violar o princípio da juridicidade a que se encontra jungida a atuação estatal, nos termos do art. 37, *caput* da Magna Carta (RIO DE JANEIRO, 2021h).

Conforme verificado, todos os argumentos são utilizados para minimizar os impactos de um processo movido contra o município, principalmente no que diz respeito ao dano moral requerido e à multa diária pela não resolução imediata do problema aventado no processo.

Todas as argumentações dos gestores de saúde, por meio da Subprocuradoria, utilizam o mesmo formato, ilustrando a contestação com inúmeras jurisprudências e princípios constitucionais, bem como legislação pertinente.

Segundo Alexy (2016, p. 19), “toda colisão entre princípios pode expressar-se como uma colisão entre valores e vice-versa”, e é exatamente o ponto fulcral da argumentação jurídica em questão, que depende da existência, e do alcance, do controle racional de tais valorações.

Uma questão que tem desapontado as partes em uma ação judicial é a discordância na interpretação dos julgamentos (ASSIS, 2013). Nesse sentido, o Código de Processo Civil (CPC) de 2015, destaca:

por outro lado, haver, indefinidamente, posicionamentos diferentes e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da mesma norma jurídica, leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas, tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos. Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade. (BRASIL, 2015b)

Daí a previsão de mecanismos visando a uniformizar a jurisprudência, como o incidente de resolução de demandas repetitivas, assunção de competência, a previsão do julgamento de processos em bloco para aplicação de tese jurídica em julgamento de casos repetitivos, o julgamento de recursos repetitivos, as súmulas vinculantes e as disposições constantes de 926 e 927¹² do CPC/2015 (BRASIL, 2015c). Formas, como se anotou no anteprojeto, de concretização do princípio da isonomia (ASSIS, 2013).

A violação ao princípio da proteção da confiança ocorre devido à imprevisibilidade das decisões judiciais e à violação ao princípio da segurança jurídica. Para Meirelles (2006), as atividades do poder público necessitam traduzir a vontade da obtenção do máximo de eficiência, não prejudicando nenhuma das partes.

O ativismo político do Judiciário pode constituir um empecilho para o desenvolvimento da cidadania, posto que decisões judiciais furam as filas nos sistemas de regulamentação de acesso aos serviços de saúde ou obrigam o Estado a custear tratamentos por vezes não razoáveis. Concomitantemente, o subfinanciamento do SUS está sucateando um sistema que já apresenta desafios gigantescos.

Nessa perspectiva, a subprocuradora usou o seguinte argumento:

Apenas excepcionalmente admite-se o ativismo judicial, em casos de inércia do Poder Público na implementação das políticas públicas, conforme se infere do seguinte aresto do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. MEDICAMENTO NÃO CREDENCIADO PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). FORNECIMENTO. POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DO FÁRMACO. COMPROVAÇÃO. SÚMULA 7 DO STJ. INCIDÊNCIA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INEXISTÊNCIA.

1. Preliminar de desrespeito ao princípio da colegialidade afastada, porquanto o art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil de 1973 autorizava o relator a julgar monocraticamente o recurso especial, nas hipóteses ali descritas, comando previsto agora no art. 932 do CPC/2015, *c/c* o art. 255, I, II e III, do RISTJ [Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça].

2. O Estado (as três esferas de Governo) tem o dever de assegurar a todos os cidadãos, indistintamente, os direitos à dignidade humana, à vida e à saúde, conforme inteligência dos arts. 1º, 5º, *caput*, 6º, 196 e 198, I, da Constituição da República.

¹² “O parágrafo 1º do artigo 927, ao dispor que os juízes e tribunais observarão o disposto nos artigos 10 e 489, parágrafo 1º, do novo CPC, os quais preveem que (i) o juiz não pode decidir sobre matéria em relação à qual as partes não tiveram oportunidade de se manifestar; bem como que (ii) as decisões devem ser devidamente fundamentadas, não se assim considerando aquelas que se limitam a citar precedentes sem indicar seus fundamentos determinantes e o motivo pelo qual se ajustam ao caso concreto ou, pelo contrário, as decisões que deixam de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente apresentado pela parte, sem demonstrar os motivos pelos quais referido precedente não se adequa ao julgamento do caso concreto” (MARTONE; MARINHO, 2017, *online*).

3. A ausência de previsão do medicamento em protocolos clínicos de diretrizes terapêuticas do Ministério da Saúde não tem o condão de eximir os entes federados do dever imposto pela ordem constitucional, porquanto não se pode admitir que regras burocráticas, previstas em portarias ou normas de inferior hierarquia, prevaleçam sobre direitos fundamentais do cidadão.

4. Hipótese em que o Tribunal de origem evidenciou a necessidade e adequação do fármaco pleiteado para o tratamento da patologia da paciente, acentuando que o produto, apesar de não incorporado à lista do SUS, já se encontra registrado na ANVISA.

5. A inversão do julgado demandaria a análise do conjunto fático-probatório, o que é inviável em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7 do STJ.

6. A intervenção do Judiciário na implementação de políticas públicas, notadamente para garantir a prestação de direitos sociais, como a saúde, não viola o princípio da separação de poderes.

7. Agravo interno a que se nega provimento¹³ (RIO DE JANEIRO, 2021h).

Em outro ponto, tentando contrapor a ordem do juiz, que solicita a transferência de paciente para hospital privado, pois o hospital público não dispõe de leito para atender o paciente em questão, a subprocuradora utilizou o argumento simétrico, afirmando que:

Vale registrar, por fim, que o artigo 24, parágrafo único, da Lei nº 8.080/90 prevê a participação complementar da iniciativa privada quando as disponibilidades do SUS forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população, a qual deverá ser formalizada por contrato ou convênio, observadas as normas de direito público.

Nesse sentido, nos casos em que eventualmente a rede pública de saúde seja insuficiente para garantir a cobertura assistencial à população, compete exclusivamente ao poder público, tendo em conta o contrato ou convênio firmado, determinar para qual unidade da rede privada na qual o paciente receberá tratamento médico.

Contudo, este dispositivo não autoriza a internação espontânea em rede privada não conveniada. Ademais, cumpre esclarecer que os valores de reembolso do parceiro privado são estabelecidos pela direção nacional do Sistema Único de Saúde (SUS) e aprovados pelo Conselho Nacional de Saúde, não sendo possível que a rede privada imponha ao poder público o pagamento de despesas cujos valores unilateralmente arbitrou.

Registre-se, por oportuno, que nos termos do artigo 25, da Lei nº 8.080/90, a participação complementar da iniciativa privada no Sistema Único de Saúde deverá ser exercida preferencialmente por entidades filantrópicas e sem fins lucrativos, o que não ocorre no caso em tela.

De todo o exposto, pode-se concluir que o pedido formulado no sentido do Município arcar com despesas realizadas junto a hospital particular escolhido pela parte autora anteriormente à intimação da decisão que antecipou os efeitos da tutela pretendida, e, em verdade, ao próprio ajuizamento da demanda deve ser rejeitado de plano por este juízo, por falta de amparo jurídico (RIO DE JANEIRO, 2021h).

¹³ STJ - AgInt no REsp 1553112 / CE – Relator Ministro Gurgel de Faria (BRASIL, 2017).

Quanto aos argumentos para que a decisão do juiz seja impugnada no seu sentido genérico, a subprocuradora destaca que:

Requer ainda a parte autora que os Réus sejam condenados a fornecer todos os tratamentos, utensílios, exames e medicamentos indispensáveis ao restabelecimento de sua saúde. Tal pedido também não merece acolhimento.

Com efeito, a condenação ao fornecimento de itens não expressamente indicados na inicial enseja a violação do princípio da correlação ou da adstrição, inculpidos nos arts. 128 e 460 CPC e, por consequência, ao previsto no art. 5, incisos LIV e LV da CRFB, com violação ainda dos princípios do contraditório, ampla defesa e do devido processo legal.

Em verdade, pretende a parte autora o fornecimento de itens não constantes da inicial. Frise-se, novamente, que os medicamentos pleiteados foram aqueles necessários no bojo da internação, não constituindo um pedido autônomo. Tanto é assim que não foi especificado qualquer medicamento na exordial. Em verdade, o que pretende a parte autora é um título executivo genérico para todo e qualquer infortúnio, o que não encontra guarida jurídica (RIO DE JANEIRO, 2021h).

Nesse sentido, menciona uma decisão recente do TJRJ, buscando respaldar seu argumento:

Trata-se de Recurso Inominado interposto pelo Município do Rio de Janeiro com o objetivo de reformar sentença do Juizado Fazendário que condenou o réu A transferir imediatamente a parte autora, em transporte adequado para internação em Centro de Terapia Intensiva (CTI/UTI), em nosocômio público, ou, alternativamente, o custeio em hospital da rede privada, as expensas dos réus, bem como o fornecimento de todos os procedimentos cirúrgicos, materiais, utensílios, medicamentos e tratamentos relacionados ao restabelecimento de sua saúde, sob pena de multa.

A sentença condenou os réus, de forma genérica, a fornecer à parte autora quaisquer outros exames que forem recomendados ao tratamento de sua doença, determinando em caso de inexistência de vaga na rede pública o custeio na rede privada. [...] Como já sabido, é consolidado o entendimento desta Egrégia Turma Recursal que não é possível a concessão de outros medicamentos, insumos, tratamentos e procedimentos que sejam necessários durante o tratamento, tendo em vista que estar-se-ia concedendo uma carta em branco ao titular do direito, importando em uma condenação genérica.

Por todo o exposto, VOTO PELO CONHECIMENTO E PROVIMENTO PARCIAL do Recurso para reformar sentença para excluir a condenação ao fornecimento de outros medicamentos, produtos complementares e acessórios que se façam necessários ao tratamento da moléstia da Autora.¹⁴ (RIO DE JANEIRO, 2021h).

Outro aspecto muito contestado pelos gestores de saúde é em relação ao valor da multa aplicada pelos juízes em suas decisões, encarada como desproporcional. Entretanto, deixam

¹⁴ Recurso Inominado nº 0139649-79.2017.8.19.0001, Primeira Turma Recursal Fazendária do Estado do Rio de Janeiro, Julgado em 10/04/2018.

claro inicialmente que não pretendem, com esse argumento, protelar o feito ou se recusar a receber a parte autora em hospital da rede pública, ao destacarem que:

Esta assertiva é corroborada pelo fato da edilidade deixar de contestar e recorrer em inúmeros feitos desta natureza, agindo com rapidez no cumprimento das inúmeras decisões liminares (RIO DE JANEIRO, 2021h).

E seguem com o argumento contestando o valor da multa aplicada:

É evidente, por outro lado, que toda ação da Administração Pública requer a observância de procedimentos imprescindíveis, ainda quando atua em caráter emergencial e em cumprimento de decisão judicial, sem prejudicar, ademais, os pacientes que já estejam internados ou na fila de espera, os quais não podem ser preteridos.

Tais procedimentos, além de naturais, são imprescindíveis ao funcionamento da máquina pública e decorrem de disposições legais, e, em momento algum denotam desídia ou vontade deliberada da Administração em desatender ao comando do Poder Judiciário. Desta forma, o princípio da efetividade processual não é absoluto, devendo ser ponderado com a realidade administrativa.

Ademais, cabe ressaltar que a multa não se confunde com eventual pretensão indenizatória, nem pode constituir-se meio de enriquecimento sem causa da parte.

Nesse contexto, eventual pagamento de multa por descumprimento, ainda mais no quantum arbitrado, constituiria evidente enriquecimento sem causa, em detrimento de toda a coletividade, num ambiente de escassez de recursos públicos ante as incontáveis demandas de saúde.

Desta forma, torna-se imperioso reconhecer o descabimento da multa horária no presente caso bem como o excesso e a desproporcionalidade da pretensão, com a conseqüente exclusão do valor fixado, ou, ao menos, que seja feita a sua revisão, adequando-o aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, em consonância com o art. 537, § 1º CPC, sobretudo quando se tem em vista a escassez dos recursos públicos voltados para o atendimento das ações de saúde, quadro consideravelmente agravado pela atual crise econômica (RIO DE JANEIRO, 2021h).

Cabe aqui ainda mencionar que, além dos argumentos usados, o subprocurador em um dos casos utiliza-se de objetividade ao listar, de forma sucinta, todas as conclusões tiradas dos argumentos previamente elencados.

Pelo exposto, o Município de Queimados:

- a) vem dizer que não se opõe à pretensão autoral em relação ao pedido de tratamento de saúde na rede pública;
- b) na eventualidade de arresto de verba pública, que a mesma recaia equitativamente sob os dois réus e não apenas em face do Município de Queimados;
- c) pugna pela Improcedência do Pedido de indenização por danos morais;

d) na eventualidade de condenação ao pagamento de danos morais, requer o pagamento de 50% do valor devido, uma vez que se trata de solidariedade na condenação entre o Estado e o Município, conforme o que dispõe o art. 87 do CPC;

e) em relação aos honorários advocatícios, por não ter ocorrido resistência do Município de Queimados quanto ao pedido de tratamento de saúde na rede pública, requer que o Município não seja condenado;

f) na eventualidade de condenação ao pagamento de honorários advocatícios, requer o pagamento de 50% do valor devido, uma vez que se trata de solidariedade na condenação entre o Estado e o Município, conforme o disposto no art. 87 do CPC;

g) requer ainda a isenção das Custas Judiciais a que faz jus o Município-Réu, na forma do art. 17, inciso IX da Lei Estadual nº 3.350/99, de 29 de dezembro de 1999;

h) na eventualidade da condenação ao pagamento de Taxa Judiciária, requer a distribuição de forma expressa e proporcional, com pagamento de 50% do que for devido, a teor do que dispõe o art. 87 do CPC (RIO DE JANEIRO, 2021b).

Ao resumir todos os argumentos na conclusão da petição, o procurador facilita a leitura do juiz, o que propicia que muitos itens da decisão sejam revistos e alterados.

Em um caso, o procurador do Estado informa ao juiz que a decisão foi cumprida, relatando que:

De início, impende ao Estado salientar que, de acordo com as informações obtidas em fls. 64, a parte autora foi transferida no dia 22/03/2021 para o Hospital Estadual Anchieta local em que obteve o tratamento pleiteado nos presentes autos, tendo recebido alta hospitalar no dia 28/03/2021 (RIO DE JANEIRO, 2021h).

Após a comunicação, traz alguns argumentos adicionais ressaltando que acredita ser incabível a condenação do Estado do Rio de Janeiro de pagar honorários em favor de sua própria Defensoria Pública.

O tema está afetado ao regime de repercussão geral no Supremo Tribunal Federal exarado no julgamento do RE nº 1.140.005RG/RJ, sob o Tema nº 1.002:

“Discussão relativa ao pagamento de honorários à Defensoria Pública, em litígio com o ente público ao qual vinculada”. Uma decisão apenas do Supremo Tribunal Federal, no Agravo Regimental na Ação Rescisória nº 1.937, não constitui parâmetro apto a configurar a superação do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, porque não se revestiu de força vinculante, nem retratou posicionamento consolidado do STF.

Isso porque aquele julgamento foi apenas entre aquelas partes e, portanto, não revogou a Súmula 421 do STJ, que ainda está vigente: Súmula 421 do STJ.

“Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença. Nesse exato sentido, a

presidência desse Tribunal tem mesmo determinado o retorno dos autos à Câmara de origem para retração do julgado, *verbi gratia*¹⁵ (RIO DE JANEIRO, 2021h).

Diante do exposto neste capítulo, observa-se que todos os gestores de saúde tendem a utilizar argumentos parecidos, sob a óptica utilitarista. Alguns argumentos são mais objetivos e outros optam por maior fundamentação, tanto de legislação como de jurisprudência.

Nota-se que o papel dos subprocuradores, ao argumentar a decisão judicial, parte do princípio de que as decisões são básicas e parecidas em todos os casos, e cabe a eles a contra-argumentação, detalhando onde o juiz decidiu de forma ampla, sem analisar individualmente caso a caso.

De todos os operadores de direito analisados neste trabalho, os gestores de saúde, por meio dos subprocuradores, empregaram o maior número de argumentos.

¹⁵ Recurso Especial – Cível nº 0010761-80.2010.8.19.0052. Recursos Especial e Extraordinário Cíveis nº 0004921-76.2016.8.19.0053 Recursos Especial e Extraordinário Cíveis nº 0011205-06.2016.8.19.0052 Recursos Especial e Extraordinário Cíveis nº 0000008-20.2018.8.19.0073.

5 ANÁLISE DO DISCURSO DOS JUÍZES

Os juízes nos casos objeto deste estudo têm argumentado em suas decisões que a solidariedade entre os entes federativos é matéria consagrada na doutrina e jurisprudência e mencionam a Súmula 65 do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

A solidariedade entre os entes federativos é matéria consagrada na doutrina e jurisprudência, cabendo mencionar a Súmula 65 do E. Tribunal de Justiça deste Estado (RIO DE JANEIRO, 2021a).

Dão destaque ainda ao artigo 3º da CF/88 (BRASIL, 1988), que deve ser interpretado de modo combinado com os dispositivos contidos nos artigos 194 e seu parágrafo único, inciso I, e 196 da Carta Magna. Dessa forma, a retórica argumentativa foi de que tanto o estado como o município são obrigados originários à prestação de todos os serviços médicos e hospitalares, o que não foi cumprido, dando ensejo ao processo.

Diante dos fatos, os juízes deferem a tutela de urgência determinando aos réus que realizem a transferência da parte autora, em transporte adequado, procedendo a sua internação em unidade hospitalar com suporte intensivo (CTI/UTI) da rede pública ou, na sua falta, em hospital da rede privada às expensas dos réus, em até seis horas, sob pena de multa diária de R\$10.000,00 (dez mil reais).

O deferimento de Tutela Antecipada de Urgência implica, como se sabe, no exame das condições aludidas no art. 300 do NCPC [Novo Código de Processo Civil]. Com efeito, está em operação de valoração a existência de prova pré-constituída, que exige redobrado cuidado de apreciação, dada a frequente periclitização dos direitos envolvidos.

Na presente hipótese, mais do que plausível, parece – ao menos em *summaria cognitio* – que é notório o direito alegado pela parte autora, tendo em vista o teor da peça vestibular, bem como os documentos que a instruem. Desta forma, a parte requerente comprovou cabalmente, através dos elementos cognitivos coligidos aos autos, o *fumus boni iuris*, consubstanciado no laudo acostado aos presentes.

Finalmente, verifico que está presente, ainda, a ocorrência do *periculum in mora*, que compreende aquelas situações em que há iminência de dano de difícil ou impossível reparação, havendo laudo médico informando que se trata de procedimento imprescindível, tendo em vista o grave e delicado quadro clínico da parte autora, conforme apontado na exordial, cujo retardo poderá acarretar a sua morte.

O Município e o Estado, entes federativos integrantes do Sistema Único de Saúde, são devedores do tratamento médico de que necessita a parte autora, na forma dos artigos 196 e 198, parágrafo único da CF/88. A jurisprudência é uníssona neste sentido (RIO DE JANEIRO, 2021b).

Diante do descumprimento da ordem judicial, o juiz de plantão, em seu despacho, argumentou que deveriam proceder à verificação na busca de hospitais privados:

Dos documentos carreados aos autos, verifica-se que o risco de lesão irreversível é iminente, carecendo da imediata atuação deste plantão, não havendo qualquer justificativa para a recusa dos entes políticos em atender à determinação judicial. Desse modo, diante do descumprimento da ordem judicial proceda-se à verificação na busca de vagas nos hospitais privados indicados na inicial, promovendo-se à imediata internação na instituição em que se obtiver êxito na busca, devendo ser cientificado de que todas as despesas serão de responsabilidade dos entes públicos.

Modifico o valor da multa para o valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) POR HORA, em decorrência do descumprimento (RIO DE JANEIRO, 2021a).

Na CF/88 (BRASIL, 1988), a segurança jurídica está contida em diversos princípios que a tutelam, tais como o princípio da legalidade, da inviolabilidade do direito adquirido e da coisa julgada (MARINONI, 2010). Pode-se mencionar, por exemplo, a norma fundamental sobre a inviolabilidade da coisa julgada, do direito adquirido e do ato jurídico perfeito¹⁶.

As regras que tratam da preclusão são elencadas no CPC (BRASIL, 2015c), para que não haja ato processual fora do tempo previsto em lei, e em outros dispositivos que cuidam da segurança jurídica. Nesse sentido, citam-se os artigos 1º ao 5º da CF/88 (BRASIL, 1988), os artigos 926 e 927 do CPC¹⁷ (BRASIL, 2015c), artigo 502¹⁸, § 13 do artigo 525¹⁹, e o artigo

¹⁶ Artigo 5º, XXXVI, da CF/88 (BRASIL, 1988).

¹⁷ Com o objetivo de propiciar maior segurança jurídica e estabilidade à sociedade, como se observa a partir da leitura dos artigos 926 e 927 do CPC: Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. [...] Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I – as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade; II – os enunciados de súmula vinculante; III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV – os enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional; V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. § 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo. § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do STF e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

¹⁸ A decisão jurisdicional transitada em julgado, da qual não caiba mais recurso, é dotada de coisa julgada, que consiste em “autoridade” (força) que qualifica uma decisão como obrigatória e definitiva. Ainda, dois são os corolários da situação jurídica “autoridade”, presentes no artigo 502 do Código de Processo Civil de 2015: a decisão torna-se indiscutível e imutável (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 527).

¹⁹ Artigo 525, § 13º, do CPC/2015 (repetido no art. 535, § 6º): § 13. No caso do § 12, os efeitos da decisão do STF poderão ser modulados no tempo, em atenção à segurança jurídica.

304, que aborda a estabilização da tutela antecipada²⁰. Entretanto, na atualidade, é preciso colocar em prática o princípio da segurança jurídica para que surja uma consciência constitucional ao cidadão (MARINONI, 2010).

Em todos os casos apresentados, observou-se que os juízes utilizaram os quatro elementos de validade que Alexy (2016), que considera que devem estar presentes no discurso jurídico a inteligibilidade, a verdade, a correção e a veracidade dos atos de fala.

Em função do agravamento da expectativa epidemiológica do Brasil para as próximas semanas e meses, faz-se necessária a adoção de medidas extraordinárias no contexto da pandemia. Uma delas é o rompimento da barreira entre os setores público e privado no cenário hospitalar, em especial, quanto à disponibilidade de leitos, ampliando a resposta ao quadro de calamidade (SILVA *et al.*, 2020), tornando urgente a adoção de medidas para a uniformização do acesso aos leitos.

Sob o ponto de vista pragmático, com base na retórica e no caráter dialético, a argumentação transcende o aspecto individual e passa a ser dotada de um aspecto social, eis que é uma atividade linguística interativa que, nesse ponto, já requer enunciados aceitos para que a atividade seja levada a cabo.

A segurança jurídica constitui um valor, porquanto traduz a necessidade do homem de ter um mínimo de previsibilidade da reação estatal em relação às suas condutas em sociedade. Da mesma forma, também constitui um princípio, levando em consideração a sua pretensão de aplicabilidade à realidade concreta (RAPOSO, 2005).

O princípio da segurança jurídica é originário do princípio do Estado de Direito. A sua constitucionalização autônoma é justificável uma vez que existem diversas dificuldades presentes no Estado de Direito, tais como a crise do princípio da legalidade, a indeterminação do direito e a inflação normativa (RAPOSO, 2005).

Sua emancipação como princípio autônomo advém de um esforço de incrementar a segurança jurídica do próprio Estado de Direito, explícita na demanda atual do direito contemporâneo por uma maior segurança para a sociedade (MARINONI, 2010).

Em sentido contrário, Ávila (2003) entende que a segurança jurídica é um sobreprincípio, pois se trata de um princípio efetivado por meio da atuação de outros princípios, tais como o da legalidade, da irretroatividade, da igualdade, dentre outros.

²⁰ Nos termos dos parágrafos do artigo 304, a decisão que concede a tutela antecipada não faz coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão proferida em ação ajuizada por uma das partes, cujo direito de rever, reformar ou invalidar a tutela extingue-se após dois anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo (BRASIL, 2015c).

Embora os sobreprincípios detenham quase todas as funções normalmente atribuídas aos princípios (funções interpretativa, bloqueadora e rearticuladora), existem duas eficácias internas normalmente dos princípios (funções integrativas e as definitórias) que não atendem a esse viés (ÁVILA, 2003).

Nesse caso, a função definitória seria uma própria dos subprincípios, que são os princípios que operam para a realização de outros princípios superiores da escala hierárquica. Para tanto, menciona como exemplo o subprincípio da proteção da confiança no que concerne ao princípio da segurança jurídica (ÁVILA, 2003).

A CF/88 (BRASIL, 1988) menciona de forma expressa a segurança no seu preâmbulo e no *caput* do artigo 5º, e, por isso, é evidente o caráter relativo da omissão constitucional quanto ao princípio, e, mesmo se houver entendimento de que os dispositivos mencionados isoladamente não permitiriam uma dedução direta do princípio da segurança, “a sua conjugação com a cláusula do Estado de Direito completa o arcabouço que autoriza a afirmação desse princípio” (BAPTISTA; MEDAUAR, 2006, p. 39).

Em alguns casos, devido à argumentação dos gestores de saúde, o juiz reconsidera algumas decisões, como no caso a seguir:

- 1) Classifique-se adequadamente a demanda.
- 2) Designe-se audiência.
- 3) Reconsidero a decisão quanto à fixação de multa, eis que não vislumbro nos autos documento que enseje a suspeita de descumprimento espontâneo da decisão judicial e/ou a determinação de custeio do tratamento na rede privada às expensas do erário, ante a não comprovação de falta de vagas nas unidades públicas.
- 4) Tendo em vista que o pedido de tutela já foi deferido e as diligências já foram feitas face a documentação apresentada junto com a inicial, cite-se e intime-se.
- 5) Dê-se ciência ao MP [Ministério Público] para apresentar parecer final em até 24 (vinte e quatro) horas após a data designada originalmente para Audiência de Conciliação (RIO DE JANEIRO, 2021b).

Verifica-se um esforço por parte do ordenamento jurídico brasileiro na preservação da segurança jurídica nas relações inseridas frente ao Judiciário, na medida em que se outorgam efeitos *erga omnes* a mais um instrumento de controle de constitucionalidade concentrado ou abstrato, elaborado com o objetivo de unificar decisões conflitantes (MARINONI, 2010).

A infraestrutura da saúde brasileira tem se mostrado deficitária, deixando expostas as desigualdades regionais e sociais e a vulnerabilidade de grande parcela da população. Esse cenário maximiza as chances de acionamento do Judiciário para dirimir conflitos que surjam em decorrência da pandemia. De acordo com Schulze (2020):

Cabe ao Estado estabelecer normas voltadas à concretização da saúde da população. Neste sentido, existem providências estabelecidas pelos entes estatais que não podem ser desconsideradas pelas pessoas. E a finalidade é tutela da saúde coletiva (SCHULZE, 2020, *online*).

A vinculação da segurança jurídica à Constituição é, portanto, incontestável, porque compõe organicamente uma numerosidade de princípios transpostos, sendo decorrência da valoração constitucional como um todo – ainda que de forma implícita, trata-se de sua positivação. Nessa análise, constata-se que a ideia mais básica de segurança jurídica é a de constituir a garantia dos direitos fundamentais atribuídos ao cidadão em frente da arbitrariedade estatal (MARINONI, 2010).

Disso também decorre a compreensão de solidez das relações entre o particular e o poder público e de previsibilidade da aplicação normativa quando subsumidos os fatos sociais, permitindo que os indivíduos entendam perfeitamente o sentido de suas condutas na universalidade do Direito e possam antecipar as implicações legais e administrativas quando provocada a ação do Estado (SILVA *et al.*, 2020).

É de se minuciarem os desdobramentos da segurança jurídica na estabilidade da ordem jurídica e estatal em sua essência. Por tal ângulo, a segurança jurídica transpõe-se à tutela da higidez das relações interpessoais, da efetividade contratual, da estabilidade da aplicação normativa e da regulação da produção legislativa, da constância dos institutos jurídicos consagrados e da uniformidade das decisões jurisprudenciais (SILVA *et al.*, 2020).

O papel da decisão, segundo Perelman (1999), deve levar em consideração que a noção de justiça não é absoluta e depende do acordo entre as partes.

Amossy (2006) afirma que a nova retórica permite uma análise do discurso mais amplo, em que algumas premissas devem ser consideradas.

Perelman (2005) destaca que o sentimento de justiça considera, de forma simultânea, diversas categorias essenciais, que nem sempre são concordantes, o que acarreta uma complexidade maior ao trabalho dos juízes. Nessa perspectiva, a noção de justiça é fluida, pois não está baseada em fatos e sim na avaliação dos fatos, o que suscita pontos de vista distintos, propiciando acordo, mas também controvérsias.

São raras as situações em que as decisões não são questionadas, o que gera uma contra-argumentação. Isso ocorre porque:

[...] o raciocínio judiciário visa a discernir e a justificar a solução autorizada de uma controvérsia, na qual argumentações em sentidos diversos, conduzidas em conformidade com procedimentos impostos, procuram fazer valer, em situações

diversas, um valor ou um compromisso entre valores, que possa ser aceito em um meio e em um momento dados (PERELMAN, 1999, p. 183).

A judicialização é muito importante e fundamental no âmbito do direito à saúde, mas precisa ser avaliada e monitorada de maneira constante, buscando uma maior harmonização nas especificidades de atuação dos diferentes poderes. Além disso, possibilita que haja um incremento maior das políticas públicas que visam a atender às necessidades dos cidadãos (CATANHEIDE; LISBOA; SOUZA, 2016). Em vista disso, é essencial que processos judiciais sejam analisados academicamente.

6 CONCLUSÃO

Diante do exposto, vê-se que a tendência de crescimento do fenômeno da judicialização dos conflitos na área da saúde está amplamente estudada e documentada, constituindo desafio à efetivação do direito à saúde proclamado no artigo 196 da CF/1988 (BRASIL, 1988). A partir da constatação dessa contradição, alguns grupos da sociedade civil têm buscado na Justiça a materialização de seus direitos até então abstratos.

No Brasil, a demanda em processos judiciais na área da saúde tem sido, ao longo dos anos, maior para procedimentos médicos e concessão de medicamentos, mas com a pandemia da covid-19, a busca por leitos, principalmente de UTI, tem sido grande, e devido à grande quantidade de pacientes, não há leitos suficientes para atender a todos que necessitam, o que tem produzido um aumento considerável de ações nesse sentido.

Embora a situação seja diferente da habitual no período pandêmico, antes já havia um esgotamento no âmbito da saúde pública, ocasionado pela falta de recursos, corrupção, má gestão do sistema e por tantos outros problemas que obrigavam o cidadão desassistido a ingressar com os mais diversos tipos de ações judiciais.

A violação das regras recomendadas pela Constituição pode acarretar um descrédito em relação às instituições, demonstrando que as pessoas se mostram ainda pessimistas no que diz respeito à positivação efetiva dos direitos fundamentais. Assim, verifica-se uma estabilidade das relações cotidianas.

O caráter antagônico que existe entre as partes num tribunal distingue-se justamente porque a decisão não decorre da força bruta ou da violência de uma das partes, mas do poder dos argumentos aduzidos. Se algo diferencia a aplicação da Justiça numa sociedade livre ou numa sociedade totalitária, é justamente a possibilidade de qualquer das partes poder apresentar os seus argumentos e com eles influenciar a decisão do juiz.

Não é correto definir argumentação unicamente como um conjunto ou uma sequência de argumentos, mas pode-se definir argumento como uma proposição destinada a levar à admissão de outra proposição.

Ao analisar os casos, concluiu-se que o objetivo da judicialização da saúde foi a obtenção de decisões para assegurar o respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos pelo poder público, bem como garantir o atendimento de medidas e recomendações técnico-científicas que protejam a população durante a pandemia. Sob essa óptica, a síntese dos resultados está interligada com a necessidade de tutela dos direitos fundamentais,

estabelecidos em cláusulas pétreas na CF/88 (BRASIL, 1988) e norteados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, mandamento norteador de todo o ordenamento jurídico.

Constatou-se que a petição inicial realizada pela Defensoria Pública é igual para todos os processos. O que muda são apenas os dados do paciente que necessita de leito de UTI e a localidade onde se encontra. O mesmo ocorre na decisão do juiz e nas argumentações dos gestores de saúde.

Nota-se com isso um trabalho automatizado, descaracterizando as especificidades de cada caso concreto, visto que, por vezes, há o cometimento de erros por omissão, negligência ou imprudência, como se deu nos Casos 2 e 7, nos quais o assunto da ação é “violência contra a mulher”, o que nada tem a ver com o pleito.

Ao analisar os argumentos de todos os atores envolvidos nas ações objeto deste estudo, foi possível verificar que tais ações se pautam nos direitos dos cidadãos, no dever do Estado e nas omissões e possíveis negligências dos gestores de saúde.

Os atores envolvidos (defensores públicos, gestores de saúde e juízes) utilizam em seus discursos a legislação pertinente, jurisprudências e princípios constitucionais.

O papel do juiz não é apenas julgar, mas também estabelecer uma ligação entre sua decisão e a legislação vigente. Sua argumentação precisa estar congruente de forma que justifique a aplicação da lei, tornando-se válida. Desse modo, é conferido à argumentação um lugar importante para a justiça, visto que esta é estruturante para a sociedade como um todo.

Ao analisar os oito processos objeto deste estudo, observou-se que o tipo de argumentação mais utilizado pelos juízes é a pragmática. Já a Defensoria Pública, na petição inicial, e os gestores de saúde por meio da Subprocuradoria do Estado, empregam diversos tipos de argumentação, como ilustrado nos capítulos anteriores.

Tal comportamento é explicado pelo fato de que cabe ao juiz apenas fazer com que a lei seja cumprida, além de determinar o valor que deve ser pago a título de multa. A Defensoria Pública, por sua vez, deve detalhar todas as questões envolvidas em cada caso, buscando fundamentos tanto na doutrina como na jurisprudência.

Observou-se ainda que os gestores de saúde, por meio da Subprocuradoria, contra-argumentam, ou seja, demonstram o motivo de o serviço não ter sido fornecido, enfatizando ainda o excesso da multa estipulada. Percebeu-se também que todos os argumentos dos gestores de saúde tiveram o intuito de minimizar os impactos de um processo movido contra o Estado/Município, principalmente no que concerne ao dano moral requerido e à multa diária pela não resolução imediata do problema aventado no processo.

Quanto à catalogação inadequada dos casos de demandas por leitos de CTI durante a pandemia de covid-19 que foram registrados como violência doméstica, e à prática de repetição argumentativa do tipo “copiar e colar”, pode-se dizer que revelam a necessidade de aprofundamento das reflexões sobre a comunicação entre os operadores do direito e os operadores da saúde.

Analisar a judicialização, nesse momento de pandemia, traz à tona o fato de haver um enorme contingente da sociedade brasileira que não é devidamente assistido pelo poder público, ressaltando a fragilidade do sistema que não recebe o financiamento adequado, a potencialização do agravamento da covid-19, bem como a possível elevação do número de óbitos decorrentes dessa enfermidade.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (Brasil). Resolução Normativa - RN nº 453, de 12 de março de 2020. Altera a Resolução Normativa - RN nº 428, de 07 de novembro de 2017, que dispõe sobre o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde no âmbito da Saúde Suplementar, para regulamentar a cobertura obrigatória e a utilização de testes diagnósticos para infecção pelo Coronavírus. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 13 mar. 2020. Disponível em:

<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=Mzg2MQ>. Acesso em: 31 jul. 2020.

ALEXY, R. **La doble naturaleza del derecho**. Madri: Trotta, 2016.

AMOSSY, R. **L'argumentation dans le discours**. Paris: Armand Colin, 2006.

ASSIS, A. **Manual dos recursos**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 346-347.

ASSOCIAÇÃO DE MEDICINA INTENSIVA BRASILEIRA. AMIB apresenta dados atualizados sobre leitos de UTI no Brasil. São Paulo: AMIB, 2020. Disponível em: https://www.amib.org.br/fileadmin/user_upload/amib/2020/abril/28/dados_uti_amib.pdf. Acesso em: 10 jun. 2021.

ÁVILA, H. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3 ed. aum. São Paulo: Malheiros, 2003.

BAPTISTA, P. F.; MEDAUAR, O **Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no direito brasileiro**: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro. 2006. Tese (Doutorado) –Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

BARROSO, L. R. Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária: segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais. **Revista de Direito do Estado**, São Paulo, n. 2, p. 261-288, abr./jun. 2006.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 maio 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 9 set. 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm#:~:text=n%C3%A3o%20a%20conhece.-,Art.,%C3%A0s%20exig%C3%A2ncias%20do%20bem%20comum. Acesso em: 15 maio 2021.

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 20 set. 1990a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm. Acesso em: 5 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 31 dez. 1990b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8142.htm. Acesso em: 5 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 3 out. 2003. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm#:~:text=LEI%20No%2010.741%2C%20DE%201%C2%BA%20DE%20OUTUBRO%20DE%202003.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20Estatuto%20do%20Idoso%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A1ncias.&text=Art.,a%2060%20\(sessenta\)%20anos](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm#:~:text=LEI%20No%2010.741%2C%20DE%201%C2%BA%20DE%20OUTUBRO%20DE%202003.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20Estatuto%20do%20Idoso%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A1ncias.&text=Art.,a%2060%20(sessenta)%20anos). Acesso em: 10 jun. 2021.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 8 ago. 2006a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 22 jun. 2021.

BRASIL. Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011. Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 29 abr. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112401.htm. Acesso em: 20 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 17 mar. 2015c. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 3 mar. 2021.

BRASIL. Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012. Regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis nos 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 16 jan. 2012b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp141.htm. Acesso em: 10 mar. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 1.514, de 15 de junho de 2020. Define os critérios técnicos para a implantação de Unidade de Saúde Temporária para assistência hospitalar - HOSPITAL DE CAMPANHA - voltadas para os atendimentos aos pacientes no âmbito da emergência pela pandemia da COVID-19. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 16 jun. 2020b. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-1.514-de-15-de-junho-de-2020-261697736>. Acesso em: 18 jul. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia, Inovação e Insumos Estratégicos em Saúde. Departamento de Ciência e Tecnologia. **Síntese de evidências para políticas de saúde**: congestão e superlotação dos serviços hospitalares de urgências. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2020a. Disponível em: <https://docs.bvsalud.org/biblioref/2020/04/1087521/13-sintesecongestaosuperlotacaofinal31mar2020.pdf>. Acesso em: 8 jun. 2021.

BRASIL. Senado Federal. **Código de processo civil e normas correlatas**. 7. ed. Brasília, DF: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015b. 313 p. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (1. Turma). AgInt no REsp 1553112 / CE. Processo Civil e Administrativo. Direito à Saúde. Medicamento não credenciado pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Relator: Ministro Gurgel de Faria, 16 de fevereiro de 2017. **DJe**, Brasília, DF, 10 mar. 2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/443404146/agravo-interno-no-recurso-especial-agint-no-resp-1553112-ce-2015-0220452-8/relatorio-e-voto-443404177>. Acesso em: 5 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 393.175-AgR/RS. Fornecimento gratuito de medicamentos indispensáveis em favor de pessoas carentes. Partes: Luiz Marcelo Dias e outro(a/s), Lúcia Liebling Kopittke e outro(a/s), Estado do Rio Grande do Sul, PGE-RS - Karina Da Silva Brum. Relator: Min. Celso de Mello, 1 de fevereiro de 2006. **DJe**, 16 fev. 2006b. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14784469/recurso-extraordinario-re-393175-rs-stf>. Acesso em: 9 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (2. Turma). AgRg no AREsp 36.394/RJ 2011/0195087-8. Processual Civil e Administrativo. Omissão. Não Ocorrência. Internação Hospitalar por Orientação Médica em UTI. Dever do Estado. Agravo Regimental não provido. Agravado: Maria do Livramento Bezerra Maciel. Agravante: Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Herman Benjamin, 28 de fevereiro de 2012. **DJe**, Brasília, DF, 12 abr. 2012a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (2. Turma). AgRg no AREsp 807820 PR 2015/0278816-4. Tratamento Médico. Internação Hospitalar por Orientação Médica. Dever do Estado. Agravo Improvido. Agravado: Paulo Roberto Kurtz e Takako Arai Kurtz. Agravante: Estado do Paraná. Relator: Ministro Herman Benjamin, 17 de novembro de 2015. **DJe**, Brasília, DF, 19 nov. 2015a.

BRAUNER, M. C. C.; CIGNACHI, J. C. B. O direito à saúde e o papel do poder judiciário: uma perspectiva acerca das dimensões constitucionais e das tutelas coletivas. **Juris**, Rio Grande, v. 16, p. 29-48, 2011. Disponível em: <http://repositorio.furg.br/handle/1/5175?show=full>. Acesso em: 24 jul. 2021.

CAMBI, E. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 3. ed. São Paulo: Almedina, 2016.

CANOTILHO, J. G. **Direito constitucional**. 6. ed. Portugal: Almedina, 1995.

CARNEIRO, M. F.; SEVERO, F. G.; ÉLER, K. **Teoria e prática da argumentação jurídica**. 2 ed. 4 tiragem. Curitiba: Juruá, 2005.

CARVALHO, A. I.; BARBOSA, P. R. **Políticas de saúde**: fundamentos e diretrizes do SUS. 3d. rev. atual. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração/UFSC; CAPES: [Brasília]: CAPES: UAB, 2014. Disponível em: <https://educapes.capes.gov.br/handle/capes/145435>. Acesso em: 10 maio 2021.

CARVALHO, E. C. *et al.* Pandemia da covid-19 e a judicialização da saúde: estudo de caso explicativo. **Rev. Latinoam. Enferm. (Online)**, Ribeirão Preto, v. 28, e3354, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rlae/a/Z9L5sggXdBpqM5bdcywg9xn/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 3 jul. 2021.

CATANHEIDE, I. D.; LISBOA, E. S.; SOUZA, L. E. P. F. Características da judicialização do acesso a medicamentos no Brasil: uma revisão sistemática. **Physis (Rio J., Online)**, Rio de Janeiro, v. 26, n. 4, p. 1335-1356, 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/physis/a/WLkY6PMnhWf9gJk86BmndHf/abstract/?lang=pt#>. Acesso em: 6 mar. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Justiça em números 2021**. Brasília, DF: CNJ, 2021. Anual. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>. Acesso em: 1 ago. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE SECRETARIAS MUNICIPAIS DE SAÚDE (Brasil). **CNJ promove seminário online “Como será o amanhã? O Futuro da Judicialização da Saúde”**. Brasília, DF: CONASEMS, 2020. Disponível em: <https://www.conasems.org.br/cnj-promove-o-seminario-online-como-sera-o-amanha-o-futuro-da-judicializacao-da-saude/>. Acesso em: 30 jun. 2020.

COTRIM JUNIOR, D. F.; CABAL, L. M. S.; MACHADO, F. R. S. Fila única de leitos. **P2P & Inovação**, Rio de Janeiro, v. 7, p. 212-229, set. 2020/fev. 2021. Edição especial. Disponível em: <http://revista.ibict.br/p2p/article/view/5412>. Acesso em: 4 maio 2021.

DANBLON, E. **La fonction persuasive**: anthropologie du discours rhétorique: origines et actualité. Paris: Colin, 2005.

DELDUQUE, M. C. *et al.* **O arcabouço infralegal da política pública de saúde e sua observância pelo Poder Judiciário: interação entre o sistema político e o sistema jurídico: a judicialização da política pública de saúde nos municípios brasileiros: um retrato nacional.** Brasília, DF: Centro Universitário de Brasília, 2017. Relatório de pesquisa.

DIDIER JUNIOR, F.; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. **Curso de direito processual civil.** 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 2. p. 527.

DINIZ, D.; MACHADO, T. R. C.; PENALVA, J. A judicialização da saúde no Distrito Federal, Brasil. **Ciênc. saúde coletiva (Online)**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 2, p. 591-598, fev. 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/PTXJ9db6bfHCrntkz4cfvsH/abstract/?lang=pt#>. Acesso em: 31 mar. 2021.

DOMINGUES, P. S.; BALBANI, A.; LUTAIF, M. A responsabilidade do poder judiciário ante a crise sanitária da covid-19. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 9 maio 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-09/direito-pos-graduacao-responsabilidade-poder-judiciario-crise-covid-19>. Acesso em: 30 mar. 2021.

GARDNER, H. **Mentes que mudam: a arte e a ciência de mudar as nossas ideias e as dos outros.** Tradução: Maria A. V. Veronese. Porto Alegre: Artmed/Bookman, 2005.

GIL, A. C. **Como elaborar projeto de pesquisa.** São Paulo: Atlas, 2002.

GOLDWASSER, R. S. *et al.* Difficulties in access and estimates of public beds in intensive care units in the state of Rio de Janeiro. **Rev. Saúde Pública (Online)**, [s. l.], v. 50, n. 0, 19, 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rsp/a/3n55RHR94WcYrCJvttGkjPM/abstract/?lang=en#>. Acesso em: 12 fev. 2021.

GOLDWASSER, R. S. *et al.* Planejamento e compreensão da rede de terapia intensiva no Estado do Rio de Janeiro: um problema social complexo. **Rev. Bras. Ter. Intensiva (Online)**, Rio de Janeiro, v. 30, n. 3, p. 347-357, 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbti/a/TVDgrcPN9vSSk6fQN4s3tRS/?lang=en#>. Acesso em: 2 abr. 2021.

MACHADO, F. R. S. Contribuições ao debate da judicialização da saúde no Brasil. **Rev. Direito Sanit.**, São Paulo v. 9, n. 2 p.73-91, jul./out. 2008. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13118>. Acesso em: 22 jun. 2021.

MAIS de dois mil médicos e enfermeiras contraíram vírus na Itália. **ANSA Brasil**, São Paulo, 16 mar. 2020. Disponível em: https://ansabrasil.com.br/brasil/noticias/italia/noticias/2020/03/16/mais-de-2-mil-medicos-e-enfermeiras-contrairam-virus-na-italia_010f1866-3b04-402f-8e07-6461e179a2b9.html. Acesso em: 21 jan. 2021.

MARINHO, A. **Proposta de adoção de fila única nas unidades de terapia intensiva e nas demais internações hospitalares, durante a pandemia de covid-19 no Brasil:** considerações teóricas do campo da economia da saúde sobre as alternativas disponíveis. Nota Técnica nº 65. Brasília, DF: IPEA, 2020. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/10011>. Acesso em: 4 jun. 2021.

MARINONI, L. G. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARTONE, R.; MARINHO, A. O sistema de precedentes e a modulação de efeitos no novo CPC. **Conjur**, São Paulo, 15 fev. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-fev-15/sistema-precedentes-modulacao-efeitos-cpc>. Acesso em: 3 set. 2020.

MEIRELLES, H. L. **Direito administrativo brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 90.

MINAYO, M. C. S. (org.). **Pesquisa social: teoria, método e criatividade**. Petrópolis: Vozes, 2002.

NUNES, J. A. Saúde, direito à saúde e justiça sanitária. **Rev. Crit. Ciências Sociais**, [s. l.], v. 87, 2009, p. 143-169. Disponível em: <https://journals.openedition.org/rccs/1588>. Acesso em: 10 maio 2021.

NUNES, J. A. M. **Segurança jurídica e súmula vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2009.

O'DWYER, G.; BASTOS, S. P. Plantão Judiciário Noturno: confrontando o dilema na busca por leitos em tempos de COVID-19. **Confluências**, Niterói, v. 22, n. 2, p. 171-195, ago./dez. 2020. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/confluencias/article/download/43069/25390/149541>. Acesso em: 31 maio 2021.

O'Dwyer, G. *et al.* A crise financeira e a saúde: o caso do município do Rio de Janeiro, Brasil. **Ciênc. saúde coletiva (Online)**, Rio de Janeiro, v. 24, n. 12, p. 4555-4568, 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/Pn6ZvkJ3GQwkHMB86XcR9Pq/abstract/?lang=pt#>. Acesso em: 5 jan. 2021.

O'DWYER, G. *et al.* O processo de implantação das unidades de pronto atendimento no Brasil. **Rev. Saúde Pública**, São Paulo, v. 51, n. 125, 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rsp/a/nrR5TQcbpxkBZtdKvZPvcvr/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 9 jul. 2021.

OLIVEIRA, R. A judicialização da saúde: ameaça ou solução para efetivação dos direitos sociais?. *In*: JORNADA INTERNACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: PARA ALÉM DA CRISE GLOBAL, 7., 2015, Maranhão. **Anais [...]**. Maranhão: JOINPP/ UFMA, 2015. p. 1-13.

PAIM, J. S. *et al.* **The Brazilian health system: history, advances, and challenges**. *Lancet*, [s. l.], v. 377, n. 9779, p. 1778-1797, May 2011. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/21561655/>. Acesso em: 9 ago. 2021.

PAIM, J. S.; TEIXEIRA, C. F. Configuração institucional e gestão do Sistema Único de Saúde: problemas e desafios. **Ciênc. Saúde Coletiva (Online)**, Rio de Janeiro, v. 12, n. suppl., p. 1819-1829, 2007. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/LSrY4BhGKSRCFFxvQsYvCMd/abstract/?lang=pt#>. Acesso em: 5 jun. 2021.

PARINI, P. A retórica da metáfora dos modelos na teoria do direito. **Sequência (Florianópolis)**, Florianópolis, n. 67, p. 81-110, dez. 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/seq/a/pf9f5hwL4hj3MTsfGJtgdtv/?lang=pt#>. Acesso em: 12 abr. 2021.

PEÇANHA, L. O.; SIMAS, L.; LUIZA, V. L. Judicialização de medicamentos no estado do Rio de Janeiro: evolução de 2010 a 2017. **Saúde Debate**, Rio de Janeiro, v. 43, n. esp. 4, p. 61-70, dez. 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sdeb/a/xSVJ9NPMjRzy4TqdvkJbwFt/abstract/?lang=pt#>. Acesso em: 21 abr. 2021.

PEPE, V. L. E. *et al.* Caracterização de demandas judiciais de fornecimento de medicamentos “essenciais” no estado do Rio de Janeiro, Brasil. **Cad. Saúde Pública (Online)**, Rio de Janeiro, v. 26, n. 3, p. 461-471, 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csp/a/cP6wbMVdbhdnLnWy67GP96t/?lang=pt#>. Acesso em: 14 jul. 2021.

PERELMAN, C. **Ética e direito**. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PERELMAN, C. **Lógica jurídica**. Tradução: Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PERELMAN, C. **Lógica jurídica: a nova retórica**. Tradução: Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 259 p.

PERELMAN, C.; OLBRECHTS-TYTECA, L. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

RAMOS, R. S. *et al.* Access the Unified Health System actions and services from the perspective of judicialization. **Rev. Latinoam. Enferm. (Online)**, Ribeirão Preto, v. 24, e2797, 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rlae/a/y3DGz745rw8HbWnHfGNcgWG/abstract/?lang=en#>. Acesso em: 21 fev. 2021.

RAPOSO, C. **O princípio da segurança jurídica e a confiança legítima**. 2005. Dissertação (Mestrado) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005.

REBOUL, O. **Introdução à retórica: teoria e prática**. Tradução: Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RIBEIRO, D. S. **O direito à saúde em tempos neoliberais: a judicialização da saúde como estratégia para a garantia de direitos?**. 2014. 167 f. Dissertação (Mestrado em Serviço Social) – Faculdade de Serviço Social, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2014. Disponível em: <https://repositorio.ufjf.br/jspui/handle/ufjf/595>. Acesso em: 3 jul. 2021.

RIO DE JANEIRO (Estado). Apelação nº 0001826-46.2014.8.19.0073. Direito Fundamental à Saúde. Transferência para CTI da rede pública de neonata com quadro de infecção urinária evoluindo para desidratação. Recurso improvido. Autor: Estado do Rio de Janeiro. Réu: Yasmim da Conceição Nazareo. Relator: Des(a). Carlos José Martins Gomes, 31 de dezembro de 2015. **Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro**, 02 set. 2016b.

RIO DE JANEIRO (Estado). Apelação nº 0056339-28.2012.8.19.0042. Falha na prestação de serviço de saúde pública municipal caracterizado pela carência de vaga para atendimento médico especializado. Utilização da rede particular às expensas do ente público. Danos material e moral. Apelante: Djalma Martins Meira e outros. Apelado: Os mesmos. Relator: Des(a). Heleno Ribeiro Pereira Nunes, 14 de junho de 2016. **Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro**, 17 jun. 2016a. Disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/351258805/apelacao-apl-563392820128190042-rio-de-janeiro-petropolis-4-vara-civel>. Acesso em: 10 fev. 2021.

RIO DE JANEIRO (Estado). Lei nº 5.781 de 1 de julho de 2010. Altera a Lei nº 2.556, de 21 de maio de 1996, que cria os juizados especiais cíveis e criminais na justiça do Estado do Rio de Janeiro, dispõe sobre sua organização, composição e competência, criando os juizados especiais da fazenda pública, a estrutura das turmas recursais cíveis, criminais e da fazenda pública e dá outras providências. **Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro**, 1 jul. 2010. Disponível em: http://www2.alerj.rj.gov.br/lotus_notes/. Acesso em: 26 jan. 2019.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. Processo nº 0064254-42.2021.8.19.0001. UTI ou UCI. Violência Doméstica Contra a Mulher (Art. 7º, Lei 11340/06). Autor: Flavio Leao de Brito. Réu: Município de Nilópolis e outro(s). Relatora: Angelica dos Santos Costa, 20 de março de 2021. **TJRJ**: jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2021h.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. Processo nº 0065286-22.2021.8.19.0001. Convênio médico com o SUS. Prioridade: Pessoa Idosa – Lei no 10.741/03. Autor: Ivaldo dos Santos. Réu: Município do Rio de Janeiro e outro(s). Relator: Juiz Guilherme Schilling Pollo Duarte, 22 de março de 2021. **TJRJ**: jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2021f.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. Processo nº 0067224-15.2021.8.19.0001. Medicamentos e Outros Insumos de Saúde - Juizados Fazendários. Autora: Maria Helena Vieira de Oliveira. Réu: Estado do Rio de Janeiro e outro(s). Relator: Juiz Marcelo Mondego de Carvalho Lima, 24 de março de 2021. **TJRJ**: jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2021c.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. Processo nº 0067300-39.2021.8.19.0001. Medicamentos e Outros Insumos de Saúde - Juizados Fazendários. Autora: Marcia Prado Lopes. Réu: Estado do Rio de Janeiro e outro(s). Relatora: Juíza Maria Cristina Cardoso de Barros, 24 de março de 2021. **TJRJ**: jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2021e.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. Processo nº 0067441-58.2021.8.19.0001. Unidade de terapia intensiva (UTI) / unidade de cuidados intensivos (UCI). Autor: Geraldo Fernandes da Silva. Réu: Município de Niterói e outro(s). Relatora: Juíza Isabel Teresa Pinto Coelho Diniz, 24 de março de 2021. **TJRJ**: jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2021d.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. Processo nº 0068264-32.2021.8.19.0001. Unidade de terapia intensiva (UTI) ou unidade de cuidados intensivos (UCI). Violência Doméstica Contra a Mulher (Art. 7º, Lei 11340/06). Autor: Paulo Roberto Souza da Silva. Réu: Município de Nova Iguaçu e outro(s). Relator: Juiz Wilson Marcelo Kozlowski Junior, 24 de março de 2021. **TJRJ**: jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2021g.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. Processo nº 0068290-30.2021.8.19.0001. Unidade de terapia intensiva (UTI) ou unidade de cuidados intensivos (UCI). Violência Doméstica contra a Mulher (artigo 7º, Lei nº 11.340/06). Autor: Ricardo Nascimento de Oliveira. Réu: Município de Queimados e outro(s). Relatora: Juíza Angelica dos Santos Costa, 24 de março de 2021. **TJRJ**: jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2021b.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. Processo nº 0068297-22-2021-8-19.0001. Procedimento do Juizado Especial Cível/Fazendário - Unidade de terapia intensiva (UTI)/unidade de cuidados intensivos (UCI). Prioridade - Pessoa Idosa - Lei n 10.741/03. Autor: Sônia Maria Mendonça de Souza. Réu: Estado do Rio de Janeiro; Município do Rio de Janeiro. Relatora: Juíza Isabel Teresa Pinto Coelho Diniz, 23 de março de 2021. **TJRJ**: jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2021a.

SANSEVERINO, T. CNJ: pandemia: jurisprudência e pareceres técnicos auxiliam em resposta a alta demanda. **Agência CNJ de Notícias**, Rio de Janeiro, 23 jun. 2020. Disponível em: <https://www10.trf2.jus.br/comite-estadual-de-saude-rj/>. CNJ – pandemia-jurisprudencia-e-pareceres-tecnociso-auxiliam-em-resposta-alta-demanda/. Acesso em: 22 ago. 2020.

SCHULZE, C. J. Tratamentos sanitários obrigatórios. **Empório do Direito**. São Paulo, 16 mar. 2020. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/tratamentos-sanitarios-obrigatorios>. Acesso em: 27 jul. 2020.

SILVA, M. J. S.; SCHRAIBER, L. B.; MOTA, A. The concept of health in collective health: contributions from social and historical critique of scientific production. **Physis (Rio J., Online)**, Rio de Janeiro, v. 29, n. 1, e290102, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/physis/a/7jH6HgCBkrmFm7RdwkNRHfm/?lang=en#>. Acesso em: 3 ago. 2021.

SOUZA, T. G. **A judicialização residual da saúde proposta pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro: um forte indicativo do grau de desempenho dos serviços públicos de saúde e da efetividade do Direito à Saúde**. 2018. 192 f. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública) – Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2018.

TASCA, J. A. A judicialização da saúde. **Direitos Sociais e Políticas Públicas**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 93-118, 2013.

TEIXEIRA, M. STF enfrenta judicialização da Covid-19 sem ter resolvido passivo na saúde. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 14 jul. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2020/07/sft-enfrenta-judicializacao-da-covid-19-sem-ter-resolvido-passivo-na-saude.shtml>. Acesso em: 5 ago. 2021.

TERROSO, K. K. B. **A Defensoria Pública e o direito à saúde: acesso à justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

VENTURA, M. *et al.* Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. **Physis (Rio J., Online)**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 77-100, 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/physis/a/35xXdQXR9JrdvpPmtkktL9F/abstract/?lang=pt#>. Acesso em: 7 abr. 2021.

VERGARA, S. C. **Projetos e relatórios em pesquisa em administração**. São Paulo: Atlas, 2010.

VIEIRA, F. S. Garantia do direito à saúde, judicialização e o mito de que os recursos não são escassos: desafios atuais e futuros do Estado brasileiro. *In: CONGRESSO CONSAD DE GESTÃO PÚBLICA*, 9., 2016, Brasília, DF. **Anais [...]**. Brasília, DF: Centro de Convenções Ulysses Guimarães, 2016.

VIUDES, P. F. N. Trajetória da perspectiva territorial na Política de Assistência Social Brasileira. CONGRESSO INTERNACIONAL DE POLÍTICA SOCIAL E SERVIÇO SOCIAL: DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS, 1., 2015, Londrina. **Anais [...]**. Londrina: Universidade Federal de Londrina, 2015. p. 1-11.

VON IHERING, R. **A luta pelo direito**. Tradução: João de Vasconcelos. Rio de Janeiro, Forense, 2017. 81 p.

ZIEGLER, M. F. Padrão de disseminação urbana do COVID-19 reproduz desigualdades sociais. **Agência FAPESP**, São Paulo, 22 maio 2020. Disponível em: <https://agencia.fapesp.br/padrao-de-disseminacao-urbana-da-covid-19-reproduz-desigualdades-territoriais/33226/>. Acesso em: 25 mar. 2021.