



DOCTRINA

A EXIGÊNCIA DE PRÉVIO REQUERIMENTO
ADMINISTRATIVO EM AÇÕES JUDICIAIS
SOBRE SAÚDE PÚBLICA

Guilherme Malaguti Spina

AS NOVIDADES DA “NOVA LEI DE LICITAÇÃO”

Inacio de Loiola Mantovani Fratini

MEDIDAS DE URGÊNCIA NA COOPERAÇÃO
JURÍDICA INTERNACIONAL SOB A
PERSPECTIVA DO DIREITO BRASILEIRO

Gabriel Ribeiro Perlingeiro Mendes

A EXIGÊNCIA DE PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO EM AÇÕES JUDICIAIS SOBRE SAÚDE PÚBLICA

Guilherme Malaguti Spina

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o objetivo de traçar o esboço de uma proposta de alteração no entendimento sedimentado de que o exercício do direito de ação em matéria de saúde pública não é condicionado à prévia provocação da instância administrativa. Isso implica dizer que inexistente hoje, pelo entendimento dominante, necessidade de comprovação da negativa do Poder Público acerca da sua pretensão do particular, o que torna viável a judicialização dos mais variados pleitos, sem que haja condições de realizar um filtro mínimo por parte do Sistema Único de Saúde (SUS).

Não há como negar que os problemas que envolvem o direito à saúde pública demandam seu tratamento de forma peculiar. Qualquer abordagem é sempre delicada, ante a feição trágica que muitas vezes caracteriza o litígio cidadão *versus* Estado. A invocação do direito à vida, associado ao direito à saúde pública, é rotineiramente posta com uma conotação urgente e o risco de morte é um argumento muito persuasivo em favor daquele que demanda uma providência do Poder Público.

O problema principal em qualquer abordagem que se faça deste tema é a tentativa de conciliação entre os direitos subjetivos dos particulares ao lado da manutenção organizada do sistema como um todo. A alta litigiosidade via Poder Judiciário vem comprometendo partes significativas do orçamento público destinado ao SUS. Porém não seria inverídico dizer que a litigiosidade é um produto das deficiências do sistema, o que evidencia um círculo vicioso: quanto mais deficiências o sistema possui, mais judicialização ele produz, o que contribui para o aumento das suas deficiências.

Assim, é indissociável ao enfrentamento do problema da litigiosidade em massa a melhoria na qualidade dos serviços prestados pelo SUS. Medidas que abordem apenas um dos aspectos desse círculo vicioso não terão força suficiente para contribuir para tal desiderato e fatalmente cairão em descrédito.

O objetivo fundamental, então, será demonstrar que a introdução do acionamento prévio da instância administrativa como condição para a judicialização dos serviços prestados pelo SUS pode contribuir para a quebra desse círculo vicioso. Para tanto, a abordagem será dupla: como questão preliminar, será necessário verificar a viabilidade jurídica da exigência; depois, analisar de que maneira a medida contribui para organização do sistema. O *busílis* está em conciliar estes dois aspectos de modo a não destituir de efetividade o direito do cidadão de exigir do Estado determinado tratamento ou medicamento, situação que se torna ainda mais delicada nos casos urgentes.

É importante salientar que a construção de um sistema público universal de saúde num país de dimensões continentais como o Brasil é um desafio da maior envergadura, que demanda sinergia de todos os agentes envolvidos. Desse modo, dada a complexidade do problema, nenhuma medida isolada pode ser tida como a panaceia que irá resolver todos os problemas. Diversas providências devem ser tomadas em direção à melhoria do SUS, num esforço conjunto das três esferas da federação e da sociedade.

1. O PRINCÍPIO DA INAFSTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL E REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO PRÉVIO EM AÇÕES JUDICIAIS DE SAÚDE PÚBLICA

A Constituição Federal trata, no artigo 5º, inciso XXXV, do chamado princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional ou simplesmente inafastabilidade da jurisdição, nos seguintes termos: “a lei não excluirá, da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito”. O dispositivo estabelece um direito fundamental que pode ser lido, a partir dos pressupostos de uma dogmática do direito constitucional e do direito processual civil¹, por dois ângulos: o primeiro é uma leitura integrada com a Constituição e com ordenamento jurídico de uma maneira geral; o segundo é uma leitura mais focada no que o dispositivo veda expressamente.

O primeiro ângulo de análise da garantia constitucional consiste no dever do Estado em estabelecer regras e instituições necessárias para sua viabilização, o que

1 Miguel Marzineti elabora interesse síntese do modo como o dispositivo constitucional é interpretado pelas escolas de direito processual civil brasileiras, que, via de regra, relacionam a garantia constitucional de acesso à justiça como acesso ao Poder Judiciário. MARZINETTI, Miguel. *Justiça Multiportas e o paradoxo do acesso à Justiça no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 52-58.

implica considerá-la na categoria dos direitos à organização e ao procedimento². Devem ser editadas normas que fixem como será efetivado o acesso ao Poder Judiciário, o que implica, grosso modo, na necessidade de leis processuais que propiciem ao cidadão meios para a tutela dos seus direitos. Essas normas devem regular de maneira ampla a atuação do Poder Judiciário com vistas à efetiva proteção dos direitos, tornando necessária a criação de instrumentos processuais adequados a tal finalidade. Assim, o Código de Processo Civil é exemplo de norma que viabiliza o acesso ao aparato judiciário e que deve prever, juntamente com as normas processuais extravagantes, as formas como isso se dará, inclusive viabilizando as chamadas tutela de urgência e evidência para evitar o perecimento de direitos e garantir sua plena satisfação. E as regras constitucionais de organização judiciária previstas nos artigos 92 e seguintes da Carga Magna determinam a estrutura do Poder Judiciário que realizará o direito regulamentado nas leis processuais.

Ainda do ponto de vista de uma análise abrangente, o Estado deve instituir um conjunto de estruturas materiais que operacionalizem estas normas viabilizadoras do direito de acesso ao Poder Judiciário. Tais estruturas consistem nos diversos órgãos judiciários que se encontram à disposição para utilização segundo as necessidades dos cidadãos: servidores e juízes devem ser contratados e treinados para exercer adequadamente suas funções, imóveis devem ser locados ou adquiridos para abrigar tais pessoas e uma administração da justiça deve existir para fazer a gestão de toda essa organização.

Ao lado desta estrutura organizacional, é possível ler o inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal de forma mais específica: de que maneira é possível regulamentar o direito de acesso ao Poder Judiciário sem que a garantia constitucional seja violada? Quanto a esse ponto, múltiplos aspectos podem ser citados, porém o fator comum a todos eles é a necessidade de criar requisitos para o exercício deste direito. Dessa forma, podem-se citar os prazos prescricionais para a propositura de ações, a obediência aos pressupostos processuais e às condições da ação, os prazos e requisitos para a interposição dos recursos, os limites à produção de provas e assim por diante.

Na realidade, os dois aspectos de análise do problema – a leitura integrada e a leitura específica – são convergentes e complementares: o fato de serem criados

2 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 201-205.

mecanismos processuais para o acesso à justiça torna necessário o estabelecimento de requisitos para que o direito seja exercitado. Isso porque o direito de ação será exercido (por aquele que alega lesão ou ameaça a direito) em face de outrem, que, por sua vez, detém o direito de ampla defesa. Este, para ser regularmente exercitado, demanda parâmetros dentro dos quais o acesso à justiça deva ser feito. A título ilustrativo, veja-se a seguinte situação: a defesa do réu só consegue ser eficiente para os fins aos quais se destina se a petição inicial obedecer a determinados requisitos, sem os quais tornaria difícil o conhecimento de todas as circunstâncias que envolvem a alegação de violação ao direito.

Talvez por isso não exista qualquer dúvida na doutrina e jurisprudência pátrias que o estabelecimento dos pressupostos processuais e as condições da ação não violam a garantia da inafastabilidade da jurisdição³. O legislador infraconstitucional pode estabelecer critérios para o acesso ao Poder Judiciário, desde que estes não se configurem desarrazoados e, dessa forma, inviabilizem o exercício do direito por completo. Dentre as situações em que se poderia configurar como requisitos desproporcionais pode-se citar a instituição de taxa judiciária em valor que inviabilize, na prática, o acesso à justiça⁴.

Por outro lado, também não pairam dúvidas acerca do entendimento de que, a partir da Constituição Federal de 1988, não mais existe a chamada jurisdição condicionada ou instância administrativa de curso forçado⁵. Vale dizer que, ao particular, não é exigido o prévio esgotamento das instâncias administrativas, com a interposi-

3 NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: RT, 2010, p. 179. MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 198. STF, RE 273.791/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, j. 15.08.2000: “Garantia da jurisdição: alcance. O art. 5º, XXXV, assegura o acesso à jurisdição, mas não o direito à decisão de mérito, que pende – é um truísmo – de presença dos pressupostos do processo e das condições de ação, de regra, disciplinados pelo direito ordinário”.

4 Súmula 667 do Supremo Tribunal Federal: “Viola a garantia constitucional de acesso à jurisdição a taxa judiciária calculada sem limite sobre o valor da causa”.

5 NERY JÚNIOR, op. cit., p. 182. MORAES, op. cit., p. 200. A doutrina destaca que a restrição contida no artigo 153, § 4º, da Constituição Federal de 1969, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 7/77 não foi repetida no atual texto constitucional. Assim dispunha a Constituição revogada: “§ 4º A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. O ingresso em juízo poderá ser condicionado para que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido”.

ção de todos os recursos administrativos previstos em lei até o mais alto escalão da Administração Pública, como requisito para o ingresso no Poder Judiciário em face do Poder Público.

Todavia é possível constatar sinais de mudança nesse cenário jurídico nos últimos anos. O Supremo Tribunal Federal admitiu, no ano de 2014, a possibilidade de exigência de requerimento administrativo prévio para o exercício do direito de ação em matéria previdenciária. No julgamento do Recurso Extraordinário nº 631.240/MG, de relatoria do Ministro Luiz Roberto Barroso⁶, o Tribunal adotou interpretação de que apenas com a negativa do pedido administrativo ou a delonga na resposta é que resta configurada a resistência do Instituto Nacional da Seguridade Social à pretensão do particular. O acionamento administrativo prévio, aliado à resposta ou sua demora além do prazo legal, é que atribuem interesse processual ao segurado em ver seu direito apreciado pelo Poder Judiciário.

Dois aspectos deste julgamento paradigmático permitem um raciocínio analógico do direito previdenciário com o direito à saúde. O primeiro deles é que tanto o direito previdenciário quanto o direito à saúde são direitos que, via de regra, são exercitáveis a partir de uma provocação do particular em face do Poder Público. Esta dinâmica própria é que permite afirmar que o interesse de agir do particular não existe até que este adote uma postura ativa em obter o benefício desejado. Essa necessidade de pedido específico do particular em face do Instituto Nacional da Seguridade Social (INSS) é que motivou o Pretório Excelso a afirmar, na linha do voto condutor:

Assim, se a concessão de um direito depende de requerimento, não se pode falar em lesão ou ameaça a tal direito antes mesmo da formulação do pedido administrativo. O prévio requerimento de concessão, assim, é pressuposto para que se possa acionar legitimamente o Poder Judiciário. Eventual lesão a direito decorrerá, por exemplo, da efetiva análise e indeferimento total ou parcial do pedido, ou, ainda, da excessiva demora em sua apreciação.

Tal constatação, se bem nítida com relação aos benefícios previdenciários, não deixa de ser verdadeira também para o direito à saúde. O sistema público de saúde dificilmente age de ofício, sem solicitação do particular. Podem-se pensar, como exceção à regra, os casos de extrema urgência (p. ex. acidentes de trânsito),

6 BRASIL. Recurso Extraordinário nº 631.250/MG (Tema 350). Relator Ministro Luís Roberto Barroso, Pleno, j. 03.09.2014. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2014.

embora também haja acionamento via telefone dos serviços do SAMU (Serviço de Atendimento Móvel de Urgência, regulamentado pelo Decreto nº 5.055/2004), seja pela própria vítima, seja por terceiro presente no local.

No entanto, via de regra, o particular é quem procura o serviço de saúde em razão de alguma necessidade de sua parte. São casos mais corriqueiros e cotidianos, tais como medicamentos, exames, marcação de consultas, cirurgias eletivas etc. Nestas situações, vislumbra-se uma nítida semelhança com o direito previdenciário, não havendo conduta de ofício por parte dos agentes públicos do SUS. Pode-se afirmar que essa postura ativa do particular é uma constante na dinâmica do direito à saúde pública que permite sua comparação com o direito previdenciário⁷.

O outro aspecto foi a constatação de que a necessidade de requerimento administrativo prévio não se confunde com o esgotamento das instâncias administrativas. Este pressupõe a interposição de todos os recursos e impugnações previstos na legislação do processo administrativo, o que implica no dever do particular de percorrer todo o *iter* procedimental até o mais alto escalão da Administração Pública. O requerimento administrativo, pelo contrário, é um simples pedido formulado em qualquer repartição pública em que se solicita um encaminhamento da situação específica vivenciada pelo cidadão com vistas a uma adequada solução do caso apresentado⁸.

Assim, dadas estas similitudes, é perfeitamente possível se pensar na viabilidade jurídica de se condicionar o acesso ao Poder Judiciário a prévio requerimento administrativo com relação ao direito à saúde pública. É importante salientar que as semelhanças apontadas não desnaturam diferenças existentes entre o direito

7 Passagem interessante no voto condutor do citado acórdão do Supremo Tribunal Federal é aquela em que se admite, em *obiter dictum*, que o prévio requerimento administrativo é extensível a outros casos em que se exige uma postura ativa do particular: “As regras acima valem para pretensões de concessão original de outras vantagens jurídicas que, embora não constituam benefícios previdenciários, também dependem de uma postura ativa do interessado: é o caso, e.g., dos pedidos de averbação de tempo de serviço” (Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 631.250 (Tema 350), Relator Ministro Luís Roberto Barroso, Pleno, j. 03.09.2014). A propósito, convém salientar que o Superior Tribunal de Justiça aplicou a *ratio decidendi* deste julgamento do Supremo Tribunal Federal a processo que objetivava a repetição de indébito tributário de contribuições previdenciárias. Cf. BRASIL. **Recurso Especial nº 1.734.733/PE**. Rel. Min. Herman Benjamin. DJe 28.11.18. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2018.

8 “Esclarece-se, porém, que o requisito do prévio requerimento se satisfaz com a mera postulação administrativa do benefício, perante a primeira instância com atribuição para conhecê-lo, enquanto o exaurimento significa a efetiva utilização de todos os recursos administrativos cabíveis” (Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 631.250 (Tema 350), Relator Ministro Luís Roberto Barroso, Pleno, j. 03.09.2014).

previdenciário e o direito à saúde, que merecem um tratamento específico, seja por parte do legislador, seja por parte da jurisprudência.

Talvez o principal fator a distinguir o direito à saúde é a sua correlação com o direito à vida, muito mais estreita que no direito previdenciário. Em muitos casos, quando se pensa em um tratamento à saúde ou um medicamento, logo se relaciona o risco do paciente em se ver privado da própria vida. Já quando se pensa em um benefício previdenciário, esta relação pode até existir, dado o caráter alimentar das prestações, mas é menos imediata.

Isso fatalmente irá refletir no prazo a ser dado ao Poder Público para encaminhar e responder o requerimento administrativo do interessado. Ao contrário do que ocorre no direito previdenciário, em que existe um prazo fixo para todos os requerimentos que são submetidos ao INSS, dificilmente o mesmo critério poderá ser adotado no tema da saúde pública. Aqui certamente existem casos não urgentes, casos pouco urgentes e casos muito urgentes, cada um demandando uma velocidade para o adequado encaminhamento e solução.

Outra peculiaridade está em que a estrutura e organização do SUS não são tão homogêneas quanto as do INSS, gerido por uma única pessoa jurídica de direito público. O SUS é integrado pela União, pelos estados e municípios, bem como particulares em caráter complementar (artigo 4º da Lei nº 8.080/1990 e 197 da Constituição Federal). Assim, apesar de haver legislação que regulamente o sistema de saúde em todo o território nacional, não há como negar as peculiaridades e diferenças locais, em especial pela notória desigualdade de distribuição da riqueza pelo país.

Por fim, há que se considerar a diversidade de prestações previdenciárias e as demandadas ao SUS. Enquanto o INSS tem como principal dever a prestações pecuniárias – os chamados benefícios previdenciários –, ao SUS são atribuídas as mais diversas obrigações materiais: consultas médicas, realização de exames e procedimentos cirúrgicos, fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos.

Todavia tais peculiaridades não tem o condão de inviabilizar a exigência de prévio requerimento administrativo como condição para o ajuizamento de ações em face do Poder Público. É exatamente esta rede complexa de pessoas e órgãos envolvidos nas mais variadas prestações que torna necessária a gestão unificada por aqueles que detêm o conhecimento do sistema e de suas potencialidades, o que deve ser intensificado pela adoção paulatina de protocolos e procedimentos, e a utilização de

instrumentos tecnológicos com vistas a garantir agilidade no encaminhamento das solicitações que chegam ao sistema.

O conteúdo das demandas dos usuários do sistema, materializado nas solicitações administrativas, pode ser encaminhado por meio de toda a rede do SUS para que seja adequadamente atendido em um prazo razoável. Portanto não se mostra juridicamente inviável exigir do particular um prévio pedido administrativo antes do ajuizamento de ação em face do Poder Público, contanto que não haja delongas no seu atendimento e resposta, na mesma linha do entendimento já consolidado com relação aos benefícios previdenciários.

2. ASPECTOS POSITIVOS DECORRENTES DA EXIGÊNCIA DO PRÉVIO PEDIDO ADMINISTRATIVO

Esclarecida a viabilidade jurídica na exigência do prévio requerimento administrativo para o acionamento judicial em demandas de saúde pública, resta agora demonstrar como esta medida pode ser útil à melhor gestão do SUS e a uma mais eficiente tutela do direito do usuário do sistema. Se no item anterior a viabilidade jurídica foi exposta em termos de dogmática jurídica constitucional e processual civil, agora será necessária uma visão mais abrangente, que irá envolver, ainda que perfunctoriamente, razões para uma melhor governança do SUS e considerações sobre meios alternativos ao Poder Judiciário para o tratamento dos conflitos de interesses entre o Poder Público e os particulares.

Do ponto de vista de melhor gestão do SUS, muitos são os argumentos que reforçam a necessidade dos pedidos administrativos antecederem as ações judiciais em matéria de saúde pública. O primeiro aspecto a se considerar é que os profissionais da saúde são mais gabaritados e especializados que os servidores do Poder Judiciário para a análise dos pleitos dos usuários do sistema. A postulação jurídica sempre é vinculada a um problema médico do paciente: sem o enquadramento correto entre moléstia e tratamento não há como saber se o direito deve ser concedido e em que termos deve sê-lo. Quando a demanda é encaminhada diretamente ao Poder Judiciário, este enquadramento é muitas vezes feito de maneira muito superficial, bastando mera receita médica para que o juízo entenda como procedente o argumento trazido pelo particular. Muitas vezes não são considerados os protocolos clínicos já existentes no Sistema Único de Saúde, que certamente poderiam servir como parâmetros para o adequado encaminhamento do caso.

Por outro lado, o encaminhamento do caso pode ser feito de maneira mais célere, uma vez que o servidor do Poder Executivo realizará as diligências sem a intermediação do Poder Judiciário, levando sempre em consideração qual entidade da federação será a responsável pela solução do caso posto em análise. Um medicamento de alto custo pode não estar disponível na rede municipal do SUS, mas o usuário poderá ser encaminhado à farmácia de alto custo de responsabilidade do Estado que tenha à disposição o fármaco em questão. Se, por hipótese, a demanda fosse endereçada diretamente ao Poder Judiciário e a ação fosse movida apenas em face do município, este se veria obrigado a comprar o produto e entregá-lo (muitas vezes a compra é feita periodicamente, pois o tratamento demanda várias doses), provavelmente com um custo muito maior do que aquele que seria despendido pelo ente federativo que o adquire em grandes lotes. Nesse sentido, além de ser um fator complicador no já complexo sistema público de saúde brasileiro, os custos dos medicamentos e tratamentos certamente são mais elevados quando a aquisição é feita no varejo em razão de decisões judiciais muitas vezes proferidas em ações intentadas por um único usuário do sistema.

Todavia uma consequência inescapável da exigência de prévio requerimento administrativo é o dever de informação a que devem estar sujeitos todos os órgãos e entidades do SUS. Ao receber um pedido, o encaminhamento, além de célere, deve ser acompanhado de informação ao usuário acerca do procedimento que será adotado no seu caso. Tal obrigação será tanto mais bem cumprida quanto mais interligadas estiverem as três esferas da federação, o que será potencializado com a paulatina integração tecnológica, que facilitará o conhecimento por parte dos agentes de saúde e do público em geral acerca das possibilidades de tratamento disponíveis no sistema e onde é possível obtê-las.

Ademais, não é da vocação do Poder Judiciário a disponibilização de estrutura paralela ao SUS para o atendimento dos mais diversos tipos de pedidos de tratamento, medicamento, cirurgias etc. O Judiciário deve, sim, ser organizado para estar de prontidão para as lesões a direitos, mas o ideal é que estes só lhe sejam endereçados após a apreciação do caso pelos órgãos do SUS. Além de aumentar os custos da máquina pública como um todo, a via direta judicial sobrecarrega o sistema de justiça, comprometendo a resolução do conjunto de processos que estão sob o crivo

do Judiciário. No voto condutor do RE 631.240/MG⁹ constou a seguinte passagem que pode ser aplicada praticamente sem ressalvas à saúde pública:

Como se percebe, o Judiciário simplesmente não tem – e nem deveria ter – a estrutura necessária para atuar paralelamente ao INSS, como instância originária de recepção e processamento de pedidos de concessão de benefícios. Pretender transferir aos juízes e tribunais a enorme demanda absorvida pela Previdência implicaria o total colapso do sistema judiciário. Nota-se ainda que a instância administrativa, mesmo com todas as suas carências, é gratuita, fornece respostas em média muito mais rápidas e é integrada por servidores especializados. A pretendida subversão da função jurisdicional, por meio da submissão direta de casos sem prévia análise administrativa, acarreta grande prejuízo ao Poder Público e aos segurados coletivamente considerados. Isto porque a abertura deste “atalho” à via judicial gera uma tendência de aumento da demanda sobre os órgãos judiciais competentes para apreciar esta espécie de pretensão, sobrecarregando-os ainda mais, em prejuízo de todos os que aguardam a tutela jurisdicional. Por outro lado, os órgãos da Previdência, estruturados para receber demandas originárias, teria sua atuação esvaziada pela judicialização.

Por outro lado, o pedido administrativo antecedente pode ser encarado não apenas sob o ponto de vista de uma gestão mais eficiente do SUS, mas como forma de superar os obstáculos do acesso à justiça, ainda enfrentados em terras nacionais. É conhecido o clássico estudo seminal e compreensivo da década de 1970 coordenado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth acerca dos problemas ao acesso à justiça em diversos países¹⁰. Nele foram detectados alguns obstáculos comuns às possibilidades que são dadas aos cidadãos para resolver seus litígios, sob o pressuposto de que, hodiernamente, o conceito de efetividade do acesso à justiça, derivado do Estado de bem-estar social, suplantou o conceito liberal de acesso formal ao aparato judiciário por meio dos instrumentos processuais, desconsiderando-se as peculiaridades e desigualdades existentes na realidade social. Esta realidade, muitas vezes negligenciada pelos estudos tradicionais de direito, foi enriquecida por visões sociológicas, psicológicas, antropológicas, econômicas e políticas, tornando o trabalho rico e paradigmático.

Dentre as barreiras explicitadas pelos estudiosos, convém enumerar algumas que mais se relacionam com o problema tratado no presente trabalho: (a) os custos do

9 Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 631.250 (Tema 350), Relator Ministro Luís Roberto Barroso, Pleno, j. 03.09.2014.

10 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

processo, aqui englobando as custas processuais propriamente ditos e os honorários advocatícios; (b) o tempo de espera para uma solução final do litígio; (c) barreiras culturais, em especial a aptidão para reconhecer um direito e propor um ação; (d) a questão da maior possibilidade de se valer em benefício próprio dos instrumentos processuais pelos litigantes habituais em face dos litigantes eventuais, o que envolve inclusive um planejamento da porcentagem de violações do direito que serão objeto de acionamento judicial; (e) os problemas com a fragmentação inerente aos interesses difusos e coletivos e a dificuldade na sua proteção e efetivação. Convém salientar que estudos recentes no Brasil demonstram a persistência desses problemas no sistema jurídico nacional¹¹.

O pedido administrativo prévio certamente não irá resolver completamente todas estas barreiras. Porém é possível vislumbrar uma razoável contribuição nesse sentido. O requerimento administrativo não demanda o recolhimento de custas e não necessita ser patrocinado por advogado: ou seja, o custo, para o usuário do sistema, é zero. Por outro lado, a instância administrativa tende a ser mais ágil que a instância judicial, ao menos nos casos mais corriqueiros, que são o grande número de atendimentos no SUS. Com o dever de informação encarnado nos órgãos do sistema de saúde, pode-se superar a barreira cultural e dar maior acesso ao serviço público a quem não teria condições de conhecer seu direito e demandar judicialmente pela sua efetivação, capitalizando ainda mais o acesso aos mais despossuídos, que normalmente são aqueles que também dispõem de menor instrumental para o reconhecimento dos próprios direitos¹². E, por fim, elimina-se o litígio, aos menos quando o pedido é reconhecido administrativamente, o que torna irrelevante as estratégias do Poder Público enquanto litigante habitual em face dos particulares, litigantes eventuais.

Com relação à barreira da efetivação dos direitos difusos e coletivos, é relevante ressaltar que o direito brasileiro possui instrumentos processuais que possibilitam

11 A esse respeito, cf. MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Acesso à justiça: uma releitura da obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth a partir do Brasil 40 anos depois. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 3, p. 1827-1858, 2015. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/19385>. Acesso em: 18 out. 2019.

12 Maria Tereza Sadek destaca como pode ser falsa a ideia de que o aumento progressivo no número de processos no Poder Judiciário significaria uma democratização do acesso à justiça, “dada a concentração da demanda por respostas judiciais em alguns poucos litigantes”, circunstância esta que contribui para acentuar as desigualdades sociais. Ademais, especificamente com relação às ações de saúde pública, a socióloga destaca que “a maior parcela dos demandantes por internações ou medicamentos possui nível socioeconômico médio e alto”. SADEK, Maria Tereza. Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos. *Revista USP*, São Paulo, n. 101, p. 60, 30 maio 2014.

a judicialização de muitos casos que envolvem o direito à saúde pública. Porém há muitos direitos que permanecem fora do radar dos legitimados nas ações coletivas, deixando seus titulares sem proteção por esta via. Talvez a instância administrativa possa dar conta de muitos direitos invisíveis, cotidianos e que não tenham tanto apelo midiático ou mesmo na opinião pública.

Outra questão que merece abordagem é a consideração da instância administrativa como meio alternativo ao Poder Judiciário para a resolução de conflitos. Como o direito à saúde é invocável em face do Poder Público, tendo como titulares, ao menos potencialmente, todos os duzentos milhões de brasileiros, é natural que a judicialização desenfreada afete o funcionamento de todo o sistema de justiça, notadamente o Poder Judiciário, que vê prejudicadas muitas das suas outras competências que lhe são atribuídas pelo ordenamento jurídico.

A situação caótica vivenciada pelo Poder Judiciário brasileiro decorre da noção corrente entre muitos dos estudiosos do direito de que o direito de acesso à justiça é sinônimo de acesso ao Poder Judiciário¹³. Embora tenhamos hoje um ambiente mais fértil para a introdução efetiva dos meios alternativos à resolução dos conflitos (vide, por exemplo, o artigo 3º do Novo Código de Processo Civil, que expressamente prevê a solução consensual dos conflitos mediante o estímulo à conciliação e a mediação, além da arbitragem), até o presente momento não se tem implementada uma cultura de valorização da instância administrativa como caminho prévio a ser percorrido antes da judicialização do conflito em moldes tradicionais.

Dentro dessa linha de raciocínio, a instância administrativa pode ser considerada uma fase pré-processual obrigatória, que visa a encontrar uma solução ao problema específico trazido pelo usuário ao sistema de saúde. O que se propugna é que este meio alternativo, se corretamente implementado e gerido, pode ser, em muitos casos, mais efetivo que o meio tradicional do processo judicial¹⁴. Assim, dadas as peculiaridades

13 Em sentido contrário, Maria Tereza Sadek: “O direito de acesso à justiça não significa apenas recurso ao Poder Judiciário sempre que um direito seja ameaçado. Esse direito envolve uma série de instituições estatais e não estatais. Como consta do texto constitucional, são vários os mecanismos e instituições que podem atuar na busca da solução pacífica de conflitos e do reconhecimento de direitos” (ibidem, p. 57). Todavia a autora reconhece, mais à frente, que os meios alternativos ainda não foram adequadamente implementados no Brasil, o que torna mais problemático o atual funcionamento do Poder Judiciário.

14 Muitos são os estudos a respeito da processualização da atividade administrativa e sua relação com a democracia e o respeito ao direito dos cidadãos. Cf. o estudo seminal de MEDAUAR, Odete. *A processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993. Cf. também SUNDFELD,

do SUS, em especial seu caráter eminentemente público e universal, é perfeitamente possível conceber a instância administrativa como uma fase pré-processual estatal que tenha capacidade para melhor atender os usuários do sistema.

É de se ressaltar, por fim, que a instância administrativa também pode se revelar mais eficaz que outros meios alternativos previstos na legislação¹⁵, tais como a arbitragem e a mediação, dado o volume imenso de situações trazidas para dentro do sistema todos os dias e a necessidade de conhecimento técnico tanto da moléstia do usuário quanto do tratamento disponível em toda a rede.

3. DUAS EXCEÇÕES: A QUESTÃO DOS CASOS URGENTES E O POSICIONAMENTO NOTÓRIO CONTRÁRIO DO PODER PÚBLICO

A par das vantagens que podem ser extraídas do prévio pedido administrativo nas ações de saúde pública, pode-se vislumbrar intuitivamente ao menos duas hipóteses em que esta condição, na prática, inviabilize o exercício do direito por parte do seu titular. E tal constatação requer saber em que medida é possível a superação da exigência, viabilizando a judicialização direta da demanda e de que forma o magistrado deve agir nestas situações.

A primeira e mais evidente hipótese a considerar são os casos urgentes. Muitas vezes o transcurso do tempo pode se mostrar um fator inviabilizador do direito à saúde pública, posto que relacionado ao direito à vida. Em determinadas situações, não haverá condições práticas de se aguardar o tratamento administrativo do requerimento do particular, dada as peculiaridades do caso concreto.

Assim, é possível imaginar os casos urgentes como uma primeira exceção à exigência de prévio requerimento administrativo. Todavia há que ser ponderado que, sob o guarda-chuva da urgência, pode ser distinguido um conjunto de situações: existem

Carlos Ari. Processo Administrativo: um diálogo necessário entre Estado e cidadão. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, p. 39-51, jan.-mar. 2006.

15 Acerca da convivência da multiplicidade de métodos alternativos e a difícil escolha do mais adequado para determinado tipo de conflito, cf. MARZINETTI, op. cit., p. 110: “Diante de tal multiplicidade de métodos de solução de conflitos, importante dizer que cada qual é apropriado para litígios de naturezas distintas, de modo que a opção por um ou outro necessita de orientação prévia especializada ou, num sistema amplo de acesso a tais meios, um filtro para o encaminhamento ao método mais adequado para o conflito que se apresente”. O presente estudo, no entanto, opta por abordar a via administrativa como meio alternativo mais adequado para o tratamento dos conflitos que envolvam o Poder Público e os usuários do SUS.

os casos muito urgentes, em que é necessária uma cirurgia imediata; e existem os casos um pouco menos urgentes, em que também se faz necessário o mesmo procedimento, mas a sua realização pode ser feita dentro de uma semana. E pela própria natureza do direito à saúde, que admite uma multiplicidade de diagnósticos e prescrições médicas, a urgência não admite a fixação de prazos rígidoss.

Dessa forma, a solução é a explicitação na petição inicial acerca do grau de urgência que o caso concreto requer, com comprovação documental da verossimilhança da situação, o que permitirá ao magistrado receber a petição inicial, afastando a exigência do requerimento administrativo antecedente. A argumentação formulada pelo autor deve ser feita em caráter preliminar, justificando que os trâmites burocráticos da instância administrativa, na situação específica, inviabilizarão o exercício do direito invocado pelo autor. A lesão ao direito, portanto, considera-se presumida pela própria existência da urgência.

Mas há, ainda, outra situação em que é possível entrever uma necessária superação da exigência em razão de uma presunção de lesão do direito particular. Trata-se dos casos em que a posição da Administração Pública já é notória e contrária aos interesses do particular. Esta situação foi considerada no julgamento do já citado Recurso Extraordinário nº 631.240¹⁶, sendo possível compreender sua aplicação para os casos de saúde pública. Nestas hipóteses, de fato, não há como exigir o prévio requerimento administrativo, dado que este será fatalmente indeferido, o que torna a exigência uma formalidade sem fundamento jurídico razoável e que não teria o condão de obter os citados efeitos positivos acima citados. Porém, da mesma forma, caberá ao particular alegar tal situação na petição inicial e ao magistrado verificar se há razão ou não acerca do que foi alegado.

É importante salientar que certamente surgirãssituações em que será difícil o enquadramento em uma das duas exceções. Estas zonas cinzentas demandarão dos usuários do sistema uma demonstração da sua particularidade e dos juizes uma adequada análise do caso concreto, com vistas a não tornar regra as exceções ou, por outro lado, fazer destas algo repleto de requisitos formais destituídas de aplicabilidade.

16 "A exigência de prévio requerimento administrativo não deve prevalecer quando o entendimento da Administração for notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado" Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 631.250 (Tema 350), Relator Ministro Luís Roberto Barroso, Pleno, j. 03.09.2014.

CONCLUSÃO

Pretendeu-se demonstrar, com este breve trabalho, tanto a viabilidade jurídica quanto os efeitos benéficos para a organização do SUS e em termos de acesso à justiça do prévio requerimento administrativo nas ações de saúde pública. Sem a pretensão de esgotar o tema ou mesmo de propor uma solução única para os complexos desafios que envolvem o direito à saúde no Brasil, o objetivo foi propor uma nova forma de abordar o problema da judicialização excessiva do SUS, por meio da introdução da instância administrativa prévia como modo de contribuir para a racionalidade do sistema e, ao mesmo tempo, viabilizar o acesso efetivo ao direito à saúde pública a um maior número de cidadãos, sobretudo aqueles integrantes das camadas mais desfavorecidas da sociedade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Recurso Extraordinário nº 631.250/MG (Tema 350)*. Relator Ministro Luís Roberto Barroso, Pleno, j. 03.09.2014. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2014.

BRASIL. *Recurso Especial nº 1.734.733/PE*, Rel. Min. Herman Benjamin. DJE 28.11.18. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2018.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

MARZINETTI, Miguel. *Justiça multiportas e o paradoxo do acesso à Justiça no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993,

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann. Acesso à justiça: uma releitura da obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth a partir do Brasil 40 anos depois. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 3, p. 1827-1858, 2015. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/19385>. Acesso em: 18 out. 2019.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: RT, 2010.

SADEK, Maria Tereza. Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos. *Revista USP*, São Paulo, n. 101, p. 55-66, 30 maio 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari. Processo Administrativo: um diálogo necessário entre Estado e cidadão. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 6 n. 23, p. 39-51, jan.-mar. 2006.

