REVISTA ELETRÔNICA DOS GRUPOS DE ESTUDOS DA EJEF

ISSN: 2764-6742

ejef.tjmg.jus.br/grupo-de-estudos

A escassez de leitos hospitalares no contexto da judicialização da saúde: um estudo de caso

José Carlos de Matos*

Luiz Flávio Ferreira**

Ronaldo Souza Borges***

RESUMO: O artigo versa sobre a disponibilização de leitos hospitalares no contexto da judicialização da saúde, notadamente ante a escassez de recursos que condiciona a garantia e a efetivação do direito à saúde. Essa escassez de recursos é ainda mais sentida quando se tem em conta a alocação de leitos em hospitais, muito especialmente em se tratando de pacientes que demandam tratamento intensivo. Em um contexto de escassez, em que muitas pessoas ficam privadas do atendimento médico devido à ausência de vagas em Unidades de Terapia Intensiva, é de patente importância a construção de critérios objetivos, previsíveis e transparentes de triagem, pautando a escolha e a decisão de médicos, hospitais e gestores públicos. Dada a gravidade do problema, mormente no momento atual de pandemia do novo Coronavírus (Covid-19), não é raro que questões envolvendo a disponibilização de leitos hospitalares sejam judicializadas, impondo-se, nesse caso, aos juízes, para bem decidirem, que colham, junto aos gestores públicos, notadamente junto às Centrais de Regulação de Leitos, as informações necessárias acerca do caso concreto *sub judice*, o que não apenas otimiza a qualidade da tutela jurisdicional prestada, como também a legitima.

Palavras-chave: Judicialização da saúde. Disponibilização de vagas em hospitais. Critérios de admissão e alta em unidade de terapia intensiva. Diálogo interinstitucional.

1 As possibilidades e os limites do direito à saúde: a escassez de recursos orçamentários, enquanto condicionante para as ações e os serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde

A garantia e a efetivação do direito à saúde, enquanto direito fundamental que é, têm suscitado os mais variados desafios. Muitos deles se relacionam com a questão da escassez de recursos públicos.

* Juiz de Direito do TJMG.
** Juiz de Direito do TJMG.
*** Juiz de Direito do TJMG.

ISSN: 2764-6742
ejef.tjmg.jus.br/grupo-de-estudos

A contraposição entre aquilo que seria o ideal e aquilo que hoje é possível permeia toda a análise da questão. Desconsiderar essa realidade é não apenas inútil, mas também contraproducente.

A promoção, a proteção e a recuperação da saúde, conforme asseguradas pela Constituição da República, em especial em seus arts. 196 e seguintes, e pela vasta legislação de regência da matéria, nomeadamente a Lei nº 8.080/1990, demandam, à evidência, recursos orçamentários cada vez mais vultosos.

Algumas políticas públicas referentes à saúde exigem, é certo, cuidados mais módicos e previsíveis, contemplados previamente no orçamento. Outras, ao revés, contemplam e necessitam de elevados aportes financeiros, muito além da média de recursos dispensada à maioria da população, e não previstos e dispostos no planejamento dos gastos públicos (DUARTE, 2020, p. 202).

Em muitas dessas situações, o Judiciário é provocado para a solução de eventual conflito, ficando em suas mãos a decisão de como e de que forma os recursos públicos, que são evidentemente finitos, serão dispostos. Se aos juízes e aos tribunais impõe-se a tutela do direito à saúde, não lhes é dado decidir, como se não houvesse limites fáticos à efetivação de suas decisões, notadamente no que se refere à sua repercussão orçamentária.

Isso não significa, em absoluto, colocar as restrições de orçamento acima da garantia e da efetivação do direito à saúde. Mas tampouco é razoável colocá-las de lado, como se a prestação da jurisdição não se desse no bojo e no contexto da realidade da vida, com todas as implicações daí decorrentes.

Nesse sentido é que se diz que, mesmo em matéria de judicialização da saúde, ou antes, especialmente em matéria de judicialização da saúde, as questões orçamentárias têm também a sua importância, merecendo proteção jurídica.

Decidir sobre uma demanda envolvendo direito à saúde sem levar minimamente em conta os seus efeitos nas finanças públicas, acabaria mesmo por, a médio e a longo prazo, limitar e restringir, de forma considerável, a capacidade do Poder Público de se desincumbir das suas múltiplas atribuições, na promoção, na proteção e na recuperação da saúde – notadamente quando se considera o conjunto de ações envolvendo a matéria e o seu impacto global nas contas públicas.

ISSN: 2764-6742
ejef.tjmg.jus.br/grupo-de-estudos

Contas públicas desequilibradas geram endividamento, o que fragiliza a economia de um país e acaba por conduzir o Estado a uma situação de descrédito, tão prejudicial para a sua legitimidade. O Estado que não quita suas dívidas perde a credibilidade, não apenas para cobrar tributos, mas também para atrair investimentos. Esse quadro leva a um aumento da sonegação fiscal e a uma menor circulação de riquezas no país, impactando a arrecadação. Em última instância, esse quadro leva a uma redução gradual e contínua da capacidade pública de prestar os serviços a seu encargo, inclusive os serviços de saúde (DUARTE, 2020, p. 205).

Tudo isso, reitere-se, não quer dizer que as questões orçamentárias se sobreponham à necessidade de garantia e de efetivação do direito à saúde. Não é disso que se trata. Considerações de ordem fiscal não podem se prestar a permitir o sacrifício da vida em condições mínimas de dignidade. De nada serve um Estado se o destinatário da ação estatal não tenha vida, ou não tenha mínimas condições de saúde para fruir a vida. O impacto de um medicamento ou de um procedimento terapêutico nos cofres públicos não sobreleva, por si só, a proteção à saúde, a proteção da vida em condições mínimas de dignidade, bem jurídico que não se mensura em pecúnia. Uma organização social que leva o indivíduo a sério zela pela vida e pelo bem-estar de todos os seus membros (DUARTE, 2020, p. 205-206).

De toda forma, o problema da escassez não pode ser ignorado. A escassez de recursos é uma realidade inafastável, inclusive na seara da saúde. Com o desenvolvimento tecnológico da medicina, cada vez mais tratamentos tornam-se disponíveis e viabilizam a manutenção de muitas vidas, o que, somado ao crescimento vegetativo da população e ao aumento nos custos dos serviços, erige a patamares elevadíssimos os gastos públicos com saúde (DUARTE, 2020, p. 207-208).

Em decorrência disso, organizar os recursos cuidadosamente, para assegurar que, na medida do possível, todos sejam atendidos em suas necessidades, é uma necessidade de primeira ordem para os gestores públicos que atuam na área da saúde. É como se passa com as decisões familiares sobre a gestão de suas receitas. Diante da observação da renda de seus membros e das necessidades domésticas, cada família aloca os seus recursos disponíveis de forma a cobrir todos os custos. Para tanto, as demandas com alimentação,

ISSN: 2764-6742

vestuário, escola dos filhos, aprimoramento profissional dos genitores, segurança, previdência, transporte e também saúde, entre várias outras, são cotejadas entre si, em uma escala de prioridades, mediante escolhas disjuntivas. Milhares de famílias tomam decisões assim a todo o momento (DUARTE, 2020, p. 208).

Não é diferente em relação ao Poder Público e o vasto leque de atribuições em matéria de saúde a ele atribuído. No que tange à problemática da saúde, a escassez exigirá a definição de prioridades e a determinação, consoante critérios claros e preferencialmente aferíveis de forma objetiva, da alocação de recursos visando a sua satisfação. Não sendo possível a satisfação de todas as demandas concernentes ao direito à saúde, na sua plenitude, impõe-se que seja bem demarcado o campo em que a limitação de aportes não é desejável, ou não será permitida, ao passo que, considerando a inexistência de direitos absolutos, será, consequentemente, gizado e bem delimitado quando a escassez eliminará o direito à prestação estatal (DUARTE, 2020, p. 208).

Esse problema é ainda mais sentido tratando-se da disponibilização de leitos hospitalares. Mais até do que em outras áreas, como a da disponibilização de medicamentos, a questão da escassez é ainda mais evidente quando se tem em conta as vagas para internação em hospitais, nomeadamente em momentos como o que ora vivenciamos, em razão da pandemia do novo coronavírus (Covid-19).

O paradoxo da escassez de recursos diante da infinidade de demandas desafia o princípio da igualdade. De fato, se não existem recursos suficientes para atender a todos e as demandas só aumentam, há que se adotar critérios minimamente uniformes quando da determinação do acesso a esse serviço limitado, qual seja a disponibilização de leitos hospitalares, especialmente em unidades de terapia intensiva ou em centros de terapia intensiva. Só assim se terá uma alocação racional dos recursos finitos dispostos pelo Poder Público para o enfrentamento do problema.

Para a abordagem dessa difícil questão, partiremos de um caso concreto, qual seja o processo de nº 5007484-48.2018.8.13.0313, que teve trâmite perante a Vara da Fazenda Pública e Autarquias Estaduais da Comarca de Ipatinga/MG, objetivando a condenação do Poder Público à disponibilização de leito hospitalar, mais especificamente em unidade de terapia intensiva para paciente em tratamento de acidente vascular cerebral, necessitando de procedimento cirúrgico afeto à especialidade de neurocirurgia.

ISSN: 2764-6742
ejef.tjmg.jus.br/grupo-de-estudos

À luz das circunstâncias de fato e de direito tratadas no processo em causa, cuidaremos de alguns problemas referentes à Política Nacional de Regulação do Sistema Único de Saúde e de como o Judiciário tem com isso lidado quando instado.

Enquanto método de pesquisa que parte de uma situação extraída da prática cotidiana, o estudo de caso tem se mostrado um importante instrumento de investigação científica na apreensão da realidade ou, mais precisamente, de um recorte dela.

Refletindo e analisando a realidade a partir de um caso concreto submetido à apreciação do Poder Judiciário, é possível que pensemos as consequências que o problema da escassez de recursos gera em se tratando de vagas para internação em hospital, visando não apenas estabelecermos critérios para sua disponibilização, mas também uma forma de enfrentamento do problema, a exigir de juízes e tribunais mais do que o desempenho das atividades tradicionalmente a eles atribuídas para a consecução da prestação jurisdicional, mas também outras competências, como a necessidade de interação e de manutenção de um diálogo com outras instituições.

2 A escassez de leitos hospitalares à luz de um caso concreto: o caso dos autos de nº 5007484-48.2018.8.13.0313

De início, cumpre assentar que vem a ser a ação de nº 5007484-48.2018.8.13.0313 um processo público, não tendo tramitado sob segredo de justiça. Não obstante, preservar-se-ão, na presente análise, dados pessoais das partes envolvidas, atendo-se ao estritamente necessário para a compreensão da controvérsia instaurada e de como ela foi solucionada.

A ação em questão foi ajuizada pela Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais contra o Estado de Minas Gerais, em benefício de paciente hipertensa, portadora de insuficiência renal crônica não dialítica, com lesão hemorrágica, necessitando de leito de UTI para tratamento de acidente vascular cerebral (AVC isquêmico ou hemorrágico agudo), em serviço cirúrgico com neurocirurgia.

A paciente foi incluída no sistema SUSFácil, com caráter da internação de urgência e grau de priorização de emergência, e, não realizada a transferência

ISSN: 2764-6742
ejef.tjmg.jus.br/grupo-de-estudos

administrativamente, ajuizou, assistida pela Defensoria Pública, ação de obrigação de fazer, objetivando a efetivação do direito.

Deferida a tutela de urgência, com imposição de multa diária, procedeu-se à intimação pessoal do diretor da Central de Regulação.

Em sua contestação, o Estado de Minas Gerais sustentou, em linhas gerais, que a pretensão formulada desconsideraria a política pública instituída quando da adoção da Central de Regulação Assistencial, bem como a Programação Pactuada Integrada (PPI). A realização de qualquer exame, cirurgia ou procedimento através do SUS deveria obedecer à lista de espera previamente fixada pela Central de Regulação Assistencial, que estabelece a ordem em que os pacientes serão atendidos, levando em conta critérios de comparação da gravidade e urgência, com o escopo de garantir o acesso universal e igualitário às ações e serviços públicos de saúde. Nesse sentido, o acolhimento da pretensão da parte autora representaria a quebra do princípio da isonomia entre os usuários do sistema de saúde. Disse, ainda, que não se teria como comprovada a hipossuficiência econômica da paciente, pressuposto para o deferimento da medida pretendida.

A tutela de urgência não restou cumprida no prazo assinalado, sendo requerida a decretação de prisão do diretor da Central de Regulação, que não foi deferida.

O réu juntou aos autos informações do SUSFácil, comprovando que realizou busca de leitos, inclusive em outras macrorregiões, mas não foram encontrados, e, após o decurso de mais de 60 dias, noticiando-se que a paciente não mais necessitava da neurocirurgia e que estava evoluindo para alta, é que foi transferida para outro hospital da mesma cidade, recebendo alta no dia seguinte à sua transferência.

O pedido inicial foi julgado procedente e a sentença confirmada em grau de recurso.

Nota-se, no caso concreto, que a paciente recebeu o primeiro atendimento na esfera municipal, e, por usa vez, dando seguimento à terapia e considerando a organização do sistema, por não possuir estrutura específica para realizar o tratamento, solicitou a sua transferência para outra unidade.

A transferência de pacientes para outra unidade hospitalar, nos casos que demandam serviços de urgência e emergência médica de média e alta

ISSN: 2764-6742
ejef.tjmg.jus.br/grupo-de-estudos

complexidade, é obrigação do Estado de Minas Gerais, nos termos da Lei Estadual nº 13.317/1999 (Código Estadual de Saúde), arts. 96-A e 96-B, X,[1] o que também restou sedimentado nos Enunciados 17 e 18, aprovados pelo Fórum Permanente de Direito à Saúde,[2] devendo, inclusive, garantir a compra de leitos privados para os usuários com risco de morte.

Em Minas Gerais, fora implantado o SUSFácil, *software* de Regulação Assistencial dividida em 13 macrorregiões, com médicos reguladores operando 24 horas por dia, sete dias por semana, sem interrupção,[3] e, no caso, foi utilizado para inclusão da paciente e busca do leito de UTI em hospital com o serviço de que necessitava.

Além das buscas realizadas no polo da macrorregião de Ipatinga, foram realizadas buscas em outros (mas não em todas as macrorregiões de saúde do Estado), e, ainda assim, não disponibilizada a vaga no tempo determinado, em razão da ausência de leitos nas macrorregiões pesquisadas, havendo descumprimento da ordem judicial.

A paciente estava regulada e deveriam ter sido esgotadas todas as diligências possíveis pela Central de Regulação Assistencial (enviar o pedido de vaga para todas as centrais macrorregionais e para a Capital), e, não encontrando a vaga, deveria ter efetuado a compra do leito na rede particular.

Por outro lado, o Estado de Minas Gerais não comprovou, nos autos, a alegação de prejuízos a terceiros, em caso de efetivação da transferência, uma vez que não informou a lista de espera dos demais pacientes que se encontravam na mesma situação clínica da assistida.

Tratando-se de demanda urgente, que envolve risco à saúde do paciente, a simples alegação de quebra do princípio da isonomia entre os usuários do SUS,

---

[1] Art. 96-A – Para os efeitos desta Lei, regulação da assistência à saúde é atividade desenvolvida pelo Estado, constituída pelo processo de planejamento e programação dos recursos assistenciais disponíveis em Minas Gerais para garantir a prestação da assistência adequada às necessidades dos cidadãos, de forma equânime, ordenada, oportuna e qualificada, por meio das redes de referência e Programação Pactuada e Integrada – PPI – definida entre os Municípios. (Artigo acrescentado pelo art. 10 da Lei nº 15.474, de 28/1/2005.)
Art. 96-B – Constituem ações dos serviços de regulação da assistência à saúde: [...]
X – decidir sobre o destino hospitalar ou ambulatorial do paciente em atendimento pré-hospitalar, de acordo com a planilha de hierarquias e condições de atendimento dos serviços de urgência na região, garantindo o atendimento das urgências, inclusive nas situações em que inexistam leitos vagos para internação

[2] Disponíveis em: <http://ejef.tjmg.jus.br/judicializacao-enunciados-saude-publica/>. Acesso em: 25 jun. 2021.

[3] Disponível em: <https://www.saude.mg.gov.br/fornecimento-de-medicamentos/page/464-susfacil-sesmg>. Acesso em: 25 jun. 2021.

ISSN: 2764-6742
ejef.tjmg.jus.br/grupo-de-estudos

sem informar a lista de espera, traduz-se em negativa injustificada de acesso ao direito à saúde, o que não deve ser tolerado, e, por isto, é plenamente justificável a flexibilização da lista de espera.

Quanto à multa cominatória, a sua imposição, por vezes, é necessária, principalmente nos casos em que há flagrante atraso no cumprimento de uma obrigação; e deve durar até o efetivo cumprimento da ordem de transferência, cabendo ao juiz fazer a análise temporal de sua eficácia durante sua aplicação.

A prisão, como reclamada pela Defensoria Pública, não é medida adequada, principalmente no caso, em que, apesar de não haver esgotado todos os meios possíveis de busca, o diretor da Central de Regulação não foi omisso, já que realizou buscas na macrorregião e em outras do Estado, não sendo disponibilizada a vaga pelos hospitais.

3 A Política Nacional de Regulação do Sistema Único de Saúde e o Complexo Regulador

A política de regulação do SUS busca, sob o aspecto normativo, conferir efetividade ao direito à saúde, que recebeu tratamento especial na Constituição da República, sendo alçado ao *status* de direito social, no art. 6º, enquanto que, nos arts. 196 a 200 do texto constitucional, são traçadas as diretrizes mestras do Sistema Único de Saúde.

Os arts. 196 e 197 da Constituição Federal preconizam que o acesso universal e igualitário à saúde se dará *"mediante políticas sociais e econômicas"*, e que cabe *"ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle"*.

A fim de dar cumprimento ao preceito constitucional, entrou em vigor, em 19 de setembro de 1990, a Lei 8.080/1990, Lei Orgânica da Saúde – que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, e instituiu o Sistema Único de Saúde (SUS).

Os arts. 15 e 16 a 19 da Lei 8.080/1990 estabelecem, respectivamente, as atribuições comuns e as competências sobre as ações e serviços de saúde que serão ofertados à população pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, ao passo que o art. 19-U da mesma lei, incluído pela Lei nº 12.401/2011, verbera que

ISSN: 2764-6742
ejef.tjmg.jus.br/grupo-de-estudos

a responsabilidade financeira pelo fornecimento de medicamentos, produtos de interesse para a saúde, ou procedimentos de que trata aquele capítulo (da assistência terapêutica e da incorporação de tecnologia em saúde) será pactuada na Comissão Intergestores Tripartite.

A Comissão Intergestores Tripartite, composta por representantes do Ministério da Saúde, das Secretarias Estaduais de Saúde e das Secretarias Municipais de Saúde e do Distrito Federal, é a instância de pactuação consensual entre os entes federativos para definição das regras da gestão compartilhada do SUS.

O Decreto nº 7.508/2011, que regulamenta a Lei nº 8.080/1990 e dispõe sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, além de outras providências, prescreve em seus arts. 8º e 23 que:

> Art. 8º O acesso universal, igualitário e ordenado às ações e serviços de saúde se inicia pelas Portas de Entrada do SUS e se completa na rede regionalizada e hierarquizada, de acordo com a complexidade do serviço.
> [...];
> Art. 23. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios pactuarão nas respectivas Comissões Intergestores as suas responsabilidades em relação ao rol de ações e serviços constantes da RENASES.

À luz de tais dispositivos, é possível afirmar que a disponibilização de leito de UTI a paciente do SUS deve ser precedida da pactuação sobre as responsabilidades dos aspectos operacionais, financeiros e administrativos da gestão compartilhada do SUS, podendo a admissão se dar diretamente em centros de urgência e emergência, ou mediante encaminhamento pela Secretaria de Saúde do Município de residência do paciente.

O Decreto nº 7.508/2011, buscando materializar o princípio da integralidade do tratamento, garante ao usuário do sistema a continuidade do cuidado em saúde, em todas as suas modalidades, nos serviços, hospitais e em outras unidades integrantes da rede de atenção da respectiva região (art. 12), e reitera competir às comissões intergestores a respectiva pactuação.

Nesse sentido, o art. 13 do referido Decreto nº 7.508/2011 elenca uma série de deveres dos entes federativos, visando justamente garantir o acesso universal, igualitário e ordenado às ações e serviços de saúde do SUS em todas as etapas do tratamento.

ISSN: 2764-6742
ejef.tjmg.jus.br/grupo-de-estudos

O tratamento em unidade de terapia intensiva é de alta complexidade, e é cediço que a imensa maioria dos municípios brasileiros não detém condições estruturais de prestá-lo, em suas unidades de saúde, e tampouco custeá-lo, o que enseja a responsabilidade do Estado pelo seu custeio e, neste particular, o inciso IX do art. 17 da Lei nº 8.080/1990 estabelece que compete à direção estadual do SUS identificar estabelecimentos hospitalares de referência e gerir sistemas públicos de alta complexidade, de referência estadual e regional.

A Portaria de Consolidação do Ministério da Saúde nº 3/2017, que trata das Redes de Atenção à Saúde, no art. 18 de seu anexo III, diz que o componente hospitalar de atenção às urgências deverá garantir e organizar a retaguarda de leitos para a Rede de Atenção às Urgências, por meio da ampliação e qualificação de enfermarias clínicas de retaguarda, leitos de cuidados prolongados e leitos de terapia intensiva.

Apesar de os leitos de UTI estarem inseridos no rol das ações e serviços de saúde (Renases), cujas responsabilidades pela sua prestação decorrem do que é pactuado nas comissões intergestores (art. 23 do Decreto nº 7.508/2011), mas considerando o que foi aqui exposto, em especial a incapacidade estrutural e financeira de parcela considerável dos municípios brasileiros, somente competirá a estes o seu custeio se a obrigação for objeto de expressa pactuação.

No entanto, a ausência de pactuação não significa a total isenção de responsabilidade do Município, pois, sendo o serviço municipal de saúde, como regra, a porta de entrada do paciente no sistema do SUS, cabe a ele tomar as providências necessárias para inserção do paciente na rede de saúde, por meio da qual poderá ter acesso ao leito de UTI.

A propósito do tema 'Porta de Entrada' do paciente no sistema público de saúde, importante assinalar que o art. 20 da Portaria de Consolidação nº 01/2017, do Ministério da Saúde, elenca seis formas de acesso do usuário às ações e serviços de saúde, que são as seguintes:

> Art. 20. Os regramentos do SUS no tocante ao acesso e aos critérios de referenciamento na Rede de Atenção à Saúde, correspondentes a cada ação ou serviço de saúde, são expressos na RENASES de acordo com as seguintes codificações: (Origem: PRT MS/GM 841/2012, Art. 7º);
>
> I- ação ou serviço com acesso mediante procura direta pelos usuários: ação ou serviço com acesso livre para o usuário, sem exigência de qualquer tipo de encaminhamento ou mecanismo de regulação de acesso;

ISSN: 2764-6742

> considerados portas de entrada do SUS, conforme definido no artigo 9º do Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011; (Origem: PRT MS/GM 841/2012, Art. 7º, I);
>
> II - ação ou serviço com acesso mediante encaminhamento de serviço próprio do SUS: ação ou serviço que exige encaminhamento realizado por um serviço próprio do SUS (público municipal, estadual ou federal); (Origem: PRT MS/GM 841/2012, Art. 7º, II);
>
> III - ação ou serviço com acesso garantido mediante autorização prévia de dispositivo de regulação: ação ou serviço provido mediante autorização prévia de dispositivo de regulação de acesso (central de regulação, complexo regulador ou outro dispositivo incumbido de regulação de acesso, coordenação de cuidado ou controle de fluxo de pacientes entre serviços de saúde); (Origem: PRT MS/GM 841/2012, Art. 7º, III);
>
> IV - ação ou serviço com exigência de habilitação: ação ou serviço com exigência de autorização pelo gestor municipal, estadual ou federal para que um estabelecimento de saúde já credenciado ao SUS passe a realizar procedimentos constantes da Tabela de Procedimentos, Órteses, Próteses e Medicamentos do SUS, conforme estabelecido pela Portaria nº 414/SAS/MS, de 11 de agosto de 2005; (Origem: PRT MS/GM 841/2012, Art. 7º, IV);
>
> V - ação ou serviço com indicação e autorização prevista em protocolo clínico ou diretriz terapêutica nacional: ações ou serviços que contam com protocolos clínicos ou diretrizes terapêuticas nacionais específicos, conforme o inciso II do art. 19-N e art. 19-O da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990; e (Origem: PRT MS/GM 841/2012, Art. 7º, V);
>
> VI - ação ou serviço voltado para a saúde coletiva, com intervenções individuais, em grupo e na regulação e controle de produtos e serviços, no campo da vigilância: ação ou serviço voltado para a saúde coletiva, mesmo que suas intervenções sejam feitas sobre indivíduos, grupos ou na regulação e controle de produtos e serviços, no campo da vigilância. (Origem: PRT MS/GM 841/2012, Art. 7º, VI)

A forma de acesso disposta no inciso III é a que mais nos interessa neste estudo, porque o componente hospitalar da rede de atenção às urgências e emergências deve dispor de leito de retaguarda em unidade de terapia intensiva e, salvo nos casos de demanda espontânea, a sua disponibilização deve ser precedida de cadastramento do usuário nas centrais de regulação, no caso de Minas Gerais, mediante cadastro no sistema SUSFácil.

O cadastramento do sistema SUSFácil implica, não raro, a inserção do usuário numa fila em que há outros pacientes demandando o mesmo tipo de atendimento. Em função disso, não é incomum o doente aguardar por dias a fio o surgimento de uma vaga, o que pode agravar o seu já combalido estado de saúde e até mesmo levar à morte.

Segundo mapeamento feito pela Associação de Medicina Intensivista Brasileira (AMIB), em janeiro de 2020, concluído e publicado em março daquele

ISSN: 2764-6742
ejef.tjmg.jus.br/grupo-de-estudos

ano, com base no Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde (CNES) do DATASUS, ANS e IBGE, o País tinha, naquele mês, 45.848 leitos de UTI, sendo 22.844 do Sistema Único de Saúde (SUS) e 23.004 que fazem parte do sistema de saúde privado.

Consta da publicação, disponível no portal da AMIB, que as recomendações da OMS e do Ministério da Saúde dispõem que a relação ideal de leitos de UTI é de 1 a 3 leitos para cada 10 mil habitantes, e o Brasil apresenta a proporção de 2,2 leitos, o que, de forma consolidada, parece ser satisfatório. Todavia, quando a análise é mais detalhada, segmentando os dados entre sistema público e privado, por exemplo, o SUS tem média de 1,4 leitos para cada 10 mil habitantes, contra 4,9 da rede privada (AMIB, 2020).

Além da escassez dos leitos de UTI na rede pública de saúde, pondera a AMIB, em sua publicação, que há também uma desigualdade regional acentuada em sua distribuição, pois menos de 10% (dez por cento) dos municípios brasileiros possuem UTI, sendo que, em 19 Estados da federação, o número de leitos de UTI por habitante na rede pública é inferior ao preconizado pelo próprio Ministério da Saúde.

Assim, em tempos de escassez de leitos de UTI, sobretudo por conta da sobrecarga no sistema de saúde em decorrência da pandemia do novo coronavírus (Covid-19), os profissionais de saúde acabam tendo que escolher qual paciente, entre os elegíveis, ocupará a vaga, e o ordenamento jurídico brasileiro ressente-se de regras claras a respeito.

É que o governo federal, mesmo com o advento da pandemia da Covid-19, no início de 2020, ainda não se dignou, por intermédio do Ministério de Saúde, a editar normas claras a respeito dos critérios para alocação de leitos de UTI em situações de escassez, o que acaba por transferir aos profissionais da saúde uma responsabilidade ainda maior.

Os protocolos existentes para a escolha de pacientes em situação de escassez de leitos de UTI não foram editados pelo Governo Federal, mas pelo Conselho Federal de Medicina, em data pretérita ao início da pandemia (Res. 2.156/2016), e a Associação de Medicina Intensivista Brasileira elaborou um documento denominado *"princípios de triagem em situações de catástrofes e as particularidades da pandemia da Covid-19"*, os quais serão objeto de estudo no tópico seguinte.

ISSN: 2764-6742
ejef.tjmg.jus.br/grupo-de-estudos

4 A tentativa de construção de parâmetros para a disponibilização de leitos hospitalares: a insuficiência da Resolução CFM nº 2.156/2016

A atual crise ocasionada pela pandemia do novo coronavírus (Covid-19) tem evidenciado, em nível global, as limitações dos diversos sistemas de saúde, no atendimento hospitalar do expressivo número de pacientes acometidos por quadros de maior gravidade da doença. Os relatos sobre o esgotamento de recursos materiais e humanos continuam a ser verificados, em diversos países, sobretudo naqueles em que não houve uma contenção eficiente dos níveis de contaminados e a vacinação evolui mais lentamente. A escassez dos aparatos de atendimento à saúde tem escancarado a trágica vivência de uma doença sobre a qual ainda não há conhecimento científico sólido capaz de fornecer uma gama maior de tratamentos e métodos preventivos.

O Brasil está situado entre os países em que a capacidade do sistema hospitalar, sobretudo no que diz respeito à disponibilização de leitos de UTI para pacientes acometidos pelo novo coronavírus (Covid-19), ou por outras doenças, tem atingido níveis críticos periodicamente, isto porque, a depender do contexto do cumprimento das medidas de prevenção e da propagação de novas variantes do novo coronavírus, os números de contaminados que necessitam de tratamento intensivo, passam por crescimento, ou queda.

O cenário de escassez de recursos atinge patamares extraordinários e ganha contornos complexos do ponto vista ético, jurídico e econômico. A situação de déficit na oferta de leitos de UTI pode ser considerada inédita, na perspectiva de que mesmo regiões com índices maiores de leitos também têm enfrentado grandes dificuldades.

No entanto, necessário observar que a escassez nesse âmbito é questão anterior à pandemia, embora não tenha sido amplamente analisada pela literatura especializada, ou debatida pelas instituições competentes e pela sociedade civil, razão pela qual paira sobre o tema uma negligência considerável.

Percebe-se, atualmente, que a ausência de uma regulamentação adequada sobre a questão confinou a decisão sobre a distribuição dos leitos de UTI a um âmbito de “dilema moral”, enfrentado pelas equipes médicas, que estão sujeitas a tomada de decisões, em contexto de extremo estresse e risco de

ISSN: 2764-6742
ejef.tjmg.jus.br/grupo-de-estudos

responsabilização das condutas adotadas (MARMELSTEIN; MOROZOWSKI, 2020).

O contexto de baixíssima densidade normativa, no qual faltam critérios objetivos sobre quais pacientes devem ser priorizados na ocupação dos leitos, é agravado pela ausência de um sistema de transparência das práticas adotadas. Assim, a insuficiência de regulação da matéria afeta essencialmente o seu controle realizado pelas instâncias competentes de cada Poder e pela sociedade civil.

Nesse panorama, resta sensivelmente prejudicada também a atuação do Judiciário, no âmbito da judicialização da saúde, quando os magistrados são instados a decidir casos nos quais são pleiteadas vagas em UTI. As decisões, que devem considerar, entre outros aspectos, os inúmeros parâmetros de direcionamento da assistência à saúde, conforme o que está posto nas políticas públicas do Sistema Único de Saúde (SUS), são afetadas pela falta de legislação, visto que o tema conta em termos normativos apenas com a Resolução CFM nº 2.156/2016, pautando-se, sobretudo, em protocolos que variam a depender da unidade hospitalar, da região e do Estado.

A alocação de recursos escassos, no que diz respeito à disponibilização de leitos hospitalares, que tem óbvias implicações na concretização do direito à saúde e, por consequência, no direito à vida, está relacionada não só a questões jurídico-econômicas, mas também a questões técnicas da medicina (ISMAEL *et al.*, 2020). O atual cenário de colapso exige uma revisão sobre como esses diferentes aspectos da questão têm sido manejados, de forma isolada e deficiente, pelas instituições, em seus respectivos campos de atuação.

No âmbito jurídico-econômico, a análise das deficiências da regulamentação sobre os leitos hospitalares e os caminhos possíveis para evolução nesse campo, exige uma breve reflexão sobre o direito à saúde e o direito à vida, considerando o que diz a literatura jurídica e a jurisprudência constitucional acerca das prestações relacionadas a esses direitos.

Tanto o direito à vida, quanto o direito à saúde, são normas fundamentais que estabelecem para o indivíduo posições jurídicas, por meio das quais pode exigir que o Estado se abstenha de praticar determinado ato violador, ou que ele assegure prestações para concretização desses direitos. Existe uma vinculação entre o direito à saúde e o direito à vida, na medida em que ambos asseguram prestações para manutenção da existência biológica, do bem-estar físico, mental e

ISSN: 2764-6742

social, pautadas na ideia de vida digna e na autonomia dos sujeitos (FERNANDES, 2019).

O campo prestacional desses direitos passa, inegavelmente, pelo desenvolvimento de políticas públicas, que, por sua vez, são decisivamente influenciadas pela escassez de recursos. Há um óbice real para que todas as prestações sejam atendidas. No entanto, frente à questão, a literatura jurídica e a jurisprudência constitucional, em regra, recorreram ao conceito do mínimo existencial. Nesse sentido, em síntese, persiste o conceito de que há determinadas prestações materiais mínimas, no âmbito do direito à vida e do direito à saúde, relacionadas ao núcleo da norma da dignidade humana, que criam posições jurídicas definitivamente protegidas e exigíveis, independentemente do caso concreto e da existência de arcabouço jurídico regulador (PINHEIRO *et al.*, 2020).

Essa perspectiva absoluta e abstrata do mínimo existencial, deslocada de critérios legais e administrativos, colide com a realidade, na medida em que há uma inegável escassez de recursos cujo impacto é equalizado justamente pela estruturação normativa e administrativa das políticas públicas.

Nesse tocante, a própria disponibilização de leitos de UTI em contexto ordinário e de pandemia sinaliza as implicações concretas das limitações de recursos financeiros e de profissionais especializados e demonstra que a ausência de um regramento a ser observado pelas diferentes instituições colapsa o sistema a ponto de que alguns pacientes são fatalmente negligenciados (PINHEIRO *et al.*, 2020).

Assim, considerando que faticamente há limitações severas no atendimento de pacientes em estado grave que demandam terapia intensiva, diante da escassez, pode ser necessária, adequada e proporcional a observância de regras acerca da disponibilização de leitos, pois isto pode ser determinante para que: i) mais vidas sejam salvas, ou que ao menos todos os pacientes sejam tratados dignamente; ii) os profissionais tenham melhores condições para tomada de decisões; iii) ocorra uma estruturação mais eficiente da destinação de recursos do ponto de vista quantitativo e qualitativo.

Na perspectiva de desenvolvimento de uma normatização acerca da disponibilização de leitos hospitalares, observa-se que, antes do cenário pandêmico, os parâmetros sobre o tema foram previstos pela Resolução CFM nº

ISSN: 2764-6742
ejef.tjmg.jus.br/grupo-de-estudos

2.156/2016. Destaca-se que as normas do instrumento legislativo já partem de uma premissa de que a oferta de vagas supera a demanda. A partir da interpretação das disposições, é possível detectar um sistema que busca maximizar o número de vidas salvas, através da definição de cinco níveis de prioridade que favorecem os pacientes com maiores chances de recuperação (GRACHIKI; SOUZA, 2020).

A resolução apresenta os critérios de triagem de pacientes, para ocupação das UTIs, de forma consideravelmente genérica, o que ocasiona lacunas relevantes, haja vista os impactos das escolhas que visa orientar e que influenciam diretamente na sobrevivência, ou não, dos pacientes.

Nota-se, neste particular, que a resolução i) deixa de especificar como deve ser feito o desempate entre pacientes em situações semelhantes; ii) não define um sistema de critérios, para que um paciente seja considerado como de "alta probabilidade de recuperação"; iii) não menciona como as questões etárias devem ser interpretadas, ignorando que podem influir consideravelmente na análise da possibilidade de recuperação do paciente; iv) restringe a transparência da disponibilização de leitos de UTI à direção hospitalar e gestores do sistema de saúde; v) autoriza que protocolos suplementares sejam criados por unidades hospitalares (MARMELSTEIN; MOROZOWSKI, 2020).

Esses problemas apresentados pela resolução ganharam maior atenção a partir do contexto da pandemia, pois a falta de padronização de protocolos para serem seguidos agravou as crises nos hospitais (GRACHIKI; SOUZA, 2020). Ante a falta de uma *guideline* nacional, em 1º/05/2020, a AMIB (Associação de Medicina Intensiva Brasileira), em conjunto com a ABRAMEDE (Associação Brasileira de Medicina de Emergência), a SBGG (Sociedade Brasileira de Geriatria e Gerontologia) e a ANCP (Academia Nacional de Cuidados Paliativos), publicou uma recomendação definindo critérios para triagem dos leitos de UTI.

A recomendação proposta alinha-se com a Resolução CFM nº 2.156/2016, no sentido de essencialmente priorizar pacientes com maiores chances de recuperação, para que o maior número de vidas seja salvo, mas, sobretudo, traz grandes avanços no estabelecimento de critérios objetivos de avaliação dos pacientes, possibilitando que os profissionais sejam poupados da tomada de decisões, em um contexto de alta pressão, o que garante uma melhora na

ISSN: 2764-6742

consistência da assistência médica e na definição de parâmetros de controle (KRETZER *et al*., 2020).

O protocolo proposto ressalta, entre outros aspectos, a necessária publicização do processo de alocações dos recursos, com a exposição dos fundamentos objetivos das escolhas feitas pelos profissionais. Considera como essencial a formação de uma Comissão de triagem em cada unidade hospitalar, que deve ser responsável por alinhar as diretrizes ao seu sistema de leitos. Desse modo, até mesmo o encaminhamento de pacientes para outros hospitais com leitos disponíveis pode ser facilitado. Recomenda que a triagem deve ser aplicada a todos os pacientes, tenham eles Covid-19, ou não. Prevê, ainda, que aqueles que não são contemplados com uma vaga devem continuar a ser tratados, sendo possível a revisão do seu quadro; da mesma forma, os pacientes em leitos de UTI devem ter a evolução avaliada, para que seja verificado se o prolongamento da vida é realmente benéfico (MARMELSTEIN; MOROZOWSKI, 2020).

Os fundamentos do protocolo proposto giram em torno do salvamento do maior número de vidas, através da priorização de pacientes com chances maiores de recuperação, como exposto, e isso deve ser aferido com base nos critérios: de i) análise do SOFA (Sequential Organ Failure Assessment); ii) consideração das comorbidades preexistentes; iii) análise da escala ECOG (Eastern Cooperative Oncology Group) (KRETZER *et al.*, 2020).

Segundo Marmelstein e Morozowski (2020, p. 106), em síntese, o SOFA é um parâmetro de medida para verificar as condições de pacientes em estado crítico e a probabilidade de que sobrevivam. É estabelecida uma pontuação baseada na probabilidade de determinados órgãos vitais falharem, a partir da análise das funções fisiológicas, respiratória, hepática, cardiovascular, renal, coagulatória e neurológica. Quanto maior a debilitação dos órgãos, mais pontos são atribuídos ao paciente, devendo ser dada prioridade aos que atingirem a pontuação mais baixa, pois é um indicativo de maior chance de sobrevivência.

Já a escala ECOG, de acordo com os autores, *"quantifica a capacidade funcional física e a capacidade de independência e de auto-cuidado do paciente"*. Do mesmo modo que o SOFA, quanto maior a pontuação, menores são as chances de sobrevivência.

Caso ocorra um empate na pontuação dos pacientes, a partir do exame dos três critérios, SOFA, comorbidades e ECOG, o protocolo da AMIB estabelece que

ISSN: 2764-6742
ejef.tjmg.jus.br/grupo-de-estudos

o leito deve ser ocupado pelo paciente com menor pontuação SOFA total, e que o Comitê de triagem considere prioritário.

O protocolo proposto representa, portanto, um avanço, pois preenche as lacunas da Resolução CFM 2.156/2016, ainda que não caiba no presente estudo afirmar que faça isso de modo irreparável. Nesse sentido, estabelece critérios para aferição de quais são os pacientes com melhores chances de sobrevivência, ao mesmo tempo em que não elenca critério etário discriminatório, evitando que pessoas idosas sejam simplesmente preteridas pela idade. Ademais, define um critério objetivo de desempate, bem como fomenta a criação de uma comissão de triagem que facilita a transparência dos processos decisórios e o encaminhamento de pacientes para locais com vagas disponíveis, seja no sistema público, seja no privado.

A questão exposta no presente tópico é de extrema relevância, considerando as implicações fatais da não disponibilização de leitos de UTI para pacientes que demandam cuidados intensivos e, portanto, não pode permanecer negligenciada pelas instituições e pela sociedade como um todo. Nesse sentido, há uma necessidade urgente de aperfeiçoamento das normas que regulam a matéria, partindo de uma noção de que devem compatibilizar aspectos médicos, jurídicos e econômicos.

É inegável que as questões atinentes à saúde são sensivelmente determinantes para a proteção do direito à vida, conforme exposto ao longo do texto, e não podem ser submetidas a abordagens que incorram em subjetivismos ou abstrações (RAMOS, 2018).

Conclui-se, assim, que é preciso o desenvolvimento de uma legislação, na mesma linha do que foi recomendado pela AMIB e demais instituições, pois, como demonstrado, as disposições vinculam a disponibilização dos leitos a critérios com fundamentos não apenas médicos, mas também jurídicos e econômicos, possibilitando a criação de um sistema equilibrado e eficiente, onde erros técnicos são evitados e no qual as restrições ao direito à saúde e ao direito à vida são minimizadas e devidamente justificadas.

A construção de um aparato normativo será capaz de subsidiar adequadamente as decisões nos diferentes contextos. Nesse tocante, a atuação médica poderá orientar-se por parâmetros objetivos, éticos e constitucionalmente adequados, afastando as decisões do espectro moral. Do mesmo modo, a

ISSN: 2764-6742
ejef.tjmg.jus.br/grupo-de-estudos

atividade jurisdicional terá melhores subsídios para tomada de decisões sem recorrer a argumentos desvinculados do caso concreto. O poder público, por sua vez, poderá direcionar melhor os recursos para aperfeiçoamento das políticas públicas.

5 A adequação da solução adotada nos autos de nº 5007484-48.2018.8.13.0313: o diálogo interinstitucional como instrumento de legitimidade das decisões judiciais envolvendo internação hospitalar

Notou-se, no caso concreto, que, apesar de deferida a tutela de urgência, com determinação de transferência da paciente, que se encontrava em hospital municipal, para outro nosocômio de alta complexidade, o Estado de Minas Gerais não promoveu o imediato cumprimento da ordem judicial, apesar de não ter permanecido inerte na busca de leitos através do *software* SUSFácil.

A transferência somente ocorreu após decorridos mais de 60 (sessenta) dias da ordem judicial, e, mesmo assim, por ter o hospital de origem cancelado o serviço de neurocirurgia em razão da melhor evolução do quadro clínico da paciente.

Trata-se de caso em que havia necessidade de diálogo interinstitucional, o que deve ser implantado nas demandas dessa natureza, tendo em vista a crescente judicialização da saúde, em razão da escassez de leitos em UTI para serviços de média e alta complexidade.

Há necessidade de se manter diálogo com a Central de Regulação de Leitos para se identificar a demanda da região, com vistas à implantação de medidas necessárias à minoração do problema específico de escassez de leitos, inclusive com a presença do Ministério Público, secretário municipal de saúde e dos responsáveis pelas unidades de saúde que solicitam a transferência dos pacientes, com a inclusão no sistema SUSFácil.

A medida é necessária para que se identifique na região as carências das unidades de origem, objetivando a oferta de leitos de UTI e a implantação de serviços até mesmo de média complexidade.

O Diretor da Central de Regulação de Leitos poderá demonstrar a ocorrência de eventual quebra de isonomia, e que, em caso de escassez, também realiza busca em todas as macrorregiões do Estado para localização da unidade

ISSN: 2764-6742
ejef.tjmg.jus.br/grupo-de-estudos

hospitalar que possua o leito de UTI para a transferência, e, inclusive, com possibilidade de compra de leito na rede privada.

No diálogo, poderá o juiz inclusive ajustar com o gestor para que, recebendo uma ordem judicial que altere a fila de espera por leito, prejudicando outro paciente que se encontra em situação semelhante de gravidade, informe ao juízo com a devida urgência, a fim de que, sendo o caso, proceda à reapreciação da tutela de urgência.

Essa capacidade de desenvolver um diálogo com outras instituições é uma competência que hoje se espera do juiz. Os problemas da sociedade contemporânea demandam, muitas vezes, mais do que tradicionalmente se exigia de juízes e tribunais no desempenho de sua atividade.

As demandas de saúde envolvem, em muitas oportunidades, problemas estruturais.

O problema estrutural se define pela existência de um estado de desconformidade estruturada, uma situação de ilicitude contínua e permanente ou uma situação de desconformidade, ainda que não propriamente ilícita, no sentido de uma situação que não corresponde ao estado de coisas considerado ideal. É dizer, o problema estrutural se configura a partir de um estado de coisas que necessita de reorganização ou de reestruturação (DIDIER JR.; ZANETI JR.; OLIVEIRA, 2020, p. 49).

É o caso, inegavelmente, ao nosso aviso, de muitas demandas que têm como objeto a garantia e a efetivação do direito à saúde. Notadamente, quando se tem em causa a difícil questão da disponibilização de leitos hospitalares, muito particularmente em Unidades de Terapia Intensiva ou em Centros de Terapia Intensiva.

Há, quando se pensa na escassez de leitos hospitalares, um problema nitidamente estrutural, um estado de desconformidade, longe do estado de coisas considerado ideal, uma situação de desorganização estrutural, de rompimento com a normalidade, que exige uma intervenção (re)estruturante.

Enquanto problema estrutural que é, a solução da questão demanda uma intervenção que se prolonga no tempo e que exige um acompanhamento contínuo.

Mesmo que diga respeito a um interesse particularizado e individual, e não coletivo, a demanda que tem como objeto a condenação de um ente público a promover uma internação hospitalar parece-nos ter os traços tipificadores de um

ISSN: 2764-6742

processo estrutural, entendido como aquele que veicula um litígio estrutural, pautado em um problema estrutural, em que se pretende a alteração de um dado estado de desconformidade, substituindo-o por um estado de coisas ideal (DIDIER JR.; ZANETI JR.; OLIVEIRA, 2020, p. 51).

O processo estrutural se caracteriza por: (i) pautar-se na discussão sobre um problema estrutural, um estado de coisas ilícito, um estado de desconformidade, ou qualquer outro nome que se queira utilizar para designar uma situação de desconformidade estruturada; (ii) buscar uma transição desse estado de desconformidade para um estado ideal de coisas, ou seja, uma reestruturação, removendo a situação de desconformidade, mediante decisão de implementação escalonada; (iii) desenvolver-se em um procedimento bifásico, que inclua o reconhecimento e a definição do problema estrutural e estabeleça o programa ou projeto de reestruturação que será seguido; (iv) desenvolver-se em um procedimento marcado por sua flexibilidade intrínseca, com a possibilidade de adoção de formas atípicas de intervenção de terceiros e de medidas executivas, de alteração do objeto litigioso, de utilização de mecanismos de cooperação judiciária e (v) buscar a consensualidade (DIDIER JR.; ZANETI JR.; OLIVEIRA, 2020, p. 52-53).

Isso não significa que se exija sempre a junção de todos esses elementos para que se tenha o processo como estrutural. Trabalha-se aqui com a ideia de traços tipificadores, ou seja, com a ideia de tipo, e não de conceito. O conceito é uma soma de elementos, todos necessários para a caracterização de uma dada realidade. Já o tipo capta a realidade através de aproximações. Enquanto o conceito não admite uma flutuação nos seus elementos constitutivos, o tipo conhece variações de intensidade, não perdendo necessariamente sua identidade com a ausência eventual de um ou outro traço caracterizante. O que importa no tipo é a visão do todo.

É certo que a ideia de conceito traz mais segurança e certeza. Contudo, em uma seara como a do processo estrutural, a noção de tipo nos parece mais útil e operativa, permitindo uma maleabilidade na identificação dos seus traços qualificadores. Quando o conceito geral-abstrato e o sistema lógico dos conceitos não são suficientes por si para apreender um fenômeno da vida ou uma conexão de sentido na multiplicidade das suas manifestações, a noção de tipo parece ser a forma mais adequada de abordagem da questão (LARENZ, 2012, p. 655-656).

ISSN: 2764-6742
ejef.tjmg.jus.br/grupo-de-estudos

As ações envolvendo internação hospitalar, ainda que relacionadas diretamente a um interesse individual e particularizado, apresentam várias das características de um processo estrutural.[4] Para além de se pautarem em uma situação de desconformidade estruturada, o que é fundamental para a caracterização do processo como estrutural, elas demandam do juiz, como na situação concreta dos autos de nº 5007484-48.2018.8.13.0313, a busca do diálogo com outros sujeitos para além das partes envolvidas diretamente no litígio, a busca do diálogo com representantes ou presentantes de outras instituições.

Quando o juiz defere em tutela provisória ou em tutela definitiva a internação, sua decisão potencialmente atinge outras pessoas que se encontram em situação igual ou semelhante. É dizer, sua decisão atinge, de forma inexorável e necessária, um número significativo de pessoas.

Daí a necessidade de que, para que bem decida, ele ouça a Central de Regulação, informando-se sobre detalhes e peculiaridades da situação em concreto, sobre questões de fato não trazidas aos autos e que, ao fim e ao cabo, farão diferença em sua decisão. Para tanto, ele pode se servir de meios eletrônicos e de ferramentas de tecnologia.

Assim agindo, ele estará aumentando a publicidade e a transparência de sua atividade e incrementando a legitimidade de sua decisão.

Aliás, não é por acaso que, em várias iniciativas recentes, o Conselho Nacional de Justiça tem estimulado iniciativas assim.

Nesse sentido, a Recomendação nº 66, de 13 de maio de 2020 (BRASIL, 2020), voltada à adoção pelos juízos com competência para o julgamento de ações que versem sobre o direito à saúde de medidas para garantir os melhores resultados à sociedade durante o período excepcional de pandemia de Covid-19.

[4] Existem vários outros tipos de demandas de saúde que envolvem problemas estruturais. Pense-se, p. ex., na questão de cirurgias eletivas que não envolvam internação hospitalar, mas apenas tratamento ambulatorial. Não há, no caso, uma fila ou uma programação do Poder Público acerca da sua realização. O tratamento da questão no âmbito de processos individuais acaba sendo inócuo ante o grau de desestruturação e de desconformidade com o estado ideal de coisas almejado dessa situação específica. No ponto, parece que uma solução mais ampla do problema passa necessariamente pelo ajuizamento de uma ação coletiva, no bojo da qual efetivar-se-á, já após a certificação do resultado a ser alcançado, a implementação das medidas necessárias à consecução da meta estabelecida na decisão, com a definição do tempo, do modo e do grau da reestruturação pretendida, de eventual regime de transição e da forma de avaliação e de fiscalização das ações estruturantes.

ISSN: 2764-6742
ejef.tjmg.jus.br/grupo-de-estudos

Recomendava, então, o Conselho Nacional de Justiça a todos os juízos com competência para o julgamento de ações que versem sobre o direito à saúde que priorizassem a concentração de recursos financeiros e humanos em prol do controle da pandemia e mitigação de seus efeitos, atentando, durante a vigência do estado de calamidade, para, dentre outros aspectos, (i) os arranjos locais sobre a ampliação de vagas de leitos hospitalares, a partir da suspensão de procedimentos eletivos, inclusive cirúrgicos (cirurgias eletivas), e controle de fluxos de usuários nas unidades de saúde, (ii) a manutenção dos processos regulatórios de acesso aos leitos de Unidades de Terapia Intensiva e equipamentos para o controle e mitigação da pandemia de COVID-19, e (iii) a divisão de competências e regras de cooperação previstas na Resolução nº 37/2018 da Comissão Intergestores Tripartite do SUS (art. 2º, inc. IV, V e VI).

Recomendava-se, ainda, a todos os juízos com competência para o julgamento sobre o direito à saúde que avaliassem, com maior deferência ao respectivo gestor do SUS, considerando o disposto na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB),[5] durante o período de vigência do estado de calamidade no Brasil, as medidas de urgência que tenham pleitos por vagas hospitalares, incluídas as de terapia intensiva, inclusive como meio de inibir o agravamento do estado de saúde do requerente (art. 3º, I).

Há, assim, uma clara diretriz no sentido de se dispensar maior deferência aos gestores do SUS, atentando o juiz para as consequências práticas de suas decisões. Reforça-se a consideração de argumentos técnico-científicos na formação do convencimento do juiz, impondo-se a ele que leve devidamente em conta, quando de sua decisão, as funções típicas de planejamento e de execução de políticas públicas a cargo do Executivo.

Ainda na linha de enfrentamento da situação de desconformidade estruturada que permeia as ações de saúde, inclusive e nomeadamente as que têm como objeto a disponibilização de leitos hospitalares, foi editada, mais recentemente, pelo Conselho Nacional de Justiça a Recomendação nº 100, de 16 de junho de 2021 (BRASIL, 2021), voltada ao uso prioritário de métodos

[5] A LINDB prevê em seus arts. 21 e 22, com a redação a eles dada pela Lei 13.655, de 25 de abril de 2018, que a decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, venha a decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas, bem como que, na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo (BRASIL, 1942).

ISSN: 2764-6742
ejef.tjmg.jus.br/grupo-de-estudos

consensuais de solução de conflitos em demandas que versem sobre o direito à saúde, seja pela negociação, pela conciliação ou pela mediação, promovendo o diálogo entre as partes envolvidas no conflito, inclusive com os prepostos ou os gestores dos serviços de saúde, na busca de uma solução adequada e eficiente para o conflito.

Todas essas medidas colocam em evidência a necessidade de uma nova abordagem das ações de saúde, uma abordagem que, ante a natureza estrutural de muitos dos processos que versam sobre a matéria, privilegie o diálogo interinstitucional, buscando, preferencialmente, uma solução consensuada do conflito. Não sendo isso possível o diálogo interinstitucional munirá, ao menos, o juiz dos elementos de informação de que necessita, inclusive os de ordem técnico-científica, para bem decidir o caso concreto, inclusive sob a perspectiva das consequências de sua conduta perante o interesse e o direito de terceiros que se encontram em situação idêntica ou semelhante.

Isso, em absoluto, não significa uma capitulação do Judiciário perante o Executivo, como se o juiz estivesse adstrito a acatar e seguir a manifestação do gestor público. Significa, sim, incrementar a legitimidade da própria decisão judicial pelo diálogo e pela abertura a outras posições institucionais. Significa, sim, colher subsídios que são necessários à decisão, colocando a questão posta em juízo em um contexto mais amplo.

No diálogo interinstitucional, com a efetiva colaboração entre os participantes, respeitando-se a autonomia administrativa do gestor, será possível a construção conjunta de gestão e controle mais eficiente e resolutivo, para se assegurar o atendimento ao paciente que necessita do serviço público de saúde.

6 Conclusão

A pandemia do novo Coronavírus (Covid-19) tem trazido, como é óbvio, uma série de novos problemas ao sistema de saúde. Para além disso, ela tem jogado luz, tem colocado em evidência outros problemas que já existiam e que agora têm assumido contornos ainda mais desafiadores. Um deles é justamente o da escassez de leitos no Sistema Único de Saúde. Não é de hoje que os médicos que atuam no sistema público de saúde têm que fazer escolhas difíceis, quando não trágicas, decidindo quem irá ocupar os leitos disponíveis e, via de consequência,

ISSN: 2764-6742

quem ficará privado de atendimento. Com a pandemia do novo Coronavírus e o aumento considerável da procura por assistência hospitalar, esse problema tem se agravado ainda mais (MARMELSTEIN; MOROZOWSKI, 2020).

Em muitos países, o sistema de saúde, em razão dos efeitos da pandemia, tem chegado ao colapso ou, ao menos, perto do colapso, com pacientes falecendo em razão da ausência de tratamento adequado. Não é diferente em nosso país. Em alguns Estados, houve praticamente um esgotamento dos recursos disponíveis para tratamento dos enfermos. Em todos, a taxa de ocupação dos leitos em Unidades de Terapia Intensiva chegou, em algum momento, a ficar acima de 80%.

Nesse quadro em que nem todos os pacientes que necessitavam de tratamento intensivo poderiam recebê-lo, foi mais do que nunca necessária a construção de critérios no processo de triagem para a alocação de leitos, a fim de garantir uma maior objetividade, transparência e publicidade nas escolhas feitas. Além de facilitar o controle e a eventual revisão das decisões tomadas, a construção de parâmetros objetivos diminui a pressão que recai sobre os profissionais da saúde, em especial os médicos, nas escolhas feitas acerca de quem deve ou deveria ocupar as vagas de UTI, tornando ainda todo esse processo de triagem menos sujeito à influência de vieses indevidos e ilegítimos (MARMELSTEIN; MOROZOWSKI, 2020).

Antes da pandemia, a única regulamentação existente para a alocação de leitos em Unidades de Terapia Intensiva era a Resolução nº 2.156/2016 do Conselho Federal de Medicina, a qual, contudo, com o respeito devido e merecido, não traz critérios com o grau de objetividade, previsibilidade e transparência necessários para a solução do problema. A uma, os critérios nela estabelecidos são um tanto quanto vagos, dependendo da análise subjetiva de cada médico. A duas, não há a previsão de critérios de desempate entre os pacientes enquadrados em um mesmo nível de prioridade.

Há a necessidade premente de regulamentação da questão de forma mais ampla, detalhada e específica, sendo o Ministério da Saúde o órgão a quem isso incumbiria precipuamente. Na composição tripartite do SUS, é ao Ministério da Saúde que cabe o direcionamento de grande parte das ações e dos serviços de saúde, bem como, de forma mais ampla, a formulação de políticas públicas. Eis uma das razões para que, em um contexto ideal, ele regule a matéria ou então

ISSN: 2764-6742
ejef.tjmg.jus.br/grupo-de-estudos

tome a iniciativa de discuti-la juntamente com os demais entes federados. Para além disso, a fixação de critérios pelo Ministério da Saúde traria uniformidade às decisões, na medida em que eles serão os mesmos para todo o território nacional, sendo essa uma matéria em que as regionalidades não são importantes ao ponto de exigirem a fixação de protocolos específicos e diversificados (MARMELSTEIN; MOROZOWSKI, 2020).

À míngua de uma regulamentação pelo Ministério da Saúde, é possível que outros órgãos supram essa lacuna, como é o caso do próprio Conselho Federal de Medicina, bem como da Associação de Medicina Intensiva Brasileira (AMIB), e mesmo dos Conselhos Regionais de Medicina.

De todo modo, uma coisa é certa. É mais do que tempo de se dar a essa questão a importância que ela merece, fixando-se protocolos bem definidos, protocolos objetivos, previsíveis e transparentes, aptos a direcionar as decisões de médicos e de reguladores de centrais de leitos quando da triagem e da ocupação de vagas em Unidades de Terapia Intensiva, partindo (i) do princípio da igualdade de oportunidades, ou seja, que todos os que precisam de tratamento intensivo tenham a chance de participarem da seleção, sendo a escolha pautada em critérios objetivos e clinicamente relevantes, e também (ii) do princípio do bem estar da população, de modo que os recursos médicos escassos sejam alocados de modo a favorecer o maior número de pessoas, não apenas em termos quantitativos, mas também em termos qualitativos.

Dada a gravidade do problema, mormente no momento atual de pandemia do novo Coronavírus, não é raro que questões envolvendo a disponibilização de leitos hospitalares, de quem deverá ocupá-los e de quem, consequentemente, ficará deles privado, sejam judicializadas.

No caso do processo sob exame, no caso dos autos de nº 5007484-48.2018.8.13.0313, em que pese deferida, desde *initio litis*, a tutela de urgência, determinando-se, de pronto, a transferência de paciente que se encontrava em hospital municipal para outro nosocômio de alta complexidade, a medida não foi cumprida de imediato, mas com um lapso de mais de sessenta dias. Em que pese ao Estado de Minas Gerais não tenha permanecido inerte, na busca de leitos, através do SUSFácil, não foi possível o cumprimento da ordem de transferência em tempo mais exíguo.

ISSN: 2764-6742
ejef.tjmg.jus.br/grupo-de-estudos

Situações como essa demandam a necessidade de um diálogo interinstitucional, entre o juiz e os gestores que atuam no SUS, notadamente com a Central de Regulação de Leitos, para se mapear a possibilidade de cumprimento da medida da forma mais célere, mais efetiva e mais eficiente possível, sem prejudicar ou colocar em risco, à evidência, o direito de terceiras pessoas que se encontram em situação idêntica ou semelhante.

O diretor da Central de Regulação de Leitos poderá demonstrar a ocorrência de eventual quebra de isonomia, propiciando inclusive eventual reapreciação pelo juiz de tutela de urgência deferida *initio litis*. Poderá também buscar, sendo o caso, unidades hospitalares, em outras macrorregiões do Estado, que possuam o leito de UTI para a transferência, inclusive com possibilidade de compra de leito na rede privada.

Para além da Central de Regulação de Leitos, esse diálogo também passa por outros gestores que atuam no SUS, tanto em nível local como em nível regional e estadual. Da mesma forma, instituições como o Ministério Público e a Defensoria Pública devem ser integradas nesse diálogo, tendo lugar à mesa de discussão.

Por meio e através desse diálogo interinstitucional, é possível a identificação de carências no sistema, objetivando o seu aprimoramento, o que beneficiará não apenas a parte diretamente interessada na demanda, mas toda a sociedade, com uma distribuição mais equalizada dos leitos de UTI, de acordo com a demanda e a implantação de serviços, até mesmo de média e alta complexidade, em determinados polos regionais.

As vantagens que o diálogo interinstitucional propicia, para a qualidade e a adequação da tutela jurisdicional a ser prestada em demandas de saúde, em especial nas que tenham como objeto a disponibilidade de leitos hospitalares, mormente em unidades ou centros de terapia intensiva, a nós nos parecem evidentes.

Novos problemas, como os afetos à judicialização da saúde, exigem do juiz uma nova postura. Notadamente quando se tem em causa um problema estrutural, uma situação de desconformidade estruturada, como sói acontecer em ações que tenham como objeto a garantia e a efetivação do direito à saúde.

Se a escassez de recursos destinados à promoção, à proteção ou à recuperação da saúde é uma realidade inexorável, ou seja, é e sempre será uma

ISSN: 2764-6742
ejef.tjmg.jus.br/grupo-de-estudos

condicionante para a garantia e a efetivação do direito à saúde, isso não significa que não seja possível a adoção de medidas de rearranjo, ou de recomposição, visando à sua máxima concretização.

Especialmente útil para tanto nos parece a possibilidade de que o juiz estabeleça uma interlocução com representantes de instituições que atuem na área da saúde e que possam fornecer-lhe subsídios, especialmente quanto aos elementos de fato envolvidos no conflito, para sua decisão, melhorando a própria qualidade da tutela jurisdicional prestada.

A possibilidade de participação em juízo vem sendo reconhecida, já há algum tempo, como um dos pilares indispensáveis da atividade jurisdicional. E essa participação vai além, muitas vezes, das partes envolvidas diretamente na causa. Trazendo para o debate processual não apenas as partes, mas também outros sujeitos cuja atuação guarde pertinência com a questão *sub judice*, o Judiciário amplia a legitimidade da sua atividade e das suas decisões.

A oferta de mais espaço, dentro do processo, para o debate e a criação de mecanismos de diálogo interinstitucional, apresenta-se verdadeiramente estratégica para a prestação jurisdicional. Trazendo a sociedade, através de suas várias instâncias de representação, para a mesa, o Judiciário atua para torná-la também responsável pela decisão dali retirada (ARENHART; OSNA; JOBIM, 2021, p. 99).

Em um cenário em que os impactos da concretização da ordem jurídica, conforme plasmada na norma positivada, não são irrelevantes ao juiz, exige-se dele um novo papel, exige-se dele novas competências, dialogando com a sociedade e buscando a legitimação de suas decisões, não apenas porque emanadas de quem tem autoridade para, em nome do Estado, proferi-las, mas também porque forjadas no debate e no diálogo.

Parafraseando Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2001, p. 41), a participação e a consensualidade tornam-se, mais do que nunca, decisivas para a atividade jurisdicional, contribuindo para (i) aprimorar a sua eficiência, (ii) coibir abusos, (iii) garantir seja dada a devida atenção a todos os interesses em causa, (iv) proporcionar uma decisão mais adequada e razoável, (v) desenvolver o senso de responsabilidade dos destinatários da decisão, eis que corresponsáveis pela sua construção, e (vi) tornar os comandos do Estado-juiz mais aceitáveis e facilmente implementáveis.

ISSN: 2764-6742
ejef.tjmg.jus.br/grupo-de-estudos

Muitas vezes, tratando-se de judicialização da saúde, é preciso que se instaure no processo uma arena de debate tão ampla quanto possível, em que as várias posições e os vários interesses em causa possam ser ouvidos e possam interferir na formação da solução jurisdicional, sem, é claro, inviabilizar o trâmite da demanda, mutilando a sua efetividade. Se o Judiciário deve chamar para si a difícil tarefa de interferir em políticas públicas, ou em questões complexas, no plano econômico, social ou cultural, o processo, enquanto instrumento que viabiliza a prestação jurisdicional, deve ser concebido e construído como um ambiente democrático de participação. Sendo delineada como o fruto e o resultado de uma ferramenta adequada ao debate, a decisão judicial se legitima (ARENHART; OSNA; JOBIM, 2021, p. 117).

Acreditamos que é valioso desenvolver e potencializar janelas que viabilizem algum grau de diálogo institucional entre juízes e gestores do sistema de saúde, notadamente em demandas que envolvam decisões tão difíceis e de tão ampla repercussão, como as que tenham como objeto a disponibilização de leitos hospitalares, em que o acolhimento da pretensão de uma pessoa restringe, reciprocamente e em igual medida, a tutela do direito de outra.

Isso em nada afeta a independência do juiz e a possibilidade de que ele defina e resolva o conflito de acordo com o seu convencimento e à luz das balizas, de fato e de direito, regentes do caso concreto. Não é que o juiz fique adstrito à manifestação do gestor. Ao contrário, o que se dá, quando o juiz estabelece no processo um diálogo institucional com outros sujeitos cuja atuação tangencia o objeto da demanda, é um incremento da legitimidade da sua decisão e da efetiva possibilidade de que ela transponha o papel e se torne realidade, fim precípuo de toda e qualquer tutela jurisdicional.

Referências:

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. *Curso de processo estrutural*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Recomendação nº 66/2020*. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3318. Acesso em: 11 jun. 2021.

ISSN: 2764-6742

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Recomendação nº 100/2021*. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3988. Acesso em: 30 jun. 2021.

BRASIL. Presidência da República. *Código de Processo Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 12 jun. 2021.

BRASIL. Presidência da República. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 maio 2021.

BRASIL. Presidência da República. *Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 30 jun. 2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 2.156/2016.* Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2016/2156/. Acesso em: 28 maio 2021.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 303, ano 45, p. 45-81, maio 2020.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. *Possibilidades e limites do controle judicial das políticas públicas de saúde*: um contributo para a dogmática do direito à saúde. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional.* 11. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

GRACHIKI, Juliana C.; SOUZA, Marcia R. N. A escassez de leitos de UTI e a triagem de pacientes. A escolha de Sofia*. Boletim de Notícias Migalhas (Migalhas)*, Ribeirão Preto, 22 out. 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/335227/a-escassez-de-leitos-de-uti-e-a-triagem-de-pacientes---a-escolha-de-sofia. Acesso em: 28 maio 2021.

ISMAEL, Maria L. M. *et al.* O estabelecimento de critérios para a ocupação de leitos de UTIS no Brasil durante a pandemia da COVID-19: uma análise das limitações jurídicos-filosóficas impostas*. Revista Pensamento Jurídico*, São Paulo, v. 14, n. 2, 2020. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rpensam-Jur_v.14_n.2.17.pdf. Acesso em: 29 maio 2021.

KRETZER, Lara *et al. Recomendações da AMIB (Associação de Medicina Intensiva Brasileira), ABRAMEDE (Associação Brasileira de Medicina de Emergência, SBGG (Sociedade Brasileira de Geriatria e Gerontologia) e ANCP (Academia Nacional de Cuidados Paliativos) de alocação de recursos em esgotamento durante a pandemia*

ISSN: 2764-6742

por COVID-19. Associação de Medicina Intensiva Brasileira – AMIB, 1º maio 2020. Disponível em: https://tinyurl.com/yda32rgp. Acesso em: 29 maio 2021.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 6. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

MARMELSTEIN, George; MOROZOWSKI, Ana C. Que vidas salvar? Escassez de leitos de UTI, critérios objetivos de triagem e a pandemia da covid-19. *Revista Publicum UERJ*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, p. 94-117, 2020. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum/article/view/57573/0/. Acesso em: 29 maio 2021.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PINHEIRO, Victor M. Um típico caso de judicialização de políticas públicas: RE 727.864 e as questões da UTIS*. In*: TORON, A. Z. *et al. Decisões controversas do STF.* Direito constitucional em casos. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020. p. 35-52.

RAMOS, João G. R. *Avaliação de um instrumento de auxílio à tomada de decisão para priorização de vagas em unidades de terapia intensiva*. 2018. 186 f. Tese (Programa de Ciências Médicas), Universidade de São Paulo. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5169/tde-02082018-090906/publico JoaoGabrielRosaRamos.pdf/. Acesso em: 29 maio 2021.