



Universidade Federal do Pará – UFPA
Instituto de Ciências Jurídicas – ICJ
Programa de Pós-Graduação em Direito

GABRIELA DE CÁSSIA MOREIRA ABREU FERREIRA

PARÂMETROS PARA JUSTICIABILIDADE DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE: o
caso do Estado do Pará.

BELÉM
2012

GABRIELA DE CÁSSIA MOREIRA ABREU FERREIRA

**PARÂMETROS PARA JUSTICIABILIDADE DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE: o
caso do Estado do Pará.**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito pelo Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará.

Linha de Pesquisa: Constitucionalismo, Democracia e Direitos Humanos.

Área de Concentração: Direitos Humanos e Políticas Públicas

Orientadora Prof^a. Dr^a. Violeta Refkalefsky Loureiro.

BELÉM

2012

FERREIRA, Gabriela de Cássia Moreira Abreu

Parâmetros para Justiciabilidade do Direito Social à Saúde : o Caso do Estado do Pará / Gabriela de Cássia Moreira Abreu Ferreira; Orientadora: Prof^ª. Violeta Refkalefsky Loureiro. Belém, 2015.

177 f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2015.

1. Responsabilidade (Direito). 2. Direito Humano. 3. Política Pública.
I. Título.

CDD- 341.1

GABRIELA DE CÁSSIA MOREIRA ABREU FERREIRA

PARÂMETROS PARA JUSTICIABILIDADE DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE: o caso do
Estado do Pará.

Dissertação apresentada como requisito parcial
para a obtenção do grau de Mestre em Direito
pelo Instituto de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal do Pará.

Linha de Pesquisa: Constitucionalismo,
Democracia e Direitos Humanos.

Área de Concentração: Direitos Humanos e
Políticas Públicas

Orientadora Prof^a. Dr^a. Violeta Refkalefsky
Loureiro.

Banca Examinadora

Prof^a. Dr^a. Violeta Refkalefsky Loureiro.

Orientadora

Prof. Dr. Antonio Gomes Moreira Maués (UFPA)

Prof. Dr. Paulo de Tarso Dias Klautau Filho (CESUPA)

Apresentado em: ____/____/ 2012

Conceito: _____

BELÉM

2012

Para Henrique, meu anjinho, sempre.

AGRADECIMENTOS

À minha mãe, avó Marina, tio Borges, tia Ivanilda, por todo amor, apoio e torcida, além de terem contribuído para pudesse chegar a este momento.

Aos meus sogros, Graça e Fausto, que amorosamente me acolheram como uma verdadeira filha, que tanto fizeram e fazem por mim até hoje, obrigada! Às minhas cunhadas Mayara e Joseanne, e aos concunhados Renato e Marcos, que completam esta grande família. À princesa Maria Eduarda, por sempre tornar tudo mais alegre com seu sorriso e risada. Tia Bibi te ama.

À minha estimada orientadora, Violeta Refkalefsky Loureiro, pelo carinho e paciência, por todas as valiosas sugestões e correções e pelo exemplo de educação, gentileza, simpatia e paixão pela vida e pela docência que sempre terei como norte.

Aos professores do PPGD com os quais tive a feliz oportunidade de cursar disciplinas: Pastora Leal, Jane Beltrão, Gisele Góes, Calilo Kzan, Paulo Weyl, Raimundo Raiol e José Cláudio Monteiro de Brito Filho.

De modo especial ao professor Antonio Gomes Moreira Maués, exemplo de devotamento ao magistério, que gentilmente aceitou me orientar no estágio docência e acompanhou o trabalho desde a qualificação. Obrigada por todas as sugestões, indicações e empréstimos de livros.

Ao querido professor Paulo Klautau Filho, exemplo de pessoa e profissional íntegro e dedicado, que considerarei como meu eterno orientador, por ter acompanhado e incentivado minha pesquisa e paixão pelos direitos sociais desde a graduação, contribuindo decisivamente para meu ingresso no mestrado, meu muito obrigada, com carinho.

Aos colegas de travessia no PPGD: Karla Raffaelli Valente, Gabriella Dinelly (minha xará e cúmplice de 'direitos sociais', obrigada pela leitura e apontamentos, linda!), Adelman Olivério, Fabrício Moraes, com destaque à Carol Sequeira Malcher, Eliana Franco e Sílvia Vargas Marçal, pelas conversas, carinho e todas as caronas.

A Dafne Fernandez Bastos, companheira de orientação, com quem tive o prazer de me aproximar mais; obrigada pelas conversas, mensagens e e-mails, em nossas alegrias e desesperos mútuos, que espero continuarem para além do PPGD.

A Dário Fonseca, sempre perto mesmo longe, amigo dileto de todos os momentos, obrigada por todas as conversas, sérias ou galhofeiras, e por tudo que já fizeste para me ajudar.

A Chico Buarque, Tom Jobim, Vinicius de Moraes, Djavan, Gilberto Gil, Caetano Veloso, Milton Nascimento, Gal Costa, Ivan Lins, Jorge Vercillo, Roberta Sá, por comporem e cantarem as canções que me inspiram em todos os momentos.

At last, but not at least, a meu esposo Fausto, meu incondicional fã nº 1. Obrigada por todo o apoio que me dás desde o convênio, pelos incentivos, pelas broncas quando a preguiça queria se instalar. Poucos sabem o quanto eu te devo por estar aqui, hoje, e digo (mais uma vez) que, se conseguir alcançar meus objetivos profissionais, serás responsável por pelo menos 50% de meu sucesso.

Para além disto, nestes sete anos, todos os momentos de alegria, tristeza e aborrecimentos que passamos, sempre juntos, só fortaleceram mais nossa relação. Obrigada por não ter desistido de mim, contra tudo e contra todos. Hoje, considero dizer “eu te amo” vago e pouco demais, pois em ti encontrei a rara e feliz combinação da *philia etairiqué* e *philia erotiqué* de que os gregos falavam.

RESUMO

A partir do debate da chamada judicialização da saúde e seus impactos orçamentários e de planejamento das políticas públicas da área, a pesquisa trabalha com a hipótese de que o poder Judiciário deve buscar maior racionalização na tarefa de decidir este tipo de demanda, com a proposição de parâmetros/critérios racionais para tanto; buscando-se restabelecer o equilíbrio entre a faceta individual e coletiva do direito à saúde. Para tanto, uma abordagem constitucional e do direito sanitário é apresentada, sob o paradigma da medicina baseada em evidências. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o direito social à saúde é exposta e sistematizada, enfatizando-se a Audiência Pública ocorrida em 2009 neste Tribunal. Procurando compreender de que forma e se este debate mais recente encontrou ecos na realidade regional e local, foi realizada pesquisa a acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, julgados entre 2008 e 2011, comparando-se com a jurisprudência do Egrégio Tribunal e visando, igualmente, conhecer as características de tais demandas a partir dos seguintes critérios: espécie de autor, representação em juízo, doença de que padecem, objeto da demanda, espécie de ação interposta, perfil dos recorrentes e resultado da demanda, bem como os principais argumentos apresentados pelos atores presentes na dinâmica – autores, réus e magistrados. A partir da pesquisa empreendida, propõem-se parâmetros específicos para a justiciabilidade do direito objeto de estudo, a partir do referencial teórico do direito como integridade de Ronald Dworkin, restabelecendo-se a integração entre direito subjetivo público e direito coletivo, como complementares à natureza do direito à saúde.

Palavras-chave:

Direito à saúde. Parâmetros para justiciabilidade. Supremo Tribunal Federal. Tribunal de Justiça do Estado do Pará.

ABSTRACT

From the health care judicialization debate and their budgetary and public policies planning impacts, the research works on the assumption that the Judiciary should seek rational criteria in this kind of demand, proposing parameters for this task; also seeking to restore the balance between individual and collective aspects of health rights. Therefore, a constitutional and health law approach is presented, under the evidence-based medicine paradigm. The Brazil Federal Supreme Court jurisprudence on health social right is exposed and systematized, emphasizing the Public Hearing held in 2009 in this Court. Seeking to understand how and if this latest debate found echoes in regional and local reality, Pará State Court of Justice cases, tried between 2008 and 2011, were searched and compared with the previous analysed Federal Supreme Court jurisprudence; also exposing the demands' characteristics from the following criteria: author species, legal representation, disease, applicants' profile, demand results (and others), as well as the main arguments presented by the authors, defendants and judges. From our survey, specific health right justiciability parameters are proposed, influenced by Ronald Dworkin's law as integrity theoretical framework, restoring the integration between public subjective right and collective right, as complementary nature to the right to health.

Key words:

Right to health. Justiciability's parameters. Brazil Federal Supreme Court. Pará State Court of Justice.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 SAÚDE: CONTORNOS DE UMA DEFINIÇÃO	13
2.1 CONTEXTUALIZAÇÃO	13
2.2 DA SAÚDE AO DIREITO À SAÚDE	19
2.3 O PANORAMA ANTERIOR À CONSTITUIÇÃO DE 1988	23
2.4 A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	27
2.5 PARA COMPREENDER A POLÍTICA PÚBLICA DE ACESSO A MEDICAMENTOS	38
2.5.1 USO RACIONAL DE MEDICAMENTOS	43
3 A SAÚDE SOB O SIGNO DA JUSTIÇA	49
3.1 A SAÚDE E A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	49
A) Antes da Audiência Pública nº 4	51
B) Momento intermediário: as decisões da presidência em 2007	57
C) Após a Audiência Pública nº 4	63
c.1) As audiências públicas e o Supremo	63
c.2) A Audiência Pública nº 4	65
c.3) Decisões após a Audiência Pública	74
3.2. CRÍTICAS À PRESTAÇÃO JURISDICIONAL DO DIREITO À SAÚDE	88
A) Falta de informação e conhecimento para alocação de recursos escassos	88
B) Falta de legitimidade para alocação de recursos escassos	93
C) Judicialização da saúde e iniquidade na distribuição de recursos	94
4 A SAÚDE E A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ	100
4.1 METODOLOGIA	101
4.2 RESULTADOS	102
A) Caracterização dos autores	102
A.1) Quanto à espécie de autor	103
A.2) Quanto à representação em juízo	105
A.3) Quanto à doença de que os autores padecem	105
A.4) Quanto ao objeto	106
B) ESPÉCIE DE AÇÃO INTERPOSTA EM JUÍZO	108
C) RECORRENTES	110
D) RESULTADO DA DEMANDA	115
4.3) ARGUMENTAÇÃO DOS ATORES ENVOLVIDOS	126
5 PARÂMETROS PARA JUSTICIABILIDADE DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE	126
5.1 O DIREITO COMO INTEGRIDADE	140
5.2 DIREITOS SOCIAIS E CRITÉRIOS PARA SUA ADJUDICAÇÃO	142
5.3 DIREITO À SAÚDE E PROPOSTA DE PARÂMETROS ESPECÍFICOS	149
5.4 A SAÚDE ENTRE O DIREITO COLETIVO E O DIREITO SUBJETIVO PÚBLICO	159
6 CONCLUSÃO	164
REFERÊNCIAS	

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho centra-se na área do Direito Constitucional e Direito Sanitário, explorando a dogmática dos direitos sociais, restringida, por seu turno, à pesquisa documental (jurisprudencial) e teórica (doutrinária) da assim chamada “judicialização” dos direitos sociais, mais especificamente do direito à saúde.

Objetiva-se contribuir para o debate sobre a chamada judicialização¹ da saúde, um conceito usualmente aplicado para se reportar ao uso de ações judiciais para obrigar o poder público a fornecer medicamentos. Porém, para nossos fins, utilizaremos um conceito mais abrangente de judicialização da saúde, abarcando não somente as demandas judiciais para fornecimento de medicamentos, como para todos os bens e serviços relacionados à saúde, o que compreende medicamentos, tratamentos, insumos, cirurgias, próteses, órteses, internações e melhoras de infraestrutura em unidades de saúde.

Tais ações compartilham a base jurídica para o pedido, a Constituição Federal, que prevê o direito à saúde como um direito fundamental do cidadão e um dever do Estado (art. 6º e 196) e instaura um sistema de saúde que possui entre seus princípios a universalidade (acesso a todos os cidadãos), a igualdade (não discriminação) e a integralidade (acesso a todos os níveis de complexidade) no atendimento (art. 196 e 198).

A judicialização da saúde tem se dado em proporções recrudescentes no Brasil, o que vem provocando impactos econômicos expressivos nas finanças públicas. O dispêndio público, por exemplo, com aquisição de medicamentos ordenados por via judicial tem aumentado deveras recentemente, com valores que não podem ser desconsiderados.

Tal situação suscitou algumas críticas, que, em resumo, podem ser agrupadas como: (1) as injustiças distributivas provocadas por essas ações, (2) a ilegitimidade do Poder Judiciário para instituir gastos públicos em campo de políticas públicas e (3) sua falta de informações e conhecimento para realizar tal função.

Embora creiamos que grande parte dessas críticas é pertinente no contexto brasileiro hodierno, e admitamos que elas sejam úteis para se ponderar alguns aspectos de como a judicialização da saúde vem ocorrendo, compreendemos que não são argumentos absolutos, hábeis a justificar uma posição totalmente avessa do Judiciário face às demandas sobre o direito à saúde.

¹ As expressões “judicialização” e “justiciabilidade” serão empregadas indistintamente no trabalho.

Trabalharei com a hipótese de que o Judiciário deve buscar maior racionalização na tarefa de decidir tal tipo de demanda, com a proposição de parâmetros para tanto; ademais, defende-se que deve ser restaurado o equilíbrio entre a faceta individual e coletiva do direito à saúde.

Este trabalho divide-se em quatro capítulos. No primeiro serão apresentadas as tentativas de conceituação do termo “saúde” e as dificuldades da travessia para o campo jurídico, além de mostrarmos o panorama imediatamente anterior à atual Constituição com relação a esse direito para expormos de que forma a saúde foi estabelecida como um direito fundamental em nosso ordenamento, com os delineamentos constitucionais e de legislação ordinária sobre o tema. Igualmente, são trazidos elementos da estrutura da política pública de acesso a medicamentos, sob o paradigma da medicina baseada em evidências e uso racional dos medicamentos, por entendermos que é necessário divulgar estes conhecimentos do direito sanitário de forma mais ampla entre os profissionais do Direito.

No segundo capítulo, exploramos a dimensão praxeológica (irrenunciável ao direito) do tema investigado, é dizer, a partir de pesquisa jurisprudencial perante o Supremo Tribunal Federal, buscou-se a identificação do objeto do direito à saúde no Brasil, como modo de compreender o posicionamento do Poder Judiciário nesta questão. De forma mais clara, trata-se de identificar que tipo de prestações materiais conformam o conteúdo do direito à saúde no Brasil, na perspectiva do Poder Judiciário.

Para tanto, foi posta em prática pesquisa qualitativa, utilizando-se, como critério de pesquisa, decisões citadas como precedentes, as empregadas na doutrina especializada no tema, tal como as decisões indexadas no *site* do Tribunal pelo verbete “Direito à Saúde”, com um recorte temporal médio dos últimos dez anos – período no qual houve um incremento significativo de decisões sobre direito à saúde – sem que com isso, não fossem analisadas algumas decisões paradigmáticas anteriores a este interregno.

Assim, foi dividida em três momentos, tendo como marco notório a Audiência Pública nº 4, ocorrida em 2009: as decisões proferidas antes da Audiência, um momento intermediário em 2007 e as proferidas após a Audiência, sendo analisados mais detidamente casos paradigmáticos nos três momentos.

Igualmente, são apresentadas as três principais linhas de argumentação crítica à judicialização da saúde: (1) falta de conhecimento e informação dos juízes, (2) déficit de legitimidade democrática dos magistrados e (3) a desigualdade gerada pela judicialização, apontando os argumentos teóricos e as pesquisas empíricas que as embasam.

No capítulo terceiro, é apresentada uma pesquisa empírica analisando a acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado do Pará em matéria de proteção ao direito à saúde, julgados entre 2008 e 2011. A intenção é verificar se houve ecos das novas decisões proferidas no STF no Judiciário paraense, tal como conhecer as características de tais demandas em nosso estado. Assim, é feita a caracterização quanto à espécie de autor, representação em juízo, doença de que padecem, objeto da demanda, espécie de ação interposta, perfil dos recorrentes e resultado da demanda, além de filtro dos principais argumentos apresentados pelos atores envolvidos: autores, réus e magistrados.

Por fim, o último capítulo está reservado para a proposição de parâmetros específicos para justiciabilidade do direito à saúde, a partir da análise de critérios formulados para a doutrina para os direitos sociais de modo geral e sob o referencial teórico do direito como integridade de Ronald Dworkin para defendermos a necessidade de o direito à saúde ter integrados seus aspectos como direito subjetivo público e direito coletivo, complementar e não antagonicamente.

2 SAÚDE: CONTORNOS DE UMA DEFINIÇÃO

2.1 CONTEXTUALIZAÇÃO

Para que possamos discorrer sobre a caracterização do conteúdo do direito à saúde no ordenamento pátrio, como questão lógica e prévia, faz-se mister, primeiramente, que abordemos, ao menos de forma sucinta, como a categoria *saúde* é atualmente delineada.

Em brevíssima abordagem, Sueli Dallari (1988:58) discorre sobre a saúde. Embora tenhamos conhecimento de que a própria autora e outros pesquisadores já publicaram trabalhos mais extensos sobre o tema, não é proposta desta dissertação enveredar por essa seara de forma mais extensa do que o necessário para a compreensão do problema². Aqui o recorte é proposto a partir de três diferentes momentos e concepções.

Primeiramente, Hipócrates, filósofo grego que viveu no século IV A.C., destaca a influência da cidade e do tipo de vida de seus habitantes sobre a saúde, asseverando que, quando o médico de certa localidade compreender de modo adequado essas influências, não se equivocará no tratamento das doenças.

Em outro recorte, Paracelso, médico e alquimista suíço-alemão da primeira metade do século XVI, sublinhou a relevância do mundo exterior (leis físicas da natureza e fenômenos biológicos) para que se compreenda o organismo humano. Pôde demonstrar a ligação de algumas doenças com o ambiente de trabalho devido a sua experiência como mineiro.

Friedrich Engels, filósofo alemão do século XIX, estudando as condições de vida de trabalhadores na Inglaterra (para tanto, pautando-se também em diversos dados obtidos em trabalhos de pesquisadores do campo da saúde na época, conforme informação de SCLIAR (2007: 35), no auge da Revolução Industrial, concluiu que a cidade, o estilo de vida de seus habitantes, seus ambientes de trabalho, têm estrita correlação com o nível de saúde das populações.

Contudo, é possível identificar outra corrente, oposta, que, grosso modo, conceitua saúde como sendo a ausência de doenças. As origens deste modelo são remontáveis aos trabalhos do filósofo Descartes, posto que, ao associar o corpo humano à máquina, pressupôs ser possível desvendar a "causa da conservação da saúde". Partindo de tais

² Para maior desenvolvimento, ver DALLARI, Sueli. Direito Sanitário (2003: 39-61); SCLIAR, Moacyr. **Do mágico ao social**: a trajetória da saúde pública (2005). Para um viés de representações sociais da saúde e doença em uma perspectiva de história cultural, adotando aproximações da história das mentalidades da escola francesa dos *Annales*, ver: SEVALHO, Gil. Uma abordagem histórica e das representações sociais de saúde e doença (1993: 349-363).

fundações, o caráter mecanicista da doença foi enfatizado no século XIX (DALLARI, 1998: 58). Com a preponderância da máquina, a sociedade industrial explicou a doença como um defeito na linha de montagem, demandando reparo especializado. Neste contexto os trabalhos de Pasteur e Koch provam a teoria sobre a etiologia³ específica das doenças, que teriam como causa explicadora defeitos na “linha de montagem humana”.

O ambiente social do fim do século XIX e primeira metade do século XX favoreceu o debate entre as duas grandes correntes que objetivaram conceituar a saúde. Uma que buscava em grupos marginais e de condições de vida miseráveis a explicação do adoecimento, condicionado por estes fatores, e a outra, que tinha nos germes causadores de doenças seu agente etiológico único, estando esta corrente associada à saúde, tomada meramente como a ausência de doença.

A incidência de tuberculose, por exemplo, era destacadamente mais intensa nas camadas sociais de menor renda. De outra monta, a descoberta dos germes provocadores de doença e seu conseguinte isolamento, permitindo o desenvolvimento de remédios específicos, era um elemento a favor da conceituação da saúde como ausência de doenças.

Aqui é válida a advertência de Ayres (2007: 46), criticando a polarização saúde/doença, mas também os perigos de se tentar escapar dessa dicotomia, ao esvaziar totalmente o sentido técnico e biomédico de doença:

Exemplo disso é a clássica distinção que Stachtchenko e Jenicek (*apud* BUSS, 2003, p. 35) estabelecem, ao comparar o paradigma da promoção da saúde com o de prevenção de doenças. O primeiro entenderia a saúde como um conceito positivo e multidimensional, e para o segundo a saúde seria ausência de doença. Esse tipo de polarização, por exemplo, obscurece o fato de que a ausência ou redução de doença é, efetivamente, um dos indicadores que usamos para avaliar se estamos conseguindo promover saúde. Por outro lado, se não houvesse uma referência positiva, algum tipo de valoração, sempre multidimensional, que nos orientasse sobre o que positivamente desejamos em relação aos nossos modos de andar a vida, não teríamos a concepção fisiopatológica de doença na qual, ainda hoje, estão radicadas as ciências biomédicas modernas (CANGUILHEM, 1982). A polarização obscurece, portanto, que há uma dimensão positiva de saúde por trás do conceito supostamente negativo de doença.

O conceito contemporâneo de saúde foi construído após a Segunda Guerra Mundial, com a intervenção de fatores políticos. A sociedade pós-1944, sensibilizada, carente de recursos econômicos, tendo sido aniquilada sua crença no modo de organização social,

³ Etiologia: “estudo das causas das doenças”. In: Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa, versão 3.0 (jun. 2009).

apartada de seus líderes, sentiu a necessidade imperiosa de promover um novo pacto acerca do conceito de saúde.

Tal compromisso se personificou na criação da Organização das Nações Unidas, incitou a Declaração Universal dos Direitos do Homem, enquanto estimulou a elaboração de órgãos especiais voltados a assegurar alguns dos direitos tidos como essenciais aos homens.

A saúde, reconhecida e proclamada como direito humano, constitui-se no objeto da Organização Mundial de Saúde (OMS). No preâmbulo de sua Constituição (1946), assim a conceitua: "Saúde é o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença". É possível constatar o reconhecimento da essencialidade do equilíbrio interno e do homem com o ambiente (bem-estar físico, mental e social) para a conceituação da saúde.

Segundo Moacyr Scliar (2007: 37), o conceito da OMS revelava uma aspiração advinda dos movimentos sociais do pós-guerra: o fim do colonialismo, a ascensão do socialismo. Saúde, então, deveria exprimir o direito a uma vida plena e sem privações.

O conceito de campo da saúde (*health field*) é útil para analisar os fatores que intervêm sobre a saúde, e sobre os quais a saúde pública deve, por sua vez, intervir. Foi elaborado em 1974 por Marc Lalonde, quando titular do Ministério da Saúde e do Bem-estar do Canadá. Para ele, o campo da saúde abarca:

- A *biologia humana*, que corresponde à herança genética e os processos biológicos inerentes à vida, inclusos os fatores de envelhecimento;
- O *meio ambiente*, abrangendo o solo, a água, o ar, a moradia e o local de trabalho;
- O *estilo de vida*, com decisões que afetam a saúde, como: fumar ou deixar de fumar, beber ou não, praticar ou não exercícios;
- A *organização da assistência à saúde*. A assistência médica, os serviços ambulatoriais e hospitalares e os medicamentos são as primeiras noções de muitos quando se fala em saúde. Porém, esse é somente um elemento do campo da saúde, e não necessariamente o mais importante; por vezes, é mais benéfico ter água potável e alimentos saudáveis do que dispor de medicamentos. É melhor evitar o fumo do que submeter-se a radiografias de pulmão todos os anos. Tais elementos não são excludentes, mas a escassez de recursos na área da saúde obriga, muitas vezes, a seleção de prioridades.

Apesar do reconhecimento da intervenção do meio sobre a saúde, várias críticas foram efetuadas à conceituação proposta pela OMS. Diversos sanitaristas a questionaram, afirmando que ela equivale à definição de felicidade, e que esse estado de completo bem-estar não é factível. Christophe Dejours conclui que o estado de completo bem-estar não existe, mas que a saúde deve ser tida como a busca constante de tal estado:

Tenderíamos a dizer que a saúde é antes de tudo um fim, um objetivo a ser atingido. Não se trata de um estado de bem-estar, mas de um estado do qual procuramos nos aproximar; não é o que parece indicar a definição internacional, como se o estado de bem-estar social, psíquico fosse um estado estável, que, uma vez atingido, pudesse ser mantido. Cremos que isso é uma ilusão e que simplesmente é preciso, e já é muito, fixar-se o objetivo de se chegar a esse estado. (DEJOURS, 1986: ...)

Germano Schwartz complementa apontando que o conceito não é operacional, tendo em vista que está subordinado a várias escalas decisórias que podem não implementar suas diretrizes. Diversos são os fatores que influem negativamente nesse viés; e o principal, a partir do momento em que o Estado adquire papel de destaque no cenário da saúde, corresponde à vontade política enquanto instrumento de (in) aplicabilidade do conceito da OMS, pois as verbas públicas correm o risco de não serem suficientes para o alcance do pretendido completo bem-estar físico, social e mental. Logo, "la aplicación de este concepto reconoce limites culturales, sociales y económicos". (KRAUT, 1997: 197 *apud* SCHWARTZ, 2001: 30).

A expressão "bem-estar" encerra um componente subjetivo dificilmente quantificável. É mais uma "imagem-horizonte" do que um objetivo concreto (SCLIAR, 1987: 33). O que é perfeito bem-estar para um indivíduo pode não ser para outro. Tal perfeição é inatingível, pois quantificar a perfeição é impossível. E, ainda, "pode-se caracterizar e conceituar o que é bem-estar?" (SEGRE; FERRAZ, 1997: 539).

Já Ventura *et al* (2010: 81) afirmam que essa definição ampla e positiva de saúde responde às principais críticas sobre as perspectivas tão somente curativas das práticas e políticas de saúde, que sublinham o uso de tecnologia para o diagnóstico, a restrição da terapêutica à prescrição medicamentosa, a "naturalização" e produção de "necessidades de saúde" que se transmudam em "demandas de saúde" (CAMARGO JR, 2007: 64-65).

O aspecto negativo de tal perspectiva reducionista é um proeminente processo de reificação⁴ da noção de doença, que termina por deslocar “o indivíduo doente do foco do olhar médico”, centralizando a “doença-coisa”, tornada uma entidade “natural” e restringindo as demandas de saúde a demandas por bens de consumo que integram o processo curativo (CAMARGO JR, 2007: 64-65). Dessa maneira, acessar as tecnologias de saúde pode representar a principal ou até a única forma tida como eficiente e legítima para o indivíduo lograr esse bem-estar/bem-viver, que é a saúde:

pode-se dizer que uma peça fundamental das estratégias de legitimação e expansão de oportunidades de intervenção dos vários agentes do CMI [complexo médico-industrial] – incluindo-se os alternativos – é o estabelecimento de “necessidades de saúde”, que, apesar de constantemente em expansão, são apresentadas como naturalmente existentes. (CAMARGO JR, 2007: 70)

As críticas a esse modelo reducionista não negam a relevância de ser disponibilizado um feixe de técnicas, equipamentos e insumos (recursos técnicos e científicos) para atender às questões de saúde; tampouco desconsideram o dever de o gestor de saúde identificar e resolver as demandas de saúde, estipular prioridades e alocar recursos para tanto (CAMARGO JR, 2007, p. 66).

Uma resposta à concepção de saúde como ausência de doenças foi dada pela declaração final da Conferência Internacional de Assistência Primária à Saúde realizada na cidade Alma-Ata (atual Cazaquistão), em 1978, promovida pela OMS. A abrangência do tema causou certa surpresa (SCLIAR, 2007: 38). Além de suas tarefas de cunho normativo - classificação internacional de doenças, elaboração de regulamentos internacionais de saúde, de normas para a qualidade da água - a OMS tinha elaborado programas com a cooperação de países-membros, que tiveram como alvo inicial duas doenças transmissíveis de grande prevalência: malária e varíola.

O combate à malária se fundou no uso de um inseticida posteriormente condenado, o dicloro-difenil-tricloroetano (DDT), com êxito expressivo, mas efêmero. Nos anos 60 teve início o Programa de Erradicação da Varíola. Ela foi escolhida não por sua importância como causa de morbidade e mortalidade, mas pela gravidade do problema (os casos chegavam a milhões) e pela redutibilidade: a vacina tinha alta eficácia e, como a doença se transmite de pessoa a pessoa, a existência de alto número de imunizados privaria o vírus de

⁴ No processo de alienação, o momento em que a característica de ser uma “coisa” se torna típica da realidade objetiva. In: Dicionário eletrônico Aurélio. Versão 5.0.40, 2010.

seu *habitat*. Foi exatamente o que ocorreu: o último caso registrado de varíola se deu em 1977.

Quando era esperado que a OMS elege-se outra doença transmissível para alvo, a Organização dilatou consideravelmente seus objetivos, produto de uma crescente demanda por maior desenvolvimento e progresso social. Naquela época, os países socialistas exerciam papel importante na Organização; Alma-Ata ficava na ex-União Soviética. A Conferência sublinhou as desmedidas desigualdades na situação de saúde entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos, destacou a responsabilidade governamental na provisão da saúde e a importância da participação de pessoas e comunidades no planejamento e implementação dos cuidados à saúde. Na verdade, isto se constituiu em uma estratégia baseada nos seguintes pontos (SCLiar, 2007: 38):

- 1) as ações de saúde devem ser práticas, exequíveis e socialmente aceitáveis;
- 2) devem estar ao alcance de todos, pessoas e famílias - portanto, disponíveis em locais acessíveis à comunidade;
- 3) a comunidade deve participar ativamente na implantação e na atuação do sistema de saúde;
- 4) o custo dos serviços deve ser compatível com a situação econômica da região e do país.

Sistematizados assim, os serviços que prestam os cuidados primários de saúde são a porta de entrada para o sistema de saúde, sendo, verdadeiramente, a base. O sistema nacional de saúde deve estar integrado no processo de desenvolvimento social e econômico do país, processo este do qual saúde é causa e consequência.

Os cuidados primários de saúde, adaptados às particulares condições econômicas, socioculturais e políticas de uma região, deveriam incluir ao menos: educação em saúde, nutrição adequada, saneamento básico, cuidados materno-infantis, planejamento familiar, imunizações, prevenção e controle de doenças endêmicas e de outros frequentes agravos à saúde, provisão de medicamentos essenciais. Deveria haver uma integração entre o setor de saúde e os demais, como agricultura e indústria.

O conceito de cuidados primários de saúde tem conotações. É uma proposta racionalizadora, mas também uma proposta política; em vez da tecnologia sofisticada oferecida por grandes corporações, propõe tecnologia simplificada, “de fundo de quintal”. No lugar de grandes hospitais, ambulatórios; de especialistas, generalistas; de um grande arsenal

terapêutico, uma lista básica de medicamentos - enfim, em vez da “mística do consumo”, uma ideologia da utilidade social. Isto é, uma série de juízos de valor, que os pragmáticos da área afastam.

Conceituar saúde não é uma tarefa simples. Como qualquer palavra, reveste-se do caráter polissêmico. Não bastando isto, vimos que diversas concepções sobre o que é saúde foram expostas, por vezes conflitantes, influenciarão a dificuldade de se transpor do campo sanitário ao jurídico, como veremos a seguir.

2.2 DA SAÚDE AO DIREITO À SAÚDE

O direito à saúde pode ser delineado como o valor ideal da experiência humana, em dimensão individual e coletiva, erigido a preceito constitucional.

O direito da saúde se efetiva através de um conjunto de normas jurídicas reguladoras das atividades sanitárias estatais e definidoras dos meios de que o Estado dispõe para concretizar esse direito, desde a estipulação dos aspectos organizacionais e operacionais do sistema de saúde, o estabelecimento do modo e critérios a serem obedecidos na elaboração e implementação das políticas de saúde, até as normas específicas aplicáveis a bens e serviços de interesse à saúde. É o sistema de normas jurídicas que disciplina as situações que têm por objeto a saúde e regula a organização e o funcionamento das instituições voltadas à promoção e defesa da saúde.

O direito sanitário é conceituado como o estudo interdisciplinar que possibilita aproximar conhecimentos jurídicos e sanitários. De outro modo, é a disciplina que estuda o conjunto de normas jurídicas que estipulam direitos e obrigações em matéria de saúde (BARTOLOMEI; CARVALHO; DELDUQUE, 2003: 187).

Contudo, apesar de tais afirmações, a passagem da saúde para o direito à saúde não é tranquila ou sem nebulosidades. As dificuldades acima indicadas na compreensão de saúde e de doença podem ser enquadradas em três ordens: a indefinição conceitual (face à sua amplitude), o reducionismo biológico da biomedicina e a reificação dessas noções, que se expressam claramente no desenho das políticas públicas de saúde (CAMARGO JR, 2007: 64-65), das leis e jurisprudência relacionadas ao tema.

Uma primeira dificuldade ética na identificação da saúde como um bem a ser tutelado pelo Direito é estipular critérios universalizáveis para definir tal bem, ou mesmo os benefícios ou as necessidades para certa pessoa ou comunidade, tendo em conta que eles dependem de uma valoração específica, nos variados contextos morais e sociais e,

especialmente, nas sociedades pluralistas (ENGELHARDT JR., 1998 *apud* VENTURA *et al*, 2010: 83).

Outra dificuldade é a opção pelos meios para o alcance da saúde, considerando os aspectos abordados de reificação da saúde e da doença, tal como a força simbólica de tal processo na percepção das pessoas e nas práticas de saúde (LEFÈVRE, 1987).

Hodiernamente, há um amplo leque de recursos científicos e tecnológicos para a intervenção na saúde e na vida humana, e o acesso a tais novidades é encarado como instrumento imprescindível à ampliação da liberdade pessoal e da melhoria das condições de vida, na perspectiva em que ofertam alternativas para prevenir doenças, superar deficiências orgânicas e desconfortos com seu próprio corpo.

Inobstante, há ainda muitas dúvidas sobre se o uso dessas novas alternativas pode ser positivo ou negativo, tanto na orientação restrita da proteção à integridade física e psíquica dos indivíduos, como no aspecto mais abrangente de respeito à dignidade da pessoa humana.

A problemática trazida para o Direito e a Saúde – que se expressa no fenômeno da chamada judicialização da saúde – é a de como o Estado, no âmbito dos Poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário, deve proteger as pessoas dos riscos das novidades ofertadas pelo “mercado de saúde”, que, não raramente, elabora “necessidades” para “vender” soluções. E, concomitantemente, fazer cumprir com seu dever de assistência, promovendo o acesso aos avanços biotecnocientíficos que de fato podem ser benéficos ao processo terapêutico e ao bem-estar das pessoas, de forma igualitária e sem discriminação de qualquer espécie (VENTURA *et al*, 2010: 83).

A terceira dificuldade na passagem da saúde para o direito à saúde é que

a realização do direito à saúde comporta a satisfação de uma dimensão individual ou privada, que exige respeito às subjetividades, aos direitos e liberdades pessoais; e uma dimensão coletiva, que requer assegurar esse bem-estar individual a todos, a um custo aceitável para a sociedade. Na conjugação de interesses individuais e sociais e no cumprimento dos deveres do Estado de proteção da saúde de todos e de cada indivíduo, podem ser necessárias restrições à liberdade de alguns, em prol do bem-estar coletivo ou para o alcance de um determinado bem ou interesse social. A questão central nesta conjugação é a legitimidade da norma que restringe a liberdade individual, correlacionada com a ideia do que se entende por lei justa (VENTURA *et al*, 2010: 83-84).

Em sua perspectiva individual, o direito à saúde privilegia a liberdade em seu mais amplo sentido (DALLARI, 1988: 59). As pessoas devem ser livres para eleger o tipo de relação que terão com o meio ambiente, em que cidade e que modo de vida desejam viver,

suas condições de trabalho e, quando doentes, o recurso médico-sanitário que procurarão, o tipo de tratamento a que se submeterão, entre outros.

Ainda sob o aspecto individual, o direito à saúde importa a liberdade por parte do profissional de saúde para determinar o tratamento mais adequado. Consequentemente, ele deve poder optar entre todas as alternativas existentes aquela que, em sua compreensão, é a mais adequada. Obviamente, então, que a efetiva liberdade necessária ao direito à saúde como direito subjetivo depende do grau de desenvolvimento do Estado. Unicamente em um Estado desenvolvido socioeconômico e culturalmente o indivíduo é livre para procurar um completo bem-estar físico, mental e social e para, adoecendo, participar do estabelecimento do tratamento.

De outra monta, em seus aspectos sociais, coletivos, o direito à saúde privilegia a igualdade (DALLARI, 1998: 59). As restrições aos comportamentos humanos são firmadas para que todos possam usufruir igualmente das vantagens da vida em sociedade. Para se preservar a saúde de todos é preciso que ninguém possa impedir outrem de procurar seu bem-estar ou induzi-lo a adoecer. Esta é a justificativa das normas jurídicas que tornam obrigatória a vacinação, a notificação, o tratamento, e mesmo o isolamento em virtude de certas doenças, a destruição de alimentos deteriorados e, também, o controle do meio ambiente e das condições de trabalho.

A garantia de oferta de cuidados de saúde de mesmo nível a todos que deles necessitam também obedece à exigência da igualdade. Enquanto direito coletivo, a saúde depende, igualmente, do estágio de desenvolvimento do Estado. Apenas o Estado que tiver o seu direito ao desenvolvimento reconhecido poderá garantir as mesmas medidas de proteção e iguais cuidados para a recuperação da saúde para todo o povo. Tal noção nos remete ao conceito de realização progressiva dos direitos sociais, presente no Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais da ONU (1966).

O direito à saúde, ao se apropriar da liberdade e da igualdade, caracteriza-se pelo equilíbrio instável desses valores.

A história da humanidade é farta de exemplos do movimento pendular que ora busca a liberdade, ora a igualdade. Os homens sempre tiveram a consciência de que para nada serve a igualdade sob o jugo do tirano e de que a liberdade só existe entre iguais. Tocqueville, compreendendo as causas profundas do movimento pendular da história, entendendo que a liberdade é um processo, um objetivo a ser alcançado em cada geração, afirmou: "As nações de hoje em dia não poderiam impedir que as condições fossem iguais em seu seio, mas depende delas que a igualdade as conduza à servidão ou à liberdade, às luzes ou à barbárie, à prosperidade ou às misérias". Também o

direito à saúde será ou não garantido conforme a participação dos indivíduos no processo. (DALLARI, 1988: 59)

Em texto mais recente, Dallari e Nunes Jr. explicitam o entendimento de saúde abarcando não dois, mas três aspectos: o individual, o social e o de desenvolvimento⁵.

Nogueira & Pires (2004: 753-760), ao analisarem o direito à saúde na perspectiva sócio-histórica, afirmaram que este direito deixou de ser visto como uma decorrência dos ideais humanitários de solidariedade somente (da moralidade ética, de justiça social e da necessidade básica associada à sobrevivência), para ser visto como uma exigência dos processos de acumulação de capital, mecanismo próprio dos sistemas capitalistas. Dessa forma, o direito à saúde encontra-se vinculado às leis de mercado, fazendo-se necessário pela ótica de quem o dá e não de quem o recebe, lógica evidente dos mercados capitalistas, convivendo com as premissas ideológicas de um Estado de bem estar social, o que carece de algumas explicações razoáveis da convivência teoricamente conflitiva.

Ainda que a instituição formal do Sistema Único de Saúde tenha se dado na Constituição Federal de 1988, suas origens remontam há mais tempo, a partir da crise do modelo médico assistencial privatista que se hegemonizou na segunda metade do século XX, induzido pelo processo da industrialização brasileira. Sua configuração veio assegurar o delineamento de um arcabouço legal sanitário, associado ao arcabouço político (desenvolvimento da política pública de saúde), visando satisfazer o interesse público (garantir o direito à saúde) (CAMPOS, 2006).

Aith (2006) afirmou que, uma vez a saúde sendo definida pela Constituição como um direito fundamental e atribuído ao Estado o dever de promoção, proteção e recuperação da saúde, o Direito brasileiro iniciou um acelerado processo renovador, consolidando-se como Direito Sanitário, enraizado em bases jurídicas, ao definir princípios, objetivos e diretrizes, para que o Direito à saúde torne-se uma realidade nacional.

Para que possamos compreender como se deu este movimento, é necessário remontar ao período anterior à atual Constituição, o que faremos no próximo item.

2.3 O PANORAMA ANTERIOR À CONSTITUIÇÃO DE 1988

As Constituições anteriores à de 1988 não estruturavam a saúde como um direito. Uma breve abordagem das constituições republicanas nos faz constatar que a incorporação e

⁵ “A contribuição conceitual trazida pela Constituição da Organização Mundial de Saúde é inegável, servindo de referência à operacionalização de diversas leis em matéria sanitária. Primeiro, porque, ao associar o conceito de saúde ao bem-estar social e psíquico, exprime a idéia do ser humano em relação com o seu meio. Segundo, porque enaltece a saúde como um bem jurídico não só individual, mas também coletivo e, nessa medida, de desenvolvimento, acenando para a necessidade de preservação presente e futura, tanto do indivíduo – tomado isoladamente – como da humanidade” (2010: 10). “Diante de tais ponderações, sob o aspecto jurídico, devemos entender saúde como o bem fundamental que por meio da integração dinâmica de aspectos individuais, coletivos e de desenvolvimento visa assegurar ao indivíduo o estado de completo bem-estar físico, psíquico e social” (2010: 11).

construção dos direitos sociais, especialmente do direito à saúde, deram-se lentamente no Brasil (DALLARI, 1995).

O sistema público de saúde brasileiro, até a atual Constituição, não possuía um tratamento constitucional específico e atendia exclusivamente àqueles indivíduos contribuintes da Previdência Social, isto é, aos que possuíssem carteira de trabalho assinada⁶.

Cohn (2002) destaca que o atendimento à saúde da população excluída do mercado formal de trabalho não configurava um direito dos cidadãos, não se perfazia em uma obrigação do Estado, advinda de exigência constitucional. Quem não contribuísse para a previdência social ou era atendido pelas Santas Casas de Misericórdia, a título de benevolência ou, caso possuísse recursos financeiros, recorria a serviços médicos privados.

Destaca a autora (2002: 81) que “o marco comum é a concepção do direito como um *privilégio* vinculado à contribuição previdenciária e/ou de seguros privados” (grifo nosso). Ou, como Santos postula, (SANTOS *apud* MARQUES, 2009: 67) ao analisar a política socioeconômica pós-30 no Brasil, o direito à saúde e à previdência social era uma *cidadania regulada*, onde são reconhecidos como cidadãos só os que exibem uma das ocupações reconhecidas e postas por lei.

Conh e Elias (2003: 18) consideram que tais prestações e benefícios se concretizaram menos (ou quase nada) em função de sua “condição de cidadão ou trabalhador, e sim do reconhecimento da sua situação ocupacional oficialmente legitimada e vinculada a uma obrigação contratual de caráter contributivo”.

O papel do Estado, no que tange à prestação em matéria de saúde, como um direito do trabalhador assalariado, limitava-se à prestação de assistência médica e restringia-se essencialmente ao gerenciamento da compra e oferta dos serviços privados de saúde aos beneficiários públicos. Tal lógica está presente desde a criação do Instituto Nacional da Previdência Social — INPS, em 1966, que inseriu a prestação sanitária nas ofertas públicas decorrentes da contribuição previdenciária.

O Ministério da Saúde, desde sua criação em 1953, prestou assistência médica aos desafortunados e excluídos do mercado de trabalho, porém, de modo limitado e insuficiente em relação à demanda por cuidados de saúde⁷. Reiteramos que essas prestações não

⁶ A Constituição promulgada em 1934 chegou a esboçar um cuidado mais amplo com a saúde e com os direitos dos trabalhadores, atribuindo competência concorrente à União e aos Estados para cuidar da saúde e medidas sanitárias a serem adotadas pelas três esferas de governo. O cuidado mais abrangente por todos os entes federativos será retomado somente na Constituição de 1988.

⁷ Consoante o CONASS (Conselho Nacional dos Secretários de Saúde. Sistema Único de Saúde. *Para entender a gestão do SUS*. Brasília: CONASS, 2007. Coleção PROGESTORES. Livro 1), a atuação do Ministério da Saúde (MS) e das Secretarias de Saúde dos estados e municípios na prestação de assistência à

configuravam direito dos cidadãos e sim mera liberalidade do Estado, uma obrigação moral para com os que padeciam e necessitavam de amparo, sem coerção jurídica.

Em 1974 é criado o Ministério da Previdência e Assistência Social, e em 1977 foi inserida a prestação de assistência médica aos contribuintes. Dividia-se em dois Institutos: o Instituto da Previdência Social (INPS) e Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS). Este era uma rede credenciada e conveniada de prestadores privados de assistência médica, gerenciada pelo Estado, e responsável pela oferta pública de assistência médica aos cidadãos-contribuintes.

É nítida a separação dos cuidados com a saúde entre os Ministérios da Previdência Social e da Saúde. Uma lógica fragmentada que categorizava os cidadãos entre assalariados e não assalariados, condicionando o acesso a certos serviços à condição de contribuinte da previdência social e deixando o resto da população não contribuinte à oferta benevolente de cuidados com a saúde, nas filas das Santas Casas de Misericórdia. Juridicamente, não havia proteção legal apta a garantir o acesso de tal população aos serviços de saúde, equiparando-a a população contribuinte. Não existia a garantia do direito à saúde, como um direito integral e universal de todos os cidadãos brasileiros. (MARQUES, 2009: 68)

As Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde subsumiam-se a elaborar ações de promoção da saúde e prevenção das doenças, especialmente por meio das campanhas de vacinação e do controle das endemias. Assim, dava-se uma cisão de papéis e competências entre os variados órgãos públicos envolvidos com a atenção à saúde. Tal desarticulação produzia prejuízos notórios à população, em especial àquela excluída do acesso ao atendimento em saúde, gerando a manifestação de vários grupos e segmentos organizados da sociedade, de profissionais e intelectuais da área, no sentido de se criar um sistema de saúde que assegurasse a cobertura universal da população (BRASIL, CONASS, 2004: 09).

Tal quadro culminou em uma enorme crise na área da saúde, permeada pela noção de injustiça social, em que filas de pessoas aguardavam um atendimento médico benevolente (COHN; ELIAS, 2003). Denúncias eram frequentes em jornais e revistas, e o desamparo no atendimento aos cidadãos era um fato que só podia ser lastimado moralmente, sem possibilidade de intervenção jurídica.

As mudanças políticas e econômicas que se deram nos anos 1970 e 1980 determinaram o esgotamento deste modelo sanitário. Tal crise e o processo de redemocratização do país determinaram novos

saúde era bastante restringida, resumindo-se às ações desenvolvidas por alguns poucos hospitais próprios e pela Fundação de Serviços Especiais de Saúde Pública (FSESP) e voltadas à população não previdenciária — os ditos indigentes. Estes tinham ainda, por uma atividade caritativa, acesso a serviços assistenciais de saúde prestados por instituições de caráter filantrópico como as Santas Casas.

rumos nas políticas públicas e fizeram surgir, na arena sanitária, sujeitos sociais que propunham um modelo alternativo de atenção à saúde (BRASIL, 2006: 164).

O ambiente era de forte rejeição à centralização imposta, autoritariamente, pelo regime militar. Por isso, associou-se descentralização com democratização, e ampliaram-se os direitos sociais da cidadania, integrando-se, sob o conceito de seguridade social, a proteção de direitos individuais (previdência) à proteção de direitos coletivos (saúde e assistência social). Esse processo se deu por meio da descentralização de competências e de receitas tributárias para estados e municípios. Na Saúde houve, naquele momento, uma nítida preferência pela municipalização, que viria como resposta aos anseios da reforma sanitária brasileira (BRASIL, 2006).

Em nosso país, o reconhecimento do direito à saúde, consoante os princípios da igualdade e universalidade (que abrangem igualmente a integralidade das ações de saúde e serão abordados posteriormente), pois enfrentou as adversidades e raízes do contexto histórico-cultural nacional, no qual o cuidado com a saúde se incluía em uma lógica, já referida, de cidadania regulada, de concepção fracionada, de prestação de serviços centralizada no nível federal e cimentada na compra de serviços privados de saúde.

Raciocínio este que afastava a responsabilidade jurídica do Estado e não imprimia aos cidadãos quaisquer recursos jurídicos que lhes possibilitasse reivindicar saúde. Entrementes, tivemos o longo período de ditadura militar, em que qualquer debate público acerca da questão era proibido e reprimido, assim como quaisquer reivindicações coletivas.

O movimento que ficou conhecido como reforma sanitária⁸ teve fundamental importância nesse processo. A reforma sanitária deflagrada nas décadas de 1970 e 1980 objetivou: a) a reconstrução da concepção de saúde no Brasil, inserindo-a no contexto social nacional; b) a reconstrução normativa e institucional dos serviços e ações de saúde no país; c) um novo olhar sobre o processo saúde-doença, sobre a elaboração e implementação das políticas de saúde, sobre as relações médicas, sobre a formação dos recursos humanos destinados ao trabalho na área da saúde, entre outros, de forma mais próxima e articulada com a concepção de direito humano à saúde, à luz do disposto em documentos internacionais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, da Organização das Nações Unidas (ONU). Para conhecer a trajetória do movimento sanitário brasileiro que culminou na inscrição do capítulo

⁸ Elias (1997) salienta que a difusão do ideário reformista para a sociedade se deu principalmente por intermédio do Centro Brasileiro de Estudos em Saúde (CEBES), entidade constituída em 1976 a partir da iniciativa de filiados ao então Partido Comunista Brasileiro (PCB), alcançando, assim, parte dos profissionais — aqueles mais identificados com a temática sanitária — e, posteriormente, representantes das centrais sindicais (quase exclusivamente profissionais de saúde) e alguns parlamentares (grande parte deles vinculados profissionalmente à saúde).

da saúde no texto constitucional, recomenda-se o meticuloso trabalho de resgate histórico em Lima (2005).

O movimento pela Reforma Sanitária se originou da indignação de setores da sociedade com o dramático quadro do setor da saúde. Por isso, desde o início, pautou sua ação pelo questionamento desse quadro de iniquidades. Suas primeiras articulações datam do início da década de 1960, quando foi abortado pelo golpe militar de 1964. O movimento atingiu sua maturidade a partir do fim da década de 1970 e princípio dos anos 1980 e mantém-se mobilizado até hoje. Atualmente, ele mobiliza técnicos e intelectuais, comitês, partidos políticos, diferentes correntes e tendências e movimentos sociais diversos (BRASIL, MS, 2007: 07).

Não obstante a forte pressão exercida por opositores da reforma sanitária, representados pelo setor privado da saúde e suas instituições, tal como por membros do governo que se aferravam sobre a tradição privatista do setor da saúde no Brasil, o Presidente da República convocou a VIII Conferência Nacional de Saúde, realizada em março de 1986, sob a responsabilidade do Ministério da Saúde.

Tal evento foi, segundo Cohn (1989), o mais notável para o fortalecimento das novas propostas para a área da saúde anterior à instauração da Assembleia Constituinte de 1988, trazendo as novas propostas abarcadas pela reforma sanitária para o debate público. Como salienta a autora (p. 134), “a questão de fundo que perpassa todo o processo constitui, pois, a compreensão da relação Estado-sociedade na constituição e consolidação de uma ordem democrática”, a qual se aproximasse dos princípios de equidade e universalidade dos Estados de bem-estar social, em relação ao direito à saúde.

A conferência foi norteada pelo lema da “saúde como direito de todos e dever do Estado”. Suas principais resoluções foram confirmadas pela Constituição Federal, promulgada em 1988. Essa vitória foi fruto de intensa mobilização popular, que resultou na Emenda Popular da Saúde, subscrita por mais de 500 mil cidadãos brasileiros (CAMINHOS DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL, MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2007: 08).

2.4 A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988 positiva uma nova condição jurídica para o sistema público de saúde brasileiro. É tida como Constituição Cidadã, pois, segundo Silva (2006: 90), “teve ampla participação popular em sua elaboração e especialmente porque se volta decididamente para a plena realização da cidadania”, eleva a saúde à condição de direito

universal integral de todos os cidadãos brasileiros, indistintamente, também condicionando a sua leitura aos princípios da igualdade e dignidade da pessoa humana, dentre outros.

O art. 6º da Constituição Federal acrescenta a saúde no rol dos direitos sociais tutelados pelo ordenamento jurídico pátrio. A saúde, em nosso ordenamento, integra o sistema da seguridade social (saúde, assistência social e previdência social), estando, portanto, subordinada aos princípios gerais dispostos no art. 194⁹.

O sistema de seguridade social organizado na Constituição é integrado por três subsistemas. O dever de assegurar esses três direitos fundamentais foi simultaneamente incumbido ao Poder Público e à sociedade, o que conduz à necessidade de envolver todas as instâncias da administração pública, direta e indireta, todos os entes federativos, tal como empresas, organizações sociais, sindicatos e, de modo geral, os cidadãos. De que modo se dará a participação tanto do Poder Público como da sociedade varia conforme a disciplina de cada subsistema da seguridade social. Por exemplo, a previdência social possui caráter contributivo (art. 201, *caput*), de tal forma que as obrigações do poder público ficam restringidas em relação ao conjunto de contribuintes da previdência. Quanto à saúde, a Constituição preconiza acesso universal e igualitário, enquanto a assistência social “deve ser prestada a quem dela necessitar” (art. 203, *caput*).

Os artigos 196 a 201, pertencentes ao Título VIII – Da Ordem Social, fundam uma estrutura política complexa e ampla para o cuidado com a saúde da população brasileira, organizando um Sistema Único de Saúde (SUS) que abarca a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, com isto gerando uma rede regionalizada e hierarquizada, com direção única em cada esfera federativa e participação da comunidade, voltada a assegurar, sistemicamente, o direito à saúde de todos os cidadãos¹⁰.

⁹ **Art. 194.** A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: I - universalidade da cobertura e do atendimento; II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; III- seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; IV - irredutibilidade do valor dos benefícios; V- equidade na forma da participação no custeio; VI- diversidade da base de financiamento; VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

¹⁰ Textualmente, os arts. 196 e 197 da CF estipulam:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Como lembra Carvalho (2003: 26), a conformação em um sistema impõe que o SUS se mantenha como “um conjunto de unidades, serviços e ações que interagem para um fim comum”, no qual o adjetivo “único” estipula que as diretrizes e princípios estabelecidos constitucionalmente devem ser seguidos de forma unívoca nos três níveis da federação.

O art. 196 da Constituição Federal afirma expressamente que tal direito será garantido “mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”.

Neste aspecto, a doutrina parece convergir quanto aos aspectos curativo, preventivo e promocional da saúde, interpretando a Constituição neste enquadramento. Schwartz (2001b: 27; 98-99), por exemplo, compreende que a CF/88, ao aduzir à “recuperação”, estaria conectada ao que se convencionou denominar de saúde curativa; as expressões “redução do risco de doença” e “proteção”, por outro lado, teriam vínculo com a saúde preventiva; enquanto o termo “promoção” estaria conectado à busca da qualidade de vida.

E o art. 198¹¹, por sua vez, estipula as diretrizes do SUS.

Como dissemos, o *caput* desse artigo traz a ideia de sistema. Nesta passagem, expressa a designação constitucional que predispõe todos os meios de atuação (ações, equipamentos, serviços, etc.) a um arranjo combinado destinado à concretização da atenção integral à saúde. Portanto, tal afirmação está imbuída de diversos significados, dentre outros, o de que todos os recursos públicos (materiais e humanos) em matéria de saúde integram o sistema único. (DALLARI; NUNES JR, 2010: 77).

Já o art. 200 da Constituição delinea a competência de atuação do SUS, sendo complementado pela Lei Orgânica da Saúde¹².

¹¹ **Art. 198.** As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I- descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade.

¹² **Art. 200.** Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; V - incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico; VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Da ótica federativa, a Constituição atribuiu competência para *legislar* sobre proteção e defesa da saúde *concorrentemente* à União, aos Estados e aos Municípios (art. 24, XII, e 30, II). A União deve estipular normas gerais (art. 24, § 1º); os Estados, complementar a legislação federal (art. 24, § 2º); e os Municípios, legislar sobre os assuntos de interesse local, podendo também complementar a legislação federal e a estadual, no que couber (art. 30, I e II). Quanto ao âmbito administrativo (por exemplo, a possibilidade de formular e executar políticas públicas de saúde), a Constituição atribuiu competência comum à União, aos Estados e aos Municípios (art. 23, II). Os três entes federativos brasileiros podem formular e executar políticas de saúde, sendo que na União, a direção do SUS ficará a cargo do Ministério da Saúde; nos Estados e Distrito Federal, das Secretarias de Saúde ou de órgãos equivalentes; na esfera dos Municípios, da Secretaria de Saúde local ou de qualquer entidade correspondente (Lei nº 8.080/90, art. 9º).

Constitucionalmente, o sistema de saúde brasileiro não é hierarquizado no que tange à competência das várias esferas de governo, mas o é enquanto sua organização prevê uma rede hierarquizada quanto à complexidade dos serviços à disposição da população. A base local do sistema, formada por uma parte de um Município, um Município ou um consórcio de Municípios – deve ofertar atendimento integral e contínuo, com a contribuição técnica e financeira dos Estados e da União. A fim de operacionalizar o mandamento constitucional, a Lei nº 8.080/90 estipula a responsabilidade dos Estados em relação aos estabelecimentos hospitalares de referência e à gestão dos sistemas públicos de alta complexidade, de referência estadual e regional (art. 17, IX), e a competência da direção nacional do SUS para definir e coordenar o sistema de redes integradas de assistência da alta complexidade (art. 16, III, “a”). (DALLARI; NUNES JR, 2010: 112-113).

Segundo Dallari, (2009: 19) em virtude dos dispositivos constitucionais que conferem competência à União para elaborar normas gerais sobre proteção e defesa da saúde (art. 24, XII, parágrafo único); para regulamentar, fiscalizar e controlar as ações e serviços de saúde (art. 197); e para organizar um sistema único de saúde, descentralizado, com atendimento integral e com participação da comunidade, financiado com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes (art. 198), foi aprovado no Congresso Nacional, em setembro de 1990, Projeto de Lei Orgânica da Saúde.

Quando foi enviado para sanção do Presidente da República, o projeto teve diversos artigos vetados, e, por fim, promulgado como a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Os vetos ao projeto de lei diziam respeito aos dispositivos que disciplinavam a

participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde e as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde.

Em rara demonstração de efetiva participação do movimento popular em saúde, foi possível articularem-se pressões sobre o Poder Executivo e sobre o Congresso Nacional, que resultaram na promulgação, em 28 de dezembro de 1990, da Lei n. 8.142, que disciplinou a matéria que havia sido prejudicada pelos vetos apostos ao Projeto de Lei Orgânica da Saúde. Assim, no Brasil, tem-se uma situação esdrúxula no que respeita à legislação de organização do sistema sanitário, uma vez que a Lei Orgânica da Saúde, na realidade são duas: a Lei n. 8.080 e a Lei n. 8.142, ambas de 1990. (DALLARI, 2009: 19)

A LOS (aqui nos referimos à Lei 8.080) dispôs sobre as condições, a organização das ações e o funcionamento dos serviços de saúde, tendentes à realização da promoção, proteção e recuperação da saúde. Esse diploma prescreve normas sobre: (a) organização, direção e gestão do SUS; (b) competências e atribuições de cada uma das três esferas federativas; (c) funcionamento e participação complementar dos serviços privados de assistência à saúde; (d) política de recursos humanos a ser adotada pelo SUS; (e) recursos financeiros, incluindo a respectiva gestão, planejamento e orçamento desses (BRASIL, 2007: 26).

Além da LOS, o SUS vem sendo implementado por meio de vários outros instrumentos normativos, dentre os quais as Normas Operacionais Básicas – NOBs. Apesar de formalizadas por portarias ministeriais, o conteúdo das NOBs é definido de forma compartilhada entre o Ministério da Saúde e os representantes do Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS) e do Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde (CONASEMS). As NOBs são instrumentos para a fixação de estratégias e ações que reorientem a operacionalidade do SUS, a partir de avaliações periódicas acerca da implementação e do desempenho do próprio sistema. Assim, visam induzir e estimular mudanças; aprofundar e reorientar a implantação do SUS; definir novos objetivos estratégicos, prioridades, diretrizes e movimentos tático-operacionais; regular relações entre os gestores do SUS; normatizar o SUS. (BRASIL, 2007: 27-28)

A LOS define os integrantes do Sistema Único de Saúde em seu art. 4^o¹³, enquanto o art. 5^o define os objetivos do SUS e destrincha suas competências de atuação, a partir da permissão constitucional comentada acima¹⁴ (art. 200).

¹³ **Art. 4^o** O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui

O art. 7º da LOS desenvolve e aprofunda as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, elencando diversos princípios¹⁵.

A análise dos dispositivos constitucionais e da LOS demonstra que eles erigem as diretrizes a serem resguardadas pelos poderes públicos no cumprimento de suas obrigações. Conseqüentemente, os princípios impõem um conjunto de objetivos ao Estado, cujo alcance é o vetor que deve nortear o desenvolvimento das políticas públicas, limitando a discricionariedade. Os princípios possibilitam aferir a constitucionalidade e legalidade material das políticas públicas, tanto quanto às suas atividades-fim quanto às suas atividades-meio (MAUÉS; SIMÕES, 200-: 6). A leitura combinada dos arts. 194, 196 e 198 da CF e do art. 7º da LOS destaca os seguintes princípios:

o Sistema Único de Saúde (SUS). § 1º Estão incluídas no disposto neste artigo as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde.

¹⁴ **Art. 5º** São objetivos do Sistema Único de Saúde SUS: I - a identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde; II - a formulação de política de saúde destinada a promover, nos campos econômico e social, a observância do disposto no § 1º do art. 2º desta lei; III - a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas.

Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS): I - a execução de ações: a) de vigilância sanitária; b) de vigilância epidemiológica; c) de saúde do trabalhador; e d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica; II - a participação na formulação da política e na execução de ações de saneamento básico; III - a ordenação da formação de recursos humanos na área de saúde; IV - a vigilância nutricional e a orientação alimentar; V - a colaboração na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho; VI - a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção; VII - o controle e a fiscalização de serviços, produtos e substâncias de interesse para a saúde; VIII - a fiscalização e a inspeção de alimentos, água e bebidas para consumo humano; IX - a participação no controle e na fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; X - o incremento, em sua área de atuação, do desenvolvimento científico e tecnológico; XI - a formulação e execução da política de sangue e seus derivados.

¹⁵ **Art. 7º** As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no [art. 198 da Constituição Federal](#), obedecendo ainda aos seguintes princípios: I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência; II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema; III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral; IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie; V - direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde; VI - divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário; VII - utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática; VIII - participação da comunidade; IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo: a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios; b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde; X - integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico; XI - conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população; XII - capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; XIII - organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos.

a) A **universalidade do acesso** (art. 194, I; art. 196, *caput*), compreendida como a garantia de acesso aos serviços de saúde para toda a população, em todos os níveis de assistência (art. 7º, I, LOS), devendo ser pautada pela igualdade, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie (art. 7º, IV, LOS). A universalidade eliminou a já referida separação entre os segurados do sistema de previdência social e o restante da população. Além disto, a aplicação do princípio da igualdade, em situações desiguais, pode representar um atendimento prioritário, como nos casos de crianças, adolescentes, gestantes, idosos e pessoas com deficiências, devendo os serviços de saúde se adaptar às diversas necessidades existentes.

O artigo 196 fala em acesso universal e igualitário. Portanto, temos duas normas específicas sobre o desenvolvimento das atividades estatais: a universalidade e a igualdade nas ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde. Tais conceitos são bem próximos, tendo em vista que ambos concretizam o princípio da isonomia e referem-se à necessidade de amplo acesso de todos os cidadãos aos serviços e ações de saúde pública; porém, possuem especificidades que permitem diferenciá-los.

A universalidade afirma que o direito à saúde – como, aliás, qualquer direito fundamental – deve se voltar ao ser humano enquanto gênero, não podendo, desta forma, restringir-se a um grupo, categoria ou classe de pessoas.

A igualdade relacionada ao cuidado com a doença pode ser expressa pela máxima: pessoas com a mesma situação clínica devem receber o mesmo tratamento, inclusive quanto a exames de apoio de diagnóstico, prazos, acomodações, etc. (DALLARI; NUNES JR., 2010: 72-73).

Sueli Dallari e Nunes Jr. defendem a existência de outro princípio: o da gratuidade, possível de ser desdobrado de diversos comandos constitucionais. Ele proíbe toda e qualquer forma de cobrança do usuário de ações, serviços e equipamentos públicos de saúde (no Sistema público de saúde, ressalvada a permissão constitucional para a existência da Saúde Suplementar) (2010: 74).

Por outro lado, encontramos também divergência. Mariana Figueiredo (2007: 170-173) argumenta que a universalidade não necessariamente traz consigo o corolário da gratuidade. Aponta justamente a ausência expressa de previsão constitucional neste sentido, além de que a cobrança de quem tivesse condições econômicas para tanto traria uma

alternativa à escassez dos recursos financeiros e médicos, apontando o sistema “tendencialmente gratuito” instituído no direito português¹⁶.

Porém, tal ideia não pode subsistir. Concordamos com os dois primeiros autores, no sentido de que a exigência da gratuidade decorre da própria universalidade prevista na Constituição. O fato de não estar expressamente prevista é argumento por demais frágil. É claro que trabalhar a partir das balizas textualmente explícitas facilita a interpretação e atuação de quem lida com o direito à saúde, mas adotar a primeira premissa de Figueiredo é se limitar ao campo das teorias semânticas.

Ademais, estamos com Avelãs Nunes, quando, criticando a jurisprudência do Tribunal Constitucional Português (Acórdão nº 187/88), a qual conclui que o Estado podia exigir dos usuários do SNS (Serviço Nacional de Saúde) o pagamento de taxas moderadas, na verdade, instituiu uma política de “caridade pública” que viola o princípio da universalidade¹⁷.

b) A **integralidade** da atenção, como um conjunto articulado e contínuo de ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, em todos os níveis de complexidade do sistema (art. 198, II, CF c/c art. 7º, II, LOS). A integralidade também implica que

Os serviços de saúde devem funcionar atendendo o indivíduo como um ser humano integral, submetido às mais diferentes situações de vida e de trabalho, que o levam a adoecer e morrer. O indivíduo deve ser entendido como um ser social, cidadão que biológica, psicológica e socialmente está sujeito a riscos de vida. Dessa forma, o atendimento deve ser feito para a sua saúde e não somente para as suas doenças. Isso

¹⁶ “O acesso aos serviços de saúde, mediante cobrança de quem possua e na justa medida dessas condições econômicas, delinea-se como uma possível alternativa à evidente escassez dos recursos financeiros e médicos disponíveis à efetivação do direito à saúde também no Brasil. Atendendo à concepção de igualdade como diferenciação e universalidade no ponto de chegada – de todo adequadas ao contexto constitucional e social de um país que, como o nosso, luta por uma distribuição mais justa da riqueza – a restrição à gratuidade das prestações em saúde figura como dimensão da reserva do possível, que admite discriminações positivas no acesso às ações e aos serviços de saúde públicos. De outra banda, viabiliza uma distribuição social dos ônus pela consecução dos direitos sociais a prestações materiais – o que parece mais adequado e igualitário se comparado às díspares condições sociais, econômicas, culturais e políticas da população brasileira”. (2003: 172)

¹⁷ “Os mais pobres – obrigados a fazer prova de que são pobres! – ficam isentos do pagamento destas taxas. Mas o perigo desta política que o TC “legitimou” reside em que ela poderá conduzir a que se mantenha o SNS gratuito para os pobres, mas fazendo pagar os que podem. São por demais conhecidos os resultados desta política de *caridade pública*: destruída a sua qualidade de serviço *geral, universal e gratuito para todos*, o SNS deixará de existir como um serviço público capaz de garantir a *todos* o direito à saúde, ficando reduzido a uma espécie de *sopa dos pobres*... Ora esta orientação viola gravemente o *princípio da universalidade dos direitos sociais*, que é um dos princípios fundamentais do moderno estado-providência, atribuindo a *todos os cidadãos* o direito de aceder a serviços públicos, em vez de, numa lógica de “caridade pública”, *dar aos pobres, coitados*, como *esmola* (discriminando contra eles), o acesso a tais serviços (saúde, educação, etc.), rapidamente degradados, porque com os pobres não se justifica gastar muito dinheiro...” (NUNES; SCAFF, 2011: 20). Grifos do autor.

exige que o atendimento seja feito também para erradicar as causas e diminuir os riscos, além de tratar os danos. (CARVALHO; SANTOS, 1995: 35-36)

Isso resulta em que o SUS deve garantir o acesso a ações de *promoção*, que visam eliminar ou controlar as causas das doenças e agravos, abarcando ações também em outras áreas, como habitação, meio ambiente, educação, etc.; *proteção*, que objetivam a prevenção de riscos e exposições às doenças, para manter o estado de saúde, incluindo ações de saneamento básico, imunizações, ações coletivas e preventivas, vigilância à saúde e sanitária, etc.; a *recuperação*, equivalendo esta às ações que evitam a morte de pessoas doentes, tal como as sequelas, atuando sobre os danos (atendimento médico, tratamento e reabilitação para os doentes). (CARVALHO; SANTOS, 1995: 36)

c) A **equidade**, que embasa a promoção da igualdade com base no reconhecimento das desigualdades que atingem grupos e indivíduos, e na implementação de ações estratégicas voltadas para sua superação. Fernando Aith considera a equidade diretamente relacionada à igualdade material e à integralidade, regionalização e hierarquização como facetas da equidade (2006: 328; 331; 335);

d) **Caráter democrático e descentralizado da administração**, com participação da comunidade (art. 194, VII; art. 198, I e III, CF): a participação social, que estabelece o direito da população de participar das instâncias de gestão do SUS, por meio da gestão participativa, e dos conselhos de saúde, que são as instâncias de controle social. Essa participação social significa a corresponsabilidade entre Estado e sociedade civil na produção da saúde, ou seja, na formulação, na execução, no monitoramento e na avaliação das políticas e programas de saúde.

A participação da comunidade é regulada pela Lei nº 8.142/90, a qual determina que em cada esfera de governa existam duas instâncias colegiadas: a Conferência de Saúde e o Conselho de Saúde¹⁸.

As Conferências de Saúde constituem reuniões quadrienais em que os vários segmentos envolvidos com o tema (servidores, prestadores, associações e

¹⁸ Art. 1º §1º A Conferência de Saúde reunir-se-á a cada quatro anos com a representação dos vários segmentos sociais, para avaliar a situação de saúde e propor as diretrizes para a formulação da política de saúde nos níveis correspondentes, convocada pelo Poder Executivo ou, extraordinariamente, por esta ou pelo Conselho de Saúde. §2º O Conselho de Saúde, em caráter permanente e deliberativo, órgão colegiado composto por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários, atua na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, cujas decisões serão homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera do governo.

cidadãos) realizam análises conjunturais e estruturais do SUS com o objetivo básico de propor diretrizes para a formulação das políticas de saúde para o quadriênio seguinte. Trata-se de um espaço relevante, habitualmente caracterizado pela significativa participação dos vários setores da saúde, que, além de resultar em diretrizes para a formulação das políticas de saúde, contribui para a formação de uma *opinião pública em saúde*, o que acaba, na verdade, tendo uma relevante influência na forma como a comunidade passa a enxergar o sistema, suas qualidades e suas debilidades. Importante notar que tais conferências, devendo ter lugar nas três esferas – municipal, estadual e nacional – geralmente ocorrem dentro de uma cronologia, em que as municipais antecedem as estaduais e estas as nacionais, buscando a sedimentação de processo crescente de consenso em torno dos temas abordados. (DALLARI; NUNES JR, 2010: 94-95).

Os conselhos de saúde constituem a outra instância colegiada, e são obrigatoriamente organizados em cada esfera de governo. O caráter permanente aponta o funcionamento constante junto ao gestor do SUS da respectiva esfera de governo.

Além disso, em virtude de expressa menção legal, tais conselhos têm caráter deliberativo, aspecto este que deve ser observado à luz dos objetivos que lhes foram atribuídos por lei: atuar na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente. Deliberar, não há espaços para dúvida, significa decidir. Assim, tais conselhos não possuem caráter meramente consultivo, tratando-se autenticamente de uma instância decisória. Tal atribuição, contudo, é restrita ao espaço que lhes foi reservado por lei, isto é, não estão legitimados a toda e qualquer decisão, mas para aquelas que digam respeito a estratégias e controle da execução de políticas públicas na área (DALLARI, NUNES JR, 2010: 95).

A descentralização político-administrativa, na lógica de um sistema único, prevê, para cada esfera de governo, atribuições próprias e comando único. Conforme Carvalho e Santos (2005: 37), a descentralização é

uma redistribuição das responsabilidades pelas ações e serviços de saúde entre os vários níveis de governo, a partir da idéia de que, quanto mais perto do fato a decisão for tomada, mais chance haverá de acerto. Deverá haver uma profunda redefinição das atribuições dos vários níveis de governo, com um nítido reforço do poder municipal no tocante à saúde.

Tal princípio tem orientado a regulamentação do sistema pautada pela municipalização, isto é, pela maior responsabilidade dos municípios na implementação das ações de saúde, como apontam os art. 7º, IX, *a*, e art. 17, I da LOS.

O dispositivo constitucional do art. 198, I não se restringe ao comando de municipalização da atenção em saúde, mas vai adiante, estipulando a existência de uma direção única em cada esfera de governo. Ela enuncia que cada sistema de saúde (municipal,

estadual e federal) deve possuir um gestor, normalmente o titular da pasta setorial dedicada à saúde (Ministro da Saúde, Secretários Estaduais da Saúde e Secretários Municipais da Saúde). Esses gestores devem executar as diretrizes do sistema na sua esfera de governo, mediante atividades de coordenação, controle, planejamento, auditoria, etc., além de participarem da articulação com as outras esferas do sistema. (DALLARI; NUNES JR, 2010: 91).

e) A **hierarquização e a regionalização** (art. 198, *caput*, CF):

A expressão *regionalizada* aponta a necessidade de que haja organização por circunscrições territoriais, que, por sua vez, devem considerar o dinamismo e a complexidade do sistema, que não raramente exige redefinições pontuais. Como exemplo, os autores trazem um caso de doença rara em que o país só possua uma única unidade de atendimento que, desta forma, será integrada ao sistema como referência para todas as regiões.

Ademais, *hierarquizada* não significa uma dada ordem funcional, mas a necessidade de organização do atendimento em níveis distintos de complexidade, sendo, na verdade, uma medida de racionalização do sistema e de otimização de seus recursos.

A Organização Mundial de Saúde e a Organização Pan-americana de Saúde recomendam a organização dos serviços em três níveis distintos de atenção: o primário, o secundário e o terciário. O atendimento primário é o de pequena complexidade (uma consulta, um curativo, por exemplo); o atendimento secundário é de complexidade intermediária (uma pequena cirurgia, o engessamento de um braço); já o atendimento terciário é o de alta complexidade (uma ponte de safena, o tratamento de uma infecção generalizada).

Ao promover a regionalização e a hierarquização da atenção em saúde, a Constituição determina a criação de um sistema de referências e contra-referências, com o objetivo de racionalizar a utilização dos recursos para o atendimento. Por essa lógica de funcionamento, as unidades de atendimento primário devem constituir as portas de entrada do sistema, aptas não só à realização de atendimentos de menor complexidade, como também ao encaminhamento, eventualmente necessário, do paciente para unidades destinadas a atendimentos de maior complexidade. Assim, em princípio, as pessoas são atendidas nas unidades primárias, que, verificando que a situação clínica requer um nível maior de complexidade na atenção, referencia (encaminha) o interessado a outra unidade de atendimento (secundária ou terciária, conforme o caso). Uma vez realizado o atendimento mais complexo, é frequente que o paciente necessite de cuidados complementares, geralmente ambulatoriais, o que faz com que a unidade de atendimento de maior complexidade promova a contra-referência do paciente à unidade primária de onde partiu o encaminhamento. A finalidade básica dessa estrutura em rede de referências e contra-referências é

econômica, pois os atendimentos de pequena complexidade se caracterizam pela grande quantidade de demanda aliada a custo individual proporcionalmente pequeno, enquanto os demais níveis de atenção têm demanda descendente e custo crescente. Assim, para que os recursos sejam otimizados é necessário que se o uso de unidades secundárias e sobretudo terciárias seja seletivo, o que só se alcança com uma prévia avaliação do paciente da rede de atendimento primário. (DALLARI; NUNES JR, 2010: 83-84).

Tais níveis de complexidade são oferecidos por área de abrangência territorial e populacional, conhecidas como regiões de saúde. Busca possibilitar um maior conhecimento, pela rede de serviços do SUS, dos problemas de saúde da população de uma área específica, beneficiando ações de vigilância epidemiológica, sanitária, controle de vetores, educação em saúde, além das ações de atenção ambulatorial e hospitalar em todos os níveis de complexidade.

Destarte, o acesso da população à rede deve ocorrer por intermédio dos serviços de nível primário de atenção, que devem ser e estar qualificados para atender e solucionar os principais problemas que demandam serviços de saúde. “Os que não podem ser resolvidos nesse nível deverão ser referenciados para os serviços de maior complexidade tecnológica” (CARVALHO; SANTOS: 37) A regionalização, desta feita, não significa somente distribuir espacialmente os serviços, “mas também e [sic] sobretudo organizá-los com o indispensável suporte técnico e de recursos humanos, com suficiência de recursos e poder decisório definido.” (CARVALHO; SANTOS, 1995: 85)

O conceito de saúde sustentado pela Reforma Sanitária se afina com o de qualidade de vida, entendida como a conquista histórica da capacidade de fruir e criar uma vida que atenda, dentro dos padrões da dignidade humana, as demandas de moradia, trabalho, transporte, lazer e propicie o acesso às ações integrais de saúde, a uma educação de qualidade e a mecanismos de resolução equânime e pacífica dos conflitos (CAMINHOS DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL, 2007: 09).

Percebe-se, desta maneira, que a consolidação do SUS, como um sistema de atenção e cuidados em saúde, não é suficiente para seja efetivado o direito da população à saúde. Há limites para a atuação de um sistema de assistência. A conquista da saúde necessita estar articulada à ação sistemática e Inter setorial do Estado sobre os determinantes sociais de saúde, isto é, o conjunto dos fatores de ordem econômico-social e cultural que exercem influência direta ou indireta sobre as condições de saúde da população.

2.5 PARA COMPREENDER A POLÍTICA PÚBLICA DE ACESSO A MEDICAMENTOS

O reconhecimento da saúde como um direito possui duas importantes repercussões práticas: a responsabilidade ética e legal do poder público de formular e implementar ações que assegurem o acesso da população aos serviços de atenção à saúde; e a possibilidade do cidadão reivindicar judicialmente, de modo individual ou coletivo, o cumprimento desta obrigação estatal (segunda repercussão que será discutida mais detalhadamente no próximo capítulo). Os chefes dos executivos da saúde têm formulado e implementado políticas e ações de saúde, inclusive de assistência farmacêutica, por meio de um abrangente conjunto de instruções e normas administrativas sobre os mais variados aspectos da seleção, programação, aquisição, distribuição e dispensação de medicamentos. Essas normas são, geralmente, de origem federal (PEPE *et al*, 2010: 461)¹⁹.

A elaboração e implementação de políticas públicas pelo Estado e a prestação de serviços públicos são ações que garantem a efetivação dos direitos sociais. Desse modo, o Ministério da Saúde (MS) elaborou a Política Nacional de Medicamentos (PNM) em 1998, em observância à LOS, que diz ser competência da direção nacional do SUS a formulação de política nacional de insumos para a saúde e atribui ao sistema a função de executar ações de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica.

A PNM organiza diretrizes para assegurar o acesso da população a medicamentos seguros, eficazes e de qualidade, ao menor custo possível, além de estipular responsabilidades das esferas de governo no âmbito do SUS. Reforça a necessidade de reorientação da assistência farmacêutica, a busca contínua da atualização e padronização de protocolos de intervenção terapêutica de doenças com repercussão na saúde pública e a promoção do uso racional de medicamentos (BRASIL, 2002). Essa política conceitua Assistência Farmacêutica do modo a seguir:

Grupo de atividades relacionadas com o medicamento destinadas a apoiar as ações de saúde demandadas por uma comunidade. Envolve o abastecimento de medicamentos em todas e em cada uma de suas etapas constitutivas, a conservação e controle de qualidade, a segurança e a eficácia terapêutica dos medicamentos, o acompanhamento e a avaliação da utilização, a obtenção e a difusão de informação sobre medicamentos e a educação permanente dos profissionais de saúde, do paciente e da comunidade para assegurar o uso racional de medicamentos (BRASIL, 2002: 34).

¹⁹ A efeito de esclarecimento, decidimos explicitar a estrutura básica da assistência farmacêutica no Brasil porque muitos conceitos aqui trabalhados se farão presentes em decisões judiciais a serem analisadas, e não porque pretendemos nos ater somente àquelas que abordem as prestações de saúde quanto ao fornecimento de medicamentos.

Em 2004, o Conselho Nacional de Saúde elaborou a Política Nacional de Assistência Farmacêutica (PNAF), como parte da Política Nacional de Saúde, consistindo em ações voltadas à promoção, proteção e recuperação da saúde individual e coletiva, tendo como fito o acesso e o uso racional dos medicamentos. A Assistência Farmacêutica deve ser uma política pública que garanta a intersetorialidade na gestão do SUS, envolvendo a política de medicamentos, de ciência e tecnologia, de desenvolvimento industrial e de formação de recursos humanos. A PNAF considera Assistência Farmacêutica (BRASIL, 2004b):

Um conjunto de ações voltadas à promoção, proteção e recuperação da saúde, tanto individual como coletivo, tendo o medicamento como insumo essencial e visando o acesso e ao seu uso racional. Este conjunto envolve a pesquisa, o desenvolvimento e a produção de medicamentos e insumos, bem como a sua seleção, programação, aquisição, distribuição, dispensação, garantia da qualidade dos produtos e serviços, acompanhamento e avaliação de sua utilização, na perspectiva da obtenção de resultados concretos e da melhoria da qualidade de vida da população (BRASIL, 2004, art. 1º, II).

Para orientar o financiamento e o gerenciamento das atividades, a Assistência Farmacêutica foi dividida em três componentes: Assistência Farmacêutica na Atenção Básica, Medicamentos Estratégicos e Medicamentos Excepcionais/Alto Custo.

O componente da Atenção Básica equivale a ações de Assistência Farmacêutica inseridas na atenção primária e em programas de saúde específicos, como Hipertensão e Diabetes, exceto insulinas; Asma e Rinite; Saúde Mental; Saúde da Mulher; Alimentação e Nutrição; Combate ao Tabagismo. Seu financiamento é tripartite, isto é, envolve recursos federais, estaduais e municipais (BRASIL, 2006).

Os Medicamentos Estratégicos contemplam doenças que são problemas de saúde pública, que atingem ou põem em risco as coletividades e cuja estratégia de controle se concentra no tratamento de seus portadores. Abrangem o tratamento para: tuberculose, hanseníase, malária, leishmaniose, doença de Chagas e outras endemias de abrangência nacional ou regional como cólera, esquistossomose, filariose, influenza, meningite, oncocercose, peste e tracoma. Igualmente são incluídos os medicamentos antirretrovirais do Programa de DST/AIDS, sangue e hemoderivados e imunobiológicos. O financiamento é de responsabilidade do MS, que distribui os medicamentos aos estados (BRASIL, 2007).

O Programa de Medicamentos Excepcionais/Alto Custo inclui medicamentos de alto valor unitário ou cujos tratamentos, por serem de longo prazo, tornam-se dispendiosos. São voltados ao tratamento de doenças específicas, as quais, em sua ampla maioria,

necessitam de tratamentos por períodos prolongados. Algumas delas são: hepatite viral crônica B e C, artrite reumatóide, asma grave, esclerose múltipla, insuficiência renal crônica, epilepsia e esquizofrenia refratárias, fibrose cística, doença de Gaucher. Esse programa é financiado pelo MS e cofinanciado pelos estados (BRASIL, 2007).

Recentemente, por meio da Portaria nº 2981, de 26 de novembro de 2009, do Ministério da Saúde, o Componente de Medicamentos de Dispensação Excepcional passou a ser intitulado Componente Especializado da Assistência Farmacêutica. O acesso aos medicamentos desse componente será garantido mediante a pactuação entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, conforme responsabilidades definidas nesta Portaria (BRASIL, 2009a).

A Política Nacional de Medicamentos remete a duas reflexões. A primeira é sobre o conceito de essencialidade, pedra angular da PNM. O desenvolvimento científico e tecnológico, a produção de medicamentos, a verificação de sua qualidade, a regulamentação sanitária, a reorientação da assistência farmacêutica e o desenvolvimento e capacitação de recursos humanos devem levar em conta a almejada melhoria do acesso aos medicamentos, em especial, aos essenciais (Ministério da Saúde; Organização Pan-Americana da Saúde/Organização Mundial da Saúde: 2005; GUERRA JR *et al*, 2004).

A segunda reflexão concerne à recomendação da Organização Mundial da Saúde (OMS, 2002) em relação à seleção de medicamentos, estabelecendo que cada país elabore um rol de medicamentos essenciais.

De acordo com a mais recente definição da ONU, medicamentos essenciais são: “aqueles que satisfazem os cuidados de saúde prioritários das necessidades da população. Medicamentos essenciais são selecionados com o devido respeito à incidência de doenças, evidência da eficácia e segurança, e custo-efetividade comparativo. Medicamentos essenciais pretendem serem disponíveis conforme o contexto dos sistemas de saúde em todos os tempos, em quantidades adequadas, nas dosagens apropriadas, com qualidade assegurada, e a um preço que o indivíduo e a comunidade possam pagar. A implementação do conceito de medicamentos essenciais pretende a ser flexível e adaptável a muitas situações diferentes; exatamente que medicamentos são dispostos como essenciais remonta como responsabilidade essencial dos Estados-partes”²⁰.

O processo de adoção e revisão de uma lista de medicamentos essenciais implicitamente supõe que a seleção deve se pautar por critérios que contemplem as

²⁰ WHO. The selection and use of essential medicines. Geneva: World Health Organization, 2003. Technical Report Series 920: 54.

necessidades terapêuticas de determinada população, proporcionando, desta forma, fundamento para priorização de necessidades, resultando na ampliação do acesso. A seleção de medicamentos essenciais igualmente proporciona a melhoria da qualidade da assistência, já que, ao estabelecer como critérios de seleção a eficácia e a segurança dos fármacos, visa restringir o uso de medicamentos de eficácia não comprovada, que apresentam maiores riscos do que benefícios na sua utilização ou a duplicidade de fármacos para a mesma indicação clínica.

No Brasil, a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME) tem tido atualização periódica desde o ano de 2000, como recomendado pela OMS. É mister realçar que a definição de medicamentos essenciais não está relacionada estritamente ao custo financeiro do medicamento, sendo os de alto custo também incluídos nessas listas. Além da seleção dos medicamentos essenciais, o sistema de saúde público brasileiro possui, em todas as esferas federativas, outros elencos de medicamentos selecionados, como os de dispensação excepcional e os programas de distribuição de medicamentos para doenças específicas, como tuberculose, malária, diabetes e outras, de modo a atender diferentes demandas de saúde.

Para termos uma visão geral de como funciona a política pública, é necessário visualizar que a Assistência Farmacêutica (AF) pode ser vista como um ciclo (figura 1), em que se sucedem atividades que só se completam na medida em que a atividade anterior for adequadamente realizada (Marin *et al*, 2003: 130; Oliveira *et al*, 2007).



Figura 1: Ciclo da Assistência Farmacêutica (OLIVEIRA *et al*, 2007).

O ciclo inicia-se na seleção de medicamentos, pois é a atividade que objetiva decidir de forma crítica, fundamentada na melhor evidência farmacológico-clínica, quais os

medicamentos que devem ser disponibilizados (Marin *et al*, 2003: 133; Oliveira *et al*, 2007). Para seleção de medicamentos deve-se considerar: o perfil dos usuários (morbidades mais prevalentes); eficácia, efetividade do fármaco; segurança e qualidade do fármaco; fármacos em apresentações farmacêuticas que atendam as necessidades; comodidade posológica; custo do medicamento e; disponibilidade no mercado (Marin *et al*, 2003). O produto da seleção é uma lista constituída por medicamentos considerados essenciais para atender aquele contexto. No Brasil, no âmbito federal, esta lista é a RENAME. O Formulário Terapêutico Nacional (FTN) é uma extensão da RENAME e se caracteriza por conter monografias de medicamentos da RENAME, visando auxiliar aos prescritores sobre a decisão de uma prescrição racional (FTN, 2010).

Passada a etapa da seleção, inicia-se a programação. Esta por sua vez representa uma atividade-chave, que tem por objetivo a garantia da disponibilidade dos medicamentos, previamente selecionados, nas quantidades adequadas e no tempo oportuno para atender às necessidades de uma população-alvo considerando-se um determinado período de tempo (Marin *et al*, 2003: 155). Na etapa da programação deve-se empreender a quantificação dos medicamentos a serem adquiridos, sabendo alocar corretamente os recursos disponíveis, e ainda cuidar para evitar a descontinuidade no abastecimento, favorecendo desta forma para a credibilidade do serviço (Marin *et al*, 2003). Após a programação ocorre a aquisição de medicamentos.

No que tange ao armazenamento, é uma etapa complexa que envolve conhecimentos técnicos sobre os produtos a serem armazenados e sobre gestão de estoques (Oliveira *et al*, 2007). O principal objetivo do armazenamento é a organização os materiais de forma a não haver perdas, sendo necessário assim, respeitar as boas práticas de armazenamento. A distribuição dos medicamentos ocorre posterior à etapa de armazenamento, e é ela que permite que o medicamento fique mais próximo do paciente, visto que é nesta etapa que ocorrer o transporte de medicamentos de uma central de abastecimento até as unidades de saúde (Oliveira *et al*, 2007).

A última etapa do ciclo da Assistência Farmacêutica é a utilização dos medicamentos, podendo estas, segundo Marin *et al* (2003: 243), ser dividida em três componentes: Prescrição, Dispensação e Uso. Entretanto, estes três componentes relacionam-se entre si e para esta afirmativa pode-se partir da definição de Uso Racional de Medicamentos (URM), que segundo Marin *et al* (2003:287), pode ser entendida como um conjunto de práticas que inclui: a escolha terapêutica medicamentosa adequada; a indicação apropriada deste medicamento; inexistência de contraindicação e mínima probabilidade de

reações adversas; dispensação correta, incluindo informação apropriada sobre os medicamentos prescritos; adesão ao tratamento pelo paciente; seguimento dos efeitos desejados e de possíveis reações adversas consequentes do tratamento.

Apesar dos avanços nas políticas e ações públicas de assistência farmacêutica, no Brasil, há dificuldades de acesso da população aos medicamentos necessários, o que prejudica a assistência integral à saúde. É compreensível que o cidadão busque um tipo de alternativa mais rápida e efetiva de acesso aos medicamentos, como a via judicial. Mas a prestação jurisdicional deste tipo de demanda vem gerando problemas orçamentários e de gestão no SUS, como veremos mais adiante.

2.5.1 USO RACIONAL DE MEDICAMENTOS

Frente ao contexto apresentado no item anterior, é imperativa “a construção de uma nova cultura dos medicamentos, centrada no estudo sistemático dos impactos biológicos e sociais dos tratamentos médicos” e “a transformação do medicamento de mercadoria em instrumento para preservação e restauração da saúde” (ROZENFELD, 1989: 388). As políticas de liberação de mercado, a promoção comercial e a publicidade acarretam mudanças nas características do consumo de medicamentos e influenciam a elevação da quantidade de medicamentos disponíveis. Acredita-se que é possível racionalizar a oferta de insumos de forma a contemplar as necessidades sanitárias da população e garantir o uso racional de medicamentos (ROZENFELD, 1989). A PNM define uso racional de medicamentos como:

Processo que compreende a prescrição apropriada; a disponibilidade oportuna e a preços acessíveis; a dispensação em condições adequadas; e o consumo nas doses indicadas, nos intervalos definidos e no período de tempo indicado de medicamentos eficazes, seguros e de qualidade (BRASIL, 2002: 37).

Tal conceito se assemelha ao adotado pela OMS e incorpora sob a ótica do custo, o ato da prescrição e do reconhecimento da necessidade do uso do medicamento, da utilização de critérios de eficácia, efetividade e segurança no momento de escolha da tecnologia, da dispensação com informação necessária e da adesão ao tratamento (AQUINO, 2008).

“Todo medicamento tem um potencial de risco de efeitos iatrogênicos²¹ ao lado da sua ação terapêutica. Esse risco é ainda maior para os potentes fármacos modernos”

²¹ O termo iatrogenia deriva do grego (iatros = médico / gignesthai = nascer, que deriva da palavra genesis = produzir) e significa qualquer alteração patológica provocada no paciente pela má prática médica. Em relação

(ROZENFELD, 1989: 393). Além das questões sanitárias envolvidas no uso irracional de medicamentos²², como o surgimento de resistências bacterianas, RAM²³, intoxicações e a iatrogenia, que consiste em complicações advindas do uso de tecnologias de saúde, há de se considerar os gastos excessivos e a perda desnecessária de recursos em sistemas com restrições econômicas.

A prescrição racional de medicamentos envolve etapas que vão além do diagnóstico e seleção da terapêutica mais adequada. A etapa da informação é muito importante para a compreensão, por parte do paciente, sobre o que lhe está sendo prescrito. Nesta etapa, cabe ao profissional, em linguagem clara e acessível, explicar ao paciente sobre os benefícios esperados e os eventuais problemas associados. O estímulo à adesão ao tratamento faz parte do ato de prescrever e é entendida como a etapa final do uso racional de medicamentos (PEPE; OSORIO-DE-CASTRO, 2010: 23).

Segundo Nascimento (2002), a prescrição excessiva está relacionada, entre outros fatores, às limitações na formação médica profissional; às deficiências no sistema de assistência à saúde; à pressão das indústrias farmacêuticas buscando colocar seus produtos no mercado, e às pressões dos pacientes que se frustram ao sair de uma consulta sem uma prescrição. O paciente interpreta a receita como a solução para o seu problema e como sinal de uma boa consulta médica, e o médico se convence de haver realizado algo em favor do doente. Além disso, um medicamento prescrito pode lhe outorgar prestígio e reforçar seu poder sobre o paciente (Nascimento, 2002; Sayd, 1998 *apud* Gava, 2005).

A prescrição adequada é elemento essencial no que se refere à proposta da Organização Mundial da Saúde (OMS) para o uso racional de medicamentos (WHO, 1987). É ainda a instrução sobre a terapêutica a ser realizada. Assim, é de extrema importância que a

aos medicamentos, iatrogênicos são os efeitos danosos produzidos por aqueles. A iatrogenia medicamentosa está relacionada a diversos fatores, como: prescrição estranha à relação terapêutica; erro de diagnóstico; doses ou duração inadequadas; efeitos indesejáveis, sobretudo os inesperados; interações danosas; que podem produzir morbidade ou mortalidade. (SOUGEY; CARVALHO)

²² Um tratamento farmacológico é considerado racional quando atende à critérios de indicação, dose e manutenção na ausência ou com mínimos efeitos indesejáveis. (SOUGEY; CARVALHO)

²³ RAM significa Reação Adversa a Medicamento. “A Organização Mundial da Saúde (OMS) define reação adversa a medicamento (RAM) como sendo ‘qualquer resposta prejudicial ou indesejável e não intencional que ocorre com medicamentos em doses normalmente utilizadas no homem para profilaxia, diagnóstico, tratamento de doença ou para modificação de funções fisiológicas’. Não são consideradas reações adversas os efeitos que ocorrem após o uso acidental ou intencional de doses maiores que as habituais (toxicidade absoluta)”.

“Reação adversa a medicamento também pode ser entendida como reação nociva e desagradável, resultante de intervenção relacionada ao uso de um medicamento, cuja identificação permite prever riscos de futura administração, assegurar a prevenção e tratamento específico, bem como determinar alteração da dosagem ou cessação do tratamento”. (PEREIRA)

prescrição seja legível, compreensível e que também obedeça a todos os preceitos oficialmente estabelecidos, a fim de facilitar a compreensão e uso pelo paciente, diminuindo desta forma, os erros de utilização e facilitando a correta dispensação. A prescrição também é um documento legal pelo qual se responsabilizam aqueles que prescrevem, dispensam e administram os medicamentos/terapêuticas ali relacionados (PEPE; OSORIO-DE-CASTRO, 2008; SANT'ANA, 2009).

Nessa perspectiva, as políticas públicas de medicamentos são indispensáveis para o exercício do direito social à assistência farmacêutica e terapêutica e devem seguir as diretrizes constitucionais de integralidade e universalidade. Segundo Marques e Dallari (2007: 102), “para que o Estado brasileiro possa atender esses preceitos legais, é preciso que implemente políticas públicas e serviços públicos de saúde e assistência farmacêutica, em escala coletiva”. Os pacientes têm o direito de receber uma assistência com qualidade e eficácia, mas também a sociedade necessita maximizar as prestações de saúde com base nos seus custos.

Uma estratégia para reduzir incertezas na prática clínica e auxiliar na racionalidade do uso de medicamentos é a elaboração de protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas, fundados na medicina baseada em evidências²⁴. Além de grande importância para o cuidado, os protocolos têm um papel fundamental no gerenciamento da Assistência Farmacêutica, na educação em saúde para profissionais e usuários e nos aspectos legais envolvidos no acesso a medicamentos (BRASIL, 2007; MOTA *et al*, 2008).

Um exemplo disso são os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) para as doenças contempladas no Programa de Medicamentos de Alto Custo do MS. Tais Protocolos esclarecem os critérios de diagnóstico, preconizam o tratamento, indicam parâmetros de acompanhamento dos resultados e têm o objetivo de racionalizar a prescrição e o fornecimento dos medicamentos. As recomendações feitas são produto de uma avaliação sistemática da literatura científica, e a Secretaria de Assistência à Saúde do MS avaliou o impacto econômico de cada decisão sobre a nova tecnologia. De suma importância é a atualização contínua dos protocolos, que devem acompanhar a evolução dos conhecimentos

²⁴ Coadunada com o conceito de saúde da OMS como *completo estado de bem-estar físico, mental e social*, e não apenas a *ausência de doença*, a ideia de medicina baseada em evidências postula que é necessário que sejam esclarecidas a efetividade, a eficiência e, especialmente, a segurança de cada decisão em saúde. A Constituição, em seu art. 196, além de prever o direito à saúde, reza que o Estado tem o dever de evitar agravos à saúde, o que corresponde a dizer que ofertar tratamento cuja efetividade e segurança não estão adequadamente estudados contraria a Carta Magna, pois isso pode promover agravos à saúde e, frequentemente, devido ao desperdício com tratamentos caros e ineficazes, reduz o acesso universal àquilo que é efetivo e seguro. É primordial que o direito à saúde seja de fato baseado em evidências científicas que, no mínimo, reduzam as probabilidades de malefícios ao indivíduo e à população.

técnicos e científicos e incorporar, quando adequado, novas alternativas para o tratamento (BRASIL, 2002a, 2007).

A concepção de medicina baseada em evidências é compatível com o princípio do risco e do benefício, defendido por ELIAS (2008: 58) como um dos princípios do Direito Sanitário:

[...] extraímos da Constituição o **princípio do risco e do benefício**, o qual exige que o Estado saiba dosar os riscos para a realização da atividade de fiscalização sanitária, sem que haja a redução de benefícios à sociedade. Assim, se um medicamento faz muito mal à saúde, mas é necessário para manter a vida de um paciente, mesmo que a droga venha a causar malefícios ao mesmo, porém, com mais chances de sobrevivência, o Estado deve optar pelo registro do produto. Sem este princípio, verificando-se que o produto é simplesmente maléfico à saúde, o Estado não poderia registrá-lo.

Portanto, por meio do **princípio do risco e do benefício**, considerando os produtos e os serviços que apresentem riscos à saúde humana, sejam estes biológicos ou qualquer outro de relevância sanitária, devem ser eles controlados pelo Estado-regulador e fiscalizador.

Tal princípio pode ser aplicado nos casos de pedidos judiciais de fornecimento de medicamentos de eficácia não comprovada, para fundamentar a negativa do pedido, ponto ao qual retornaremos no próximo capítulo.

Frente a tais disposições legais, Aith salienta que sempre que um cidadão for acometido por uma doença, o Estado brasileiro é obrigado a lhe oferecer atendimento integral, ou seja, todos os recursos médicos, farmacêuticos e terapêuticos que estiverem disponíveis para o tratamento da enfermidade em questão. Destaca o autor (2007: 357) que:

Sempre que houver uma pessoa doente, caberá ao Estado fornecer o tratamento terapêutico para a recuperação da saúde dessa pessoa de acordo com as possibilidades oferecidas pelo desenvolvimento científico. Assim, não importa o nível de complexidade exigido, a diretriz de atendimento integral obriga o Estado a fornecer todos os recursos que estiverem ao seu alcance para a recuperação da saúde de uma pessoa, desde o atendimento ambulatorial até os transplantes mais complexos. Todos os procedimentos terapêuticos reconhecidos pela ciência e autorizados pelas autoridades sanitárias competentes devem ser disponibilizados para a proteção da saúde da população.

Contudo, tal tarefa estatal envolve questões complexas a serem enfrentadas. O panorama do mercado de medicamentos e produtos para a saúde no Brasil, e a incorporação tecnológica de inovações terapêuticas traz implicações econômicas para a garantia do direito à saúde e, conseqüentemente, para a formulação de políticas públicas e para a prestação de

serviços de saúde que sigam as diretrizes constitucionais e confirmam, a todos, o mais alto grau de cuidado com a saúde.

Como as questões que envolvem o acesso aos medicamentos são complexas e vão desde o controle de preços até a elaboração de Protocolos Clínicos que visam racionalizar a prestação coletiva de fármacos, nota-se que uma série de medidas, políticas e jurídicas, já foram adotadas pelo Estado brasileiro, no que diz respeito à assistência farmacêutica e ao acesso a medicamentos seguros e eficazes. Sílvia Marques destaca que, (2005: 08) como os recursos públicos são limitados frente ao custo de certos medicamentos disponíveis no mercado ou às inovações terapêuticas, a política pública de medicamentos

não se revela capaz de atender, individualmente, todas as necessidades terapêuticas dos cidadãos brasileiros. Ela é elaborada com base na tomada de decisões coletivas pelo sistema político, sob uma perspectiva coletiva e distributiva. E, dessa forma, adota critérios justificados de inclusão e exclusão de medicamentos dentre os medicamentos ofertados pelo SUS, para possibilitar o atendimento equânime ao maior número de pessoas possível.

A parte de todas as considerações sobre o panorama constitucional e legal do direito à saúde no Brasil, compreende-se a constatação de Faria (2002: 59), de que os direitos sociais e a complexidade das questões que envolvem a garantia desses direitos na contemporaneidade, “estão modificando as formas e práticas jurídicas e, com isso, afetando radicalmente a estrutura, a funcionalidade e o alcance do direito positivo”. Com todos os aportes necessários à compreensão do debate sobre a prestação jurisdicional do direito à saúde, passemos, portanto, à sua discussão.

3 A SAÚDE SOB O SIGNO DA JUSTIÇA

Mostraremos como o direito à saúde vem sendo adjudicado no Brasil, a partir da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que delinea os contornos das decisões em todo o país, além das críticas que são feitas pela doutrina a tal justiciabilidade para, enfim, adentrarmos no foco de nossa pesquisa, que são as decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Pará sobre o assunto.

3.1 A SAÚDE E A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O extenso conjunto de disposições constitucionais relativas à saúde e outros direitos sociais na Constituição de 1988 exigiu da doutrina e da jurisprudência constitucionais o desenvolvimento da reflexão sobre seu conteúdo, eficácia e aplicabilidade.

No âmbito do direito à saúde, de início, foi rejeitada a interpretação de que essas disposições seriam normas meramente programáticas, desprovidas de força vinculante sobre os poderes públicos. O reconhecimento da eficácia das normas constitucionais sobre saúde (DALLARI, 1988; KRELL, 2002; SARLET, 2009), fundamentada em sua definição como direito fundamental e, conseqüentemente, dirigida pelo princípio da aplicabilidade imediata presente no art. 5º, § 1º (As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata) foi ratificado pelo Supremo Tribunal Federal, como veremos, e proporcionou a base para dimensionar sua exigibilidade judicial.

Sinteticamente, Maués (2009: 257-273) aponta, no mínimo, três grandes posicionamentos na doutrina brasileira quanto ao debate sobre a eficácia do direito à saúde:

a) direito à saúde como norma objetiva - conforme tal concepção, o direito à saúde obriga o legislador e a administração a formular as leis e regulamentos necessários para o exercício desse direito, rechaçando sua discricionariedade no exercício das competências constitucionalmente conferidas. O descumprimento desses deveres baseia o emprego da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, seja legislativa, seja administrativa (art. 103, § 2º), e do mandado de injunção (art. 5º, LXXI), quando a ausência de norma regulamentadora obste o exercício do direito;

Ademais, a eficácia das normas constitucionais sanitárias implica seu uso como parâmetro de controle das normas infraconstitucionais, lastreando a não recepção de normas anteriores à Constituição que lhes sejam opostas, tal como a declaração de

inconstitucionalidade de lei ou ato normativo que viole os bens jurídicos tutelados pelo direito à saúde (SARLET, 2009: 272-273; MAUÉS; SIMÕES, 2002: 477-480).

b) direito à saúde como direito subjetivo definitivo - aqui, as normas constitucionais da saúde atribuem direitos subjetivos a prestações no que tange ao seu conteúdo essencial, que é constituído pela “parcela indisponível dos direitos fundamentais aquém da qual desaparece a possibilidade de se viver com dignidade” (TORRES, 2008: 318).

Este núcleo, fundado no princípio da dignidade da pessoa humana e na noção de mínimo existencial, provinda do direito alemão, é oponível e exigível dos poderes públicos, sendo tarefa do Judiciário “praticar um ato específico: determinar concretamente o fornecimento da prestação de saúde com fundamento na Constituição e independentemente de existir uma ação específica da Administração ou do Legislativo nesse sentido” (BARCELLOS, 2008b: 809). Por conseguinte, ao contrário de outras dimensões dos direitos sociais, que são desenvolvidas em razão das opções do Legislativo e do Executivo, a eficácia do mínimo existencial advém diretamente do texto constitucional e dispensa a intervenção legislativa (BARCELLOS, 2008b: 809), não se falando em ponderação com outros direitos para sua aplicação (TORRES, 2008: 316).

c) direito à saúde como direito subjetivo *prima facie*: nessa visão, os direitos sociais são concebidos como princípios cuja aplicabilidade se sujeita a um processo de ponderação no caso concreto, anterior a seu reconhecimento definitivo (SARMENTO, 2008: 567), no qual são consideradas as demais circunstâncias em causa, sejam outros direitos fundamentais, sejam princípios ou valores constitucionais (FIGUEIREDO, 2007: 118).

Destarte, não é possível estipular, “de forma apriorística e acima de tudo de modo taxativo, um elenco dos elementos nucleares do mínimo existencial, no sentido de um rol fechado de posições subjetivas negativas e positivas correspondentes ao mínimo existencial” (SARLET; FIGUEIREDO, 2007: 26). Isto importa ainda que “a inserção ou não de determinada prestação no âmbito do mínimo existencial não pode ser realizada *in abstracto*, ignorando a condição específica do titular do direito”, o que abarca a avaliação de sua situação patrimonial (SARMENTO, 2008: 577). Da ponderação realizada, pode decorrer que determinados direitos sociais, ainda que acima do mínimo existencial, tenham, também, seu conteúdo prestacional exigível judicialmente.

Todas as três concepções concordam que o cumprimento das normas constitucionais sobre saúde pode ser exigido judicialmente, mesmo divergindo sobre seu

conteúdo subjetivo. Outras duas dimensões igualmente são reconhecidas pela doutrina: a qualificação do direito à saúde como limite material ao poder de reforma constitucional, ampliando a garantia do inciso IV do art. 60, § 4º²⁵, sustentado no princípio da proibição do retrocesso; e a eficácia horizontal do direito à saúde, que impõe aos poderes públicos a obrigação de proteger a saúde no âmbito das relações privadas²⁶.

Paralelamente ao desenvolvimento doutrinário, em 1990, como visto no segundo capítulo, foram editadas as Leis nº 8.080/90 e a Lei nº 8.142/90 (cujo corpo Dallari concebe como Lei Orgânica da Saúde), esta estipulando os mecanismos de controle social neste domínio: os Conselhos e Conferências de Saúde. A partir disto, em todos os níveis da Federação, operou-se uma intensa produção legislativa e regulamentar, sublinhando-se, neste último setor, as Normas Operacionais Básicas e as Normas Operacionais da Assistência à Saúde.

Não obstante os inegáveis avanços, o Brasil enfrenta graves problemas no sistema de saúde pública, que não consegue atender de forma devida às demandas da população.

Ante tal situação, o Judiciário, paulatinamente, foi sendo mais procurado para obrigar o Estado a fornecer prestações de saúde. Nos próximos tópicos, examinaremos de que modo tem se dado a justiciabilidade do direito à saúde no Brasil, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que dividimos em três momentos:

A) **Antes da Audiência Pública nº 4**

O Supremo Tribunal Federal, instância máxima do Poder Judiciário do país, firmou entendimento favorável à entrega dos medicamentos solicitados aos cidadãos que deles necessitam, a exemplo dos portadores de HIV/Aids²⁷. Uma decisão tomada como paradigma e bastante citada em outros julgados, do próprio STF e de outros Tribunais, é o Petição nº 1.246-1, proveniente do Estado de Santa Catarina, de relatoria do Min. Celso de

²⁵ “Art. 60. § 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV – os direitos e garantias individuais.”

²⁶ Exemplo da eficácia horizontal do direito à saúde encontra-se na anulação, pelo Judiciário, de cláusulas contratuais dos planos privados de saúde, consideradas danosas ao usuário. Como demarcado desde o início, o âmbito de nossas investigações não aborda esta faceta. Para maiores considerações sobre ela, consultar: Direitos fundamentais sociais e relações privadas: o caso do direito à saúde na Constituição brasileira de 1988 (MATEUS, 2007).

²⁷ Para maior detalhamento de como se deu o acesso aos medicamentos antirretrovirais pela via do Judiciário brasileiro, ver: O remédio via Justiça: um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/Aids no Brasil por meio de ações judiciais (SCHEFFER, 2005).

Mello, julgado em 1997. Tal decisão vem, reiteradamente, sendo mencionada pelo próprio Tribunal como paradigmática do seu reconhecimento do direito à saúde.

O caso começou com a propositura de uma Ação Cautelar por J.B.G.C. contra o Estado de Santa Catarina. O autor, menor de idade, é portador de rara doença degenerativa chamada Distrofia Muscular de Duchene, que leva à morte prematura de suas vítimas. Alegava haver um tratamento em uma clínica dos Estados Unidos a partir de células de doadores sadios que lhe curariam e que a Constituição lhe assegurava o direito à saúde. Pedia que lhe fosse concedido diretamente, pelo Estado, o valor equivalente a US\$ 63 mil para custear o tratamento.

Em primeira instância, foi concedida liminar determinando ao Estado que disponibilizasse o valor em 48 horas, ou formalmente se responsabilizasse pelo custeio. O Estado recorreu ao Tribunal de Justiça com o fim de suspender a liminar, suspensão concedida (o pedido de suspensão de segurança foi indeferido, mas deferido o pedido posterior de efeito suspensivo ao agravo de instrumento interposto). Porém, neste intervalo, a Juíza ordenou o bloqueio do dinheiro junto ao Banco do Estado de Santa Catarina, e a imediata transferência do valor à mãe do menor. Após outros trâmites processuais, o TJ estipulou que o dinheiro fosse liberado pelo Estado. O gerente do banco negou-se a cumprir a decisão, tendo sido ameaçado de prisão pelo crime de desobediência.

O Estado, então, decidiu pedir diretamente ao Supremo a suspensão da liminar, alegando ter havido ordem de pagamento sem amparo orçamentário e sem lei que o determinasse, além de afirmar a violação do princípio da separação de poderes. O Ministro Celso de Mello, à época Presidente da Corte, em decisão monocrática, não concedeu a suspensão exarando o seguinte posicionamento, que ficou famoso após o caso:

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, *caput*) ou fazer prevalecer, contra esta prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado este dilema – que as razões de índole ético-jurídicas impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida.

O Estado de Santa Catarina recorreu ao Plenário do STF para tentar reverter o bloqueio e a iminente liberação dos recursos, utilizando os mesmos argumentos jurídicos mencionados, e mais que:

1- Normas programáticas “não obrigam o Estado a custear tratamento médico-hospitalar não abrangido pelas ações e serviços públicos de saúde”;

2- Alegou que não havia tido a oportunidade de discutir os valores envolvidos e a legitimidade dos documentos apresentados, e que a soma envolvida seria muito ampliada, face ao precedente criado, e que isto “ameaça arruinar a política e os programas de acesso igualitário às ações e aos serviços de saúde regulamentados por lei, prejudicando milhões em proveito de poucos em Santa Catarina”;

3- O tratamento requerido é experimental, não reconhecido como válido pelo Sistema Único de Saúde, “não havendo nem um único caso em que” esse tratamento tenha curado pacientes com a doença do autor;

4- “Se o fato de *ser a saúde dever do Estado* importa o direito a prestações pecuniárias do Poder Público necessárias à realização do tratamento (experimental ou não) não abrangido pelas ações e serviços públicos, nos termos da lei, então haver-se-á de reconhecer um direito irrestrito de todas as pessoas ao que de melhor, mais caro e mais avançado existir no mundo todo em termos de assistência médico hospitalar para os mais variados males, muitos deles tratados com mais eficácia fora do país, o que seria uma dádiva, mas não realizável”;

5- Demonstra os riscos que a decisão liminar propicia à saúde e a à vida de milhares de doentes pobres e que dependem de tratamento inadiável em função dos limitados recursos estipulados pela lei para os programas e políticas públicas de atendimento à população universalmente considerada, pois estes ficarão restritos em face da transferência de recursos ordenada pela decisão judicial para outros fins que não os previstos em lei.

À vista dos argumentos, o Plenário, em 10/04/97, decidiu não enfrentar o caso, preferindo empregar um argumento processual para não decidir, sendo unanimemente deliberado que não era cabível o uso de “Suspensão de Segurança” entre um Tribunal de Justiça de um Estado e o STF, mas somente entre os Tribunais Federais e Superiores e o STF.

O debate foi prejudicado, mas as razões expostas na decisão singular do Ministro permanecem como fundamento das demais decisões da Corte, como se ele tivesse tido um julgamento que apreciasse o mérito do pedido, e não uma decisão processual sem análise de mérito.

Em outras ocasiões, o STF proclamou o direito à saúde, como no também bastante citado Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271.286-8/RS, de relatoria do Ministro Celso de Mello, de 2000, julgado pela 2ª Turma.

O caso é originário do Município de Porto Alegre, que, em primeira instância, não teve seus argumentos acolhidos, tendo recorrido ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio

Grande do Sul, igualmente sendo derrotado em segundo grau. Assim, o Município interpôs Recurso Extraordinário perante o Supremo. Em decisão monocrática, o Min. Celso de Mello não conheceu do recurso, havendo interposição de agravo regimental perante a Segunda Turma para apreciação do pleito.

No acórdão recorrido (pertencente ao TJ/RS), foi reconhecido que, com base no art. 196 da Constituição, incumbe ao recorrente, de forma solidária com o Estado do Rio Grande do Sul, a obrigação de ambos fornecerem, gratuitamente, medicamentos necessários ao tratamento da AIDS, nos casos envolvendo paciente hipossuficientes. A peculiaridade do caso é a existência de uma lei nacional determinando o fornecimento de medicamentos em tais situações, a Lei nº 9.313/96.

Em suma, o Município alegou que houve violação ao art. 167, I, da Constituição, que veda o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual; são de iniciativa do Poder Executivo leis que estipulam os orçamentos anuais e nesta é previsto o orçamento de seguridade social, conforme o inciso III, do §5º do art. 165 da CF; deixa-se de observar a repartição de competência para operacionalização dos serviços de saúde, como modo de gestão financeira dos recursos; afronta ao princípio da separação dos poderes e ao art. 168, parágrafo único da Constituição, o qual responsabiliza as três esferas federativas pelo financiamento, ações e serviços de saúde.

O acórdão sintetizou e ratificou entendimentos que vinham sendo desenvolvidos no Supremo nos anos imediatamente anteriores, a partir da década de 1990. Destaca-se que o Ministro abordou os seguintes pontos:

1) *O direito à saúde como consequência indissociável do direito à vida*: o Ministro assevera que a saúde possui o cunho de direito público subjetivo assegurado à generalidade das pessoas pela Constituição, a partir de exegese do artigo 196, traduzindo o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar, incumbindo ao Poder Público formular e implementar políticas sociais e econômicas aptas a garantir, aos cidadãos, tal acesso.

Além de ser um direito fundamental autônomo, o direito à saúde é consequência constitucional indissociável do direito à vida, não podendo o Poder Público, em qualquer esfera federativa, ser indiferente à problemática da saúde, sob pena de incorrer em grave comportamento inconstitucional, ainda que por omissão.

2) *O caráter programático do artigo 196 da Constituição não pode se tornar promessa constitucional inconsequente*: a regra inscrita no art. 196, de caráter programático, possui como destinatários todos os entes políticos da ordem federativa brasileira. Tal característica não pode se tornar promessa constitucional inconsequente, pois o Poder Público, assim agindo, estaria fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, e cometendo ato irresponsável de infidelidade governamental ao que estipula a própria Constituição.

3) *A primazia da inviolabilidade do direito à saúde e à vida face ao interesse financeiro e secundário do Estado*: em passagem que se tornou bastante conhecida (e criticada), o Ministro Celso de Mello afirma que, entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, direito subjetivo inalienável, ou fazer preponderar um interesse financeiro e secundário do Estado²⁸, por razões de ordem ético-jurídicas, é imposta ao julgador somente uma opção: a que privilegia o respeito à vida e a saúde humana, especialmente dos que têm acesso, por legislação local, ao programa de distribuição gratuita de medicamentos, instituído em favor de pessoas carentes.

Assevera o Ministro que não é suficiente que o Estado proclame o reconhecimento formal de um direito, sendo primordial que seja respeitado e garantido em sua integralidade, como nos casos em que a pessoa pode exigir a implementação de prestações positivas postas pela ordem constitucional, como é a saúde.

Consideramos que se a norma constitucional possui eficácia jurídico-positiva, como bem reconhece Konrad Hesse²⁹, não há porque o Min. considerá-la de cunho programático. Defender efeitos positivos para normas programáticas equivale a esvaziar totalmente esse conceito. Se o STF compreende que a norma exposta enseja o surgimento de pretensões a prestações positivas deve admitir que o art. 196 não é norma meramente programática.

A afirmação de que o sistema constitucional orçamentário equivale a interesse financeiro e secundário do Estado é exagerada. A atividade burocrática que envolve a implementação do fornecimento estatal de medicamentos, especialmente aquela vinculada à

²⁸ O Recurso alegava violação ao art. 165, III e §5º, III, o qual remete a questões orçamentárias: Art. 165 Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: III- os orçamentos anuais; §5º A lei orçamentária anual compreenderá: III- o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.

²⁹ Com a superação do pensamento clássico que descrevia o texto constitucional como um documento estritamente político, a Constituição finalmente alcançou o seu papel como uma – nas palavras de Konrad Hesse – “força ativa que influi e determina a realidade política e social”. HESSE (2009: 137).

previsão e controle orçamentário, pode, é verdade, ceder espaço a outras normas relevantes, que sejam prioritárias em um viés jusfundamental ou que sejam impostas constitucionalmente de modo direto na sua aplicação, mas nem por tal fato deve ser tida como “problema secundário” ou burocrático. O tom deste trecho parece esquecer que o orçamento público é, igualmente, algo “previsto constitucionalmente”, e está ligado aos imperativos de transparência e racionalização da gestão financeira.

Segundo Marcos Gouvêa (2004: 215): “Mais uma vez, cabe repisar que, dentro da principiologia adotada pelo sistema brasileiro, calcada na pedra de toque da assistência integral, o orçamento, embora não perca sua função autorizativa e legitimadora dos gastos, assume, sobretudo, a finalidade de permitir o planejamento e o controle de despesas”, o que o torna importantíssimo à própria concretização dos direitos fundamentais, especialmente quando no viés prestacional.

Aliás, a mesma crítica feita à Petição mencionada pode ser tecida em relação a outro caso, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45-DF, julgada em 04 de maio de 2004, que nem acórdão é, também prejudicada por ter perdido o objeto (questionava uma medida provisória que não teve eficácia renovada). De mesma relatoria, o Ministro apreciou o mérito inoportunamente, ao que Scaff denomina de “belas proclamações sem nenhuma deliberação no caso concreto”.

A ADPF não pode ser visualizada como precedente, nem jurisprudência assente para o STF e demais órgãos do Judiciário, inobstante as diversas menções a ela em outras decisões das diversas instâncias judiciais e na doutrina. Como é citada, conhecer seu conteúdo é importante, ainda que se critique a forma como vem sendo empregada. Aqui, a saúde continua sendo delineada como direito fundamental, porém o Tribunal reconhece que seu cumprimento judicial é excepcional e deverá ocorrer em situações de inação abusiva do poder público diante do mínimo existencial:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (...) Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. (...) Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela

absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.

No viés relatado seguiu o posicionamento de nossa Corte Maior, até o ano de 2007, quando se encontram indícios de mudança jurisprudencial, analisados a seguir.

B) Momento intermediário: as decisões da presidência em 2007

Informam Hoffman e Bentes (2008: 112) que vem aumetando o descontentamento com o impacto orçamentário crescente dos litígios relativos os direitos à saúde, tal como com a gestão judicial de certas políticas sanitárias e educacionais.

Dentre algumas medidas tomadas, em março de 2007, o Ministério da Saúde criou uma Comissão para o Uso Racional de Medicamentos, para produzir diretrizes sobre a utilização dos remédios das listas do SUS, direcionadas, entre outros, às autoridades públicas em requerimentos de acesso a remédios. Neste panorama de críticas à concessão judicial relativa a este tipo de assistência já materializada por políticas públicas preexistentes, conforme os autores mencionados, observou-se um recuo político que recebeu o apoio inicial do Supremo, pela Ministra Ellen Gracie.

E é a partir da decisão da Suspensão de Segurança nº 3073-RN, julgada em 09 de fevereiro de 2007, pela Ministra Ellen Gracie, à época presidente do STF, que se verifica uma mudança de postura do Supremo, não diria para uma restrição, mas para um maior critério, decisões mais acuradas, que visualizem, para além da leitura da primeira parte do artigo 196 da Constituição (“a saúde é direito de todos e dever do Estado”), a visualização da política pública que a Carta Magna e as leis ordinárias construíram para a efetivação do direito à saúde.

A mudança de postura consistiu em a Ministra ter reconhecido a grave lesão à ordem pública alegada pelo Estado do Rio Grande do Norte:

porquanto a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde. Com efeito, a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários.

Ellen Gracie considerou o caráter coletivo do art. 196 da Constituição, já que este se refere, em princípio, a políticas públicas que busquem abarcar toda a população, em caráter universal e igualitário. Afirmou, igualmente, que a concessão do remédio ao impetrante subtrairia as chances de acesso aos serviços básicos de saúde às outras pessoas. Foi tido em consideração o caráter excepcional do fármaco, ou seja, ainda estava em fase de pesquisas e testes; que o Estado do RN não estava se recusando a oferecer tratamento, porque o remédio pedido seria um *plus* ao tratamento ao qual já vinha se submetendo, além do perigo do “efeito multiplicador”; argumentos favoráveis ao deferimento do pedido de suspensão da liminar concedida no mandado de segurança.

Com argumentos similares, a Ministra tomou decisão na Suspensão de Tutela Antecipada 91-AL, julgada em 26/02/07. Repetindo os mesmos parágrafos da decisão na SS 3073, a Ministra configurou a lesão à ordem pública, por afetar o “já abalado sistema público de saúde”, e, igualmente, o caráter coletivo do art. 196. O Estado não estaria se negando a fornecer tratamento, mas os medicamentos não constavam da Portaria 1318, e seriam responsabilidade do Município de Maceió. A Ministra deferiu parcialmente o pedido, para limitar a concessão, pela Secretaria de Saúde do Estado de Alagoas, aos medicamentos previstos na Portaria nº 1318.

Essas duas decisões começaram a ser utilizadas como precedentes, fazendo a Ministra se manifestar com preocupação acerca da “interpretação ampliativa que vem sendo dada às decisões desta Presidência”, para esses casos de fornecimento de medicações, aduzindo, igualmente, que:

Os pedidos de contracautela em situações como a que ensejou o deferimento da liminar ora impugnada devem ser analisados, **caso a caso**, de forma concreta, e não de forma abstrata e genérica, certo, ainda, que **as decisões proferidas em pedido de suspensão se restringem ao caso específico analisado**, não se estendendo os seus efeitos e as suas razões a outros casos, por se tratar de medida tópica, pontual³⁰ (grifos da Ministra).

A Min. Ellen Gracie julgou outras situações contendo pedido de medicamento ou tratamento médico, decidindo tanto pela obrigatoriedade quanto negando. Apesar da tentativa

³⁰ Afirmação encontrada, pioneiramente, na SS 3231-RN, julgada em 28/05/07.

de emprego de parâmetros nas decisões, há certas contradições, pois um dos critérios à concessão dos pedidos nas SS 3.205, 3.158, 3.231, 3.429, 3.452 e STA 181 fora a gravidade e necessidade de permanência do tratamento, o caso da STA 91 não seria diferente, pois envolvia “medicamentos necessários para o tratamento de pacientes renais crônicos em hemodiálise e pacientes transplantados”. Ademais, se um parâmetro foi o medicamento constar em uma política pública, os medicamentos requeridos nas SS 3.205, 3.158, 3.429, 3.452 e STA 181 não estão nesse grupo e foram concedidos³¹. Se havia hipossuficiência dos pacientes ou discussão sobre o preço do medicamento, tais questões não foram ventiladas nos casos em que o pedido foi negado.

Branco faz críticas às decisões da presidência do Supremo Tribunal Federal:

A cada decisão da ministra, tenta-se estabelecer um padrão de conduta do Tribunal. No entanto, o fato de se decidir, vezes pela obrigatoriedade de distribuição de remédios, ainda que caríssimos e fora da lista, vezes pela prevalência do direito coletivo à saúde (leia-se ênfase no investimento em políticas públicas) em detrimento do direito individual, tem dificultado o estabelecimento de parâmetros seguros. Cobra-se do Tribunal maior clareza e coerência (200-?).

Luciana Temer Castelo Branco analisa as decisões proferidas pela presidência do Supremo Tribunal Federal, em 2007, em relação a quatro pontos: 1) se foi mantido ou não a decisão que obrigou o fornecimento de medicamentos; 2) se há medicamento similar em portaria do Ministério da Saúde; 3) se há referência à hipossuficiência do paciente; 4) se há referência à responsabilidade solidária dos entes da Federação, produzindo a tabela abaixo:

³¹ Contudo, na SS 3.429, o tipo de Insulina postulado se justificava por ter o impetrante já se submetido a tratamento com outros tipos de insulina, sem efeito esperado. Na SS 3.452, o menor estava realizando tratamento em hospital vinculado à UFRN.

Ação	Data	Doença	Mantida decisão que obrigou fornecimento do medicamento	Medicação similar na Portaria do Ministério da Saúde	Referência à hipossuficiência do paciente	Referência à responsabilidade e solidária dos entes da federação
SS 3345/RN	13/09	Doença crônica degenerativa	Sim	Não	Sim	Não discute
STA 138/RN	12/09	Adenocarcinoma de cólon reto	Sim	Não	Sim	Não discute
STA 139/RN	31/08	Anemia malciforme	Não (mas obriga o fornecimento de similar)	Sim	Sim	Não discute
SS 3350/GO	16/08	Infertilidade feminina	Não	Não discute	Não discute	Não discute
SS 3274/GO	15/08	Infertilidade feminina	Não	Não discute	Não discute	Não discute
SS 3263 A30	23/07	Infertilidade feminina	Não	Não discute	Não discute	Não discute
SS 3201A30	20/06	Infertilidade feminina	Não	Não discute	Não discute	Não discute
SL 166/RJ	14/06	Câncer de cólon com metástase hepática	Sim	Não	Sim	Sim
SS 3193/RN	05/06	Carcinoma inflamatório de mama c/ metástase óssea e pulmonar	Sim	Não	Sim	Sim
SS 3183/SC (Município de Joinville)	05/06	Deficiência auditiva neurossensorial nos dois ouvidos	Suspende a segurança, mas determina que, respeitado o procedimento administrativo, seja o paciente atendido	Há procedimento administrativo previsto para concessão do aparelho auditivo, que deve ser respeitado	Sim	Não discute
SS 3205/AM	31/05	Hiperinsulinismo congênito	Sim	Não	Sim	Sim
SS 3158/RN	31/05	Doença vascular encefálica isquêmica	Sim	Não	Sim	Sim
SS 3231/RN	28/05	<i>Diabetes mellitus</i>	Sim	Não	Não	Sim
SS 3145/RN	11/04	Hipertensão arterial e doença cardíaca reumática	Não	Já recebe medicamento constante da lista; este seria um <i>plus</i>	Não discute	Não discute
STA 91/AL (Ação civil pública)	26/02	Pacientes renais crônicos em hemodiálise e pacientes transplantados	Não	Só os que constam da Portaria do Ministério da Saúde são imediatamente obrigatórios	Não discute	Não discute
SS 3073/RN	09/02	Câncer	Não	Já recebe medicamento constante da lista; este seria um <i>plus</i>	Não discute	Não discute

Apesar de claramente existir nas decisões uma associação direta entre vida e saúde, esta associação não está relacionada ao aspecto constitucional do direito à vida, mas apenas a aquele ligado à existência biológica. Nos casos em que existe risco de morte do cidadão, há uma tendência do fornecimento do medicamento. Quando o direito à vida envolve a integridade física-corporal e o direito à dignidade da pessoa humana, o provimento dos medicamentos tende a ser negado. Segundo Branco, os fundamentos das decisões lidos individualmente não permitem esta afirmação, no entanto, analisando-as em conjunto, é o que se verifica.

Para fundamentar a sua afirmação, Branco compara dois casos que solicitam ações de suspensão da segurança, interpostos por Estados-membros contra decisões dos respectivos Tribunais de Justiça.

No primeiro caso, representado pela Ação de Suspensão 3.193, do estado do Rio Grande do Norte, a suspensão da liminar foi solicitada sob a seguinte argumentação: 1) afronta ao princípio da legalidade orçamentária, acarretando grave lesão à ordem e economia pública, sob a ponderação de que o Estado não pode arcar com o provisionamento integral de medicamentos para todos os cidadãos residentes no Rio Grande do Norte; 2) a não existência dos medicamentos solicitados na lista do Ministério da Saúde, acarretando lesão à ordem administrativa. 3) os arts. 196 e 198, II, da Constituição Federal são normas programáticas.

A presidência do Tribunal **indeferiu** a suspensão, argumentando: 1) a hipossuficiência do requerente; 2) a gravidade da doença; 3) a urgência na utilização do medicamento.

No segundo caso, Ação de Suspensão 3.274, o Estado do Goiás argumentou: 1) grave lesão à ordem pública e administrativa, pois estes medicamentos não estão inclusos na Portaria 2.577/06, do Ministério da Saúde, e encontram-se à margem do Programa estatal de Fornecimento de Medicamentos e, portanto, da programação orçamentária do Estado; 2) grave lesão à saúde pública em função de que a entrega de medicamentos não previstos em normas do Ministério da Saúde, de alto custo, compromete o fornecimento de medicamentos básicos à população; 3) a realocação de verbas orçamentárias para adquirir medicamentos excepcionais para atender uma pequena parcela da população ocasiona grave lesão à economia pública; 4) a ocorrência de um efeito multiplicador, com o aumento de demandas judiciais assemelhadas.

Neste caso, a Presidência do Supremo Tribunal Federal, **deferiu** a suspensão fundamentando a decisão no seguinte:

1) Os medicamentos prescritos não constam da Portaria GM 2.577/06: o que configura lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porquanto a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde. 2) A gestão da política nacional de saúde, que se realiza de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiados. 3) Entendo que a norma do artigo 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde.

Segundo Branco, um argumento decisivo foi a gravidade da doença, ou seja, o fator manutenção da vida biológica seria o mote para determinar a responsabilidade do Estado no atendimento de um direito individual à saúde.

Entretanto, Branco lembra, no seu estudo comparativo, que no Agravo de Instrumento 588169, decidido em 26 de abril de 2007, outro Ministro do STF, deu provimento para o fornecimento de fraldas descartáveis à menor púbere com hidrocefalia e descontrole de esfíncter, sob a argumentação:

O direito à vida compreende o direito à saúde, para que seja possível dar concretude ao viver digno. A Constituição da República assegura o direito à dignidade da pessoa humana (art. 1, inc. III) e, em sua esteira, todos os meios de acesso aos fatores e condições que permitam a sua efetivação.

A autora conclui que é difícil estabelecer um padrão seguro para responder em que casos cabe ao Estado fornecer a medicação excepcional. A Presidência do Supremo Tribunal Federal rechaçou todas as tentativas para uma extensão da decisão, alegando que os pedidos devem ser analisados de forma concreta e não de forma abstrato-genérica, sendo as decisões tópicas e pontuais, não devendo seus efeitos e razões se estenderem aos outros casos.

Embora pertinente, a crítica não subsiste de todo. Analisando-se o instrumento processual utilizado (medida de suspensão de tutela antecipada ou liminar em mandado de segurança), não há espaço para maiores discussões teóricas, tampouco de tais decisões retiraram-se conclusões sobre a jurisprudência de todo o Tribunal, haja vista serem julgadas monocraticamente (ou seja, não são acórdãos, em que há discussão de uma Turma ou do próprio Plenário).

Por outro lado, Patrícia Werner critica a lógica da maioria das decisões (tanto do STF, quanto do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado de São

Paulo), que privilegia a ótica individual do direito à saúde como direito subjetivo, olvidando-se a ótica coletiva que o mesmo possui por ser um direito social (2008: 126).

A lógica que predomina é simplificar o direito à saúde como equivalente ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana. É um direito individual subjetivo que não pode ser denegado de forma alguma; porém, todo indivíduo tem o direito à vida; todo indivíduo tem o direito à dignidade humana e todo indivíduo tem direito à saúde.

Afirma ser imperioso que o Judiciário harmonize o direito subjetivo com os mandamentos constitucionais da universalidade e igualdade (2008: 130):

O novo desafio exige que os operadores do direito ajudem a estabelecer uma linguagem comum do direito à saúde para a produção de decisões judiciais com resultados justos, nos âmbitos individual e coletivo, sendo imperiosa a necessidade de aprofundar os estudos na área da Hermenêutica Constitucional, dos Direitos Fundamentais Sociais, do Direito Sanitário e das Políticas Públicas.

O tema é polêmico. Ingo Sarlet rejeita a afirmação de que os direitos sociais possuem titularidade coletiva, dizendo há confusão entre a titularidade em si de um direito fundamental, isto é, a condição da pessoa ser o sujeito de direitos, com eventual restrição do objeto do direito ou mesmo restrição do acesso a alguma prestação por uma condição econômica privilegiada ou outros critérios. Outro motivo, para o autor, para a errônea atribuição de titularidade coletiva aos direitos sociais (acompanhada da negação da titularidade individual) pode estar relacionado à confusão entre a figura das políticas públicas e dos direitos sociais como direitos fundamentais. Em suma, defende não poder ser suprimida a titularidade individual do direito à saúde (2011: 130; 135).

O Supremo Tribunal Federal reconheceu esta dupla dimensão do direito à saúde, como veremos a seguir, aprofundando e desenvolvendo melhor os argumentos semeados pela Min. Ellen Gracie.

C) **Após a Audiência Pública nº 4**

c.1) As audiências públicas e o Supremo

Após dez anos da atual Constituição, com o amadurecimento das instituições e o fomento do debate acerca da democratização da jurisdição constitucional, foram editadas as

Leis nº 9.868/99 e nº 9.882/99 que possibilitaram a pluralização do processo de interpretação constitucional. Para tanto, destacaram-se duas inovações: a previsão expressa da intervenção do *amicus curiae* e, em especial, a permissão de realização de audiência pública pelo STF³², uma prática inovadora que resultou na abertura dos processos formais de interpretação constitucional à participação do conjunto da sociedade civil, além de subsidiar a Corte de informações acerca de matéria ou circunstâncias de fato.

Todavia, somente após nove anos da edição das Leis nº 9.868 e nº 9.882, ambas editadas em 1999, foi realizada a primeira audiência pública pelo STF que ocorreu no dia 20 de abril de 2007, após decisão monocrática proferida pelo Ministro Carlos Ayres Britto, na ADI nº 3.510/DF, que discutia a constitucionalidade da Lei federal nº 11.105/05, a chamada “Lei de Biossegurança”.

Diante da ausência de regulamentação no âmbito do STF do procedimento das audiências públicas, o Ministro Carlos Ayres Britto aplicou, por analogia, as disposições do Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Foram, então, convidados 17 especialistas indicados pelos requeridos e pelos *amici curiae*, além dos arrolados pelo Procurador-Geral da República, com a finalidade de esclarecer aspectos técnicos sobre a matéria questionada.

Já em 2008, foram realizadas mais duas audiências públicas. Uma sobre a possibilidade de importação de pneus usados pelo Brasil – ADPF nº 101 –, convocada pela Ministra Cármen Lúcia e realizada em 27 de junho. E outra que tratou da possibilidade de interrupção de gravidez de fetos anencéfalos – ADPF nº 54 – e foi determinada pelo Ministro Marco Aurélio. Esta última restou dividida em quatro sessões, tendo participado ao todo 25 representantes de diferentes áreas, como religiosos, comunidade científica, sociedade civil e governo.

Posteriormente, foi editada a Emenda Regimental nº 28, de 18 de fevereiro de 2009, regulamentando o procedimento das audiências públicas realizadas no âmbito do

³² Lei nº 9.868/99: “Art. 9º, § 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria. § 2º O relator poderá, ainda, solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição. § 3º As informações, perícias e audiências a que se referem os parágrafos anteriores serão realizadas no prazo de trinta dias, contado da solicitação do relator”.

Lei nº 9.882/99: “Art. 6º, § 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria”.

Supremo Tribunal Federal³³ e autorizou sua convocação também pelo Presidente do Tribunal, não sendo mais exclusividade do Ministro Relator. Ademais, de acordo com o art. 13, inciso XVII, e art. 21, inciso XVII, do Regimento Interno do STF, o Presidente do Tribunal e o Ministro Relator poderão convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, como repercussão geral e de interesse público relevante, debatidas no âmbito do Tribunal.

Seguindo a tendência de utilização cada vez mais desse instrumento, e com fundamento na alteração regimental, foi realizada, em 2009, a audiência pública da saúde, convocada pelo então Presidente do Tribunal, o Ministro Gilmar Mendes. Essa audiência destacou-se pela amplitude da discussão, já que não ocorreu no âmbito de um processo concentrado de constitucionalidade como as anteriores, mas para discutir o sistema público de saúde no Brasil, tema objeto de vários pedidos de suspensão de segurança, de liminar e de tutela antecipada.

Apenas a título de informação, o STF realizou nos dias 3, 4 e 5 de março de 2010, a audiência pública sobre a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa ao ensino superior, objeto de discussão na ADPF nº 186 e RE nº 597.285/RS, e presidida pelo Ministro Ricardo Lewandowski.

c.2) A Audiência Pública nº 4

Foi “convocada para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em matéria de sistema único de saúde. A Audiência objetiva esclarecer as questões técnicas, científicas, administrativas, políticas e econômicas envolvidas nas decisões judiciais sobre saúde”³⁴.

³³ O parágrafo único do art. 154 do Regimento Interno do STF passou a dispor: “Art. 154 (...) Parágrafo único. A audiência prevista no inciso III observará o seguinte procedimento: I – o despacho que a convocar será amplamente divulgado e fixará prazo para a indicação das pessoas a serem ouvidas; II - havendo defensores e opositores relativamente à matéria objeto da audiência, será garantida a participação das diversas correntes de opinião; III – caberá ao Ministro que presidir a audiência pública selecionar as pessoas que serão ouvidas, divulgar a lista dos habilitados, determinando a ordem dos trabalhos e fixando o tempo que cada um disporá para se manifestar; IV – o depoente deverá limitar-se ao tema ou questão em debate; V – a audiência pública será transmitida pela TV Justiça e pela Rádio Justiça; VI – os trabalhos da audiência pública serão registrados e juntados aos autos do processo, quando for o caso, ou arquivados no âmbito da Presidência; VII – os casos omissos serão resolvidos pelo Ministro que convocar a audiência”.

³⁴ Audiência Pública nº4, convocada em 05 de março de 2009. Discurso de abertura. Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <

Foi conclamada tendo em vista diversos pedidos de suspensão de segurança, de suspensão de tutela antecipada e de suspensão de liminar em trâmite no âmbito da Presidência do STF, objetivando suspender a execução de medidas cautelares que condenam a Fazenda Pública ao fornecimento das mais variadas prestações de saúde (fornecimento de medicamentos, suplementos alimentares, órteses e próteses; criação de vagas de UTIs e leitos hospitalares; contratação de servidores de saúde; realização de cirurgias e exames; custeio de tratamento fora do domicílio, inclusive no exterior, entre outros).

Além dos pedidos de suspensão, tramitam na Corte uma proposta de súmula vinculante e um recurso extraordinário, com repercussão geral reconhecida, que envolvem questões relativas à eficácia do artigo 196 da Constituição³⁵.

Enquanto um foro privilegiado para debater as questões ligadas às políticas públicas, aproximando-se de uma perspectiva comunitária de jurisdição, a Audiência Pública buscou englobar o maior número de pessoas representantes do setor da saúde, para tanto, buscou ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade, em matéria de Sistema Único de Saúde, objetivando esclarecer as questões técnicas, científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas relativas às ações de prestação de saúde, o que é salutar para transformar o processo numa instância de participação da coletividade (comunidade) e não apenas de indivíduos.

Além disso, ainda no despacho convocatório, houve uma limitação quanto às matérias específicas a serem tratadas durante a Audiência Pública: 1) Responsabilidade dos entes da federação em matéria de direito à saúde; 2) Obrigação do Estado de fornecer prestação de saúde prescrita por médico não pertencente ao quadro do SUS ou sem que o pedido tenha sido feito previamente à Administração Pública; 3) Obrigação do Estado de custear prestações de saúde não abrangidas pelas políticas públicas existentes; 4) Obrigação do Estado de disponibilizar medicamentos ou tratamentos experimentais não registrados na ANVISA ou não aconselhados pelos Protocolos Clínicos do SUS; 5) Obrigação do Estado de

http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Abertura_da_Audiencia_Publica_MGM.pdf>. Acesso em:

³⁵ A Proposta de Súmula Vinculante nº 4, apresentada pela Defensoria Pública Geral da União, visa à edição de súmulas vinculantes que tornem expressas “a responsabilidade solidária dos entes da federação no que concerne ao fornecimento de medicamentos e tratamentos” e “a possibilidade de bloqueio de valores públicos para o fornecimento de medicamento e tratamento, restando afastada, por outro lado, a alegação de que tal bloqueio fere o artigo 100, caput e §2º, da Constituição de 1988”.

No Recurso Extraordinário nº 566.471, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, reconheceu-se a repercussão geral do recurso extraordinário que questiona se situação individual pode, sob o ângulo do alto custo, pôr em risco a assistência global à saúde do todo. Trata-se do direito ao fornecimento de medicamento de alto custo, imprescindível para o tratamento da doença de hipertensão pulmonar, e não previsto na relação de fármacos dispensados pelo SUS.

fornecer medicamento não licitado e não previsto nas listas do SUS; 6) Fraudes ao Sistema Único de Saúde.

Inicialmente foram designados os dias 27 e 28 de abril de 2009 para a sua realização, tendo os interessados requerido sua participação através de endereço eletrônico fornecido pelo Tribunal, com pedido fundamentado e indicando sua representatividade e pontos a defender. Ademais, quaisquer documentos referentes à audiência pública também podiam ser encaminhados para o mesmo endereço.

Foram, de logo, convidados a participarem: o Presidente do Congresso Nacional; o Procurador-Geral da República; o Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil; o Ministro de Estado do Ministério da Saúde; o Advogado-Geral da União; o Presidente do Conselho Nacional de Saúde (CNS); o Presidente do Conselho Nacional de Secretários Estaduais de Saúde (CONASS); o Presidente do Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde (CONASEMS); o Diretor-Presidente da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA); o Presidente da Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ); o Presidente do Conselho Federal de Medicina (CFM); o Presidente da Federação Brasileira da Indústria Farmacêutica (FEBRAFARMA); o Presidente da Federação Nacional dos Estabelecimentos de Serviços de Saúde (FENAESS); o Presidente do Instituto de Defesa dos Usuários de Medicamentos (IDUM).

Conforme noticiado pelo STF, foram recebidas 126 (cento e vinte e seis) inscrições sendo habilitados 33 (trinta e três) profissionais, ligados à área da saúde, representando diversos segmentos da sociedade civil, além de outros 13 (treze) convidados da Presidência da Corte. Assim, conforme ressaltado no Despacho de Habilitação de Especialistas, em razão do grande número de requerimentos recebidos e objetivando garantir a participação dos diversos segmentos da sociedade, os dias de realização da audiência foram ampliados para os dias 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009, das 9h às 12h, podendo ser assistida por quaisquer interessados, sem necessidade de inscrição.

Os especialistas foram divididos em seis painéis, um para cada dia da audiência pública, com os seguintes temas: o acesso às prestações de Saúde no Brasil – desafios ao Poder Judiciário³⁶; responsabilidade dos entes da Federação e financiamento do SUS³⁷; a

³⁶ No primeiro painel, falaram Antonio Fernando Barros e Silva de Souza, Procurador-Geral da República; Ministro José Antônio Dias Toffoli, Advogado-Geral da União; Leonardo Lorea Mattar, Defensor Público-Geral da União em exercício; Alberto Beltrame, Secretário de Atenção da Saúde do Ministério da Saúde; Flávio Pansiere, representante do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; Marcos Salles, representante da Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB; e Ingo W. Sarlet, Professor Titular da PUC/RS e Juiz de Direito.

gestão do SUS – legislação do SUS e universalidade do Sistema³⁸; registro na ANVISA e Protocolos e Diretrizes Terapêuticas do SUS³⁹; as políticas públicas de saúde – integralidade do Sistema⁴⁰; a Assistência Farmacêutica do SUS⁴¹.

Cada participante dispôs de quinze minutos para a sua intervenção, não havendo espaço para debates, sendo as perguntas enviadas ao endereço eletrônico (perguntaesaude@stf.jus.br) que seriam encaminhadas pela Presidência do Tribunal aos

³⁷ O segundo painel teve os seguintes especialistas: Francisco Batista Júnior, Presidente do CNS; Antônio Carlos Figueiredo Nardi, Presidente do CONASEMS; Edelberto Luiz da Silva, Consultor Jurídico do Ministério da Saúde; Agnaldo Gomes da Costa, Secretário de Estado da Saúde do Amazonas; Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas, Subprocurador-Geral do Estado do Rio de Janeiro; José Antônio Rosa, representante do Fórum Nacional dos Procuradores-Gerais das Capitais Brasileiras; Maria Helena Barros de Oliveira, representante da FIOCRUZ; e André da Silva Ordacgy, Defensor Público Chefe da União Substituto.

³⁸ No terceiro dia de audiência, falaram Adib Domingos Jatene, Ex-Ministro da Saúde e Diretor-Geral do Hospital do Coração em São Paulo; Osmar Gasparini Terra, Presidente do Conselho Nacional de Secretários da Saúde – CONASS; Cláudia Fernanda de Oliveira Pereira, Procuradora-Geral do Ministério Público de Contas do Distrito Federal, e Cátia Gisele Martins Vergara, Promotora de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal, ambas representantes da Associação Nacional do Ministério Público de Contas; Vitore Maximiano, Defensor Público do Estado de São Paulo; Jairo Bisol, Presidente da Associação Nacional do Ministério Público de Defesa da Saúde; Paulo Ziulkoski, Presidente da Confederação Nacional dos Municípios; Ana Beatriz Pinto de Almeida Vasconcellos, Gerente de Projeto da Coordenação Geral da Política de Alimentos e Nutrição do Departamento de Atenção Básica do Ministério da Saúde; Cleusa da Silveira Bernardo, Diretora do Departamento de Regulação, Avaliação e Controle de Sistemas do Ministério da Saúde; e Alexandre Sampaio Zakir, representante da Secretaria de Segurança Pública e do Governo de São Paulo.

³⁹ Esse painel contou com a participação de Dirceu Raposo de Mello, Diretor-Presidente da ANVISA; Geraldo Guedes, Representante do Conselho Federal de Medicina; Luiz Alberto Simões Volpe, Fundador do Grupo Hipupiara Integração e Vida; Paulo Marcelo Gehm Hoff, representante da Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo, do Instituto do Câncer do Estado de São Paulo e da Faculdade de Medicina da USP; Paulo Dornelles Picon, representante da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e do Hospital de Clínicas de Porto Alegre; Claudio Maierovitch Pessanha Henrique, Coordenador da Comissão de Incorporação de tecnologia do Ministério da Saúde; Janaína Barbier Gonçalves, Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul; Sueli Gandolfi Dallari, representante do Centro de Estudos e Pesquisa de Direito Sanitário; e Leonardo Bandarra, Presidente do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais de Justiça do Ministério Público dos Estados e da União.

⁴⁰ No quinto dia, participaram do painel Maria Inês Pordeus Gadelha, Consultora da Coordenação-Geral de Alta Complexidade do Departamento de Atenção Especializada do Ministério da Saúde; Jorge André de Carvalho Mendonça, Juiz da 5ª Vara Federal de Recife; Luís Roberto Barroso, representante do Colégio Nacional de Procuradores dos Estados e do Distrito Federal e Territórios; Valderilio Feijó Azevedo, representante da Associação Brasileira de Grupos de Pacientes Reumáticos; Heloisa Machado de Almeida, representante da ONG Conectas Direitos Humanos; Paulo Menezes, Presidente da Associação Brasileira de Amigos e Familiares de Portadores de Hipertensão Arterial Pulmonar; e Raul Cutait, Professor Associado da Faculdade de Medicina da USP, Médico Assistente do Hospital Sírio Libanês, Ex-Secretário de Saúde do Município de São Paulo.

⁴¹ No último dia da audiência pública o tema da assistência farmacêutica contou com a participação de Josué Félix de Araújo, Presidente da Associação Brasileira de Mucopolissacarídeos; Sérgio Henrique Sampaio, Presidente da Associação Brasileira de Assistência à Mucoviscidose; José Getúlio Martins Segalla, Presidente da Sociedade Brasileira de Oncologia Clínica; José Aristodemo Pinotti, Professor Titular Emérito da USP e Unicamp, Ex-Reitor da Unicamp e Ex-Secretário de Saúde do Estado de São Paulo; Reinaldo Felipe Nery Guimarães, Secretário de Ciência e Tecnologia do Ministério da Saúde; Antonio Barbosa da Silva, representante do Instituto de Defesa dos Usuários de Medicamentos; Ciro Mortella, Presidente da Federação Brasileira da Indústria Farmacêutica; Débora Diniz, Fundadora do Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero - ANIS; e o Ministro José Gomes Temporão, Ministro de Estado da Saúde.

especialistas e disponibilizadas junto com as respectivas respostas na página da audiência pública no portal do Supremo⁴².

Na abertura do evento, o Ministro Presidente Gilmar Ferreira Mendes reforçou a necessidade de haver uma repartição de competência entre os entes federativos, para fins de responsabilização quanto ao fornecimento de medicamentos ou tratamentos. Em que pese a NOB 01/96, que estipula, do ponto de vista da organização administrativa, as responsabilidades e as divisões entre os entes federativos, bem como, formas de repasse de verbas e da fiscalização; é necessária a repartição pelo legislador a fim de regular as competências oriundas da Emenda Constitucional n.º 29, de forma que permita ao Judiciário a quem incumbir a responsabilidade pelo fornecimento gratuito de medicamentos aos hipossuficientes.

Após o discurso de abertura, o então Procurador-Geral da República Antonio Fernando Barros e Silva de Souza⁴³ fez sua intervenção, em nome do Ministério Público Federal (MPF). Salientou que o MPF defende que há três situações em relação às políticas públicas de saúde, em que seria necessária e cabível a demanda individual: não execução, execução inadequada e inexistência de políticas públicas de saúde, as quais permitiriam a intervenção. Embora a intervenção inadequada não refletiria de imediato, o constante deferimento de demandas individuais em casos não abarcados por essas possibilidades, geraria prejuízos mediatamente.

Afirmou que à elaboração de políticas públicas de saúde há a participação da comunidade, SUS e conselhos de saúde, não podendo haver a intervenção do Poder Judiciário sob a égide de um direito individual à saúde. Defendeu a limitação e os critérios à intervenção do Judiciário, com base numa decisão jurídica (com base em técnicas médicas e econômicas), quando houver políticas públicas de saúde, no caso de medicamentos fora da lista. Ainda, nesse caso, é importante a observância do registro do medicamento e a tutela da ANVISA, não podendo ser invocada a descentralização para o indeferimento de um medicamento. Para deferir o medicamento deve ser registrado nos moldes da legislação brasileira.

⁴² Para uma análise mais aprofundada dos argumentos em disputa nessa Audiência Pública, consultar o terceiro capítulo da tese de Machado (2010) e no sexto capítulo da dissertação de Tessler (2010).

⁴³ Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Dr._Antonio_Fernando_Barros_e_Silva_de_Souza___ProcuradorGeral_da_Republica_.pdf Acesso em: 02 nov. 2009.

Por outro lado, Leonardo Lorea Mattar⁴⁴, representando a Defensoria Pública da União, alegou que, sem sombra de dúvida, em função dos recursos e que ao administrador público cabe a feitura de escolhas trágicas, contudo, salientou o efeito pedagógico das decisões judiciais, pois a afirmação pelo Poder Judiciário faria a Administração Pública ajustar-se na elaboração e execução de políticas públicas de saúde.

Representando o Ministério da Saúde, Alberto Beltrame⁴⁵ aproveitou para dizer que a tarefa da Administração Pública é formular e programar políticas sociais, que não há uma *frieza* na atividade do SUS, mas há escassez de recursos, ou melhor, recursos limitados. De tal forma que não se pode confundir um desejo individual a determinado medicamento ou tratamento com um direito coletivo à saúde. A saúde deve ser tratada como bem público, ao invés de bem de consumo, pois os limites financeiros impõem a eleição de prioridades. Conforme o representante do Ministério da Saúde, não há como incorporar todos os medicamentos requeridos nas demandas individuais, somente são possíveis aqueles que não são experimentais, além de uma atenção especial à relação custo/benefício e custo/utilidade. A incorporação de novos medicamentos não pode se curvar às pressões de corporações, indústrias farmacêuticas e interesses mercantis. Por fim, aduz que custear remédio experimental coloca em risco o próprio direito à vida, em função dos possíveis resultados.

Por sua vez, do representante do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Flavio Pansiere⁴⁶, é possível resumir sua intervenção de que não haveria como o Judiciário limitar à garantia do direito à vida, assim, se fundados por protocolos clínicos deve-se efetivar a todos o acesso a essa prestação do direito à saúde. O Ministro Carlos Alberto Menezes Direito⁴⁷ salientou a importância de realizar uma aproximação do Poder Executivo ao Poder Judiciário, como há no Rio de Janeiro, no sentido de constituírem uma agenda comum a traçar limites adequados. O representante da Associação dos Magistrados do Brasil,

⁴⁴ Disponível em
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Dr._Leonardo_Lorea_Mattar__Defensor__Publico_Geral_da_Uniao.pdf> Acesso em: 02 nov. 2009.

⁴⁵ Disponível em
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Alberto_Beltrami__Secretario_d_e_Atencao_a_Saude_.pdf> Acesso em: 02 nov. 2009.

⁴⁶ Disponível em
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Flavio_Pansiere__membro_da_Comissao_de_Estudos_Constitucionais_da_OAB_.pdf> Acesso em: 02 nov. 2009.

⁴⁷ Disponível em
http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Min._Menezrs_Direito_.pdf. Acesso em: 02 nov.2009.

Marcos Salles⁴⁸, avaliou que as transformações na Constituição legitimam a atividade do Judiciário, desta forma, possuem legitimidade democrática meritória, tendo autorização para controlar políticas públicas, desde que dentro de parâmetros mínimos de controle social.

Por fim, Ingo Wolfgang Sarlet⁴⁹, na condição de professor da PUC-RS e representante do meio acadêmico, disse que é preciso distinguir o direito à saúde em duas dimensões: individual e coletiva, também, ter cautela em relação ao *free rider effect*, isto é, conseguir no Judiciário aquilo que não conseguiria da Administração Pública. A exigência do esgotamento da via administrativa, para o ingresso do pedido frente ao Poder Judiciário seria, segundo ele, uma catástrofe.

Para Sarlet “O problema é quem decide com quais critérios”, o que retoma o debate acerca da reserva do possível. Se por um lado não é possível fechar as portas às demandas individuais, principalmente, nos casos em que o tratamento (mesmo que experimental) for de comprovada eficiência àquele caso. Todavia, considera o controle judicial e também preventivo do orçamento, como um todo da sua execução, é um controle que o Judiciário pode fazer, mas também é necessário que quem o provoque invista mais intensamente nessa perspectiva; assim como o controle das informações sobre a execução do orçamento, são medidas que podem ser aperfeiçoadas e podem levar a uma melhor coordenação do sistema como um todo e minimização inclusive dos efeitos individuais.

O presidente do Conselho Nacional de Saúde, Francisco Batista Júnior⁵⁰, salientou que os dispositivos constitucionais que tratam do direito à saúde, enfatizam a necessidade da participação da comunidade nos processos decisórios na gestão da saúde. O Presidente do Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde, Antônio Carlos Figueiredo Nardi⁵¹, afirmou que as decisões de cunho individual têm um custo altíssimo à Administração Pública,

⁴⁸ Disponível em [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr. Marcos Salles assessor especial da Presidencia da Associacao dos Magistrados Brasileiros .pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Marcos_Salles_assessor_especial_da_Presidencia_da_Associacao_dos_Magistrados_Brasileiros_.pdf). Acesso em: 02 nov. 2009.

⁴⁹ Disponível em <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr. Ingo Sarlet__titular_da_PUC_.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Ingo_Sarlet__titular_da_PUC_.pdf)> Acesso em: 28.11.2009.

⁵⁰ Disponível em <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr. Francisco Batista Junior__Presidente_do_Conselho_Nacional_de_Saude_.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Francisco_Batista_Junior__Presidente_do_Conselho_Nacional_de_Saude_.pdf)> Acesso em: 02 nov. 2009.

⁵¹ Disponível em [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr. Antonio Carlos Figueiredo Nardi Presidente do Conselho Nacional de Secretarios Municipais de Saude .pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Antonio_Carlos_Figueiredo_Nardi_Presidente_do_Conselho_Nacional_de_Secretarios_Municipais_de_Saude_.pdf). Acesso em: 02 nov. 2009.

que deveria, também, existir uma priorização ao tratamento preventivo. Outra importante intervenção, a qual é importante trazer à lume, é do subprocurador-geral do Estado do Rio de Janeiro, Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas⁵², pois retrata as atividades integradas entre Poder Executivo e Poder Judiciário, informando acerca da pertinência do medicamento. Tais atividades tratam de temas como os medicamentos sem licitação e o respeito à repartição de competências entre os entes federativos. Por sua vez, a representante da FIOCRUZ, Maria Helena Barros de Oliveira⁵³, aduziu a importância da criação de espaços de consenso entre Poder Executivo e Poder Judiciário, na questão das políticas públicas de saúde e que não se pode reduzir o conceito de saúde aos medicamentos, simplificando, o debate das políticas públicas.

O Defensor Público Chefe da União Substituto, André da Silva Ordacgy⁵⁴, retomou o debate entre tutela coletiva e tutela individual, ressaltando a importância da tutela coletiva como meio constitucionalmente adequado ao controle de políticas públicas de saúde, da mesma forma, a necessidade da redução do aparato burocrático por parte da Administração Pública. Os debates que se seguiram, nas sessões seguintes, permitiram o aprofundamento dos debates, demonstrando a dificuldade de lidar com controle judicial de políticas públicas. Por exemplo, o presidente do Conselho Nacional de Secretários de Saúde, Osmar Terra, explicou o funcionamento da assistência farmacêutica, explicando que os medicamentos em caráter experimental (em função da sua natureza) estão excluídos da lista, constando apenas os básicos, os estratégicos e os de dispensação excepcional, havendo todo um procedimento criterioso à inclusão de um medicamento na lista.

Tema recorrente nas contribuições que se seguiram, foi a questão da finitude do orçamento dos entes federativos e a impossibilidade de inserir todos os medicamentos e tratamentos nas listas. De igual modo, a dualidade cidadão e consumidor foram debatidos, afirmando que à administração cabe satisfazer o cidadão (público) e não o consumidor (privado), o cidadão é o titular de um direito à saúde, sendo preciso um sentido constitucional adequado ao fornecimento de medicamentos, com efeito, exigindo a limitação, pela

⁵² Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Rodrigo_Tostes_de_Alencar_Mascarenhas__Subprocurador_Geral_do_Estado_do_Rio_de_Janeiro_.pdf> Acesso em: 02 nov. 2009.

⁵³ Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sra._Maria_Helena_Barros_de_Oliveira__Representante_da_Fundacao_Oswaldo_Cruz__FIOCRUZ_.pdf> Acesso em: 02 nov. 2009.

⁵⁴ Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Andre_da_Silva_Ordacgy__Defensor_Publico_da_Uniao_.pdf> Acesso em: 02 nov. 2009.

valorização das listas; ou mesmo, a rejeição de medicamentos experimentais, pois o seu deferimento pelo Poder Judiciário refletiria em violar o direito à vida.

Ademais, houve o esclarecimento em relação ao registro de medicamentos na ANVISA, existindo três classes, inovadores, genéricos e similares. À ANVISA cabe verificar a eficácia e a segurança do medicamento, enquanto ao SUS cabe verificar a efetividade e a eficiência do medicamento, explicando o porquê do medicamento ter registro na ANVISA e não constar na lista de medicamentos. Depois de feita a recomendação ao Ministro da Saúde acerca da incorporação do medicamento, a decisão final advém de debate entre o ministério e os gestores do SUS, dito de outra forma, até a incorporação do medicamento à lista do SUS, há um longo debate acerca da sua necessidade ou não.

Na fala do Juiz de primeiro grau, André de Carvalho Mendonça⁵⁵, ficou patente a necessidade de uma ação coletiva em se tratando de medicamento não constante na lista, pois, em certas circunstâncias, o juiz fica premido pela necessidade de deferir uma tutela individual (em que pese o custo e o caráter do medicamento), porque seria um caso de *vida ou morte*.

Em intervenção, em nome do Colégio Nacional de Procuradores do Estado, do Distrito Federal e Territórios, Luís Roberto Barroso⁵⁶, tentou traçar limites e alguns critérios, que merece citação:

[...] a judicialização individual favorece, como regra geral, quem tem mais informação, mais esclarecimento, mais acesso, seja advogado, seja a Defensoria Pública. Eu acho que a judicialização e o atendimento de casos individuais, onde deve haver uma política coletiva, uma política pública, favorece a captura do sistema pela classe média ou pelo menos favorece aqueles que não estão na base mais modesta do sistema. Mas, sobretudo, essa transformação da ação individual em uma ação coletiva permite que se realize a ideia de universalização e a ideia de igualdade. Vai-se realizar e se atender aquele direito para todo mundo, ou não, mas não se vai criar um modelo em que o atendimento passa a ser lotérico - depende de ter informação, depende de cair em um determinado juízo. Portanto, uma política pública, não o atendimento a varejo de prestações individuais.

As demandas individuais, nessa perspectiva, devem versar acerca de medicamentos constantes nas listas, em relação aos medicamentos fora da lista, no caso de demandas individuais. Ao Juiz caberia notificar ao Ministério Público para que transforme a

⁵⁵ Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Juiz_Federal_Jorge.pdf. Acesso em: 02 nov. 2009.

⁵⁶ Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Luis_Roberto_Barroso.pdf. Acesso em: 02 nov. 2009.

demanda individual em demanda coletiva, *locus* adequado ao debate acerca da formulação de políticas públicas de saúde.

Por fim, cabe colacionar, as considerações do representante do Instituto de defesa dos usuários de medicamentos, Antônio Barbosa da Silva⁵⁷, que frisou a necessidade de maior participação popular na política de medicamentos, ressaltando que, em muitos casos, não há o mínimo, isto é, o cumprimento de listas de medicamentos.

Buscou-se apresentar as principais intervenções na Audiência Pública. A mesma deu a oportunidade de escutar advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores, representantes de Organizações Não Governamentais e usuários do Sistema Único de Saúde. O acesso a essa pluralidade de visões em permanente diálogo, permite ao Supremo Tribunal Federal contar com os benefícios decorrentes dos subsídios técnicos, implicações político-jurídicas e elementos de repercussão econômica. Com efeito, possibilitou o aperfeiçoamento do controle judicial de políticas públicas, ao permitir que a comunidade aproxime-se do Poder Judiciário (SUPTITZ, 2009).

c.3) Decisões após a Audiência Pública

A partir dos dados colhidos na Audiência Pública, foi constatado que a maior parte dos pleitos não decorre de omissão estatal absoluta, mas antes de uma intervenção judicial para cumprimento de políticas públicas já estabelecidas, ou seja, não há uma interferência em um espaço amplo de discricionariedade administrativa.

O Supremo elaborou balizas jurisprudenciais para a análise deste tipo de pedidos. A decisão *leading case* foi exarada no Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175-CE, julgada em 17 de março de 2010, tendo por relator o Min. Gilmar Mendes, à época presidente do Tribunal. Foi apensada aos autos por identidade de conteúdo a Suspensão de Tutela Antecipada nº 178 interposta pelo Município de Fortaleza.

Ressalte-se que o referido acórdão foi julgado por unanimidade de votos e menciona explicitamente a contribuição dos pontos teóricos e práticos debatidos junto à Corte Suprema quando da realização da Audiência Pública - Saúde por este Tribunal.

⁵⁷ Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Antonio_da_Silva.pdf. Acesso em: 02 nov. 2009.

As Suspensões de Tutela Antecipada nº 175 e 178 foram formuladas em face de acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por meio de sua Primeira Turma, nos autos da Apelação Cível nº 408.729/CE (2006.81.00.003148-1), onde o referido acórdão concedeu tutela antecipada em favor de Clarice Abreu de Castro Neves, impondo o fornecimento do medicamento Zavesca (miglustat) à União, Estado do Ceará e Município de Fortaleza.

O julgado em análise, então, diz respeito à Agravo Regimental interposto pela União em face de decisão proferida em sede de Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, na qual o ministro Relator indeferiu a pretensão por entender não restarem presentes qualquer grave lesão à ordem, à economia e à saúde públicas.

Como partes agravadas figuraram o Ministério Público Federal (responsável pelo ajuizamento da ação), Clarice Abreu de Castro Neves (interessada), Estado do Ceará e Município de Fortaleza.

O fornecimento de medicamento foi imposto em razão da comprovação da interessada ser portadora da enfermidade Niemann-Pick Tipo C, uma rara doença degenerativa. Ademais, foram colacionados aos autos laudos médicos que atestam aumento de sobrevida, melhora da qualidade de vida dos pacientes e impedimento do avanço da doença como benefícios alcançados através da utilização do medicamento Zavesca (miglustat) pleiteado. Verificou-se, ainda, a impossibilidade de a interessada arcar com o custo de tal medicação, orçado em R\$ 52.000,00 (cinquenta e dois mil reais) por mês.

Perante o acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, foram ajuizadas as Suspensões de Tutela Antecipada nº 175 e 178, ambas julgadas improcedentes pelo Relator, mantendo-se a tutela antecipada concedida pelo referido Tribunal Regional Federal.

Dentre os argumentos refutados verificam-se: a falta de registro do medicamento pleiteado junto à Agência Nacional de Vigilância Sanitária (em que pese a inexistência deste registro quando do ajuizamento da ação pelo Ministério Público Federal); a falta de comprovação da ineficácia do medicamento para o tratamento da doença Niemann-Pick Tipo C por parte da União e Município de Fortaleza, não restando como prova, para tanto, apenas a ausência de Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas oriundas do Sistema Único de Saúde; como a impropriedade da alegação de indeferimento do fornecimento do fármaco pelo fato de seu alto custo, já que o objetivo da Política de Dispensação de Medicamentos é proporcionar aos portadores de doenças raras o acesso aos tratamentos disponíveis.

Diante da manutenção da tutela antecipada deferida pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região foram interpostos os Agravos Regimentais em questão, reiterando-se os

argumentos de que a decisão agravada implicará em grave lesão à ordem, à economia, às finanças e saúde públicas, bem como acarreta em violação ao princípio da separação de poderes, violação às normas inerentes ao Sistema Único de Saúde, interferência indevida do Poder Judiciário na atividade exclusiva da Administração Pública de formulação de políticas públicas, violação ao sistema de repartição de competências, ausência de normas que prevejam a responsabilidade solidária dos entes do Sistema Único de Saúde.

Ainda pondera a agravante que o financiamento de medicamento de alto custo propiciaria o desvio de recursos estatais a outras áreas não contempladas, a falta da prestação de serviços de saúde à população não beneficiária do fornecimento do medicamento em questão e o efeito multiplicador que poderia ser imposto por esta decisão aos casos assemelhados.

A União, em síntese, afirmou que o medicamento não estava registrado na ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) quando da propositura da ação. Porém, na análise do mérito, o Min. Relator declarou que estava registrado até 01/2012, embora não estivesse incluído na Política Farmacêutica da rede pública, não havendo ainda Protocolo Clínico para seu uso perante o SUS. Mas o alto custo do medicamento, por si só, segundo o Min., não justificava a falta de fornecimento.

Dentre as argumentações apresentadas destaca-se a divergência de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da interpretação e extensão do artigo 196 da Constituição Federal, relativo ao direito à saúde, e como este direito pode ser entendido como um direito subjetivo público a prestações estatais positivas e a possibilidade de tal direito constitucional ser vindicado judicialmente.

Pontua o referido voto que as discussões doutrinárias acerca do direito à saúde e sua concretização relacionam-se com as ideias de mínimo existencial e reserva do possível, ressaltando-se que este direito, e os demais direitos fundamentais, possuem uma proibição de intervenção (caracterizado por uma proibição de excesso) e, ainda, um postulado de proteção, resguardando o direito em questão de uma proteção insuficiente.

Em se tratando de direitos fundamentais pondera o voto em análise a ideia de que estes, em qualquer modalidade, possuem custos, e que mesmo os direitos sociais, ou os relativos às liberdades individuais, acarretam direitos a prestações e direito de defesa. Essas esferas, por sua vez, geram gastos públicos, voltando-se, desta forma, para a discussão dos temas da reserva do possível, escassez de recursos e decisões alocativas.

As decisões alocativas foram baseadas em parâmetros de macrojustiça, de justiça distributiva e de opções políticas, com o estabelecimento de prioridades realizadas através de

escolhas trágicas, além da verificação de dados como o impacto de dada política considerando-se o número de indivíduos favorecidos, resultados obtidos, entre outros.

Quanto aos direitos sociais, o fato de estes se concretizarem através de prestações públicas, as quais demandam gastos públicos, levaria ao entendimento de que os dispositivos legais que os preveem possuem o caráter de normas programáticas, e que, para a sua concretização, dependeriam da elaboração prévia de políticas públicas, onde a atuação do Judiciário em realizá-los, sem tais políticas construídas, implicaria em lesão ao princípio da separação dos poderes e ao princípio da reserva do financeiramente possível.

Diante de critérios como esses, que pregam a impossibilidade de o Judiciário promover a efetivação de direitos sociais, não restaria qualificado para avaliar os parâmetros elencados, dado sua atribuição referir-se à aplicação de microjustiça.

Os defensores da atuação judicial concretizadora de direitos sociais argumentam, no entanto, ser o direito à saúde um direito fundamental indisponível e imprescindível para a proteção da dignidade humana, cabendo ao Poder Judiciário a sua defesa, ao menos, no que toca ao mínimo existencial do direito fundamental à saúde.

Quanto aos direitos econômicos, sociais e culturais cita o referido voto a doutrina atinente à falta de determinação, imprecisão e impressionismo de tais direitos, caracterizando o que a doutrina chama de fuzzismo ou metodologia *fuzzy*, deslocando-se as decisões relativas a estes direitos para questões relacionadas às teorias da justiça, teorias da argumentação, teorias econômicas do direito e juízos de ponderação, este em razão dos conflitos existentes entre as dimensões individuais e coletivas destes direitos.

Dissecando o artigo 196 da Constituição Federal busca o voto em análise ponderar acerca de cada preceito estabelecido neste dispositivo normativo, iniciando-se com a interpretação do enunciado do direito à saúde como um direito de todos.

Diante da concepção do artigo 196 da Constituição Federal, em que a saúde é um direito de todos, o voto em análise aponta que, deste fragmento do dispositivo constitucional, pode-se aferir uma dimensão individual e coletiva do direito à saúde, não figurando tais dimensões apenas como um caráter programático dada a força normativa que reveste os dispositivos constitucionais.

No que tange à dimensão individual do direito à saúde, esta ficou consagrada através do Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 271.286/RS, de relatoria do Ministro Celso de Mello, que analisamos mais acima, observando tal direito como público subjetivo e gerador de obrigações estatais e, conseqüentemente, possibilitando a atuação judicial para fazê-lo cumprir.

A atuação judicial frente à demanda por prestações individuais de saúde, restariam, contudo, limitadas à existência de políticas públicas que as assegurem não havendo possibilidade de concessão caso esta acarrete prejuízo ao regular funcionamento do Sistema Único de Saúde, prejuízo este que deverá ser comprovado e fundamentado pela Administração Pública.

O direito à saúde, previsto no artigo 196 da Constituição Federal, ainda aponta ser este um dever do Estado, em que ao enunciar um direito fundamental à saúde estabelece um dever fundamental de concretização do referido direito, cuja competência é solidária entre os entes da federação conforme o artigo 23, II da Constituição Federal.

O voto em questão ainda enuncia que a própria estrutura do Sistema Único de Saúde reforça a responsabilidade solidária e subsidiária dos entes ao prestar ações e serviços de saúde, uma vez que há descentralização de serviços e conjugação de recursos financeiros entre estes, garantidos mediante políticas sociais e econômicas. Esse preceito faz decorrer a necessidade de elaboração de políticas públicas para viabilizar as escolhas alocativas possíveis, de forma a possibilitar um acesso universal e igualitário às prestações a toda população. Como será compensado entre os entes os gastos não foi mencionado, e nem era objeto do caso.

Assenta o voto que a concretização do direito à saúde perpassa não pela inexistência de políticas públicas e regulamentos, mas pela implementação, manutenção e execução de políticas de saúde, ocorrendo, nesta seara, a atuação judicial. Desse modo o Judiciário não cria políticas públicas, mas determina o cumprimento de obrigação já imposta pelo próprio Estado para si. Neste sentido, ressalta o voto, deve ser redimensionada a judicialização de políticas de saúde.

Há, todavia, casos particulares apontados pelo voto que relativizam a ideia de prestações de saúde concedidas judicialmente de forma absoluta. Em se tratando de medicamentos não registrados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária, não poderá o Judiciário impor tal dispensação à Administração Pública por impossibilidade legal, uma vez que a Lei nº 6.360/76, em seu artigo 12, proíbe a industrialização, venda ou entrega ao consumo de insumos farmacêuticos e correlatos não registrados na referida Agência. Em casos excepcionais, existe uma permissão mediante autorização da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, de importação de medicamentos não registrados, conforme Lei nº 9.782/99.

Fernando Scaff (2011: 126) sintetizou os principais pontos da decisão:

1) Quando a ação de saúde pretendida for prevista nos textos normativos e não estiver sendo prestada: *O Poder Judiciário deve intervir a fim de fazer cumprir a norma*⁵⁸.

2) Quando a ação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é imprescindível distinguir se ela decorre:

a) De uma omissão legislativa ou administrativa: deverá ser privilegiado o tratamento estabelecido pelo SUS, e serem feitas revisões periódicas dos protocolos de saúde, sendo permitido ao Poder Judiciário intervir caso um indivíduo comprove que o tratamento fornecido não é adequado para atender o seu caso.

b) De uma decisão administrativa de não fornecê-la em virtude de:

i) O SUS fornece tratamento alternativo: igualmente deverá ser privilegiado o tratamento disponibilizado pelo SUS, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política existente⁵⁹.

ii) O SUS não possui tratamento para a patologia:

(1) Por ser um tratamento meramente experimental: neste caso caracteriza-se como pesquisa médica e não é possível o Poder Judiciário deferir os pleitos efetuados.

(2) Por ser um novo tratamento ainda não testado pelo SUS, mas disponível na rede privada: o Poder Judiciário poderá intervir, em ações individuais ou coletivas, para que o SUS dispense aos seus pacientes o mesmo tratamento disponível na rede privada, mas desde que haja instrução processual probatória, o que inviabiliza o uso de liminares⁶⁰.

⁵⁸ “No Brasil, o problema talvez não seja de judicialização ou, em termos mais simples, de interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas, em matéria de saúde, pois o que ocorre, na quase totalidade dos casos, é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento das políticas já existentes” (fls. 17)

⁵⁹ Decidiu-se que o SUS só terá obrigação de prestar as ações conforme as políticas sociais e econômicas públicas elaboradas para a promoção, proteção e recuperação da saúde, pois filia-se à corrente da Medicina baseada em Evidências. “em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente” (fls. 20/21). Foi reconhecida “a possibilidade de o Poder Judiciário ou a própria Administração, decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz em seu caso”, sendo necessárias “revisões periódicas dos protocolos existentes e de elaboração dos novos protocolos”.

⁶⁰ Nesta, “parece certo que a inexistência de Protocolo Clínico no SUS não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema, nem justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada. Nesses casos, a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia poderá ser objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais como coletivas”, havendo necessidade de instrução probatória, o que compromete a concessão de cautelares (fls. 22).

c) De uma vedação legal à sua dispensação: esta hipótese, a despeito de elencada pelo acórdão, não foi tratada em seu texto nesta ordem.

Porém, na hipótese de se pretender obter medicamento não registrado na ANVISA, um dos pontos mais realçados na Audiência Pública foi a proibição legal de a Administração fornecê-lo, inclusive os importados. A Lei nº 6.360/76, que dispõe sobre a vigilância sanitária a que ficam sujeitos os medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos, em seu artigo 12 assevera que “nenhum dos produtos de que trata esta lei, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde”. O registro de medicamento é uma garantia à saúde pública, lembrando que o artigo 196 também vislumbra o aspecto de defesa do direito à saúde, ao dizer que as políticas sociais e econômicas visam a redução do risco de doença e de outros agravos.

Creemos que no item 1, decidiu de forma acertada o Supremo Tribunal Federal, pois há uma clara disposição normativa já delineada e que está sendo descumprida, devendo o Judiciário intervir para torná-la eficaz.

Em relação ao item 2.c, não houve deliberação do STF, mas, *a priori*, é correto o indeferimento judicial de ações de saúde expressamente proibidas por normas, sem deixar de considerar possível circunstância do caso concreto que demande solução diferenciada, a partir de forte argumentação jurídica neste sentido (poderá valer-se de princípios que consigam superar a regra, pois a princípio o magistrado não deve decidir *contra legis*).

Quanto ao item 2.b.ii.1, o entendimento da excelsa Corte é de se aplaudir, pois soube reconhecer o aporte teórico e técnico de outros ramos do saber necessários as causas em saúde, como a apreensão do paradigma adotado da Medicina Baseada em Evidências, além de obedecer ao aspecto de defesa que o direito a saúde possui (como qualquer direito fundamental), justamente o de proteger a integridade dos cidadãos, evitando-se riscos. Portanto, tratamento experimental não deve ser requerido do Estado brasileiro e provido pelo Judiciário.

Os tópicos mais polêmicos são o 2.a e 2.b.ii.a, pelos quais o STF previu a possibilidade de intervenção judicial, por meio de pleitos individuais ou coletivos. De certa forma, pode significar a manutenção do atual quadro, mesmo tendo sido recomendada a dilação probatória, o que dificultaria a concessão de liminares⁶¹.

⁶¹ Fazemos um parêntese para observar que, no mesmo acórdão, houve voto mais detalhado do Min. Celso de Mello, e este concordou integralmente com o voto do relator, embora o conteúdo de seu voto tenha sido em

Em relação ao item “c”, aparentemente foi sedimentado o posicionamento que respeita a vedação legal ao fornecimento de medicamento não registrado pela ANVISA, o que foi corroborado na Lei nº 12.401/11, que recentemente alterou a LOS, para acrescentar:

Art. 19-T. São vedados, em todas as esferas de gestão do SUS:
 I - o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento, produto e procedimento clínico ou cirúrgico experimental, ou de uso não autorizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA;
 II - a dispensação, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na Anvisa.

Não obstante, em notícia divulgada em 02/12/11, o Supremo reconheceu repercussão geral em situações discutindo este tipo de problema, a partir do Recurso Extraordinário 657.718⁶².

No RE, a recorrente alega ofensa aos artigos 1º, inciso III; 6º; 23, inciso II; 196; 198, inciso II e parágrafo 2º e 204, todos da Constituição Federal. Sustenta que é dever do Estado garantir o direito à saúde, mostrando ser descabida situação em que um portador de doença grave não disponha do tratamento compatível.

A autora assevera que o argumento de falta de previsão do remédio na lista do Sistema Único de Saúde (SUS) não encontra guarida, tendo em vista a responsabilidade do ente federativo. Ressalta, ainda, que a vedação de importação e de uso de medicamento é distinta da ausência de registro na Anvisa. Também afirma que a aplicação da chamada teoria da reserva do possível não exime o administrador de cumprir com as obrigações que constam da Constituição de 1988. Assim, a recorrente solicita, ao final, a concessão de tutela antecipada em virtude do estado de saúde precário.

Ao analisar o caso, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJ-MG) entendeu que, apesar de o direito à saúde estar previsto nos artigos 6º e 196 da Constituição Federal, não se pode obrigar o Estado a fornecer medicamento sem registro na Anvisa, sob pena de vir a praticar autêntico descaminho. O TJ ressaltou a inexistência de direito absoluto e, tendo em vista a prevalência do interesse coletivo, bem como dos princípios do artigo 37 da

sentido oposto, mencionando ser o direito a saúde um direito de todos em qualquer circunstância. Reiterou argumentos expendidos em outros casos, como os que já analisamos, no mesmo sentido de ser a saúde um direito de todos e que caberia ao Judiciário intervir em todas as situações, mas corroborando o voto do Relator. Podemos observar a dificuldade de ser parametrizado tal tipo de entendimento para todo o Judiciário a partir deste exemplo.

⁶² FORNECIMENTO pelo Estado de medicamento não registrado pela Anvisa tem repercussão geral. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=195344&caixaBusca=N>>. Acesso em 05 dez. 2011.

CF, “a competência do administrador público para gerir de maneira proba e razoável os recursos disponíveis”.

Quanto à repercussão geral, a recorrente salienta a relevância econômica e social da questão. Afirma que a importância da matéria requer que o Supremo examine o tema do direito fundamental à saúde quando há necessidade de fornecer medicamento imprescindível ao bem-estar e à vida de um cidadão.

Consoante o relator, ministro Marco Aurélio, “o tema é da maior importância para a sociedade em geral no que, de início, cumpre ao Estado assegurar a observância do direito à saúde, procedendo à entrega do medicamento”. Ele lembrou que o TJ-MG se pronunciou no sentido de que, em se tratando de remédio não registrado na Anvisa não há obrigatoriedade de o Estado o custear. “Ao Supremo cabe a última palavra sobre a matéria, ante os preceitos dos artigos 6º e 196 da Constituição Federal”, ressaltou o relator do RE.

A decisão na STA 185 contribuiu para o tema na medida em que buscou redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde e apresentou diretrizes que devem ser ponderadas nos conflitos. Além disso, o Ministro ressaltou a importância de que se produzam provas nos processos que envolvem pretensões positivas na área da saúde, a fim de que não se verifique uma produção em massa de decisões que concedem medicamentos indiscriminadamente, sem atentar às peculiaridades do caso concreto. Portanto, de acordo com esse precedente, nos casos em que a pretensão não se encontre prevista pelas listas do SUS, caberia à parte fazer prova de sua necessidade específica e da impropriedade da política pública estatal.

Ocorre que, apesar desse precedente, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o que se verifica é que se mantém um posicionamento majoritário tendente a conceder os medicamentos requeridos, ainda que não se encontrem nas listas do SUS.

Com efeito, a partir de uma análise das 13 decisões proferidas pela Presidência do referido Tribunal nos autos dos processos em que se pretendia a Suspensão de Segurança, de Liminar ou de Antecipação de Tutela, tendo por base o período de janeiro a setembro de 2010, é possível verificar que em apenas dois casos foram deferidas as suspensões requeridas e em um foi parcialmente suspensa a liminar. Note-se que em nenhum desses casos foi suspensa a segurança, antecipação de tutela ou liminar que fora concedida a um indivíduo em razão de o medicamento não constar da lista do SUS ou em decorrência de considerações acerca da escassez de recursos, custos dos direitos ou reserva do possível.

Na suspensão de segurança 4244, o Ministro Cezar Peluso deferiu a contra-

cautela requerida, sob o fundamento de que se vislumbrava no caso indícios de má-fé do impetrante do Mandado de Segurança, uma vez que foram acostados documentos que demonstravam que o mesmo adotou, nas palavras do Ministro, “(...) *'duas linhas de frente' (estadual e federal) para alcançar o financiamento público de seu tratamento no exterior*”. Portanto, o deferimento da Suspensão pleiteada, nesse caso, deu-se por uma especificidade do caso em que se constatou má-fé por parte do impetrante da Segurança.

Já na Suspensão de Tutela Antecipada 424 e na Suspensão de Tutela Antecipada 256, o Ministro Gilmar Mendes concedeu a suspensão no primeiro caso e deferiu parcialmente o pedido no segundo, sob o fundamento de que as determinações judiciais seriam muito genéricas, na medida em que não se dirigiam a indivíduos determinados, mas a uma coletividade, o que poderia inviabilizar a ordem administrativa. Portanto, no caso, entendeu-se que haveria possibilidade de lesão à Ordem Econômica a justificar as suspensões pretendidas.

Por outro lado, no que pertine aos pleitos individuais, o Supremo não tem reconhecido a possibilidade de lesão à Ordem Pública ou à Ordem Econômica. Ressalte-se que na STA 424, que foi deferida, a única paciente paradigma da Ação Civil Pública interposta pelo Ministério Público de Santa Catarina já havia falecido quando da prolação da sentença. Da mesma forma, na STA 256, não foi deferido o pedido de suspensão quanto aos pacientes substituídos na Ação Civil Pública.

Também na Suspensão de Tutela Antecipada 434, não foi concedida a pretensão do Estado da Bahia, sob os fundamentos que podem ser assim resumidos: (a) o medicamento pleiteado encontra-se registrado na ANVISA, o que atesta a sua segurança; (b) a paciente comprovou a necessidade do tratamento, bem como a sua impossibilidade financeira de custeá-lo; (c) o alto custo do fármaco, orçado em R\$30, 476 por ano, não é motivo suficiente para não fornecê-lo; (d) o Estado não comprovou de forma concreta a lesão aos cofres estaduais. Ressalte-se que posicionamento no mesmo sentido foi tomado em outras decisões prolatadas nos pedidos de Suspensões de Segurança, de Liminar e de Antecipação de Tutela no corrente ano (SS 4229, STA 421, STA 283, SS 3962, SS 4045, SS 3852, SS 3941).

Além disso, em 17.03.2010, o Plenário do Supremo Tribunal Federal negou provimento a nove Agravos Regimentais que foram propostos contra decisões da Presidência, mantendo as determinações judiciais que estabeleciam que o Poder Público concedesse a pacientes em condições graves remédios ou tratamentos de alto custo ou não oferecidos pelo SUS (STA - AgR 175 – Apenso STA – AgR 178, SS – AgR 3724, SS – AgR

2944, SL – AgR 47, STA – AgR 278, SS – AgR 2361, SS – AgR 3345, SS – AgR 3355).

O que se verifica é que a maior parte dos precedentes do Supremo Tribunal Federal mantém o posicionamento segundo o qual o fato de o medicamento pleiteado não constar das listas das Portarias do SUS não obsta a sua concessão pela via judicial.

A preocupação do sistema judicial com as demandas sanitárias extrapola a jurisprudência e avança para a estrutura administrativa do Poder Judiciário. Extraindo efeitos concretos dos elementos colhidos durante a realização da Audiência Pública nº 4, foi criado pela Portaria nº 650/2009 do Conselho Nacional de Justiça um grupo de trabalho constituído por magistrados e professores especialistas em direito sanitário, com a incumbência de elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas referentes às demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde⁶³.

Tendo por referência os elementos reunidos durante a Audiência Pública nº 4, foi apresentado Relatório conclusivo após onze reuniões. Dando prosseguimento, seguiu-se ato do CNJ, que teve o escopo de melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito no sentido de assegurar maior segurança e efetividade na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Essa assertiva é comprovada pela Recomendação nº 31, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), de 31 de março de 2010.

A Recomendação nº 31/2010 afirma a relevância da matéria para a garantia de uma vida digna à população brasileira. Neste aspecto, vincula-se ao princípio da dignidade humana e prestígio ao constitucionalismo.

Considera as dificuldades enfrentadas pelos magistrados, especialmente as carências sobre informações clínicas relativas aos demandantes.

Pondera que os medicamentos e outros insumos para serem utilizados no Brasil necessitam de prévia aprovação pela Anvisa, na forma do artigo 12 da Lei nº 6.360/1973 c/c Lei nº 9.782/1999.

Reafirma a importância da oitiva dos gestores públicos, bem como sobre a necessidade de assegurar a sustentabilidade e gerenciamento do SUS.

Atenta para a necessidade de proteção dos doentes submetidos a pesquisas experimentais.

⁶³ O grupo foi integrado pelos seguintes magistrados Manoel Ricardo Calheiros D'ávila, Manoel Ricardo Calheiros D'ávila, Juiz da 5ª Vara da Fazenda Pública do Estado da Bahia; Valéria Pachá Bichara, Juíza da 10ª Vara da Fazenda Pública do Estado do Rio de Janeiro; Jorge André de Carvalho Mendonça, Juiz da 5ª Vara Federal de Pernambuco; Marga Inge Barth Tessler, Desembargadora do Tribunal Regional Federal da 4ª Região; e pela especialista em direito sanitário Professora Ana Paula Carvalhal, realizando o seus trabalhos sob a presidência do Conselheiro Milton Nobre do Conselho Nacional de Justiça da Comissão Permanente de Relacionamento Institucional e Comunicação.

Assim, inspirada por tais considerações recomenda:

a) aos Tribunais de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais que celebrem convênios para assegurar apoio técnico, composto por médicos e farmacêuticos, com o objetivo de auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor sobre as questões clínicas apresentadas pelas partes. A recomendação assenta-se em experiência exitosa já em prática junto ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em que a ação de espécie antes de chegar ao despacho inicial do magistrado, recebe parecer técnico sobre o medicamento solicitado, se consta ou não dos protocolos clínicos, se é disponibilizado, constando das listas, etc.

Outra experiência interessante no trato da matéria foi identificada em São Paulo, em que há um corpo técnico que examina as prescrições apresentadas ao gestor público antes do ingresso em juízo, no caso de haver parecer favorável pela aquisição, não há necessidade do ingresso da ação judicial. Há uma conciliação prévia. Isto é bastante oportuno considerar, pois o objetivo é reduzir demandas da espécie, pois os doentes deveriam ser atendidos sem a necessidade de ação judicial. Trata-se de uma composição prévia. (falar do Seminário Nacional de Direito e Saúde, em que foi exposta a prática da PGE de SP).

Evidenciou-se que boa parte das dificuldades oferecidas na apreciação dos pedidos reside na instrução precária das iniciais, muitas vezes sem os elementos necessários para uma boa compreensão da questão de fato, já que as peças processuais se limitam a discorrer sobre as questões de direito.

Também na intenção de subsidiar os magistrados com informações, foi consensuado um Termo de Cooperação Técnica nº 108/2009, firmado pelo CNJ com diversas instituições públicas, com a criação de um banco de dados a ser alimentado pelo Ministério da Saúde e disponibilizado no portal do CNJ, por meio do qual o magistrado poderá receber informações rápidas sobre medicamentos e outras questões. Foi considerado que a operacionalização do sistema informativo deverá ser rápido, com objetividade sobre o medicamento, inclusão em lista, indicações, motivos de não inclusão, ou qualquer outra informação relevante.

Estas providências revelam-se necessárias, pois os magistrados não têm conhecimentos técnicos sobre questões médicas, sendo extremamente difícil decidir à beira do leito, ou em situação em que se alega risco de vida em caso de não deferimento administrativo da medida ou do medicamento. Conceder a medicação é a solução mais fácil, nem sempre a mais acertada.

b) recomenda aos magistrados que evitem autorizar o fornecimento de medicamentos não registrados pela Anvisa, ou em fase experimental. É o princípio da precaução⁶⁴.

Restou evidenciado durante a Audiência Pública nº 4 prática comercial bastante agressiva por parte de alguns produtores de medicamentos que forçam pela sua aceitação pelos prescritores, sem se submeter ao prévio registro e exame pela Anvisa. Tal proceder além de colocar um risco a vida dos pacientes, constitui afronta frontal à lei que rege a matéria. Os medicamentos e tratamentos utilizados no Brasil dependem de prévia aprovação pela Anvisa, na forma do artigo 12 da Lei nº 6.360/1977.

c) recomenda a oitiva, quando possível, preferencialmente por meio eletrônico, dos gestores antes da apreciação de medidas de urgência.

Resultou tal recomendação da constatação de que muitas ações poderiam ser evitadas ou conciliadas por uma simples troca de informações. Os gestores públicos na saúde, de modo geral, ressentem-se e sentem-se desconsiderados em face das deliberações judiciais, que de surpresa impactam severamente em seus esforços gerenciais, colocando por terra a custosa e difícil organização dos serviços. A questão é crucial em caso de filas para transplantes, leitos em UTI, etc.

A oitiva prévia do gestor, com a devida consideração dos esforços gerenciais, mesmo que após contrariados, faz homenagem ao postulado da presunção de legalidade e adequação dos seus atos. A prévia oitiva do gestor em certa medida auxilia na sustentabilidade do SUS e o seu gerenciamento. Alerta-se que os gestores mais solicitados ou demandados deverão manter possibilidade de acesso por contato eletrônico de forma rápida, designando pessoal capacitado para fornecer informações.

⁶⁴ “O outro princípio que vem crescendo de importância ultimamente e que possui grande relevância no Direito Sanitário, sendo diretamente ligado ao princípio da segurança sanitária, é o princípio da precaução. A noção de precaução está ligada à noção de prudência. O conceito de precaução estende a noção de prudência até o limite do risco incerto ou desconhecido, sendo esse o diferencial entre os dois termos. Enquanto a prudência exige uma atenção especial para evitar ou reduzir ao máximo os riscos conhecidos, o princípio da precaução exige que se tome cuidado especial também para os riscos incertos, ainda desconhecidos; ou seja, exige que se tomem medidas concretas e efetivas no sentido de tentar prever e evitar os possíveis riscos inerentes a algumas atividades. [...]”

O princípio da precaução foi formulado inicialmente como um princípio fundamental para a proteção do meio ambiente, mas o seu conceito e os contornos de sua aplicação ainda são objeto de calorosas discussões teóricas. O princípio da precaução ainda não apresenta uma definição precisa e está em fase de ter o seu campo de aplicação definido. Inicialmente o princípio da precaução foi interpretado como sendo um alargamento da responsabilidade do poder público em matéria de defesa e preservação ambiental (e, conseqüentemente, de segurança sanitária). Atualmente verifica-se que o seu campo de aplicação se estende à saúde pública em nome do princípio da segurança sanitária”. (AITH, 2006: 340; 348).

d) recomenda-se que o magistrados verifiquem junto à Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (CONEP) se os autores fazem ou fizeram parte de pesquisas com novos medicamentos, sendo este o caso, há obrigação ética e legal de os laboratórios atenderem os pacientes após a pesquisa, continuando a fornecer os medicamentos. Pesquisas feitas no âmbito privado, para efeitos comerciais, não poderão ser financiadas pelo SUS.

e) recomenda-se que o no momento de concessão de alguma providência (medicamentos, insumos, leitos) abrangidos por política pública existente seja determinada a inscrição do beneficiário no respectivo programa. Exemplifica-se com o caso dos diabéticos, o SUS disponibiliza todo um programa de apoio ao enfermo com educação alimentar, exercício, controle de peso, cuidados higiênicos, etc., e não apenas insulinas. O paciente do SUS deve submeter-se a todo o programa, pois só o medicamento não trará os benefícios esperados.

Por fim, as recomendações constantes nas letras “c” e “d”, sinalizam para a inclusão da temática do direito à saúde como ponto específico nos concursos para a magistratura na relação mínima de disciplinas, Resolução nº 75/2009 CNJ.

A recomendação para que as escolas de magistratura oportunizem visitas dos magistrados aos Conselhos Municipais e Estaduais de Saúde, dispensário de medicamentos e hospitais públicos tem o objetivo de melhor conhecer a realidade de tais serviços,^{193, 194} a exemplo do que ocorre com as visitas aos presídios. Mais do que oportuna a visita, pois a providencia é reclamada pelos gestores.

Por último, há recomendação dirigida à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) e das Escolas de Magistraturas, no sentido da promoção de seminário de estudos, congregando, além dos magistrados, os gestores públicos, defensores, procuradores e usuários do SUS para um diálogo e melhor conhecimento das realidades enfrentadas, o que poderá favorecer uma redução dos conflitos.

Em 06 de abril de 2010, o CNJ expediu a Resolução nº 107, instituindo o Fórum Nacional do Judiciário para Monitoramento e Resolução das Demandas de Assistência à Saúde. Tal Fórum teve seu primeiro seminário em São Paulo, nos dias 18 e 19/11/10. O Fórum Nacional do Judiciário para Assistência à Saúde foi criado pelo CNJ igualmente após a Audiência Pública n. 4. Os debates ocorridos no primeiro encontro do Fórum foram publicados no livro *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*, composto de artigos dos expositores, organizado por Milton Nobre e Ricardo Augusto Dias da Silva (2011).

3.2 CRÍTICAS À PRESTAÇÃO JURISDICIONAL DO DIREITO À SAÚDE

Daniel Wang (2009: 11-23) sintetizou as principais críticas à chamada judicialização da saúde em três grupos principais: falta de informação e conhecimento dos juízes para alocarem recursos escassos; falta de legitimidade dos juízes para alocarem recursos escassos; a judicialização da saúde e a iniquidade na distribuição dos recursos.

A) Falta de informação e conhecimento para alocação de recursos escassos

No que tange à primeira refutação, faltaria aos juízes conhecimento e informação para influenciar políticas públicas que concretizem direitos sociais, pelo que sua justiciabilidade é bastante reduzida ou refutada.

Assume-se o pressuposto de que a efetivação dos direitos sociais não ocorre por sua simples adjudicação, mas é viabilizada por meio de políticas públicas e do dispêndio de recursos públicos escassos. O reconhecimento de uma obrigação de dar ou fazer por parte do Estado não é suficiente, sendo também necessário implantar políticas públicas que ofereçam serviços públicos sociais para quem deles necessita. Tais serviços públicos demandam meios para sua realização, como receitas para seu custeio, pessoal e material para sua execução; ao fim, sempre perpassando por gasto de recursos públicos. Dentre outros, é a linha adotada por José Reinaldo de Lima Lopes (2006: 120) e Cass Sunstein e Stephen Holmes (1999).

Em um quadro de escassez de recursos, noção trazida da Economia, no qual as necessidades são maiores do que as possibilidades do orçamento público, não se deve ignorar que a escassez de recursos impossibilita que todos os direitos sociais sejam implementados de modo absoluto concomitantemente. Opções, escolhas necessariamente devem ser tomadas, em virtude da impossibilidade, na realidade atual brasileira e nem mesmo dos países desenvolvidos, de prover todos os direitos sociais em grau máximo a todas as pessoas.

A título de ilustração, tomemos o exemplo de Ferraz e Vieira (2009). Os autores simularam uma situação na qual, se todos os pacientes com hepatite viral C e artrite reumatóide recebessem os medicamentos mais recentes disponíveis no mercado, o poder público gastaria 99,5 bilhões de reais. Tal soma supera o gasto total com ações de serviços de saúde por parte de municípios, estados e União, cujo valor em 2006 foi de 85,7 bilhões de reais. Trocando em miúdos: para cobrir duas doenças, que atingem 1% da população, com medicamentos de última geração, gastar-se-ia mais que o disponível no orçamento ao Sistema Único de Saúde para todo o atendimento à saúde de toda a população.

Deste modo, um magistrado que obrigue os poderes políticos a prover um bem ou a efetivar uma política pública estaria estipulando a forma como parte dos recursos escassos deve ser dispendida, incumbência para a qual não está e não foi treinado, não possuindo conhecimentos técnicos para avaliar de modo satisfatório os critérios de oportunidade e conveniência de uma política pública.

Ademais, o Judiciário é aparelhado para decidir casos concretos pontuais que lhe são apresentados, sendo muito difícil e improvável que os juízes façam boas análises das consequências econômicas de suas decisões para as políticas públicas.

A cultura jurídica brasileira foi tradicionalmente marcada por um viés individualista, sendo a jurisdição definida, em um dos livros mais conhecidos pelos estudantes de Direito, como uma das “funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2006: 145).

Tal modelo foi pensado e é eficiente para a solução de conflitos (lides) entre indivíduos (quando os interesses em embate são particulares). Porém, sua aplicação a hipóteses em que os interesses sobrepujam a esfera jurídica dos sujeitos do processo vem se mostrando especialmente nociva.

O Poder Judiciário tenta se adaptar à valorização das tutelas coletivas e de notória preocupação com questões sociais. José Reinaldo de Lima Lopes afirma que “o Judiciário está pouco aparelhado para fazer a justiça distributiva na medida em que foi montado e desenhado para supervisionar conflitos individuais e, sobretudo, **bilaterais**” (2006: 136)⁶⁵. A cultura individualista de solução de conflitos tem levado os membros do Poder Judiciário a ignorar repetidamente as consequências adversas de suas decisões no que tange à efetivação do direito social à saúde.

Por conseguinte, uma atuação do Judiciário que favoreça indivíduos ou grupos em um caso concreto pode minar os esforços de um planejamento de política pública de longo prazo que beneficie um número maior de pessoas. O juiz decide qual a melhor forma de se aplicar estes recursos escassos, mesmo sabendo pouco ou quase nada sobre a política pública em questão, as finanças públicas e a capacidade de gasto do poder público, ou a respeito de outros problemas sociais que competem por ação governamental, o que pode

⁶⁵ O paradigma codificador novecentista, inspirado no Código de Napoleão, baseava-se na justiça comutativa ou retributiva, que trabalha com relações bilaterais, ou jogo da “soma zero” (LOPES, 2006: 145): há o lícito-ilícito, credor-devedor, culpado-inocente, isto é, o resultado pertence, na totalidade, a um vencedor. Para casos envolvendo a justiça distributiva, dá-se um jogo de soma não zero (2006: 145), com caráter plurilateral, não binário. Envolve uma cooperação, em que o produto é criado por todos, e não é algo que será concedido a alguém.

incluir a concretização de outros direitos fundamentais, ou mesmo do próprio direito à saúde, mas para outro cidadão. O juiz olha apenas quem ganha, mas não quem perde. Não há análise dos custos de oportunidade gerados por uma determinada decisão alocativa. Nestes casos é válida a metáfora do cobertor curto, em que, ao puxá-lo para cobrir a cabeça, acaba-se desprotegendo os pés (WANG, 2009: 12-13).

No caso da saúde, essas escolhas são particularmente delicadas, pois se trabalha com saúde e vidas humanas, o que faz com que muitas das escolhas de alocação de recursos neste campo possam ser compreendidas no conceito de “escolhas trágicas”⁶⁶.

Cass Sunstein chamou algumas situações de “*health-health trade-offs*”⁶⁷, e nota-se que os magistrados, em várias situações, não se apercebem de que, quando lavram uma decisão obrigando o Estado a gastar recursos escassos para fornecer um bem ou serviço de saúde visando resguardar o direito de um paciente, possivelmente, ao mesmo tempo, estão limitando o direito à saúde de outros pacientes para os quais o Estado não terá recursos suficientes. E os juízes tomam decisões de tamanha responsabilidade sem que para isso sejam capazes de fazer análises imprescindíveis para se gerir uma política pública de saúde.

O cunho coletivo dos direitos sociais exige que políticas sejam pensadas coletivamente, o que, na maioria dos casos, os juízes não fazem, especialmente por não possuírem informações fundamentais para se planejar uma política pública (SILVA, V., 2007). Nesta linha de argumentação, a incumbência de alocar recursos escassos deve ser atribuída ao processo político, pois ele possui maior “qualidade decisória”, como clareza das prioridades e dos meios para efetivá-las (BUCCI, 1997: 97).

Neste contexto, são passíveis de críticas as decisões em que magistrados concedem medicamentos ou tratamentos médicos: fora do consenso terapêutico; não incluídos nas listas de medicamentos do sistema público de saúde, seja por não possuírem eficácia comprovada ou por terem similar mais barato já incluso na lista oficial; com comercialização não autorizada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA); ou mesmo inexistentes no país.

Além de representar ameaça à saúde dos pacientes no caso de medicamentos com eficácia não comprovada, o que fere o art. 196 da CF, no qual a saúde igualmente possui um viés de proteção e segurança (“redução do risco de doença e outros agravos”), há impacto

⁶⁶ Para Guido Calabresi e Philip Bobbit escolhas trágicas (*tragic choices*) originam conflitos entre, de um lado, aqueles valores pelos quais a sociedade determina os beneficiários da distribuição de certos bens e o perímetro da escassez, e, de outro, os valores humanísticos que resguardam a vida e o bem-estar. (1978: 18).

⁶⁷ Cass Sunstein emprega tal conceito para delimitar casos em que a diminuição de um risco à saúde concomitantemente aumenta um outro risco à saúde (1997: 298).

para o administrador público, que necessita diminuir algum outro gasto do seu orçamento para cumprir as decisões judiciais.

No Estado do Paraná, o custo extra de remédios concedidos judicialmente aumentou vertiginosamente de, aproximadamente, R\$ 200 mil, em 2002, para R\$ 14 milhões, no primeiro semestre de 2007. Em São Paulo, foram dispendidos R\$ 48 milhões em medicamentos provindos de litígios judiciais, de um orçamento para a saúde total de R\$ 480 milhões – quase 10%. Grande parte desses pedidos incide sobre remédios de alto custo, para tratar doenças raras, e tratamentos de longo prazo para doentes crônicos. O Ministério da Saúde informa que o custo total para tais medicamentos subiu de R\$ 680 milhões, em 2002, para R\$ 1,7 bilhões, em 2005, com tendência de posterior crescimento (HOFFMAN, BENTES, 2008: 415).

Na Audiência Pública nº 4, a Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul teve a oportunidade de apresentar dados alarmantes sobre a chamada judicialização da saúde no Estado do Rio Grande do Sul, os quais demonstram que atualmente a maioria das decisões judiciais no Brasil não observa as listas de medicamentos elaboradas pelo Ministério da Saúde para fornecimento no âmbito do SUS.

Na referida oportunidade, foi demonstrado, com base nos dados fornecidos pela Secretaria Estadual da Saúde do Rio Grande do Sul, que, em que pese o crescimento na aquisição de medicamentos na esfera administrativa nos anos de 2008 e no começo de 2009, as despesas oriundas de decisões judiciais continuaram a ter um crescimento vertiginoso, sendo 41% do orçamento da Secretaria Estadual da Saúde gasto em política de assistência farmacêutica, com oitenta e sete mil, novecentos e sessenta e seis pacientes atendidos pela via administrativa e vinte mil, quatrocentos e noventa e sete pacientes pela via judicial. Portanto, em maio de 2009 aproximadamente 18,92% do orçamento da assistência farmacêutica do Estado era administrado pelo Judiciário.

Outro dado significativo apresentado na audiência foi que na via judicial apenas 14,31% da demanda era relativa a medicamentos especiais e 9,4% era relativa a medicamentos excepcionais, prescritos de acordo com os Protocolos do Ministério da Saúde, que eram os medicamentos cujo fornecimento competia ao Estado, enquanto 76,23% das demandas judiciais em que o Estado era réu abrangiam medicamentos que não eram de sua competência: 11,14% da lista básica, de responsabilidade dos municípios; 18,25%

medicamentos excepcionais prescritos em desacordo com os referidos Protocolos; e 46,84% referente a medicamentos que não eram registrados na ANVISA⁶⁸.

Como exemplo do distanciamento das informações para formular tais políticas em relação aos juízes, tomemos novamente o caso dos medicamentos. O já explicitado ciclo da assistência farmacêutica (com todas as etapas explicadas no capítulo anterior), de um modo mais detalhado, abrangerá a escolha dos medicamentos que comporão a lista daqueles a serem distribuídos na rede pública, que deve ser feita com base, por exemplo: (1) na melhor evidência farmacológica-clínica; (2) no perfil dos usuários dos medicamentos; (3) na sua eficácia, (4) segurança e (5) efetividade; (6) nos requisitos de qualidade dos fármacos; (7) na comodidade posológica, (8) nos custos e (9) na disponibilidade no mercado (OLIVEIRA; BERMUDEZ; OSORIO-DE-CASTRO, 2007: 15-16).

O processo de suprimento tem início com a programação, que deve quantificar o que será comprado e elaboram-se especificações para os medicamentos escolhidos, fundados em (1) definição de prioridades, (2) orçamento disponível, (3) condições estruturais do serviço, (4) especificidades administrativas que podem facilitar ou constranger o processo de suprimento, (5) dados epidemiológicos atualizados e (6) consumo histórico (OLIVEIRA; BERMUDEZ; OSORIO-DE-CASTRO, 2007: 16).

Grosso modo, portanto, uma política de dispensação de medicamentos em um sistema público de saúde perpassa em três elementos: lista de medicamentos selecionados, legislação vigente e orçamento disponível (OLIVEIRA; BERMUDEZ; OSORIO-DE-CASTRO, 2007: 23). Além da segurança para o usuário, a existência de inúmeros critérios a serem observados na política de distribuição de medicamentos decorre da restrição de recursos. Se os recursos são escassos, devem-se buscar critérios médico-científicos e econômicos para decidir como a alocação de recursos precisa ser feita.

Como justificar que uma grande quantidade de decisões judiciais possa estipular como esta parcela do orçamento deve ser gasta, sobrepujando-se às decisões realizadas pelos gestores de saúde, tendo em vista a alta complexidade para viabilizar uma política de medicamentos, por exemplo?

⁶⁸ Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Janaina_Goncalves.pdf. Acesso em: 10 mar 2011.

B) Falta de legitimidade para alocação de recursos escassos

Refutação bastante empregada contra a judicialização da saúde é o que afirma que em um Estado democrático é essencial que decisões sobre alocação de recursos sejam tomadas em processos nos quais seja assegurada a participação e a contestação públicas.

Deste modo, as decisões de alocação de recursos deveriam ser destinadas aos poderes políticos, pois foram democraticamente eleitos pelo povo para tanto e estão sujeitos à *accountability*⁶⁹, especialmente nas eleições periódicas, o que não ocorre com os membros do Poder Judiciário.

Participação e contestação são relevantes para legitimar as decisões governamentais de modo geral e primordiais quando se trata de escolhas que abrangem questões de política pública e justiça distributiva, pois suscitam a apropriação por alguns de bens financiados por toda a sociedade, atingindo cada um diante de todos e todos diante de cada um (LOPES, 2006: 171).

Por conseguinte, a competência para realizar escolhas de alocação de recursos, que são assinaladamente políticas e distributivas, seria dos órgãos políticos representantes do povo e, por isto, legitimados a decidir por “todos” quanto à forma como uma política pública deve ser conduzida (AMARAL, 2001: 168).

Os membros do Poder Judiciário - que não foram democraticamente eleitos pela maioria para tomar decisões e não se sujeitam a eleições periódicas - não teriam legitimidade democrática para fixar como uma parcela dos recursos escassos do poder público deve ser gasta, diversas vezes em prejuízo das prioridades já estipuladas pelo Poder Executivo e Legislativo, democraticamente eleitos. Assim, quando o magistrado concede um medicamento ou tratamento médico, estaria sobrepujando sua vontade acima da vontade da maioria consignada eleitoralmente, constituindo como uma espécie de ponto de veto a decisões realizadas por representantes dessa maioria.

Nesta linha argumentativa, tais decisões devem se situar no âmbito dos poderes chamados de políticos, o Executivo e o Legislativo, tendo em vista serem representantes eleitos pelo povo para tomarem decisões de cunho eminentemente político, que se diferenciam das jurídicas porque estas se referem à aplicação de regras já feitas, enquanto

⁶⁹ Consoante Adam Przeworski, Susan C. Stokes e Bernard Manin, “governos são *accountable* se cidadãos podem discernir governos representativos e não-representativos, e pode sancioná-los apropriadamente, mantendo em seus cargos aqueles que exercem bem sua tarefa e expulsando aqueles que não o fazem [tradução livre]”. (1999: 10).

aquelas dizem respeito à elaboração de regras que serão aplicadas⁷⁰. Deliberar quem deverá ter seus direitos protegidos e em que profundidade é tarefa dos arranjos políticos na democracia. São decisões delicadas, porquanto não existe um único critério que possa ser utilizado para todas as situações, o que confere a elas um tom discricionário e político.

Em síntese, o nível e as formas de proteção dos direitos sociais deveriam ser fixados politicamente, pelo debate sobre o bem comum e sobre as necessidades mais urgentes (SUNSTEIN, 1997). Crê-se no processo político, não apenas pela qualidade decisória, como por sua maior legitimidade (BUCCI, 1997: 97). Os principais atores das decisões alocativas deveriam ser o Executivo e o Legislativo, de modo que o controle delas deve ser político e ocorrerá voto popular e atuação da sociedade civil organizada (AMARAL, 2001: 206). Há, igualmente, o receio apresentado por José Joaquim Gomes Canotilho de que a tutela judicial do direito à saúde leve à “dissolução do potencial da ação político-democrática numa ‘curta’ mentalidade de pretensões subjetivas, judicialmente acionáveis” (1983: 377).

Embora a falta de legitimidade democrática e a falta de conhecimento e informação dos juízes sejam questões que possuem vários pontos conexos, o autor optou por separá-las, considerando-as distintas. Em diversas situações pode até ocorrer um *trade-off* entre, de um lado, participação e, de outro, necessidade de maior quantidade de informação e conhecimento para se decidir⁷¹.

C) Judicialização da saúde e iniquidade na distribuição de recursos

Além dos dois outros grupos de argumentos contrários à judicialização do direito à saúde, há estudos empíricos que mostram como a tutela judicial desse direito, do modo como ocorre atualmente, não gera equidade na distribuição dos recursos de saúde, pois não beneficia principalmente os mais pobres. Pelo contrário, é possível que lhes traga prejuízos, pois uma quantia significativa dos recursos do Sistema Único de Saúde (SUS) é usufruída por uma parcela pequena e já favorecida da população.

⁷⁰ Tal diferenciação é apresentada por José Reinaldo de Lima Lopes (2006: 124). Contudo, o próprio autor admite que deve ser revista face à linha cada vez mais tênue que separa Direito e Política.

⁷¹ Norberto Bobbio sustenta que, com o aumento da complexidade das tarefas a serem desempenhadas pelo Estado, aumenta também o número de questões políticas que requerem competências técnicas, o que demanda um número maior de especialistas para tomada de decisão, levando a uma tecnocracia que no entendimento do autor é “antitética” à democracia, em que cabe aos cidadãos a tomada de decisão (2000: 46).

Em primeiro lugar, sublinhe-se que o gasto público com compra de medicamentos ordenada por via judicial tem crescido muito nos últimos tempos e seus valores estão longe de serem inexpressivos. Em 2007, ministro da saúde do Brasil, José Gomes Temporão, afirmou que “os Estados (...) desembolsam, em média, R\$ 500 milhões por ano” para cumprimento de decisões judiciais⁷². Os gastos com medicamentos do Ministério da Saúde do Brasil originados por decisões judiciais aumentaram 211,4% de 2005 a 2006⁷³, e em 2008 alcançou a cifra de R\$ 52 milhões em 2008⁷⁴.

Só no Estado de São Paulo, o governo gastou 86 milhões de reais para fornecer medicamentos e tratamentos médicos em cumprimento de decisões judiciais, o que representa 30% do gasto no programa oficial de remédios de alto custo⁷⁵. A título de comparação, estes R\$ 86 milhões beneficiaram 10 mil pacientes, enquanto o gasto governamental de R\$ 284 milhões no programa dos medicamentos mais caros disponibilizados pelo SUS beneficia 250 mil pessoas⁷⁶.

A judicialização da saúde não se restringe ao fornecimento de medicamentos. Gastos judicialmente ordenados com outros bens e serviços de saúde devem ser incluídos, assim como os valores desembolsados pelo Estado com processo judicial e para cumprimento espontâneo de uma demanda face à ameaça de um processo judicial.

Se for realizada comparação com políticas de assistência básica, as diferenças são ainda maiores. O Programa de Saúde da Família do Ministério da Saúde (PSF), cuja incumbência é fornecer educação, prevenção e atenção básica para a população – o que abrange, entre outros, aplicação de vacinas, ações médicas básicas, ações em odontologia, procedimentos em vigilância sanitária, controle de tuberculose, hanseníase, hipertensão e diabete, além de cuidados com saúde da mulher e da criança – tem o custo mensal de cerca de R\$5,00 por pessoa assistida por uma equipe básica (composta por um médico, um enfermeiro, um auxiliar de enfermagem e quatro agentes comunitários de saúde), o que equivale a um custo de R\$ 18 mil ao mês por equipe (BRASIL, 2001).

⁷² *Folha de S. Paulo*, 19 de outubro de 2007, “Temporão acusa Justiça de tomar 'lugar dos médicos’”. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u337955.shtml>>. Acesso em 20 nov. 2009.

⁷³ *Idem.*

⁷⁴ *Folha de S. Paulo*, “Triplicam as ações judiciais para obter medicamentos”, C9, 9 de janeiro de 2009.

⁷⁵ *Folha de S. Paulo*, 3 de outubro de 2005, “Estados tentam barrar remédio via Justiça”. Disponível em: <<http://www.sistemas.aids.gov.br/imprensa/Noticias.asp?NOTCod=67274>>. Acesso em 20 nov. 2009.

⁷⁶ *Idem.*

Há diversos estudos específicos que analisam o impacto dessas decisões judiciais obrigando ao fornecimento de medicamentos, que ratificam as análises do trabalho acima destacado, evidenciando o efeito distributivo perverso em relação ao direito à saúde. No estado de São Paulo, entre 1997 e 2004, foram deferidos judicialmente 96,4% dos pedidos de fornecimento de medicamentos, dos quais 9,6% deles não possuíam registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) e, em 77,4% dos casos, o autor requeria o fornecimento de medicamento específico de determinado laboratório farmacêutico (MARQUES; DALLARI, 2007). Outra pesquisa, realizada em 2005, analisando as ações judiciais contra a Secretaria Municipal de Saúde de São Paulo conclui que 41% das prescrições não se originavam dos serviços do Sistema Único de Saúde, 73% dos medicamentos poderiam ser substituídos por outro equiparável da lista oficial e 75% do gasto total foi empregado na aquisição de antineoplásicos (medicamentos para tratamento de cânceres), cuja eficácia ainda se encontra pendente de estudos clínicos (VIEIRA; ZUCCHI, 2007).

No estado do Rio de Janeiro, observou-se aumento expressivo do número de ações desse tipo no decorrer dos anos, contabilizando-se um processo em 1991, e 1.144 em 2002. Constatou-se, entretanto, que após a estruturação do Programa Nacional de DST/Aids em 1997 e da inclusão de alguns medicamentos no rol de excepcionais em 2001, pedidos de antirretrovirais, toxina botulínica, riluzol e olanzapina reduziram (MESSEDER; OSORIO-DE-CASTRO; LUIZA, 2005). Em 2006, a Secretaria Municipal de Saúde do Rio de Janeiro gastou mais de R\$ 10 milhões com demandas judiciais de saúde, sendo 77,4% com medicamentos. Nesse período, houve em média 550 ações e 947 solicitações de medicamentos por mês (BOMFIM, 2008)^{77,78}.

⁷⁷ Outro estudo no estado do Rio de Janeiro identificou 2.245 ações judiciais instauradas no ano de 2005 e 91,8% tiveram sentença proferida pelo juiz de 1ª instância, até a coleta de dados. Entre as ações que foram deferidas, 88,7% foram julgadas totalmente procedentes, ou seja, os medicamentos foram concedidos nos exatos termos do requerimento feito pelo autor. Constatou-se que algumas ações foram propostas também contra o município de residência do autor e que as decisões judiciais consideraram os entes federativos solidários na obrigação de fornecer os medicamentos aos cidadãos. Assim, o Poder Judiciário não reconhece que a Política Nacional de Medicamentos estabeleceu papéis diferentes para estados e municípios na assistência farmacêutica (BORGES, 2007).

⁷⁸ Outra pesquisa no Estado do Rio de Janeiro, em 2006, identificou 116 solicitações de medicamentos, com uma mediana de quatro itens por processos, mínimo de um e máximo de 12 medicamentos (SANT'ANA, 2009). No município de São de Paulo, houve 170 ações requerendo fornecimento de medicamentos no ano de 2005 e 78% delas representaram gasto de R\$ 876 mil. A maioria continha um pedido de medicamento e 20% possuíam mais de quatro solicitações, geralmente com prescrições de dois ou três médicos (VIEIRA; ZUCCHI, 2007). Ações contra o estado de São de Paulo de cidadãos residentes na capital totalizaram cerca de três mil em 2006 com solicitações de 954 itens diferentes de medicamentos (CHIEFFI; BARATA, 2009). No Distrito Federal, constatou-se aumento do número de ações: 281, em 2003; 378, em 2004; 604, em 2005; e 682, em 2007 (ROMERO, 2008).

A maioria dos pesquisadores observou a predominância de representação dos autores no Poder Judiciário por escritórios de advocacia (CHIEFFI; BARATA, 2009; MARQUES; DALLARI, 2007; PEREIRA *et al*, 2007; VIEIRA; ZUCCHI, 2007), enquanto outros encontraram maior representatividade pela Defensoria Pública ou Ministério Público (MESSEDER *et al*, 2005; ROMERO, 2007; SANT'ANA, 2009). Há também representação por escritórios modelo de universidades de direito (MESSEDER *et al*, 2005; PEREIRA *et al*, 2007) e apoio de associações, ainda que pouco frequentes (MARQUES; DALLARI, 2007). Esses tipos de associações de usuários têm tido grande influência na judicialização do acesso a medicamentos, já que elas encorajam os usuários a utilizarem a via judicial para obterem seus tratamentos, disponibilizando, inclusive, “modelos” de mandados judiciais para orientar pacientes e advogados (BRASIL, 2007). No caso de medicamentos antirretrovirais, as assessorias jurídicas de organizações não governamentais são as principais responsáveis pela condução de ações judiciais. O Ministério Público, por meio de ações civis públicas, também exerce papel importante na garantia de acesso a medicamentos e exames a pessoas vivendo com HIV/AIDS (BRASIL, 2005).

Quanto à origem da prescrição médica, também há divergência. A maioria dos estudos indica maior frequência de atendimento médico no SUS (MESSEDER *et al*, 2005; ROMERO, 2007; SANT'ANA, 2009; VIEIRA; ZUCCHI, 2007), ao passo que Pereira *et al* (2007), no estado de Santa Catarina, encontraram maior número de atendimentos em serviços privados de saúde. Já Chieffi e Barata (2009), em relação aos residentes no município de São Paulo, observaram frequências semelhantes: 48% de atendimentos no SUS e 47% na rede particular.

Há um predomínio de estudos que atestam que a maior parte dos medicamentos estava incluída em programas do SUS ou nas relações de medicamentos essenciais (BORGES, 2007; MESSEDER *et al*, 2005; VIEIRA; ZUCCHI, 2007), com exceção da pesquisa de Pereira *et al* (2007) e Chieffi e Barata (2009), que encontram respectivamente 60% e 77% dos medicamentos não contemplados em nenhuma lista do SUS. De qualquer forma, entre os programas contemplados, o de maior frequência é o Programa de Medicamentos de Alto Custo. Chieffi e Barata (2009) ressaltam, porém, que os medicamentos são pedidos para doenças não contempladas nos protocolos. Romero (2007) analisou somente a inclusão na RENAME e encontrou que 47,6% dos medicamentos eram essenciais. Vieira e Zucchi (2007) analisaram que 73% dos medicamentos possuíam substitutos na relação municipal de medicamentos essenciais de São Paulo e em programas do SUS. Foram

requisitados pela via judicial medicamentos sem registro na ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária (BOMFIM, 2008; PEREIRA *et al*, 2007; SANT’ANA, 2009).

Alguns autores analisaram também características socioeconômicas dos pacientes, mas empregaram parâmetros diferentes. Vieira e Zucchi (2007) utilizaram os endereços dos autores sobrepostos ao mapa de exclusão/inclusão social do município de São Paulo, que considera índice de autonomia, qualidade de vida, desenvolvimento humano e igualdade. Os resultados indicaram que 63% dos pacientes residiam em área de menor grau de exclusão social, o que sugere que são indivíduos menos carentes de proteção social.

Chieffi e Barata (2009) classificaram os impetrantes de acordo com o Índice Paulista de Vulnerabilidade Social, que congrega fatores capazes de mensurar a deterioração do nível do bem-estar, em consequência a exposição a determinados tipos de riscos. Identificou-se que 74% dos autores pertenciam aos extratos de nenhuma, muito baixa e baixa vulnerabilidade, classes correspondentes a 53% da população em geral. Outro estudo realizado no estado de São Paulo indicou que 60% dos demandantes nunca haviam utilizado qualquer serviço do Sistema Único de Saúde e que 60% das prescrições haviam sido emitidas por médicos privados, externos ao sistema público (SILVA, V.).

Nota-se, nestas críticas, uma maior confiança no processo político para alocação de recursos escassos, o que é aparentemente pouco conciliável com a judicialização da saúde. A falta de legitimidade, informação e conhecimento do Judiciário para tratar deste tipo de caso gera ceticismo quanto às potencialidades da judicialização da saúde para concretizar os direitos sociais (WANG, 2009: 22).

Virgílio Afonso da Silva, por exemplo, acredita que a implementação dos direitos sociais, assim como ocorreu com os direitos civis e políticos, deve ser uma conquista da sociedade civil realizada por meios políticos. Posicionamento semelhante é o de J.J. Gomes Canotilho, para quem a efetivação dos direitos sociais deve efetuar-se pela “intensificação de participação democrática na política dos direitos fundamentais” (1983: 377).

Os argumentos expendidos denotam quão polêmico e delicado é abordar tal tema o que, contudo, não deve desestimular o debate; ao contrário, a necessidade de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional e de se encontrar até mesmo alternativas administrativas, em favor dos cidadãos, àquela via, é imperiosa e deve ser encarada, a nosso ver, sem extremismos: se, por um lado, a Constituição garante (a partir, especialmente, da leitura jurisprudencial que se construiu, como visto) a existência de um direito subjetivo

público às mais variadas prestações de saúde, por outro, é inegável que tal direito lida com objeto individualizável, mas de expressão coletiva.

O desafio é a conciliação entre a dimensão subjetiva, individual e coletiva do direito à saúde e a dimensão objetiva da saúde como dever da sociedade e do Estado, e de como a judicialização deve ser sensível a ambas, como será devidamente discutido em tópico posterior.

Com os aportes teóricos necessários à compreensão do debate, é chegado o momento de analisarmos como o Tribunal de Justiça do Estado do Pará vem tratando o assunto, para podermos visualizar se os debates mais recentes, especialmente do Supremo Tribunal Federal, ecoaram (ou não) e quais as perspectivas da justiciabilidade do direito à saúde em nosso Estado.

4 A SAÚDE E A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ

Não por acaso, Virgílio Afonso da Silva intitulou um dos itens do artigo *Taking from the poor to give to the rich: the individualistic enforcement of social rights* de “*Rethinking the boundaries of constitutional law research*” (2007). Aqui, demonstra a importância de, em certos setores do direito constitucional, os pesquisadores não se aterem a debates teóricos estéreis e distantes da realidade, em especial no campo dos direitos sociais. Não é afastada a relevância da abordagem analítica, mas sim que esta deve ser complementada com os dados empíricos.

Até agora, foi possível notar que a estrutura deste artigo difere consideravelmente da estrutura tradicional de *papers* em direito constitucional. Ele contém mais dados empíricos e menos considerações teóricas. Isto não quer dizer que eu rejeito pensamentos teóricos. Pelo contrário: tenho sempre defendido uma abordagem analítica ao direito constitucional, que é muitas vezes uma abordagem muito teórica. Mas em algumas áreas do direito constitucional, a abordagem analítica tem de ser complementada por uma empírica. Se alguém quiser discutir a implementação ou a realização dos direitos sociais, bem como a sua eficácia e justiciabilidade, isso não pode ser realizado sem saber quais *reais* efeitos as decisões judiciais têm para as políticas públicas, e quem são os verdadeiros beneficiados por essas decisões. A ênfase na palavra “real” não é uma coincidência aqui. [...]

Assim, repensar os métodos de pesquisa do direito constitucional significa combinar uma abordagem analítica, empírica e institucional. Se a combinação de abordagens é uma necessidade, a conclusão inevitável é que não há nenhuma pesquisa efetiva em direito constitucional, sem dados empíricos. Isto significa, finalmente, que o perfil do acadêmico de direito deve mudar, pelo menos para os que lidam com direitos sociais. Não há mais espaço para o estudioso que assenta na biblioteca e “descobre” respostas certas para os casos práticos apenas através da leitura e interpretação de textos jurídicos e livros de direito. Conhecer a realidade, conhecer a lei em ação e conhecer os resultados das decisões judiciais são condições necessárias para uma pesquisa significativa neste campo⁷⁹.

⁷⁹ Tradução livre. Original: “Until now, it was possible to note that the structure of this paper differs considerably from the traditional structure of papers in constitutional law. It contains more empirical data and less theoretical considerations. This does not mean that I reject theoretical thoughts. On the contrary: I have always defended an analytical approach to constitutional law (see for instance Silva 2005, 32-33), which is often a very theoretical approach. But in some areas of the constitutional law, the analytical approach has to be complemented by an empirical one (see Alexy 1994, 27; Silva 2005, 34-37). If one wants to discuss the implementation or the realisation of social rights, as well as their effectiveness and justiciability, this cannot be undertaken without knowing what *real* effects judicial decisions have for public policies, and who are the ones *real* benefitted by those decisions. The emphasis on the word “real” is not a coincidence here. [...]

Thus, rethinking the research methods of the constitutional law means to *combine* an analytical, an empirical and an institutional approach. If combining approaches is a necessity, the inevitable conclusion is that there is no effective research in constitutional law without empirical data. This means, finally, that the profile of

Neste espírito, acreditamos que uma pesquisa sobre a adjudicação do direito à saúde não pode ser infensa aos dados empíricos, pelo que nos propusemos a aferir como o TJPA tem lidado com essa responsabilidade a ele oferecida. O objetivo dos próximos tópicos é observar os argumentos levantados pelas partes em litígio e as respostas do Judiciário aos problemas trazidos ao seu conhecimento, com ênfase nos fundamentos das decisões. Após compreender melhor os argumentos e a prática judicial no TJPA poderemos partir para uma análise sobre a atividade jurisdicional e o direito à saúde, a partir do paradigma do direito como integridade de Ronald Dworkin, na tentativa de serem construídos parâmetros para guiar tal atividade.

4.1 METODOLOGIA

Nossa análise da atuação do Tribunal de Justiça do Estado do Pará (TJPA) terá por base pesquisa sobre a jurisprudência desse tribunal, a partir de estudo dos acórdãos disponíveis na base de dados do portal eletrônico do TJPA, abrangendo os processos julgados no período entre 2008 e 2011. Tais decisões nos oferecem diversas informações sobre demandas judiciais quanto ao direito à saúde: os argumentos expostos pelas partes, as decisões proferidas, os fundamentos utilizados pelos desembargadores e o cotejo com aspectos dos casos concretos.

Escolhemos tal interregno na tentativa de verificar se ecos das mudanças comentadas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se fizeram sentir na Corte paraense. A partir das palavras chaves “direito” e “saúde”, entre o período de 01/01/08 a 31/12/11, foram filtrados 250 acórdãos.

Destes, os que realmente interessavam ao objeto da pesquisa totalizam 77 decisões, assim distribuídas: 15 em 2008, sendo 11 agravos de instrumento e 4 mandados de segurança; 14 em 2009, sendo 9 agravos de instrumento, 4 mandados de segurança e uma apelação; 36 em 2010, sendo 20 agravos de instrumento, 12 mandados de segurança e 4 apelações; e 13 em 2011, sendo 11 agravos de instrumento e duas apelações.

O restante dizia respeito a litígios envolvendo saúde suplementar, entre clientes e planos de saúde; entre servidores e entes públicos a respeito de reivindicações, gratificações

the constitutional scholar must change, at least for the ones who deal with social rights. There is no room any more for the scholar who seats in the library and "discovers" right answers for practical cases only by reading and interpreting legal texts and law books. Knowing the reality, knowing the law in action and knowing the outcomes of judicial decisions are necessary conditions for a meaningful research in this field”.

e/ou percentuais específicos para trabalhadores da área de saúde; outros assuntos irrelevantes ao assunto, mas de algum modo filtrados na pesquisa, como pedidos de *habeas corpus*.

4.2 RESULTADOS

A) Caracterização dos autores

Logo abaixo, temos as descrições objetivas relacionadas aos autores dos processos, divididas em: espécie de autor, representação em juízo, doenças de que padecem os autores, espécie de ação interposta, município em que reside o autor e objeto da ação.

A.1) Quanto à espécie de autor

Buscou-se identificar nos processos as seguintes espécies de autor: autor coletivo, que representa em juízo os interesses de toda uma coletividade, indistintamente; autor em litisconsórcio ativo, que representa o interesse comum de dois ou mais indivíduos, devidamente identificados; autor individual, que representa em juízo os interesses de um só indivíduo. Ressaltando que a pesquisa se deu em decisões de 2ª instância, mas aqui nos referimos aos autores dos processos originários, ou seja, os cidadãos postulando face à Fazenda Pública.

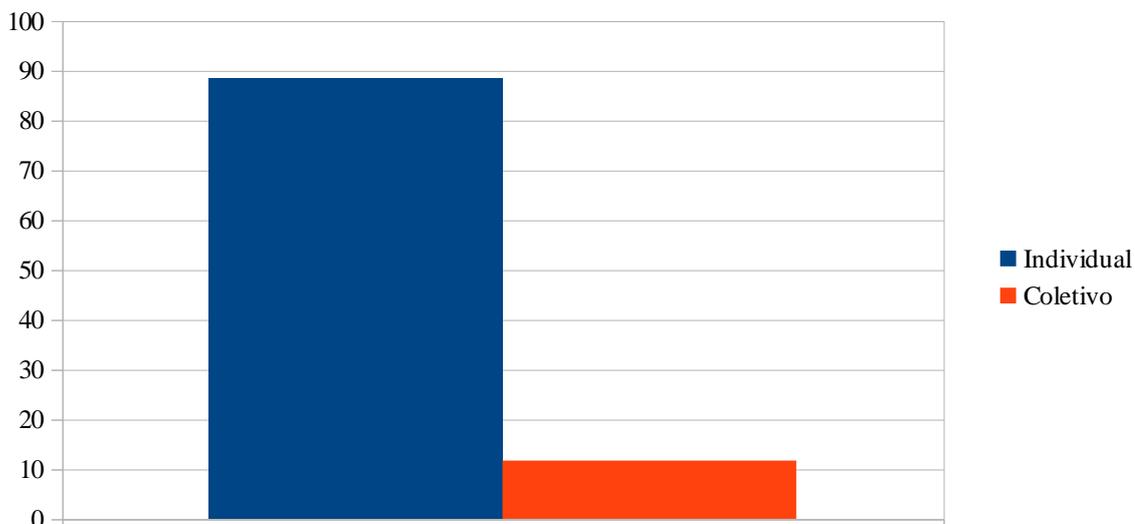


Figura 1 - Espécie de autor

Temos que, do total da base de dados (77 decisões), 88,4% (68) discutiam o aspecto individual do direito à saúde, visando fornecimento de medicamentos ou outro tipo de prestação de saúde (realização de cirurgia, pedido de TFD – Tratamento Fora do Domicílio, exames, internação) a uma pessoa específica, enquanto apenas 11,6% (9) abordavam viés coletivo; o que confirma a tendência apontada em outras pesquisas, já analisadas, de predominância de debate do cunho individual de tal direito.

A.2) Quanto à representação em juízo

Foram encontradas três espécies de representação em juízo *nos casos individuais*: por advogados particulares, elegidos e contratados pelos indivíduos que ingressaram com a ação; pela Defensoria Pública, voltada a prestar Assistência Judiciária Gratuita à população, atendendo àqueles que comprovadamente não possuem renda suficiente para arcar com os custos de um advogado e custas processuais; e pelo Ministério Público, ingressando com Ação Civil Pública na defesa de direitos individuais homogêneos, como na defesa de menores.

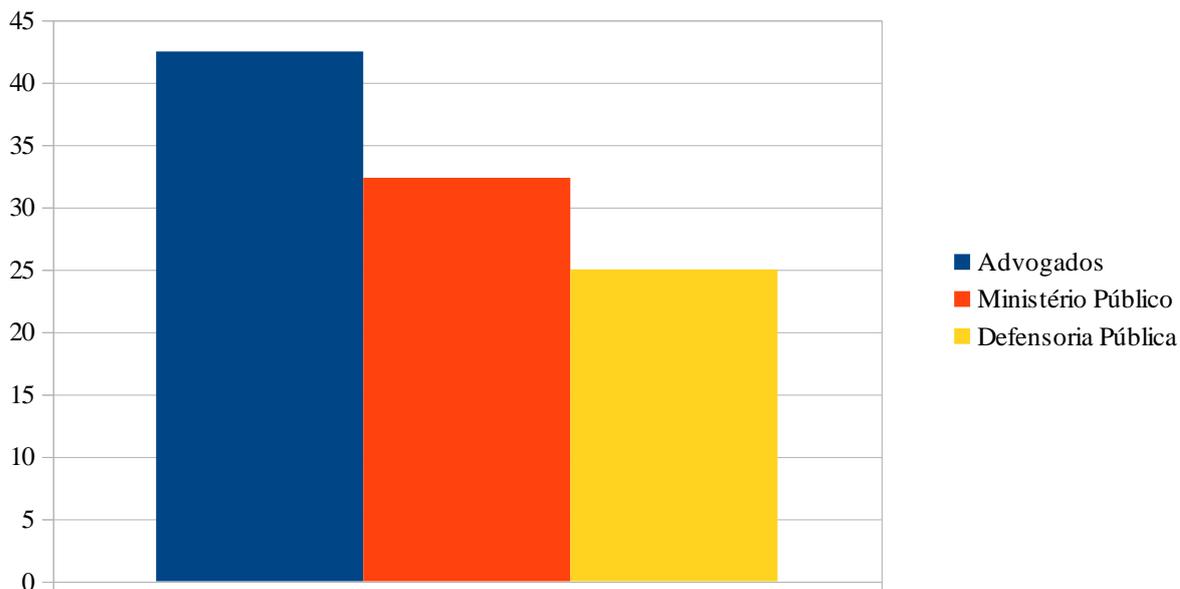


Figura 2 - Representação em juízo

Assim, em um universo de 68 decisões versando sobre direito individual, 42, 6% (29) dos autores são representados por advogados particulares; 32, 3% (22) pelo Ministério Público e 25% (17) pela Defensoria Pública.

Ao contrário de algumas pesquisas em outros Estados, cujos resultados foram exibidos no capítulo anterior, vemos que no Pará, apesar da predominância de demandas patrocinadas por advogados, estas não constituem maioria tão distante das duas outras formas de representação. Porém, é prudente ressaltar que só se teria uma ideia mais clara quanto a este perfil em outra pesquisa, que abrangesse um lapso de tempo maior e fosse realizada, igualmente, dos processos de primeira instância.

Quanto aos casos que discutiam o aspecto coletivo do direito à saúde, estão representados pelo gráfico abaixo:

Portanto, 77,7 % (7) foram ações propostas pelo Ministério Público, enquanto 22,2 % (2) foram pelo Sindicato dos estabelecimentos de serviços de saúde do Pará e Sindicato dos médicos do Estado do Pará, discutindo, respectivamente, a coleta de resíduos sólidos de saúde no Município de Belém e a Conferência Municipal de Saúde e eleição do novo conselho municipal (tendo neste último sido interposto agravo de instrumento que perdeu o objeto)⁸⁰.

⁸⁰ Apelação em Mandado de Segurança Coletivo 2002.3.004304-3, 5ª Câmara Cível Isolada, Rel. Des. Diracy Nunes Alves, julgado em 10/12/09, apelante: Sindicato dos estabelecimentos de serviços de saúde do Pará, apelado: Município de Belém; Agravo de Instrumento 2008.3.000677-9, 6ª Câmara Cível Isolada, Rel.

A.3) Quanto à doença de que os autores padecem

Todo pedido de medicamento ou insumo encontra-se subsidiado por uma determinada doença. Não existe pedido de medicamento sem que haja a especificação da doença que acomete o autor. Desta forma, foram encontradas as seguintes doenças nos processos (quantitativamente mais significativas

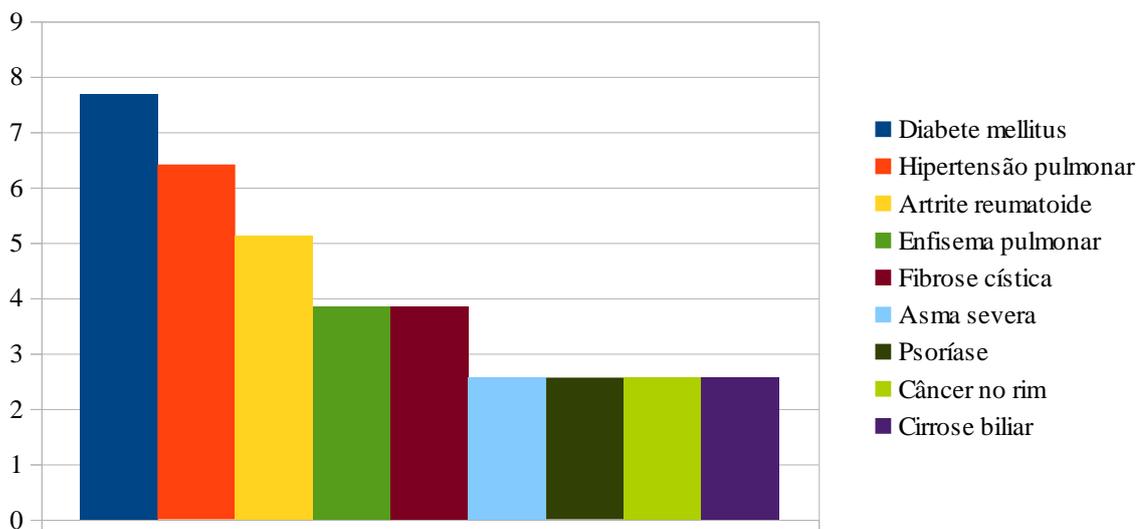


Figura 4 - Doenças de que padecem os autores

A.4) Quanto ao objeto

No que diz respeito ao objeto da demanda, ou seja, o que se buscava em prestação de saúde, foram encontrados pedidos para: fornecimento de medicamentos, cirurgias, TFD (tratamento fora do domicílio), exames, internações, conforme demonstrado a seguir:

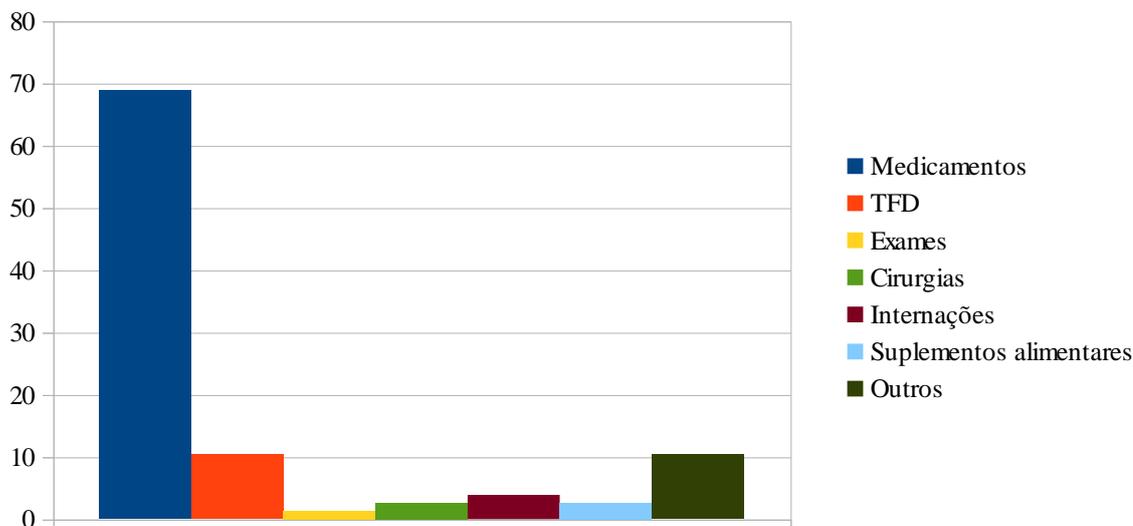
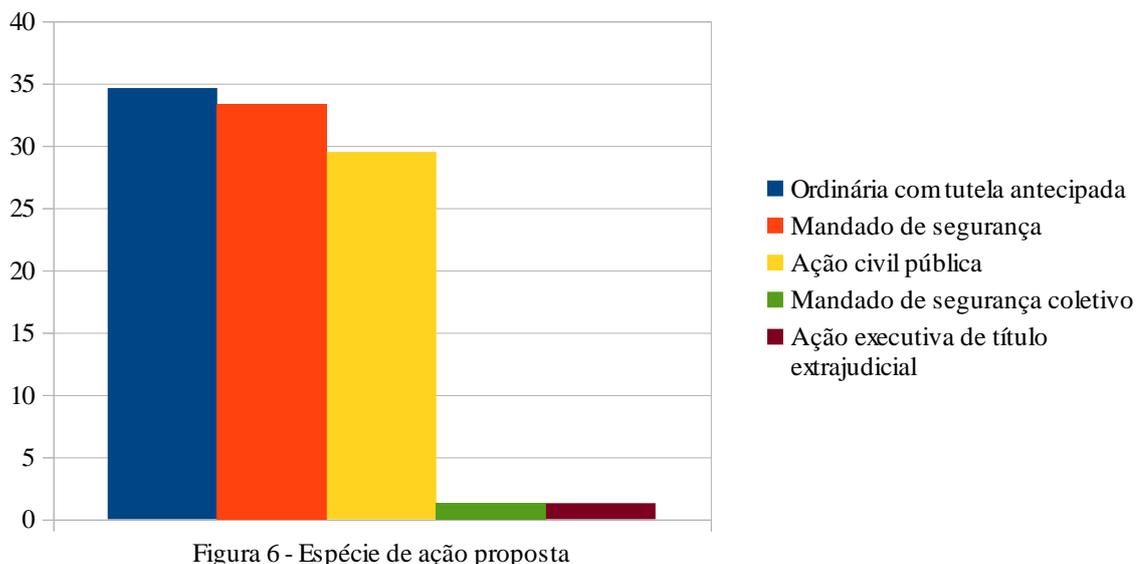


Figura 5 - Objeto da demanda

Os pedidos para fornecimento de medicações compõem a esmagadora maioria, com 68,8 % (53), ou seja, quase 70% do total de decisões analisadas. Tal dado vai ao encontro de pesquisas realizadas anteriormente em outros Estados, como discutido no capítulo anterior, e confirma nossa preocupação de incluir um item específico para demonstrar a estrutura da política pública referente aos medicamentos.

B) ESPÉCIE DE AÇÃO INTERPOSTA EM JUÍZO

Foi identificada a espécie de ação interposta pelos autores dos processos para pleitearem as prestações de saúde. Verificou-se que os autores propõem ora ações ordinárias com pedido de antecipação de tutela, ora mandado de segurança, ora ações civis públicas, conforme delineado abaixo. Ressalve-se que é possível identificar a ação originária pela leitura dos acórdãos.



Deste modo, há 34,6% (27) ações ordinárias com pedido de tutela antecipada; 33,3% (26) de mandados de segurança; 29,4% (23) de ações civis públicas; 1,2 % (1) mandado de segurança coletivo e 1,2% (1) ação executiva de título extrajudicial (TAC – Termo de Ajustamento de Conduta).

O mandado de segurança coletivo foi apreciado em grau de apelação⁸¹, tendo como apelante o Sindicato dos Estabelecimentos de Serviços de Saúde do Estado do Pará e apelado o Município de Belém. Versa o caso sobre a ilegalidade do Decreto Municipal n. 39.091/01 e inconstitucionalidade da Lei Municipal 8012/00 (dispõe sobre a coleta de lixo patológico). Esta disciplina a coleta e destinação de lixo patológico (hospitalar). A posterior edição do ato normativo pelo chefe do Poder Executivo teria violado dispositivos constitucionais em duas esferas, a Federal e a Estadual, quando determinou que em 30 (trinta) dias a coleta e destinação de resíduos patológicos deveriam ser da responsabilidade de seus usuários.

A sentença foi pela extinção do processo sem julgamento do mérito, pois a agressão ao princípio da hierarquia teria sido suprida pela edição da Lei 8085 de 12 de setembro de 2001, na qual restaria delimitada a responsabilidade pelo tratamento, coleta e destinação do lixo patológico, o que faria o *writ* perder seu objeto, não persistindo direito líquido e certo ao impetrante.

⁸¹ Apelação Cível 2002.3.004304-3, 5ª Câmara Cível Isolada, Rel. Des. Diracy Nunes Alves, julgada em 10/12/09, apelante: Sindicato dos estabelecimentos de serviços de saúde do Pará, apelado: Município de Belém.

Inconformado, o Sindicato interpôs apelação, pois o mandado não teria perdido o objeto. Disse que mesmo a nova lei estaria contrariando o art. 267 da CE/PA. O fato de o Decreto não contrariá-la não extinguiria a vontade de declarar a inconstitucionalidade explanada na exordial. Logo, o pedido alternativo teria sido eclipsado pela edição da Lei 8085, pelo que requereu a anulação da Sentença para que o mérito fosse apreciado.

O recurso foi julgado parcialmente procedente, tendo sido acolhida somente a nulidade parcial da sentença que se omitiu aos demais pedidos, para conservar a extinção do interesse de agir referente ao primeiro pedido do impetrante, negando-se provimento ao pedido alternativo de declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum* da Lei Municipal 8085/01 e Lei 8012/00.

A ação de execução do TAC, em agravo de instrumento⁸², visava fazer cumprir Termo de Ajustamento de Conduta pactuado entre o Município de Belém e o Ministério Público do Estado para atendimento de crianças portadoras de enteropatia alérgica (hipersensibilidade alimentar). O Município, inconformado com a decisão proferida na Ação de Execução, interpôs agravo de instrumento, que foi conhecido, porém improvido.

C) RECORRENTES

Considera-se, aqui, o perfil dos recorrentes em agravos de instrumento e apelações, nos casos que discutem o aspecto individual do direito à saúde, que totalizam 50 recursos dos 68 casos individuais.

⁸² Agravo de instrumento 2007.3.003753-5, 1ª Câmara Cível Isolada, Rel. Des. Maria Angélica Ribeiro Lopes Santos, julgado em 21/01/08, agravante: Município de Belém, agravado: Ministério Público do Estado do Pará.

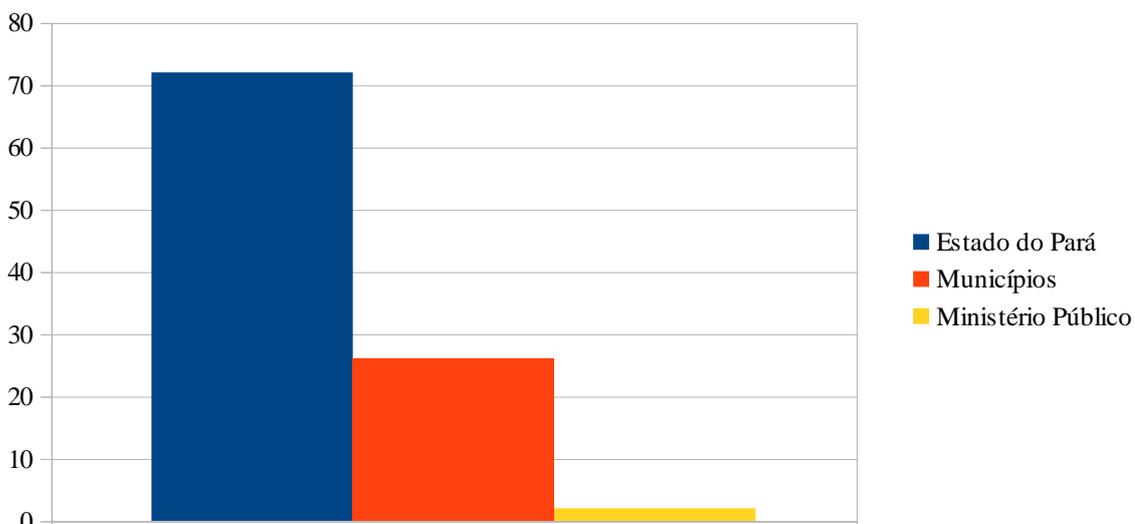


Figura 7 - Recorrentes casos individuais

Em 72 % (36) dos recursos, o recorrente é o Estado do Pará, enquanto 26 % (13), é um Município e 2 % o Ministério Público, referente a somente um caso⁸³ em que o *Parquet* estadual apelou de sentença que extinguiu o processo sem resolução do mérito, segundo o art. 267, VI, do Código de Processo Civil, por não reconhecer interesse processual e considerar haver carência da ação.

Foi proposta Ação Civil Pública contra o Estado do Pará e o Município de Marituba, visando garantir a um indivíduo internação e tratamento psiquiátrico por ser portador de transtornos mentais e comportamentais devido ao uso de múltiplas drogas e outras substância psicoativas. Em primeiro grau, o magistrado entendeu não ter sido comprovada a negligência nem recusa na internação por parte do serviço público de saúde. Os desembargadores da 2ª Câmara Cível Isolada, unanimemente, negaram provimento à apelação, pela comprovação de diversas internações do paciente no Hospital Gaspar Viana e que as interrupções no tratamento devem-se às fugas deste.

Em relação aos impetrantes de Mandado de Segurança individuais, que totalizam 18 casos, analisou-se o perfil dos impetrados, havendo diversos casos de litisconsórcio passivo:

⁸³ Apelação Cível 2008.3.000601-8, 2ª Câmara Cível Isolada, Relatora Des. Carmecin Marques Cavalcante, julgada em 05/04/10.

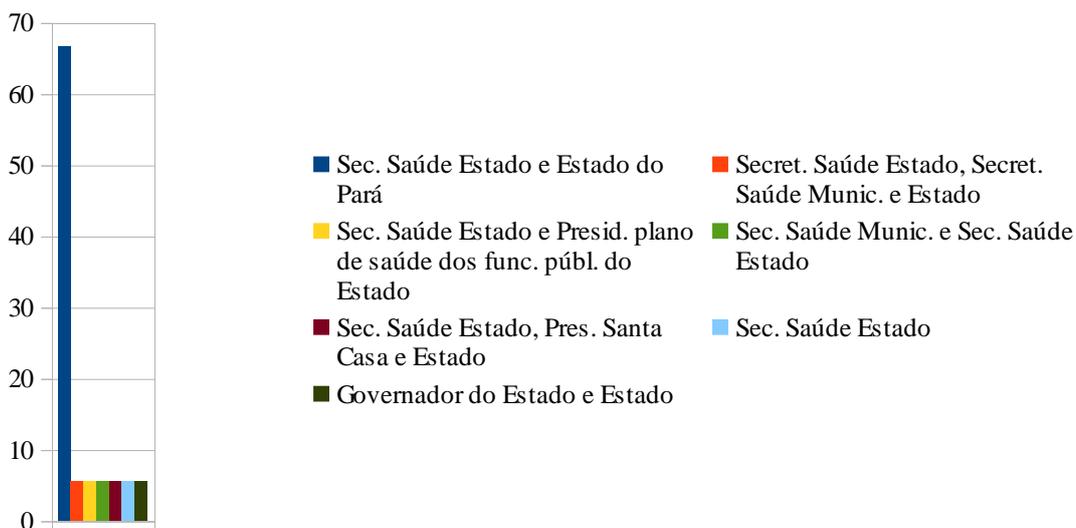


Figura 8 - Perfil dos impetrados

Em 66,6 % (12) dos casos, o impetrado foi o Secretário de Saúde do Estado com a presença do Estado como litisconsorte passivo, confirmando que o Estado do Pará é o principal ente federativo demandado. Houve somente um caso de imputação solidária ao Estado e a um Município⁸⁴, e não se encontrou provimento de pedido de inclusão da União na lide (com remessa dos autos à Justiça Federal).

D) RESULTADO DA DEMANDA

No que tange ao resultado da demanda, devemos explicar a análise. Como partimos de decisões de segunda instância, dividimos a apuração dos dados, primeiramente, entre os casos do viés individual do direito à saúde e os de aspecto coletivo, tendo em vista que a análise posterior é diferenciada para cada grupo.

Dentre os primeiros, separamos em mais duas categorias de análise: em primeiro lugar, os resultados dos Agravos de Instrumento e Apelações (interpostas pela Fazenda Pública), que podem ser: negadas unanimemente, providas parcialmente, providas totalmente. Ressalvando-se, desde logo, que esta última categoria não teve representatividade nos acórdãos analisados.

⁸⁴ Mandado de Segurança 2008.3.009362-7, Câmaras Cíveis Reunidas, Rel. Des. Marneide Trindade Pereira Marbet, julgado em 14/04/10, impetrante: Hellen Christhine Romeiro Rodrigues, impetrados: Secretária Municipal de Saúde de Ananindeua e Secretário Executivo de Saúde Pública do Estado do Pará.

Em segundo lugar, os Mandados de Segurança impetrados pelos cidadãos que, por questões processuais, são julgados no Tribunal. Aqui, os resultados podem ser: concedidos unanimemente, concedidos por maioria e não concedidos.

Deste modo, temos, dentre 68 acórdãos do grupo direito individual, 50 recursos (AI e AP):

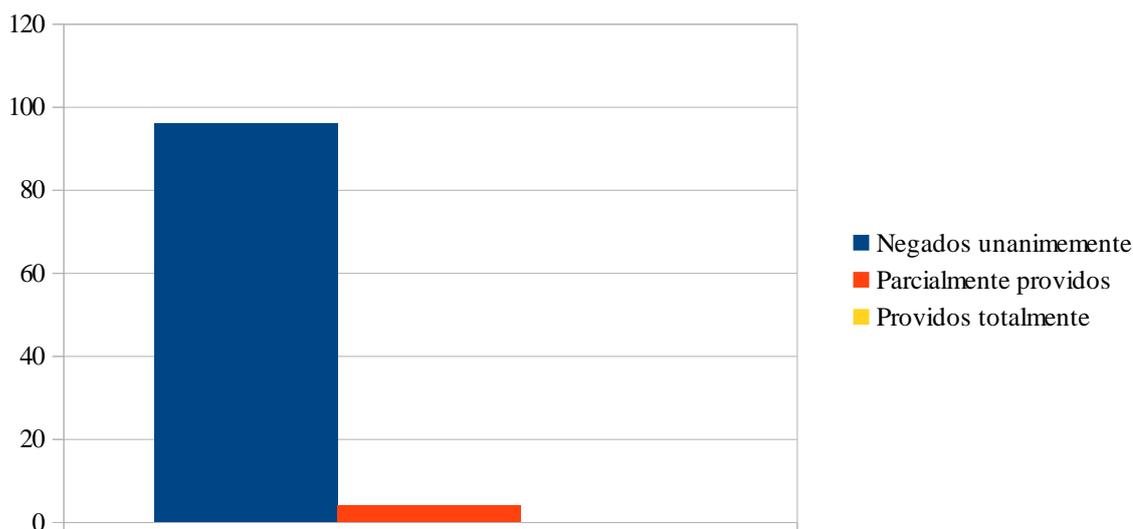


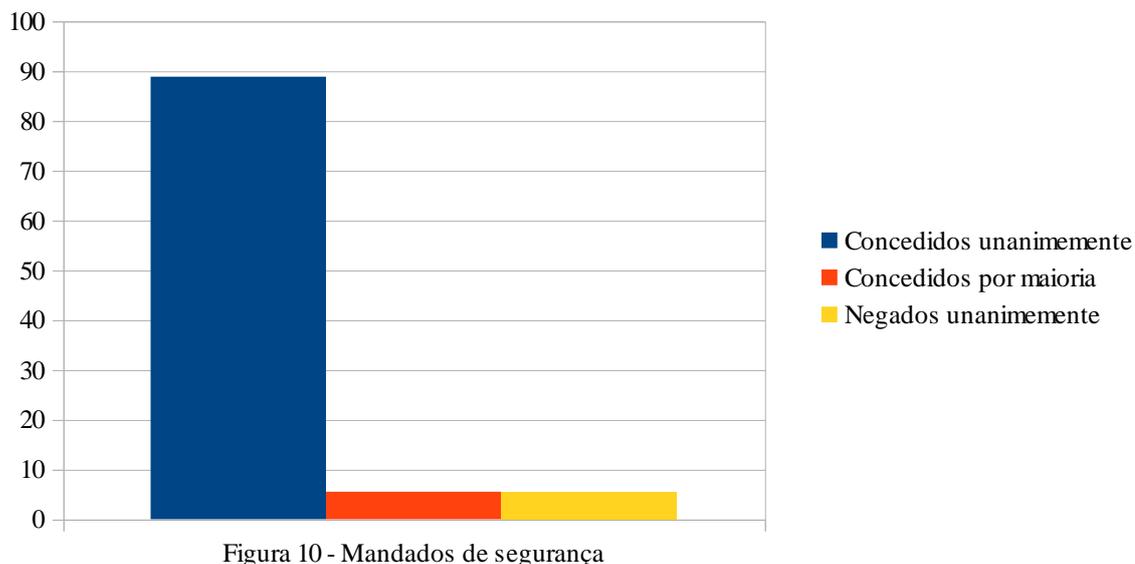
Figura 9 - Agravos de instrumento e Apelações

Portanto, 96% (48) acórdãos foram negados unanimemente, enquanto 4% (2) foram providos parcialmente⁸⁵ e nenhum foi provido totalmente. Em relação ao primeiro Agravo de Instrumento, foi provido parcialmente para extinguir o processo sem resolução do mérito, por motivo de litispendência, somente em relação a uma das agravadas, pois já constava como autora em outra ação ordinária visando o fornecimento do mesmo medicamento; foi mantida a decisão recorrida aos demais agravados.

O segundo Agravo foi julgado parcialmente procedente somente para fins de reduzir a pena de multa diária pelo descumprimento da decisão judicial para o valor de R\$ 1.000,00 reais diários.

Quanto os Mandados de Segurança impetrados pelos cidadãos, em 18 decisões, visualiza-se:

⁸⁵ Agravo de instrumento 2007.3.0067520-4, 4ª Câmara Cível Isolada, Rel. Des. Maria do Carmo Araújo e Silva, julgado em 13 de abril de 2009, agravante Estado do Pará, agravado José Bozi e outros; Agravo de Instrumento 2009.3.015616-9, 5ª Câmara Cível Isolada, Rel. Des. Luzia Nadja Guimarães Nascimento, agravante Estado do Pará, agravado Ministério Público do Estado do Pará, julgado em 18 de março de 2010.



Tem-se que 88,8% (16) foram concedidos unanimemente, 5,5% (1) foi concedido por maioria⁸⁶ e 5,5% foi negado unanimemente⁸⁷.

No caso concedido por maioria, a impetrante requeria o fornecimento de medicamentos para tratamento de câncer de mama, em desfavor do Secretário Estadual de Saúde e Secretário Municipal da Saúde do Município de Monte Alegre. A ação foi proposta perante a primeira instância, e o Secretário Estadual, em suas informações, alegou que os medicamentos não estão contemplados pela Portaria 2.577/06 do Ministério da Saúde, que a Secretaria nunca recebeu solicitação da impetrante dos medicamentos que necessitava, ilegitimidade passiva do Secretário de Saúde, pois nunca tomou conhecimento da necessidade da impetrante. O Estado do Pará (como litisconsorte) arguiu preliminar de extinção do processo sem julgamento do mérito, tendo em vista existência de foro especial do Secretário de Saúde Estadual e em razão da necessidade de dilação probatória, tal como a necessidade de produção de prova pericial. O Secretário do Município de Monte Alegre não prestou informações.

O juízo *a quo* determinou a remessa dos autos ao Tribunal, pelo fato de uma das autoridades coatoras ser titular de Secretaria Estadual. O relator reconheceu que, a princípio,

⁸⁶ Mandado de Segurança 2008.3.003818-6, Câmaras Cíveis Reunidas, julgado em 04/11/08, Rel. Des. Ricardo Ferreira Nunes, impetrante: Maria do Livramento Porto Pinto, impetrados: Secretário Executivo de Saúde do Estado do Pará e Secretário Municipal de Saúde do Município de Monte Alegre; litisconsorte passivo necessário: Estado do Pará.

⁸⁷ Embargos de Declaração em Mandado de Segurança 2009.3.003639-5, Câmaras Cíveis Reunidas, Rel. Des. Marneide Trindade Pereira Merabet, julgado em 16/03/10, impetrante: Creuza Queiroz Lopes, impetrado: Secretário Executivo de Saúde do Estado do Para, litisconsorte passivo necessário: Estado do Pará.

deveria prosperar a argumentação do Estado, porém, somente se os autos continuassem no juízo de primeiro grau. A necessidade de produção de prova pericial foi rejeitada. Foi concedida segurança para determinar que o Estado fornecesse os medicamentos pleiteados.

No caso negado unanimemente, tratava-se de embargos de declaração opostos pelo Estado, contra decisão colegiada proferida no Mandado de Segurança, que concedeu a segurança requerida. O embargante alega que houve omissão no acórdão sobre as hipóteses em que a medicação deixa de ser obrigatória, tendo em vista a natureza contínua da relação; afirma que a decisão não vislumbrou a possibilidade de evolução do quadro clínico, a superveniência de laudo médico que desaconselhe ou situações em que a obrigação deixe de existir, assim como sobre o direito do Estado e em que condições poderia suspender a entrega do medicamento por apresentar medicamento substitutivo. Os embargos foram conhecidos, porém improvidos, por não haver omissão, contradição ou obscuridade no acórdão e não ter sido considerada pertinente a argumentação do Estado:

Entretanto, tal abordagem não é possível, pois não se pode prever se haverá evolução do quadro clínico, ou qualquer uma das hipóteses suscitadas acima pelo Embargante, não sendo dever do Juízo fazer possíveis previsões sobre a saúde da Impetrante, se limitando, portanto, a decidir sobre o direito da mesma, ora Embargada, em receber o medicamento necessário, por ora, para o seu tratamento, que tem natureza contínua.

Imagina-se que havendo qualquer mudança de medicamento, ou no caso citado pelo Embargante de substituição ou sendo desaconselhado o consumo do mesmo, a própria Impetrante, ou até mesmo o Estado do Pará venha informar tal mudança, já que este Juízo não tem como determinar, nem facultar obrigações baseadas em suposições.

Por fim, em relação aos casos que abordavam a ótica coletiva do direito à saúde, em um universo de 9 decisões, temos:

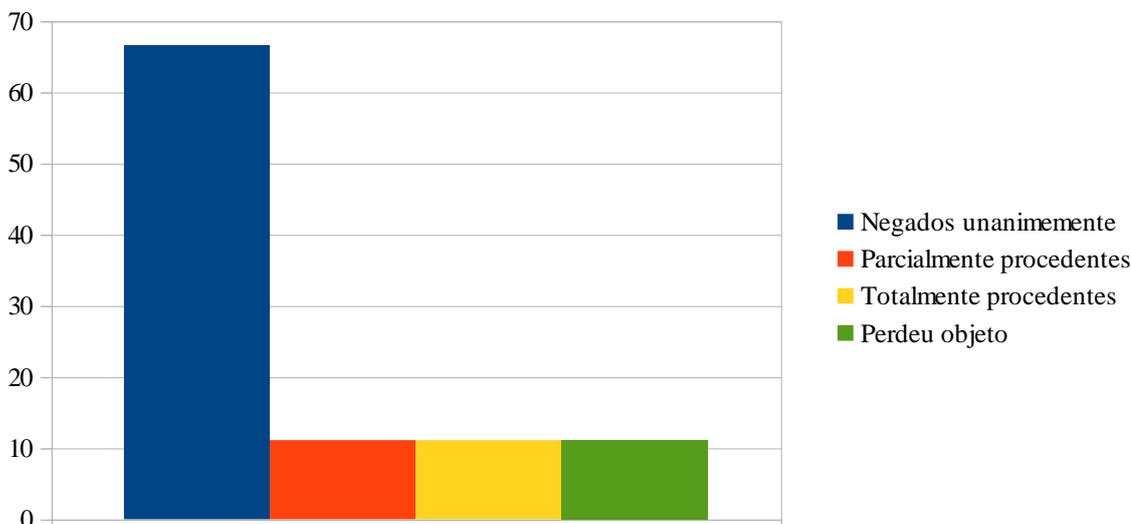


Figura 10 - Casos de direito coletivo

A maioria dos casos envolvia recurso (apelação ou agravo de instrumento) interposto pela Fazenda Pública. Tem-se que 66,6% (6) foram negados unanimemente. Ressalve-se que, destes casos, quatro eram recursos da Fazenda e dois eram recursos do Ministério Público⁸⁸. 11,1% foram parcialmente procedentes, uma apelação em mandado de segurança coletivo interposta pelo Sindicato de estabelecimentos de serviços de saúde do Pará, em acórdão comentado anteriormente. 11,1% foram providos totalmente, em recursos do Ministério Público e 11,1% perderam o objeto.

Comentaremos brevemente os dois casos de recursos improvidos que foram interpostos pelo MP/PA. O primeiro era um Agravo de Instrumento interposto face pedido de tutela antecipada, em ação civil pública, negado. O pedido visava compelir o Estado ao pagamento de benefícios do Tratamento Fora do Domicílio (TFD), referentes ao ano de 2006, devidos a 908 pacientes atendidos pelo SUS, que tiveram de realizar tratamento de saúde em outras localidades que não no Município de Altamira. Em grau de recurso, foi considerado que:

[...] vislumbra-se que, malgrado a existência de prova inequívoca a convencer da verossimilhança das alegações, não restou caracterizada a urgência que autorize a antecipação de tutela.

A situação dos 908 substituídos no processo reside na cobrança de créditos de TFD de 2006, ou seja, os mesmos já realizaram seus tratamentos naquele ano, contudo não receberam os valores referentes à ajuda de custo (despesas

⁸⁸ Agravo de Instrumento 2008.3.003.319-4, 4ª Câmara Cível Isolada, Rel. Des. Eliana Rita Daher Abufaiad, julgado em 01 de março de 2010, agravante: Ministério Público do Estado do Pará, agravado: Estado do Pará; Apelação 2009.3.011726-0, 5ª Câmara Cível Isolada, Rel. Des. Luzia Nadja Guimarães Nascimento, julgado em 02 de junho de 2011, apelante: Ministério Público do Estado do Pará, apelado: Município de Belém.

com transportes, diárias para alimentação e pernoite) para o paciente e acompanhante.

Todavia, não se evidencia o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação no caso (como, por exemplo, necessidade da verba para iniciar ou continuar o tratamento de saúde, ou perigo à vida do interessado), uma vez que os mesmos já foram atendidos em outras localidades, realizaram o tratamento, e só buscam receber o devido. Destarte, inexistente risco à sobrevivência dos substituídos, como assinala o recorrente.

Logo, não restou caracterizada a urgência que autorize a antecipação de tutela e o recurso foi conhecido, porém, teve provimento negado, tendo sido mantida a decisão de primeiro grau.

O segundo caso se referia a uma Apelação, igualmente em Ação Civil Pública. O MP restou inconformado com a sentença de primeiro grau que julgou a ação improcedente, por entender que o Judiciário não tem competência para exame do ato administrativo discricionário referente à reestruturação e aquisição de medicamentos e material de expediente para a Unidade Municipal de Saúde da Marambaia.

4.3) ARGUMENTAÇÃO DOS ATORES ENVOLVIDOS

A partir deste momento, apresentaremos o discurso apresentado pelos atores envolvidos nos acórdãos analisados, dividindo-o em três grupos: o dos autores, da Fazenda Pública e dos magistrados.

A) Autores

- 1) O autor é portador de uma determinada doença, que está colocando em risco a sua vida ou a sua saúde.
- 2) O autor é hipossuficiente.
- 3) O direito do autor à saúde é um direito fundamental, corolário do direito à vida e dignidade humana.

- 4) A não concessão do medicamento/tratamento pleiteado configura lesão irreparável e risco de morte.
- 5) Os arts. 6º e 196 da Constituição Federal traduzem o conteúdo do direito à saúde e este é direito subjetivo inalienável.
- 6) A responsabilidade dos entes federativos para fornecer a prestação de saúde é solidária.
- 7) Não é necessário que se esgote a via administrativa para que venha a ser proposta a ação judicial.

B) Fazenda Pública

- 1) O juízo é incompetente, pois, em matéria de fornecimento de medicamentos, há política pública comum à União, Estado e Município. Necessidade de se incluir no polo passivo a União, o que atrairia competência à Justiça Federal.
- 2) O medicamento pleiteado não faz parte da lista de Diretrizes e Protocolos Farmacêuticos do SUS.
- 3) O pedido do autor não se enquadra na padronização da Política de Assistência Farmacêutica para o tratamento da respectiva doença, não merecendo prosperar.
- 4) O Estado possui limitações orçamentárias que obstam a garantia da pretensão do Autor. Deve obediência ao princípio da legalidade da despesa pública previsto no art. 169 da CR.
- 5) O Poder Judiciário não pode ser transformado em um co-gestor dos recursos destinados à saúde pública. Isso implica em afronta ao princípio da separação dos poderes do Estado.

6) O direito à saúde deve ser interpretado em consonância com os demais preceitos constitucionais, de forma a atender os interesses de toda a coletividade. Atender à pretensão do autor é sobrepor o individual ao coletivo.

7) Atender ao pedido acarreta quebra do princípio constitucional da separação dos poderes, pelo desprezo à política de saúde promovida pelo Poder Executivo.

8) A existência de *periculum in mora* inverso devido o dano aos cofres públicos e grave lesão à saúde pública, tendo em vista a hipótese de efeito multiplicador.

9) O art. 196 da CF prevê um dever a ser cumprido pelo Estado, mas devem ser observadas as demais regras ditadas por uma política pública de saúde; o texto constitucional não pretendeu compor um sistema inviável.

10) Deve-se conhecer as normas infraconstitucionais consubstanciadas em leis e portarias. O desconhecimento da Política Nacional de Medicamentos conduz a uma equivocada aplicação do art. 196 da CF, que não possui a amplitude que lhe vem sendo atribuída.

11) A política nacional de medicamentos visa garantir segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos ao menor custo possível, promover seu uso racional e o acesso da população àqueles considerados essenciais, já que o fornecimento de qualquer medicação, seja judicial ou administrativamente, não pode se furtar à existência das políticas ditadas pelo sistema nacional de saúde, regidas pelos princípios da universalidade e da igualdade de acesso.

C) Magistrados

1) O Estado do Pará, bem como seu Secretário de Estado da Saúde, são competentes para compor o polo passivo da ação.

- 2) A responsabilidade é solidária entre Municípios, Estados e União, conforme art. 23, II, da CF e arts. 4º, 7º, IX, a, b e art. XI da Lei 8.080/90. O autor pode escolher com quem quer litigar.
- 3) A atuação do Poder Judiciário não está interferindo no princípio da separação dos poderes do Estado. Está apenas resguardando um direito constitucional.
- 4) Demonstrado o autor ser portador de uma doença e necessitar de um determinado medicamento/tratamento, é curial seja o Estado obrigado a providenciar a sua implementação.
- 5) O direito de todos os indivíduos à saúde deve ser garantido integralmente, a despeito de questões políticas, orçamentárias ou entraves burocráticos.
- 6) A saúde é direito fundamental público e subjetivo, constitucionalmente reconhecido e intimamente ligado ao direito à vida e ao princípio da dignidade humana, não estando sua apreciação sujeita ao mérito administrativo.
- 7) Todas as questões, como a competência do Município, Política Nacional de Medicamentos ou gastos exorbitantes, caem por terra diante do amparo constitucional e do maciço número de julgados, inclusive do STF, que vêm taxativamente determinando o fornecimento de medicamentos às pessoas carentes, como o RE 271.286.

A padronização é evidente, inclusive com o uso frequente do mesmo modelo para várias decisões. É notável a ausência de qualquer debate relevante. Como visto, a esmagadora maioria das decisões seguiu o mesmo padrão e foi tomada por unanimidade.

No único caso de ação de cunho coletivo em que o objeto era mais próximo a este tipo de demanda⁸⁹, ao contrário das individuais, a Des. Relatora adotou as razões do parecer da Procuradoria de Justiça e votou pelo não provimento do recurso, no que foi seguida unanimemente pela 5ª Câmara Cível Isolada.

⁸⁹ Apelação 2009.3.011726-0, 5ª Câmara Cível Isolada, Rel. Des. Luzia Nadja Guimarães Nascimento, julgado em 02 de junho de 2011, apelante: Ministério Público do Estado do Pará, apelado: Município de Belém.

É interessante nos determos com mais vagar na análise da fundamentação deste caso, para compreender de que modo o Tribunal de Justiça entende ser distinto dos casos individuais. Tratava-se de Apelação, em Ação Civil Pública. O MP restou inconformado com a sentença de primeiro grau que julgou a ação improcedente, por entender que o Judiciário não tem competência para exame do ato administrativo discricionário referente à reestruturação e aquisição de medicamentos e material de expediente para a Unidade Municipal de Saúde da Marambaia.

Em síntese, o apelante aduziu: a essencialidade de aquisição de novos equipamentos e medicamentos para aquela UMS para manutenção do direito à saúde; possibilidade de controle jurisdicional da discricionariedade dos atos administrativos em razão do princípio da eficiência, da inafastabilidade da jurisdição, da razoabilidade e proporcionalidade do ato administrativo, do direito constitucional à saúde e à vida; inaplicabilidade do princípio da reserva do possível, como da reserva de competência orçamentária do legislador, pois urgentes os interesses da população atendida pela UMS.

O apelado disse ser incabível uma análise subjetiva de quais melhorias devem ser realizadas no serviço público, especialmente porque não se aponta investimento em maior monta na Saúde Pública; fazê-lo segundo entendimento pessoal do julgador é ferir o princípio da harmonia entre os poderes públicos; inaplicabilidade do princípio da eficiência isoladamente considerado e desprezando o princípio da legalidade. O Princípio da Reserva do Possível não pode ser afastado, já que a ele corresponde o Princípio do Mínimo Existencial, do qual não se pode negar estar sendo respeitado na UMS da Marambaia.

Inicialmente, a relatora afirmou que os argumentos do recurso já são discutidos em várias instâncias e tribunais, além do debate acadêmico sobre a efetividade das normas constitucionais de direitos sociais ante a ineficácia da Administração em cumprir as promessas de nossa Carta republicana. Tanto quanto se discute e requer uma postura mais ativa do Judiciário, discute-se na mesma proporção os limites ao mecanismo de judicializar as políticas públicas.

Considerou que os intérpretes da Constituição não podem cair na armadilha dos primeiros anos da redemocratização em que, a pretexto do Dirigismo Constitucional, estabeleceram-se direitos constitucionais, especialmente os sociais, sem quaisquer parâmetros normativos próprios para efetivá-los; daí os constantes julgamentos de incompetência pelo Judiciário face a inexecução das políticas públicas e da omissão legislativa em regulá-los.

Seguiu afirmando que este entendimento foi em parte superado quando o Supremo, em diversas ocasiões, buscou efetivar as promessas constitucionais, impondo

interpretações conforme a Constituição que davam, mesmo indiretamente, aos cidadãos, capacidade de requerê-la dos poderes públicos, a exemplo do julgamento do mandado de injunção que permitiu ao servidor público federal o exercício do direito de greve a partir dos parâmetros da lei de greve do trabalhador privado até ser suprida a omissão pelo Congresso Nacional.

Esta introdução, na visão da Relatora, foi referida para que não se acusasse o Judiciário de insensibilidade no que tange às questões sociais da municipalidade, porque a ação proposta pelo MP, inescusavelmente, baseia-se em subjetividade imprópria para julgamento de efeitos processuais decorrentes da Ação Civil Pública.

Após isto, teceu considerações sobre a gestão da coisa pública exigir do administrador capacidade de gerenciamento de orçamento, sempre restrito às crescentes necessidades da sociedade. Nesta ótica, ponderou que, sob o olhar subjetivo, sempre se requererá a melhoria dos serviços públicos prestados envolvendo um aumento significativo de sua qualidade, quantidade e dimensionamento espacial.

Assim, usar como fundamento para se requerer obrigação de fazer os amplíssimos direitos à vida e à saúde é se apoiar em relevantes valores constitucionais, mas que de modo isolado não trazem maiores soluções para os problemas enfrentados pelo Município e os da UMS.

A seguir-se o pleito exordial do parquet precisar-se-ia que o magistrado deixasse seu ofício próprio e passasse a contemplar a série de variáveis, vinculações e obrigações legais que o administrador público tem diariamente em sua mesa de decisão.

Tal substituição, chamada por uma parcela importante da doutrina estadunidense de Governo de Juízes, não é garantia democrática que a gestão da coisa pública seria, pois, realizada com melhores resultados práticos.

É neste contexto que a sentença recorrida se apóia para dizer que não cabe ao Judiciário transpor os limites da harmonia de poderes. Não que o Judiciário se encastele na hermenêutica arcaica da separação formal entre os braços da res publicae, mas que percebe a impropriedade do movimento de judicialização da política proposta pelo órgão ministerial.

À falta de uma visão conglobante dos problemas da saúde pública do Município de Belém, encaminhar solução de reestruturação física e de materiais de unidade particular do Sistema Único de Saúde regido pelo ente federativo local é satisfazer eufemisticamente o problema porque a UMS faz parte de um sistema de prestação de atendimento de saúde que envolve outras UMS como também o Estado do Pará e a União Federal.

Ademais, [...] o fundamento constitucional de zelar pelos direitos assegurados no texto constitucional não pode ser interpretado de forma tão vastamente larga que garantam ao membro do Ministério Público por meio de procedimento extrajudicial muitas vezes formado sem o devido processo legal, mesmo porque não lhe é ontologicamente inerente, determinar quais falhas administrativas devam ser supridas.

Dar a suas funções institucionais tamanha abrangência é caminhar para a subjetivação também do Ministério Público a ponto de modificar-se a condução da gestão pública centralizando-a no promotor e no magistrado que individualmente, aquele provocando a ação judicial e este respondendo-a, subverteriam a regra própria de representatividade democrática.

Dentro deste contexto o controle exercido pelo Judiciário deve ligar-se ao controle de legalidade e constitucionalidade quando aponta-se fato específico e individualizado que imponham uma ilicitude por quem competente para prestar o serviço, seja por ação seja por omissão.

[...]

Não é possível, em síntese, que o Judiciário interfira na gestão pública de acordo com sua própria conveniência e oportunidade, sem se alinhar em fato individualizado e objetivo que indique a malversação das verbas públicas na aplicação orçamentária da mesma para a saúde pública.

Interessante notar que se confirma a tendência apontada por Hoffman e Bentes (2008) e Lopes (2006) de que, em se tratando de ações que discutem o viés coletivo, são normalmente improcedentes. Os argumentos que, nos casos individuais, são rechaçados, aqui, são utilizados como fundamentos, a exemplo da separação de poderes e falta de legitimidade democrática e competência do Judiciário em intervir nas políticas públicas. Igualmente se levou em consideração a ampla estrutura das políticas públicas de saúde que, em nosso país, envolve União, Estados e Municípios; ao contrário, tal argumento, quando apresentado nas lides individuais, soa aos magistrados como mera desculpa procrastinatória ao andamento processual.

Ora, os alegados convênios entre a União, Estados e os Municípios não têm o condão de afastar a responsabilidade e o dever do Estado no fornecimento dos eventuais exames e medicamentos necessários e indispensáveis para manter a vida do cidadão. Primeiro, porque é da própria Constituição da República e da Carta Política Estadual que advém este dever e responsabilidade do ente federado. Segundo, porque não pode a parte sujeitar-se, em nível de atendimento indispensável de proteção à saúde, a regras e termos complexos advindos de convênios que lhe são absolutamente estranhos e aos quais sequer aderiu. Ademais, a responsabilidade eventual do Estado não pode jamais excluir a do Município e vice versa - pois conjunta e concorrente por força de disposição constitucional. E quanto ao repasse de verbas ou ressarcimento, é questão a ser examinada após a prestação do atendimento necessário⁹⁰.

Ao que parece, o raciocínio dos magistrados, nos casos individuais, é de mera subsunção, como comentado no capítulo anterior: direito à vida + direito à saúde + pedido do autor = obrigação do Estado.

⁹⁰ Agravo de instrumento 2008.3.004318-5, 3ª Câmara Cível Isolada, Rel. Des. Leonam Gondim da Cruz Júnior, julgado em 11/12/08, agravante: Estado do Pará, agravado: Cláudio Werneck Nunes.

Em verdade, apesar de não existir hierarquia entre os direitos fundamentais, não é necessário grande reflexão para se perceber que, dentro de nosso ordenamento jurídico, o direito à vida situa-se acima de qualquer outro bem jurídico⁹¹.

O caso do então estudante universitário Leandro Guedes em Belém que, por decisão judicial, teve custeado pelo sistema público de saúde, tratamento no exterior, é um belo exemplo de opção pela vida que, obviamente, não tem preço. Pela fundamentação retro, resta configurada a verossimilhança das alegações in exordia⁹².

Contudo, apesar de não haver qualquer gradação de importância na própria Carta Magna, é patente que o direito à vida é o valor mais essencial que o Estado deve proteger. Afinal, do que adiantará a liberdade, a igualdade e a segurança se não houver vida humana para gozá-las? Outrossim, qual seria a importância de um governo construir boas escolas, realizar o asfaltamento adequado nas vias públicas e gerar diversos empregos se a população perece por ausência de saúde?

Portanto, diante da insensatez de se imaginar um mundo onde não se posicione a garantia à vida como direito primordial, esta relatora entende que, sempre que houver um confronto entre uma suposta ilegitimidade de um ente federativo para cumprir a decisão de proteção à saúde e o direito à vida, este último sempre prevalecerá⁹³.

Sendo a agravada portadora da doença Linfoma Não Hodgkin Difuso de Grandes Células B de Alto Grau e sendo o direito à saúde um direito fundamental, com tutela na Carta Magna nos arts. 6º e 196 e ss., possuindo inclusive eficácia imediata (art.5º, §1º), além de proteção infraconstitucional pela Lei 8.080/99, não há como se negar antecipação dos efeitos da tutela pretendida, sob pena de não reconhecer proteção ao bem mais valioso que existe: a vida⁹⁴.

Em um caso coletivo, em que há oportunidade de haver maiores debates e, inclusive, possibilidade de melhor produção probatória, há mais cautela, porque transparecem as preocupações com a tomada de decisão, já que mais pessoas serão atingidas e, com isto, atingido também será o orçamento público.

⁹¹ Agravo de instrumento 2008.3.001.036-6, 4ª Câmara Cível Isolada, Rel. Des. Eliana Rita Daher Abufaiad, julgado em 28/08/08, agravante: Estado do Pará, agravado: Ministério Público do Estado do Pará.

⁹² Agravo de instrumento 20103015512-6, 3ª Câmara Cível Isolada, Rel. Des. Helena Percila de Azevedo Dornelles, julgado em 12/11/11, agravante: Estado do Pará, agravado: Maria de Nazaré Souza Silva.

⁹³ Agravo de instrumento 2007.3.004.607-3, 4ª Câmara Cível Isolada, Rel. Des. Eliana Rita Daher Abufaiad, julgado em 27/03/08, agravante: Município de Conceição do Araguaia, agravado: Zilah de Oliveira Castro.

⁹⁴ Agravo de instrumento 2007.3.000756-2, 4ª Câmara Cível Isolada, Rel. Des. Maria do Carmo Araújo e Silva, julgado em 06/03/08, agravante: Estado do Pará, agravado: Iracema Vieira Teixeira.

Esquece-se que, nos casos individuais, mesmo os menor vulto, igualmente há este impacto. Na realidade, tendo em vista a proporção de deferimentos de liminares e indeferimento de recursos, como visto acima, nestas situações é que, sob a aparência de apenas um caso pontual, a somatória gerará esse impacto.

As crescentes necessidades da sociedade, ainda mais em saúde, em que são vultosas, são levadas em consideração, tal como se pensa na figura do gestor público. Aparentemente, nos casos individuais, como são situações de vida ou morte (ou são exibidas como tal, sem maiores discussões probatórias), seria *desumano* falar em procedimento a ser seguido ou na estruturação das políticas públicas de saúde pré-existentes.

No mérito, a despeito de entender a preocupação da autoridade coatora e da Procuradoria Geral do Estado com a higidez do sistema de saúde pública adotado no Brasil, sobretudo com a escassez dos recursos financeiros para mantê-lo, ante a magnitude dos serviços que presta, não posso conceber que regra constitucional, como a do artigo 196, reforçada aliás pela do artigo 5º da mesma Lei Fundamental, possa ser desconsiderada e marginalizada até por uma portaria, abstraída a hierarquia da autoridade que a assinou, porque não reputo importante este dado, como a que aprovou a Política Nacional de Medicamentos e a Relação Nacional de Medicamentos.

Se o medicamento de que necessita a apelada não compõe esta Relação é sinal de que se deve revisá-la para que venha a estampá-lo. É indicação de que a ciência farmacêutica vem demonstrando franca e auspiciosa evolução, mercê da qual mais de um medicamento é apropriado a certas patologias. Isto significa que o combate a estas passa a ser mais eficaz, sabido que o organismo humano, muitas vezes, é refratário a determinados medicamentos, de sorte que, se o sistema de saúde pública dispuser de apenas um ou dois medicamentos para certa patologia, é temerário o seu enfrentamento.

O que não concebo é que o Estado, em sentido lato, recuse a uma pessoa acometida de doença incurável e de extraordinário risco letal, sem recursos financeiros senão para se manter viva, o medicamento que pode representar, senão a sua cura, pelo menos o alívio de seu sofrimento.

Nesse caso, o que ocorre não é apenas o recuo do Estado do Pará do cumprimento de obrigação solidária de prestar o atendimento de que a impetrante necessita, mas também a mais incontestável demonstração de falta de humanidade⁹⁵.

São várias as normas administrativas do SUS que regulamentam a compra, distribuição e dispensação de medicamentos. São inúmeros os tipos, marcas e usos terapêuticos dos fármacos disponibilizados pelo SUS. Também são variadas as necessidades clínicas de cada cidadão que busca a tutela do Judiciário, e esta diversidade cresce com os diferentes tratamentos indicados pelos médicos assistentes e pela evolução que apresenta cada paciente.

⁹⁵ Apelação Cível 2009.3.009.841-0, 1ª Câmara Cível Isolada, Rel. Des. Gleide Pereira de Moura, julgado em 17/10/11, apelante: Estado do Pará, apelado: Karyna Fialho dos Santos Castro.

Todas essas variáveis, contudo, não encontram no Judiciário espaço para serem desenvolvidas. Falta informação para que as peculiaridades de cada caso aflorem e permitam ao magistrado uma decisão mais adequada, mas também há pouca disposição para buscar mais detalhes do caso concreto. *Não há individualização das demandas a fim de buscar uma resposta correta para cada caso. Há uma resposta única: conceder o medicamento/tratamento.*

Foram encontradas algumas referências à jurisprudência dos Tribunais Superiores, especialmente à do STF e Superior Tribunal de Justiça. Quanto àquela, foi mais citado o famoso trecho do RE 271.286, cujo conteúdo foi comentado no segundo capítulo. Em relação às decisões mais recentes, foram mencionadas em poucos acórdãos, como nos exemplos:

No momento que declara tratar-se de um direito social (art.6º), a Carta Federal reconhece que a saúde é um direito fundamental do indivíduo, e neste contexto é que o direito a saúde se insere no art. 60, §4º, inciso IV, ou seja, corresponde a cláusula pétrea.

O que se depreende disso é que o direito fundamental reclamado pelo indivíduo não pode ser afastado por conta de justificativas orçamentárias em nome do interesse público.

Noutra senda, a Suprema Corte indeferiu, recentemente, nove recursos interpostos pelo Poder Público contra decisões judiciais que determinaram ao Sistema Único de Saúde (SUS) o fornecimento de remédios de alto custo ou tratamentos não oferecidos pelo sistema a pacientes de doenças graves que recorreram à Justiça. Com esse resultado, essas pessoas ganharam o direito de receber os medicamentos ou tratamentos pedidos pela via judicial. O ministro Gilmar Mendes relator das Suspensões de Tutela (STA) 175, 211 e 278; das Suspensões de Segurança 3724, 2944, 2361, 3345 e 3355; e da Suspensão de Liminar (SL) 47, ouviu diversos segmentos ligados ao tema na audiência pública sobre a saúde, ocorrida em abril de 2009, para subsidiar as decisões. As decisões foram acompanhadas a unanimidade⁹⁶.

Ou seja, foram citadas tendo em conta seu dispositivo (as suspensões de tutela antecipada ou de segurança foram indeferidas), e não o debate que ali foi instaurado, a partir dos subsídios da audiência pública nº 4, conforme demonstramos no capítulo anterior. Em momento algum encontramos referência a algum dos conceitos sobre a política pública de medicamentos ou os próprios princípios de direito sanitário e esmiuçada a legislação infraconstitucional. No mais, a LOS é apenas citada nominalmente.

⁹⁶ Agravo de instrumento 2009.3.006690-4, 5ª Câmara Cível Isolada, Rel. Des. Luzia Nadja Guimarães Nascimento, julgado em 08/04/10, agravante: Estado do Pará, agravado: Zenilda Monica Ferreira de Melo; Agravo de instrumento 2010.3.016461-4, 5ª Câmara Cível Isolada, Rel. Des. Luzia Nadja Guimarães Nascimento, julgado em 02/12/10, agravante: Estado do Pará, agravado: Ministério Público do Estado do Pará.

Não que com isto queiramos dar a entender que as demandas individuais são ilegítimas e devam ser todas indeferidas e proscritas do Judiciário. Como esperamos ter deixado claro anteriormente, deve haver um equilíbrio entre as duas facetas do direito à saúde e os resultados da pesquisa demonstram o oposto disto.

Em suma, eis as principais características a serem sublinhadas no debate judicial desenvolvido no TJPA:

- Os julgadores têm evidente dificuldade em lidar com conceitos técnicos da gestão da saúde (padronização, protocolos clínico e terapêuticos, dispensação, etc), e a possível deficiência técnica de algumas peças processuais trazidas pelas partes não devem colaborar para alterar esse quadro. Como resultado, as normas de gestão do SUS são vistas como entraves burocráticos e mecanismos de resistência do gestor à prestação de serviço de qualidade à população.

- Não há compatibilização entre a interpretação do direito à saúde (art. 196 da CF) e as leis e normas administrativas que representam as políticas públicas traçadas pelo Ministério da Saúde e pela Secretaria de Saúde para a assistência farmacêutica, por exemplo.

- A indicação terapêutica do médico que assiste o autor (receita médica) prevalece sobre os protocolos clínicos e terapêuticos formulados pelos gestores do SUS. Os magistrados evitam debates que envolvam o conhecimento médico⁹⁷.

- As limitações orçamentárias, tanto fáticas quanto jurídicas, em nenhuma hipótese justificam o não atendimento ao direito à saúde do cidadão na forma como é postulado na petição inicial.

O direito à saúde, previsto na Constituição, é interpretado pelo Judiciário local de forma tão abrangente que dá margem ao fornecimento de praticamente qualquer pleito postulado em face do Estado. Ao mesmo tempo em que os Desembargadores criticam a gestão do SUS, condenam a ‘burocracia estatal’. O Judiciário pretende que o governo organize o SUS para atender a todas as demandas por saúde pela população, no entanto, ignora as normas que estruturam esse sistema e que, supostamente, o fazem funcionar.

⁹⁷ Encontramos uma exceção, tanto no caso específico, quanto na sua presença nas razões da decisão: “Por outro lado, o médico especialista da área atestou através de laudo médico que o tratamento da agravada requer o uso da medicação Infleximabe (Remicase), que é recomendado amplamente a nível mundial como droga de maior eficácia e menor custo-benefício, conforme laudo médico juntado à fl. 31. Neste sentido, o referido laudo também aponta que não houve resposta da paciente aos tratamentos anteriores aplicados, evoluindo a doença de forma refratária, ensejando o uso do medicamento requerido pela agravante”. Agravado de instrumento 2008.3.003487-9, 2ª Câmara Cível Isolada, Rel. Des. Dahil Paraense de Souza, julgado em 09/02/09, agravante: Estado do Pará, agravado: Iracy Marques do Nascimento.

5 PARÂMETROS PARA JUSTICIABILIDADE DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE

5.1 O DIREITO COMO INTEGRIDADE

Iniciamos nosso estudo por um diálogo interdisciplinar na tentativa de apreender um conceito jurídico para a saúde e como este direito é estrutura do constitucional e legislativamente no Brasil, além de termos a preocupação de expor a política pública de acesso a medicamentos (primeiro capítulo) e desenvolvemos a pesquisa para uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal relativa ao tema, para visualizarmos, em panorama geral, como o Judiciário brasileiro vem decidindo (segundo capítulo). Logo após, foi focado o Tribunal de Justiça do Estado do Pará, com pesquisa sobre suas decisões no período de 2008 a 2011, no intuito de perceber como o Judiciário local vem lidando com a atribuição de decidir tais casos.

A partir de tais pressupostos, no presente capítulo propomos uma nova leitura da prática judicial, de forma a contribuir para a construção de alternativas à atual forma como o TJPA intervém nas políticas públicas de saúde.

Antes, porém, é necessário fugir de duas tentações. A primeira, de transformar este estudo sobre o Judiciário em uma sentença, seguindo o tradicional esquema de fatos, direito e dispositivo – mas agora a toga vestiria uma acadêmica, e não um magistrado. A segunda, de aplicar os esquemas teóricos expostos diretamente aos problemas identificados, para formular uma proposta de leitura que, provavelmente, seria tão aparentemente milagrosa quanto pragmaticamente inútil.

Na busca de uma ‘vacina metodológica’ para tais males, nosso estudo baseará suas leituras tanto em formulações teóricas quanto nas experiências institucionais em curso que mostrem potencial a mudança associada a uma legitimidade democrática.

Em tal intuito o Direito como Integridade nos fornece ferramentas preciosas, pois permite uma análise mais profunda da prática judicial e da forma como os Juízes decidem, tendo em vista adotar uma perspectiva interna do direito (DWORKIN, 2003: 03). Como esclarece Dworkin:

Estudaremos o argumento jurídico formal a partir do ponto de vista do juiz, não porque apenas os juízes são importantes ou porque podemos compreendê-los totalmente se prestamos atenção ao que dizem, mas porque

o argumento jurídico nos processos judiciais é um bom paradigma para a exploração do aspecto central, proposicional, da prática jurídica. Os cidadãos, os políticos e os professores de direito também se preocupam com a natureza da lei e a discutem, e eu poderia ter adotado seus argumentos como nossos paradigmas, e não os do juiz. Mas a estrutura do argumento judicial é tipicamente mais explícita, e o raciocínio judicial exerce uma influência sobre as outras formas de discurso legal que não é totalmente recíproca (DWORKIN, 2003: 19).

O jusfilósofo estadunidense, partindo da ideia de que as concepções do direito devem oferecer uma justificativa geral para o exercício do poder coercitivo do Estado, defende que a legitimidade estatal se funda no princípio da integridade⁹⁸.

Na visão dworkiana, o direito deve ser enxergado como um complexo de normas que tem como peculiaridade o poder de apresentar soluções jurídicas a quaisquer situações fáticas, ainda quando estas pareçam não estar direta e devidamente reguladas pelo ordenamento jurídico (casos difíceis).

Dworkin afirma que a integridade deve ser estudada sob a ótica de dois princípios, o legislativo e o jurisdicional. Aquele exerce a função de exigir dos legisladores que estabeleçam um ordenamento coerente ou, em outras palavras, “que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente” (2003: 213). A integridade jurisdicional exige que esse conjunto de leis seja também encarado de modo coerente e uniforme.

O direito como integridade aceita a existência de direitos e responsabilidades jurídicas que devem limitar a atuação dos juízes em consonância com as decisões políticas anteriores. Porém, supõe que a coerência com as decisões anteriores beneficia a comunidade não apenas por ofertar previsibilidade e equidade processual, e sim porque assegura uma igualdade substancial entre os cidadãos, tornando a comunidade mais genuína. Segundo esta concepção, os direitos e responsabilidades decorrem de decisões anteriores ainda que não estejam nelas explícitos, mas desde que procedam dos princípios que justificam a decisão.

Tal visão do direito deve ser vista como um conto em que vários autores escrevem partes diversas, dando a esse fenômeno o nome de “romance em cadeia” (2003: 274). Partindo de tal premissa, ressalta que cada juiz, ao aplicar a lei, estaria escrevendo uma parte do romance desenvolvido, pois, quando dessa atividade, deveria interpretar a lei e os julgados passados e redimensioná-los para uma aplicação no presente. Compreende-se, portanto, a

⁹⁸ DWORKIN, 2003, cap. 6. Vale ressaltar que, para o autor, o problema da legitimidade do poder coercitivo não é igual àquele das obrigações políticas e morais dos cidadãos, tendo em vista que nem todas essas obrigações devem ter seu cumprimento exigido pelo Estado e, em alguns casos, o uso da força é justificável ainda contra pessoas que não têm dever de obediência. Porém, mesmo que a existência de obrigações não seja condição suficiente para o emprego da coerção, aproxima-se de uma condição necessária.

afirmação de que os juízes são igualmente autores e críticos. Seria como se cada capítulo do romance fosse escrito por um juiz diverso e que pretendesse manter uma continuidade lógica da história, mas, concomitantemente, pretendesse criar, a partir dos dados recebidos, um único romance que fosse o mais aprimorado possível. Esse seria o movimento contínuo do direito e em que todos o vissem como um conjunto coerente de normas.

A partir de tais considerações, Dworkin recorre a um julgador que ele mesmo considera utópico, denominado Hércules. Seria, portanto, “um juiz imaginário, de capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita o direito como integridade” (2003: 287). Hércules, quando a ele fossem dirigidos casos difíceis (*hard cases*) para julgamento, deveria, antes de apontar a solução jurídica para o caso, visualizar todas as respostas possíveis que o direito permitiria e, desta forma, deveria interpretar a lei e as decisões proferidas no passado a casos semelhantes na busca do melhor conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal. Dworkin, ao exemplificar a atuação de Hércules, pega como exemplo uma ação judicial na qual tem como pedido uma indenização por danos morais, o caso *McLoughlin*⁹⁹.

Dele imagina todas as possíveis respostas que o direito poderia apresentar ao caso, extraindo seis hipóteses de solução. Ao realizar uma análise geral do direito, seleciona uma das possíveis soluções como a resposta ideal do direito para o caso sujeito à sua tutela, tudo com base no conjunto de princípios que considerar mais coerente. Assim, demonstra que o direito está sempre apto a solucionar os casos e, conseqüentemente, fundamenta sua teoria da integridade.

Dworkin não deseja com este exemplo de juiz Hércules, em absoluto, impor a um juiz mortal que aja desta forma, articulando suas hipóteses até tal ponto. Isto é inviável, dadas as circunstâncias reais de atuação dos magistrados, que não possuem o tempo disponível; além disso, um caso difícil não seria o único de sua vida ou o único a esperar sua apreciação. Porém, o que se quer é que o juiz enfrente problemas novos e desafiadores como uma questão de princípio, é isso o que dele exige a integridade; o juiz Hércules é uma analogia de como funciona o raciocínio do direito como integridade.

É essa estrutura do argumento judicial que o autor explora. A partir do elemento da *integridade no direito* Dworkin destaca que o magistrado deve buscar no conjunto coerente dos princípios aplicáveis em cada caso a melhor leitura que se possa fazer da “estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade” (2003: 305). Mas, tendo em vista que o

⁹⁹ A senhora McLoughlin sofrera um infarto ao saber da notícia do acidente de automóvel de seu marido e seus filhos e queria receber por isso uma indenização do motorista que provocara o acidente.

trabalho dos juízes é sensível às suas concepções políticas (2003: 307), o magistrado deve estabelecer um limiar para sua interpretação baseado em convicções sobre a adequação e justificação de suas decisões. Ainda que o limiar seja variável entre os magistrados, a “verdadeira história política de sua comunidade” (DWORKIN, 2003: 305) deve servir de baliza para que o Juiz restrinja suas convicções políticas ao formular seu juízo interpretativo geral. Caso contrário,

Se não o fizer – se seu limiar de adequação derivar totalmente de suas concepções de justiça e a elas for ajustável, de tal modo que essas concepções ofereçam automaticamente uma interpretação aceitável – não poderá dizer de boa-fé que está interpretando a prática judicial [...] estará agindo de má-fé ou enganando a si próprio (DWORKIN, 2003: 305).

Assim, com os critérios interpretativos que a integridade oferece, podemos argumentativamente rejeitar as experiências que, mesmo advindas da prática judicial, não enxergaram o caso concreto à sua “melhor luz”. Por outro lado, o estudo deve nos orientar àquelas experiências nas quais o desenvolvimento da prestação jurisdicional dada às partes está preocupada com a realização dos direitos que ela visa garantir:

Qualquer interpretação plausível dos direitos das pessoas segundo a Constituição deve ser complexa o suficiente para tratar tanto do remédio quanto da substância. Assim, a decisão de Hércules sobre o remédio é também uma decisão de direito, uma decisão sobre os direitos secundários que as pessoas têm quanto ao método e à maneira de fazer valer seus direitos substantivos primários. Hércules deve decidir, como uma questão liminar geral, se a melhor interpretação das práticas remediadoras dos tribunais em geral e da Suprema Corte em particular exige que os direitos das pessoas ao remédio sejam sensíveis às conseqüências. Ele decidirá que sim: o objetivo da decisão judicial constitucional não é meramente nomear os direitos, mas assegurá-los, e fazer isso no interesse daqueles que têm tais direito (DWORKIN, 2003: 465).

Assim, as ferramentas que Dworkin oferece para analisar a prática judicial permitem que possamos realizar uma análise das decisões do TJPA, ao tempo em que podemos buscar experiências que inspirem a criação de alternativas aos problemas decorrentes da judicialização das políticas de saúde.

Quando uma questão de saúde é judicializada, os magistrados tem uma saída apenas: dar uma resposta. O problema central não está no fato dos magistrados terem assumido a postura de responder às demandas por saúde, abandonando o discurso liberal de

não intervenção no ‘mérito administrativo’, está na resposta em si, que é praticamente a mesma em qualquer situação.

Esta ‘resposta pronta’ denuncia uma total ausência de critérios para definir se um um pede deve ou não ser acatado. Em suma, a maior parte dos magistrados do PA não tem o que dizer sobre saúde, mas devem continuar a julgar.

Acerca destes problemas, debruçamo-nos neste tópico com o intuito de, a partir das experiências da prática judicial, construir critérios para a análise das demandas por medicamentos. Deste modo, pretendemos contribuir para que os magistrados tenham o que dizer sobre saúde e possam dar uma resposta certa a cada caso. Todavia, antes de formular alternativas, é preciso entender o que está errado em nossa prática judicial.

A pesquisa jurisprudencial exposta no capítulo anterior mostra que o Judiciário Paraense tem respondido de maneira uniforme às demandas por prestações de saúde e que essa postura tem gerado prejuízos para a administração do SUS. O desinteresse em buscar novas justificativas ou de assumir uma postura crítica é evidente. Formou-se um verdadeiro senso comum em torno da questão, não sendo quebrado nem em votos vencidos.

Ao longo do estudo, temos criticado essa postura do TJPA, mas cabe questionar essa nossa avaliação. Temos boas razões para acreditar que nossos tribunais costumam tomar decisões acertadas, especialmente quando elas são repetidas e mantidas por tanto tempo. Poderíamos considerar que o TJPA age com coerência com a jurisprudência do próprio tribunal e dos tribunais superiores (STJ e STF), e não haveria motivo para observar tal procedimento como uma falha, mas antes como uma busca de adequação com o passado, que justificaria sua perpetuação no presente. Mas não há coerência na jurisprudência do TJPA, isso se considerarmos coerência algo semelhante ao que Dworkin chama de *integridade*.

Será a integridade apenas coerência (decidir casos semelhantes da mesma maneira) sob um nome mais grandioso? Isso depende do que entendemos por coerência ou casos semelhantes. Se uma instituição política só é coerente quando repete suas próprias decisões anteriores o mais fiel ou precisamente possível, então a integridade não é coerência; é, ao mesmo tempo, mais e menos. A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. Uma instituição que aceite esse ideal, às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo (2003: 263, 264).

A partir desse ponto de vista, o que o TJDFR faz é ‘decidir casos semelhantes da mesma maneira’, e a integridade exige uma coerência com os princípios¹⁰⁰, e não necessariamente com os precedentes. Não basta repetir inúmeras vezes um mesmo argumento para legitimar determinado entendimento, é necessário que o magistrado reforce a cada novo julgamento a sua adequação na consecução dos direitos individuais invocados em cada caso concreto.

As respostas extraídas do texto constitucional não são atemporais, mas fruto de um processo interpretativo construtivo. Segundo Dworkin, o Direito é uma prática social, cujo significado é construído através de uma atitude interpretativa criativa, informada pelos propósitos do intérprete e condicionada às possibilidades interpretativas impostas pelos fatos e pelo momento histórico.

Quando se está diante de um conflito envolvendo questões de princípios, e neste ponto se defende que o problema da justiciabilidade dos direitos sociais é uma questão de princípios, a integridade exige que as decisões sejam fundamentadas em algum princípio coerente capaz de impor sua autoridade para o caso concreto. As decisões jurídicas devem ser baseadas em princípios identificáveis de justiça, colocados em uma certa ordem racional. O direito à saúde é plenamente concebível como *caso difícil* que possui princípios asseverados pelo próprio texto constitucional, como o da universalidade, integralidade e igualdade. Não há como extrair uma regra, uma resposta *a priori* para todos os casos, um mandamento como o do art. 208, §1º (O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: [...] § 1º - O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo).

O juiz, especialmente o juiz constitucional, que, no Brasil, não é representado somente pelos Ministros do STF, pela possibilidade do controle difuso de constitucionalidade, deve respeitar o princípio da integridade. A princípio, soaria contraditória tal afirmação, pois, como vimos, ela diz que devem ser respeitadas as decisões anteriores.

Poder-se-ia também argumentar que o modelo de Dworkin foi concebido para um ordenamento de *Common Law*, em que a força dos precedentes se faz muito mais sentir que em países de *Civil Law*, como o Brasil. Não obstante, é perceptível que em nosso país esta divisão estanque está em xeque, tendo sido incorporadas, nos últimos anos, uma série de modificações legislativas que nos aproximam da ideia dos precedentes, como a repercussão geral e a súmula vinculante (existe um Recurso Extraordinário com repercussão geral

¹⁰⁰ “O princípio se ajusta a alguma parte complexa da prática jurídica e a justifica; oferece uma maneira atraente de ver, na estrutura dessa prática, a coerência de princípio que a integridade requer” (DWORKIN, 2003: 274).

reconhecida e Proposta de Súmula Vinculante relativas diretamente à questão da saúde, como exposto). Consequentemente, é ainda mais importante discutir de que forma tais precedentes serão construídos.

Devemos recordar que a solução para o caso concreto deve conjugar o passado com o presente, pensando também no futuro, ideia que a integridade defende. Ou seja, pode haver superação do entendimento sedimentado, desde que justificado racionalmente para um caso concreto que não se adéque àquela posição ou que a própria interpretação do direito deva mudar pelas circunstâncias do momento. A interpretação criativa que Dworkin defende não é estática, é dinâmica. Neste viés, é possível visualizar como adequada a mudança de jurisprudência do STF, pois ela está refinando a interpretação de um direito que vinha sendo aplicado sem nenhuma diferenciação no que tange às variadas circunstâncias que podem ocorrer, como vimos no esquema proposto pelo Min. Gilmar Mendes.

A repetição irrefletida de precedentes não é novidade no Judiciário Brasileiro, mas, no presente caso, a postura adotada tem multiplicado uma intervenção judicial desarticulada e de graves consequências. Quando os magistrados julgam as demandas por serviços de saúde, *julgam de forma diferente*. Diferente de qualquer outro tema, em especial dos demais direitos sociais cujas demandas por realização são também trazidas ao Judiciário.

O Judiciário do Pará, a exemplo do Judiciário Brasileiro (no plano nacional, dois bons exemplos são a questão da terra [SANTOS, 2007: 35] e o direito à previdência social), costuma ser cauteloso quando demandado pela concretização de direitos sociais. Mas torna-se extremamente proativo quando o assunto é saúde. Muda, inclusive, sua forma de ver o direito.

É dominante entre os magistrados brasileiros uma concepção normativista e restritiva do direito¹⁰¹ e isso não é diferente no Pará. Na interpretação do direito à saúde (art. 196 da CF), contudo, essa concepção parece ser esquecida, pois os juízes buscam dar a esse direito social a máxima efetividade possível e emprestam ao texto constitucional um sentido que vai além do que permite a legislação infraconstitucional – traço característico das decisões nascidas de um movimento de protagonismo judicial (SANTOS, 2007: 20)¹⁰².

¹⁰¹ Boaventura de Sousa Santos (2007: 68) assim descreve a formação jurídica dominante entre os magistrados brasileiros: “Domina uma cultura normativista, técnico-burocrática, assente em três grandes ideias: a autonomia do direito, a ideia de que o direito é um fenômeno totalmente diferente de tudo o resto que ocorre na sociedade e é autônomo em relação a essa sociedade; uma concepção restritiva do que é esse direito ou do que são os autos aos quais o direito se aplica; e uma concepção burocrática ou administrativa dos processos.” Opinião semelhante tem Sílvia Badim Marques (2006: 210) ao analisar a atuação da magistratura do estado de São Paulo nas demandas por saúde: “o poder Judiciário brasileiro, mesmo alicerçado no purismo metodológico, vem enfrentando questões relativas a direitos sociais e proferindo decisões jurídicas sobre o tema”.

¹⁰² Luís Roberto Barroso (2012) diferencia judicialização de ativismo judicial: “A judicialização ampla, portanto, é um *fato*, uma circunstância decorrente do desenho institucional brasileiro, e não uma opção política

No capítulo X d'*O Império do Direito*, Dworkin desenvolve com mais vagar como seria a postura de Hércules no julgamento de casos constitucionais. Após rejeitar diversas posições teóricas, como o historicismo e o passivismo, o autor se mostra contrário ao chamado ativismo:

Hércules não é um ativista. Ele vai recusar-se a substituir seu julgamento por aquele do legislador quando acreditar que a questão em jogo é fundamentalmente de política, e não de princípio, quando o argumento for sobre as melhores estratégias para satisfazer inteiramente o interesse coletivo por meio de metas, tais como a prosperidade, a erradicação da pobreza ou o correto equilíbrio entre economia e preservação (2003: 474-475).

A partir deste trecho, poder-se-ia alegar a incompatibilidade da teoria de Dworkin com a imposição de direitos sociais, pois garantiria uma postura mais participativa de Hércules somente quanto à proteção dos direitos fundamentais individuais. Contudo, deve-se compreender o “ativismo” combatido pelo autor nos termos por ele mesmo destacados.

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima.

Insiste em que os juízes apliquem a Constituição por meio da interpretação, e não por *Fiat*, querendo com isso dizer que suas decisões devem ajustar-se à prática constitucional, e não ignorá-la. Um julgamento interpretativo envolve a moral política, e o faz da maneira complexa já estudada. Mas põe em prática não apenas a justiça, mas uma variedade de virtudes políticas que às vezes entram em conflito e questionam umas às outras.

Uma delas é a equidade: o direito como integridade é sensível às tradições e à cultura política de uma nação, e, portanto, também a uma concepção de equidade que convém a uma Constituição. **A alternativa ao passivismo não é um ativismo tosco, atrelado apenas ao senso de justiça de um juiz**, mas um julgamento muito mais apurado e discriminatório, caso por caso, que dá lugar a muitas virtudes políticas, mas, ao contrário tanto do ativismo quanto do passivismo, não cede espaço algum à tirania.

do Judiciário. Fenômeno diverso, embora próximo, é o ativismo judicial. O ativismo é uma *atitude*, é a deliberada expansão do papel do Judiciário, mediante o uso da interpretação constitucional para suprir lacunas, sanar omissões legislativas ou determinar políticas públicas quando ausentes ou ineficientes”.

Vemos que a conduta dos magistrados é um falso protagonismo, por vários motivos. O primeiro, porque é ocasional e seletivo. Acontece com a saúde e não se repete em outras demandas por efetivação de direitos sociais. Em segundo lugar, pois é restrito à decisão judicial, não é um movimento que se estenda ao nível institucional (não há articulação institucional ou capacitação dos magistrados para lidar com o direito sanitário).

Assim, destituído de um debate institucional ou de capacitação técnica dos magistrados, esse falso protagonismo segue calcado em fundamentos jurídicos vazios que são reiteradamente repetidos e requeitados, e que se expressam por meio de formação de oposições ou colisões entre direitos: direito à saúde x normas administrativas do SUS e direito à saúde x restrições orçamentárias (reserva do possível).

A estratégia argumentativa é simples. Estabelecidas as tensões entre os direitos, ressalta-se o caráter prioritário da saúde/vida e aponta-se a relevância secundária do direito ou valor em oposição, normalmente adjetivados como ‘entraves burocráticos’, que podem ser tanto administrativos quanto orçamentários. A forma como a dicotomia é estabelecida fica bem ilustrada no seguinte trecho de voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, o que demonstra que esta estratégia argumentativa não foi elaborada pelo TJPA:

Tal como pude enfatizar, em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet 1.246-SC), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana [...]. (RE 271.286, referenciado no segundo capítulo)

Há uma evidente dificuldade em se lidar com conceitos e normas técnicas de forma a buscar uma compatibilização entre a Constituição e a legislação infraconstitucional. Mas será que em todas as situações dos casos que abordamos as normas administrativas ou orçamentárias estavam em *conflito* com os direitos constitucionais? As normas burocráticas estão necessariamente erradas quando ‘impedem’ (aparentemente) o exercício do direito à saúde?

A nosso ver, não. O direito constitucional à saúde, de acesso universal e igualitário, depende de inúmeras normas regulamentadoras para sua instrumentalização¹⁰³, pois

¹⁰³ Tais normas podem acarretar restrições legais no acesso ao direito à saúde, uma vez que regulamentam e estabelecem a forma como ele será realizado. “Consideram-se restrições legais aquelas limitações que o

elas explicitam as diretrizes, os princípios e as prioridades que devem ser observadas pelos gestores da saúde no Brasil e no PA. Tais normas permitem a aplicação dos direitos e princípios constitucionais que garantem não só o direito à saúde, subjetivamente considerado, mas também a saúde pública, analisada sob seu aspecto coletivo

Os magistrados do TJPA não têm considerado a existência deste vasto conjunto de normas que regula o sistema de saúde. Salvo raras exceções, simplesmente não se reconhece que é possível a restrição do direito à saúde por normas infraconstitucionais.

Essa ‘ponte jurídica’ feita do caso concreto diretamente para a Constituição, com o intuito de justificar o fornecimento dos medicamentos, além de representar uma omissão normativa, também gera uma incoerência com a prática judicial. Tal atitude ignora a compartimentalização existente no direito, por meio de sua divisão por áreas:

A divisão do direito em partes distintas é um traço dominante da prática jurídica. As escolas de direito dividem os cursos, e suas bibliotecas dividem os tratados para distinguir os danos morais dos econômicos ou físicos, os delitos civis intencionais dos premeditados, os delitos civis dos crimes, [...]. Os argumentos jurídicos e judiciais respeitam essas divisões tradicionais. As opiniões judiciais normalmente começam por reportar o caso que têm em mãos a alguma área do direito, e os precedentes e as leis consideradas são extraídos, em geral exclusivamente, dessa mesma área. Quase sempre a classificação inicial é polêmica e crucial” (DWORKIN, 2003: 300;301).

Essa característica influi a prática judicial, que estabelece uma prioridade local no momento de cotejar os princípios aplicáveis a cada caso. Dworkin assim ilustra tal procedimento:

Se um juiz que aceita o direito como integridade considera que duas interpretações se ajustam, cada uma na área de seu interesse imediato, bem o suficiente para satisfazer as limitações interpretativas, então ampliará o alcance de seu estudo numa série de círculos concêntricos para incluir outras áreas do direito e, assim, determinar qual das duas melhor se adapta ao âmbito mais abrangente. Mas respeitará, normalmente, a prioridade da área do direito, na qual desponta seu problema imediato. (2003: 481)

legislador impõe a determinados direitos individuais respaldados em expressa autorização constitucional. Os diversos sistemas constitucionais prevêm diferentes modalidades delimitação ou restrição dos direitos individuais, levando em conta a experiência histórica e tendo em vista considerações de índole sociológica ou cultural” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2002: 228).

Nossa Constituição autoriza a intervenção do legislador no âmbito dos serviços e ações de saúde, conforme observa-se no art. 197: “são de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros[...]”.

Assim, ao realizar este ‘salto’ na justificação das demandas por medicamentos diretamente para a Constituição, os magistrados deixam para trás uma importante análise dos princípios e regras dos círculos do direito mais ‘próximos’ ao processo sob análise, no caso dos medicamentos, o direito sanitário. Defender esta prática judicial de priorização local à luz da integridade pode parecer incoerente, contudo Dworkin (2003: 301) esclarece bem tal dúvida:

O direito como integridade tem uma atitude mais complexa com relação aos ramos do direito. Seu espírito geral os condena, pois o princípio adjudicativo de integridade pede que os juízes tornem a lei coerente como um todo, até onde lhes seja possível fazê-lo, e isso poderia ser mais bem sucedido se ignorassem os limites acadêmicos e submetessem alguns segmentos do direito a uma reforma radical, tornando-os mais compatíveis em princípio com outros. Contudo, o direito como integridade e interpretativo, e a compartimentalização é uma característica da prática jurídica que nenhuma interpretação competente pode ignorar.

A compartimentalização do direito, portanto, não é necessariamente uma coisa boa ou ruim do direito. Ela é apenas uma prática jurídica tão antiga e frequente que não pode ser ignorada, contudo, não é um dogma que não pode ser afastado. Esta prioridade local pode ser desconsiderada, mas de forma justificada. Dworkin (2003: 302) destaca algumas hipóteses em que ela pode não ser acatada:

Hércules, porém, não se mostrará tão disposto a acatar a prioridade local quando o resultado de sua prova não for bem-sucedido, quando os limites tradicionais entre as áreas do direito se tornarem mecânicos e arbitrários, ou porque a moral popular passou por uma modificação ou porque o conteúdo das divisões nas mais reflete a opinião pública.

Quanto à segunda tensão que mencionamos, entre o direito à saúde e as contingências financeiras do Estado (reserva do possível), é totalmente vazia na maneira como é formulada e debatida no Judiciário do Pará.

Em nenhum dos casos estudados havia qualquer base de dados suficiente para fazer inferências ou projeções acerca da extensão dos impactos financeiros do caso em análise ou das demandas judiciais em conjunto. Sequer existe um levantamento da extensão dos gastos provenientes das ordens judiciais para o fornecimento de medicamentos. A cláusula da reserva do possível, assim como o mínimo existencial¹⁰⁴, é um problema formulado no campo

¹⁰⁴ Muitos pesquisadores defendem, especialmente na área da saúde, que o Estado garanta a todos cidadãos um ‘mínimo existencial’ ou ‘mínimo social’. Propugnam que a garantia de tal padrão mínimo deve ser priorizada frente às outras ações estatais. Diante dessa visão, o fornecimento de medicamentos de alto custo para um restrito número de pessoas poderia ser considerado um grande erro do TJPA que, ao invés de buscar garantir

teórico, e lá permanece seu debate quando invocado em Juízo, sem qualquer relevância até o momento para a resolução das demandas judiciais que os magistrados enfrentam diariamente¹⁰⁵. Em verdade, não passa de uma tentativa, fracassada¹⁰⁶, de utilizar estrategicamente o desconhecimento do Judiciário acerca da capacidade financeira do Estado em favor do administrador público e em prejuízo da realização dos direitos sociais.

Todos esses argumentos comumente utilizados pelos magistrados do TJPA estão ideologicamente inseridos no que Dworkin chama de *princípio do resgate*, que possui duas

um mínimo existencial para toda população, por meio de uma realização difusa do direito à saúde, restringe sua atuação a um aspecto individual. Sobre o tema, destaco as ponderações de Ana Paula de Barcellos (2002): “O chamado mínimo existencial, formado pelas condições materiais básicas para a existência, corresponde a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer a eficácia jurídica positiva ou simétrica. Para além desse núcleo, ingressa-se em um terreno no qual se desenvolvem apenas outras modalidades de eficácia jurídica, decorrência da necessidade de manter-se o espaço próprio da política e das deliberações majoritárias”. Sobre o tema, cf. também KRELL, 2002: 63 e SARLET, 1998: 293. Convém ressaltar, contudo, que sob a perspectiva do direito como integridade, a definição pelo Judiciário de um *mínimo existencial* é tão impertinente e inútil quanto a tentativa de estabelecer uma *reserva do possível*. Esses conceitos abertos não podem ser densificados pelo Judiciário, seja pela inviabilidade técnica desse procedimento, seja pela falta de legitimidade para justificar suas decisões a partir de um argumento de procedimento político (DWORKIN, 2006: 06).

¹⁰⁵ Assim afirmamos, pois o debate que envolve o direito à saúde e a cláusula da reserva do possível é ‘resolvido’ pelos magistrados pela simples afirmação de que a saúde e a vida são bens jurídicos de valor mais elevado que o ‘interesse financeiro e secundário do Estado’. No entanto, é importante destacar que a questão assume contornos muito mais complexos e ricos no debate acadêmico, espaço no qual encontramos interessantes e divergentes análises sobre a relação entre Judiciário, realização de direitos sociais e controle das políticas públicas.

O tema sobre a reserva do possível passou a ser debatido com mais intensidade no Brasil após a publicação da obra de Stephen Holmes e Cass R. Sunstein, *The Cost of Rights*, de 1999. Nela os autores procuram fazer uma análise econômica do custo dos direitos, não apenas dos direitos sociais, mas também dos direitos individuais. Muitos autores defenderam sua aplicação com as devidas restrições, é o caso de de Barcellos (2002): “Embora a idéia de escassez de recursos possa parecer verdadeiramente assustadora, é preciso recolocá-la em seus devidos termos. Isso porque, em primeiro lugar – afora países em que os níveis de pobreza da população sejam extremos – faltando mesmo capacidade contributiva, os Estados têm, em geral, uma capacidade de crédito bastante elástica, tendo em vista a possibilidade de aumento de receita. Em curto espaço de tempo, pouco mais de um ano no caso brasileiro, a autoridade pública tem condições técnicas de incrementar suas receitas, com a majoração de tributos, por exemplo. Em suma: a limitação de recursos existe, ainda que esse limite não esteja tão próximo como muitas vezes se quer fazer acreditar” (grifo nosso). Em sentido semelhante, SARLET, 2009: 261.

Outros estudiosos do tema ressaltam que a aplicação desse conceito no Brasil não pode ser realizada da mesma forma como ocorre na Alemanha, onde foi desenvolvido. Este é um alerta de Andreas J. Krell (2002: 51), que critica a forma como o argumento da reserva do possível tem sido utilizado e como foi importado indiretamente do modelo alemão: “é questionável a transferência de teorias jurídicas, que foram desenvolvidas em países ‘centrais’ do chamado Primeiro Mundo com base em realidades culturais, históricas e, acima de tudo, sócio-econômicas completamente diferentes.”

¹⁰⁶ Fracassada, porque tem sido sistematicamente rejeitada pelo TJDF e pelos demais Tribunais Brasileiros, inclusive o STF, conforme destaca Germano Schwartz (2008: 10-11): “Tem-se, assim, que o órgão decisório máximo do sistema jurídico brasileiro, em sua função precípua de guarda da Constituição (preservação do código Recht/Unrecht, Constitucional / Inconstitucional), não entende como parte integrante da reflexividade do direito à saúde, em hipóteses de perigo de morte, a reserva do possível. Nessa senda, a Constituição garante o funcionamento da Economia quando renega a apropriação da reserva do possível pelo sistema jurídico. Cumpre ressaltar que, em todos os níveis organizativos do Poder Judiciário brasileiro, conforme demonstrado, a reserva do possível e o direito saúde – conectado ao direito à vida - são considerados incompatíveis”.

partes vinculadas. A primeira afirma que a vida e a saúde são os bens mais importantes, e devem ser privilegiados em detrimento dos demais. A segunda afirma que a assistência médica deve ser distribuída com equidade mesmo nas sociedades mais desiguais.

Conforme destaca Dworkin, o *princípio do resgate* é tão nobre e atraente quanto inútil, pois não abre espaço a qualquer possibilidade de racionamento. Aponta que a sociedade deve gastar com saúde o quanto puder gastar, sem medir sacrifícios ou apresentar outras alternativas, mas ele destaca que “nenhuma sociedade sadia tentaria alcançar esse padrão, da mesma forma que uma pessoa sadia também não organizaria a própria vida segundo tal princípio” (2005: 435). *Esse pensamento chega a ser prejudicial ao discurso dos juízes, pois incentiva a idéia de que a justiça nada tem a dizer acerca de quanto a sociedade deve gastar com saúde em comparação com outros bens* (educação, segurança, artes).

Dworkin sugere um ideal de justiça mais satisfatório na assistência médica: o ‘seguro prudente’. Esse ideal sugere uma interessante hipótese em “que a distribuição justa é aquela que as pessoas bem-informadas criam para si por meio de escolhas individuais, contanto que o sistema econômico e a distribuição da riqueza na comunidade na qual essas escolhas são feitas sejam também justos” (2005: 440)¹⁰⁷.

Segundo o autor, nessas condições ideais, o que a sociedade gastaria com assistência médica é exatamente a quantia moralmente adequada, e a distribuição de recursos seria justa para tal sociedade, hipótese em que a justiça não exigiria assistência médica a quem não a comprou.

Esse ideal sugerido pelo autor, apesar de não ser prontamente aplicável ao sistema de saúde brasileiro, pois pensado no contexto dos Estados Unidos, fornece uma interessante ferramenta¹⁰⁸, uma espécie de teste para pensar os limites da saúde pública, ou seja, até onde o Estado deve arcar com os gastos de saúde de seus cidadãos. A resposta, nessa hipótese, não

¹⁰⁷ Para que a essa situação possa ser pensada Dworkin, pede que imaginemos como seria a divisão de recursos entre a saúde e outras necessidades, e inclusive entre os diversos cuidados relativos à saúde, se estivéssemos à mercê de um mercado livre e não subsidiado. Contudo, acrescenta que três deficiências devem ser sanadas desde o início. Deve-se imaginar que a distribuição de riqueza é tão justa quanto foi possível. Pensar, também, que os conhecimentos médicos fossem de conhecimento geral, ou seja, que todos tivessem acesso à informação do que é melhor para sua saúde. Por fim, é necessário garantir que nesse mercado livre ninguém pudesse obter informações sobre os maiores ou menores riscos que cercam a saúde das pessoas, ou seja, fosse impedida a discriminação pelos riscos do grupo que a pessoa integra.)

¹⁰⁸ A ferramenta que Dworkin nos fornece é um teste, segundo ele: “o teste pergunta quanto as pessoas decidiriam gastar com a própria assistência médica, individualmente, se comprassem um seguro em condições justas do mercado livre, e insiste, em primeiro lugar, que nós como nação devemos gastar tanto quanto os indivíduos gastariam, coletivamente, em tais condições; e, em segundo lugar, que devemos usar a despesa agregada para garantir que tenhamos todos, individualmente, o que aquelas pessoas teriam” (DWORKIN, 2005: 446/447).

estará nos limites do orçamento do Governo, como sugere a teoria da *reserva do possível*, e tampouco no estabelecimento de um *mínimo existencial*. A saída passará, necessariamente, por indagar qual a saúde pretendida pela sociedade, se as condições de justiça permitissem uma escolha livre, consciente e justa¹⁰⁹.

A possível alegação de incompatibilidade das propostas do autor, em relação ao ordenamento brasileiro, é aparente. Dworkin afasta a possibilidade do magistrado se ater a **argumentos de política** para fundamentar suas decisões, em detrimento dos **argumentos de princípio**. Nossa Constituição, ao contrário à dos Estados Unidos, previu os direitos sociais (e o direito à saúde) como direitos fundamentais. Sua proteção, logo de pronto, representa um debate jurídico, mesmo que fatores políticos nunca estejam totalmente afastados, como ele mesmo reconhece e defende quando fala na aplicação de princípios extraídos também da prática política da comunidade.

As ideias apresentadas pelo autor podem não trazer as respostas que buscamos para as demandas levadas ao crivo judicial, mas permitem observar que responder sempre *sim* a elas em nada colabora para a realização do direito à saúde, ao contrário, subverte o sistema público de saúde construído a partir das bases lançadas pela Constituição Federal de 1988. Ratificamos a fuga dos dois extremos, como já discutido, pois a Constituição não dá primazia a nenhuma das duas posições, mas concebe as duas conjugadamente.

Quando os juízes ignoram a legislação infraconstitucional e as normas administrativas do SUS com o intuito de supostamente fazer cumprir o direito à saúde, podem estar agindo de *forma inconstitucional*.

A simples invocação do direito constitucional à saúde não vai criar automaticamente as ferramentas para a realização desse direito. É necessária uma fundamentação coerente que preveja as formas como o direito será realizado, pois, como destaca Dworkin “o objetivo da decisão judicial constitucional não é meramente nomear os direitos, mas assegurá-los, e fazer isso no interesse daqueles que têm tais direitos” (2003: 465).

De todo o exposto, concluímos que os conflitos estabelecidos entre direitos constitucionais e normas administrativas não ocorrem na proporção em que aponta o TJPA

¹⁰⁹ Dworkin (2005: 447) aponta que a resposta institucionalizada parta de um órgão com representantes dos diversos grupos de interesse e de atuação. O interessante que o autor sugere que esse órgão “poderia aproveitar a experiência de países com serviços de saúde com ‘único pagador’, administrados pelo governo, que precisam racionar sistematicamente o atendimento médico.” Ora, essa é exatamente a experiência brasileira, na qual o Estado assume o papel de principal fornecedor dos serviços de saúde, facultada a atuação suplementar do setor privado. E é interessante que um dos grandes desafios do atual governo americano é a criação de um seguro de saúde que atenda ao menos as necessidades básicas de todos os norte-americanos.

em seus julgados, boa parte das incompatibilidades declaradas é apenas aparente. Da mesma forma, a oposição entre saúde e reserva do possível é dilema infundado que deve ser abandonado.

Antes de criar incompatibilidades, é necessário que os magistrados comecem a construir critérios claros para guiar suas decisões sobre saúde e harmonizar o direito constitucional com a legislação ordinária que densifica seu conteúdo normativo, de forma a analisar cada caso concreto em toda sua complexidade, buscando a *resposta certa*.

5.2 DIREITOS SOCIAIS E CRITÉRIOS PARA SUA ADJUDICAÇÃO

Não é inédita, na doutrina brasileira, a proposição de critérios para auxiliar os magistrados a realizar de forma mais eficaz sua tarefa, a partir do estudo das críticas mais relevantes à justiciabilidade dos direitos sociais.

Cláudio Pereira de Souza Neto (2008) e, baseado nele, Daniel Sarmiento (2008) formulou critérios gerais para as demandas cujo objeto disponha sobre direitos sociais, dividindo sua análise em parâmetros materiais e parâmetros processuais. Em resumo, o primeiro parâmetro material estipula que a atuação judicial se atenha, em regra, ao âmbito da fundamentalidade material, pois, conforme o autor, ao Judiciário não compete efetivar os direitos sociais em toda sua extensão, pois estaria-se caminhando rumo a decisões antidemocráticas e inexecutáveis. Para ele, esta prática deve se ater à garantia das “condições necessárias” para que cada um possua igual chance de efetivar um projeto razoável de vida (autonomia privada) e de participar do processo de elaboração da vontade coletiva (autonomia pública).

O segundo critério equivale a priorizar a proteção judicial dos hipossuficientes. Se os recursos são escassos, a garantia dos direitos sociais aos mais pobres deve ser destacada; o que se relaciona com o próximo parâmetro sugerido pelo autor, qual seja, a possibilidade de universalização da medida, tendo em vista que a atuação judiciária só é legítima quando a prestação possa ser disponibilizada a todos os hipossuficientes que dela careçam.

Souza Neto também formula o critério segundo o qual os juízes devam considerar os direitos sociais como um conjunto único e harmônico: “A concretização judicial de direitos sociais deve considerá-los como unidade, de modo a garantir condições dignas de vida para os hipossuficientes, não necessariamente a observância de cada direito social em espécie” (2008: 541).

Ademais, deve ser dada preeminência às soluções técnicas anteriormente observadas pela Administração e às soluções que impliquem em menor gasto de recursos públicos.

O autor ainda sugere que a intensidade do controle judicial deve mudar conforme os níveis de investimento em políticas públicas: se o Estado detém políticas públicas sólidas, com grande vulto de recursos públicos consagrados à concretização dos direitos sociais, as opções orçamentárias da Administração devem possuir reforçada presunção de constitucionalidade. Em oposição, se o Estado pouco investe em políticas públicas, a intervenção judicial deve ser mais enfática.

Processualmente, o autor defende a priorização das ações coletivas, devendo as ações individuais, a princípio, serem limitadas às hipóteses de dano irreversível ou de inobservância de direito já regulamentado em lei ou programa específico.

Outra proposta de feição processual é a atribuição do ônus da prova, relativo à falta de recursos, à Administração. A reserva do possível não é cláusula genérica de fuga tangenciada do Poder Público à prestação de um direito social. Consequentemente, não será tolerável a afirmação abstrata de indisponibilidade de recursos. Caso realmente se comprove esta ausência, não se põe em xeque a legitimidade do postulante para requerer a providência, porém o magistrado não deve impor ao Poder Público que a forneça.

Conforme Gabriella Dinelly (2011: 46-47):

Como se percebe, a tentativa de formular critérios e parâmetros capazes de auxiliar o julgador/intérprete na definição do que pode ou não ser exigido do Estado para a concretização dos direitos sociais envolve inúmeras questões fáticas e jurídicas, exigindo um estudo mais aprofundado.

Embora alguns dos critérios apresentados pelos autores sejam passíveis de crítica, todos eles têm o propósito de superar obstáculos reais. O problema, em nosso entendimento, consiste na forma como tem sido conduzida a abordagem: a partir da identificação de cada problema, são sugeridos critérios pontuais, sem a devida exposição dos fundamentos e razões mais abrangentes dos parâmetros propostos.

Os limites à atuação do Poder Judiciário na apreciação de demandas sobre políticas públicas não devem ser delineados com base em argumentos práticos e desprovidos de uma sustentação teórica coerente com o ordenamento jurídico como um todo. Se o ordenamento jurídico garante o direito a uma determinada prestação, como seria possível afirmar que essa legítima pretensão somente poderia ser atendida através de uma ação coletiva, retirando-se do indivíduo a possibilidade de postular ele próprio a proteção de um direito fundamental, tal como sugere Barroso no caso específico dos medicamentos não previstos nas listas elaboradas pelos entes federativos? Por outro lado, se a atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais deve se restringir à garantia das condições necessárias para que todos possuam igual possibilidade de realizar um

projeto de vida razoável, como propõe Souza Neto, como identificar essas “condições necessárias” e compatibilizar tal afirmação com o dever de progressividade na concretização dos direitos sociais, econômicos e culturais, por exemplo?

A partir de tais observações, a autora propõe três critérios que devem ser tomados conjuntamente e em sequência: 1- a pretensão possui fundamento jurídico?; 2- a pretensão é exequível?; 3- a pretensão é universalizável? (2011: 49-51)

Grosso modo, a primeira indagação remete a ser verificada a fundamentação jurídica do pedido, sendo uma análise ampla, devendo a demanda ser baseada em argumentos jurídicos, estejam explícitos ou não constitucional ou legalmente.

Em uma segunda etapa, a argumentação judicial deve perquirir a possibilidade de cumprimento da prestação requerida, relacionando-se à ideia de que o texto constitucional, concomitantemente, promove um contínuo processo de transformação da realidade e é por ela condicionado, sendo vinculada, igualmente, ao debate quanto às teorias da reserva do possível e dos custos dos direitos. Por fim, orienta-se o julgador para concretização dos direitos sociais de modo universal e igualitário, prevenindo o uso da atividade jurisdicional como mecanismo de incorreta redistribuição de recursos e bens públicos, dando-se privilégio às ações coletivas.

Não obstante o trabalho referido ter como objeto a discussão sobre direitos sociais *latu sensu*, é possível identificar nos critérios propostos situações aplicáveis ao direito à saúde, embora seja necessário, a nosso ver, que sejam pontuados alguns aspectos afeitos às particularidades desse direito.

5.3 DIREITO À SAÚDE E PROPOSTA DE PARÂMETROS ESPECÍFICOS

A partir de tais considerações, e tendo-se em conta o respeito aos princípios que regem o direito à saúde, previstos na Constituição, propomos os seguintes questionamentos, que servem como balizas ao magistrado nos casos que envolvam prestações de saúde.

Esclarecemos que não são inovações doutrinárias propriamente ditas, apenas pretendemos seguir e *explicitar* a lógica de respeito à Constituição e ao SUS, uma das poucas políticas públicas sistematizada por aquela.

Na doutrina, são encontrados outros tipos de parâmetros, como os propostos por Cláudio Pereira de Souza Neto (2008) (para todos os direitos sociais), comentados há pouco; relativo especificamente à saúde, os de Mariana Figueiredo (2007: 217-218; 224) e Luís Roberto Barroso (2008) (este quanto aos medicamentos). Não obstante as valiosas

contribuições desses e de outros autores à temática, nota-se que as proposições, por vezes, são demasiado pontuais, específicas, faltando uma discussão mais ampla, que contemple o direito à saúde e suas peculiaridades, em sua perspectiva total.

a) O pedido é pautado juridicamente?

Primeiramente, é mister refinar e selecionar as causas que poderão ser apreciadas pelo Judiciário. Não falamos aqui de aspectos processuais, mas da rejeição de demandas baseadas em argumentos políticos, seguindo os ditames de Dworkin; em um ideal abstrato de justiça (seja do requerente ou, como em muitos casos, do próprio julgador) ou de dignidade da pessoa humana. A atividade jurisdicional deve desenvolver-se assentada em argumentos jurídicos.

A atuação irrefletida ou motivada pela ânsia de dar concreção ao mandamento constitucional faz com que membros do Poder Judiciário atuem como verdadeiros *paladinos da Justiça*, como bem acentua Scaff (NUNES; SCAFF, 2011: 107).

Existe a nítida convicção no meio jurídico brasileiro que a concretização da Justiça só pode ocorrer através do Poder Judiciário, como se este tivesse o *monopólio da realização da Justiça*, sendo impossível alcançá-la através de ações dos demais Poderes ou dos entes privados. Esta idéia faz com que muitos dos operadores jurídicos – advogados públicos e privados, membros do Ministério Público e da Polícia, e especialmente os membros do Poder Judiciário – assumam uma função de verdadeiros *paladinos da Justiça*, deixando muitas vezes a legislação de lado e interpretando diretamente a Constituição a seu talento. (grifos do autor)

Não estamos defendendo a vetusta premissa de que a intervenção judicial na efetivação do direito à saúde, e dos direitos sociais de modo geral, ofende a separação dos poderes. Com Dworkin, vemos que a saúde foi alçada à categoria de direito fundamental no Brasil, e como tal, possibilita a atuação judicial para sua proteção. Inobstante, não é possível ao magistrado substituir-se ao legislador e ao administrador público no desempenho de seu papel institucional, posto que haverá sério risco de sobreposição deste Poder em relação aos demais, o que certamente, aí sim, ofenderia os ditames do Estado Democrático de Direito.

b) O pedido é universalizável?

Tal passo visa resguardar a perspectiva coletiva do direito à saúde, vinculada à

noção de justiça distributiva, a fim de evitar que a atuação jurisdicional se torne um instrumento iníquo de redistribuição de renda e bens públicos desrespeitosa do ordenamento jurídico (FERRAZ, 2009).

Com Lopes (2006) e Claudio de Souza Neto (2008), é reconhecido que a via mais adequada para o resguardo dos direitos sociais, dentre eles o direito à saúde, é a tutela coletiva. Porém, a experiência brasileira tem demonstrado uma esmagadora prevalência de ações individuais, exemplificada nas diversas pesquisas que mencionamos, e ratificada pela perquirição no TJPA cujos resultados foram demonstrados no capítulo anterior, o que possibilita deturpações na concretização desse direito e até a inviabilização de políticas públicas existentes.

Ademais, a necessária etapa da universalização, além de poder ser aplicável a todos os direitos sociais, é especialmente afeta ao direito à saúde, tendo em vista a existência expressa da universalidade como reguladora de tal direito em nossa Constituição, nos art. 194, I e art. 196, *caput*. Neste sentido mais específico, ela é vislumbrada como a garantia de acesso aos serviços de saúde para toda a população, em todos os níveis de assistência (art. 7º, I, LOS), devendo ser pautada pela igualdade, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie (art. 7º, IV, LOS). A universalidade eliminou a separação entre os segurados do sistema de previdência social e o restante da população, que havia antes da atual ordem constitucional.

Correndo o risco de sermos repetitivos, apesar de ser preferível, a tutela coletiva do direito à saúde *não* deve levar à interpretação de que a proteção judicial individualmente realizada deva ser abolida; em verdade, deve ser restabelecido o equilíbrio entre ambas as facetas, como anteriormente defendido.

Apesar de a Carta Magna possibilitar a conjugação da universalidade com a igualdade, para nossos fins, em um mesmo questionamento ou passo, preferimos colocá-los separadamente, a fim de dar maior destaque a cada um.

c) O pedido é isonômico?

Se o direito à saúde deve ser garantido de maneira universal e igualitária, a investigação sobre a possibilidade de abrangência da tutela judicial a todos os indivíduos que se encontrem na mesma situação certamente é um problema relevante para a justiciabilidade daquele direito.

O artigo 196 fala em acesso universal e igualitário. Portanto, temos duas normas específicas sobre o desenvolvimento das atividades estatais: a universalidade e a igualdade nas ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde. Tais conceitos são bem próximos, tendo em vista que ambos concretizam o princípio da isonomia e referem-se à necessidade de amplo acesso de todos os cidadãos aos serviços e ações de saúde pública; porém, possuem especificidades que permitem diferenciá-los.

A universalidade afirma que o direito à saúde – como, aliás, qualquer direito fundamental – deve se voltar ao ser humano enquanto gênero, não podendo, desta forma, restringir-se a um grupo, categoria ou classe de pessoas.

A igualdade relacionada ao cuidado com a doença pode ser expressa pela máxima: pessoas com a mesma situação clínica devem receber o mesmo tratamento, inclusive quanto a exames de apoio de diagnóstico, prazos, acomodações, etc. (DALLARI; NUNES JR., 2010: 72-73). Além disto, a aplicação do princípio da igualdade, em situações desiguais, pode representar um atendimento prioritário, como nos casos de crianças, adolescentes, gestantes, idosos e pessoas com deficiências, devendo os serviços de saúde se adaptar às diversas necessidades existentes.

No fundo, a inclusão de todos, sem distinções ou discriminações, nas políticas de saúde do Estado é o reconhecimento de que todos são iguais no sentido de merecem igualdade de respeito e consideração do Estado quando este elabora e implementa as políticas de saúde. Não haveria sentido falar-se em universalidade (acesso a todos) sem o reconhecimento de que todos são iguais. O oposto da universalidade (a restrição a alguns, o privilégio) nada mais é que a negação da igualdade.

d) O pedido protege a integralidade?

No SUS, o sentido de integralidade constitui ponto pacífico. Significa empregar os meios necessários para a efetivação do cuidado, como: atendimento médico, exames, internação, tratamento, entre outros. Implica dispor tipos diferentes de tais meios conforme o grau de complexidade da atenção à saúde, isto é, exames para a atenção básica, para a média e alta complexidade; da mesma maneira os medicamentos: uso ambulatorial e na atenção hospitalar.

Contudo, este não parece ser o entendimento do Poder Judiciário (VIEIRA, 2008: 02). A integralidade para os tribunais está mais vinculada à noção de consumo, haja vista o deferimento de demandas sem ressalvas sobre a existência de política pública para tratar as

doenças. Nesta ótica, o direito à saúde é resumido oferta de medicamentos, limitando-se às ações curativas e paliativas, sem ter em conta o caráter primordial de promoção e prevenção de doenças e agravos. É gerada confusão entre a existência de mercado com a sua oferta de mais de 16 mil especialidades farmacêuticas e a existência do SUS, que deve ofertar tratamento à população em todos os níveis de complexidade da atenção à saúde.

A integralidade da atenção, como um conjunto articulado e contínuo de ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, em todos os níveis de complexidade do sistema, é prevista no art. 198, II, CF c/c art. 7º, II, LOS.

Como exposto no primeiro capítulo, o SUS deve garantir o acesso a ações de *promoção*, que visam eliminar ou controlar as causas das doenças e agravos, abarcando ações também em outras áreas, como habitação, meio ambiente, educação, etc.; *proteção*, que objetivam a prevenção de riscos e exposições às doenças, para manter o estado de saúde, incluindo ações de saneamento básico, imunizações, ações coletivas e preventivas, vigilância à saúde e sanitária, etc.; a *recuperação*, equivalendo esta às ações que evitam a morte de pessoas doentes, tal como as sequelas, atuando sobre os danos (atendimento médico, tratamento e reabilitação para os doentes). (CARVALHO; SANTOS, 1995: 36)

Em que medida o magistrado pode aferir se a integralidade será ou observada naquele determinado caso? Como sugestão, pode-se exigir comprovação de que a cirurgia, internamento, medicamento, etc., foi efetivamente prestado e se o paciente completará todo o ciclo de cuidados necessários ao tratamento.

e) O pedido é necessário?

Neste momento, poderão ser aduzidas questões mais específicas a depender da causa em discussão. Por exemplo, relativo a pedidos de fornecimento de medicamentos: está ou não incluso no RENAME? Possui genérico na oferta do SUS que seja compatível às necessidades terapêuticas do paciente? Está ou não registrado na ANVISA? Está em fase experimental ou não?

Obviamente, um jurista não está apto a solucionar tais problemas, necessitando, portanto, do auxílio de profissionais da área de saúde. Neste sentido, as referidas Resolução nº 107/2010, do Conselho Nacional de Justiça, que instituiu o Fórum Nacional do Judiciário para Monitoramento e Resolução das Demandas de Assistência à Saúde; e Recomendação n. 31/2010, para que os tribunais adotem medidas a subsidiar os magistrados a fim de assegurar-lhes mais eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde, por

exemplo, apoio técnico de médicos e farmacêuticos às decisões dos magistrados. Outra medida é a inclusão, no rol dos estudos de direito administrativo, da legislação relativa ao direito sanitário, nos concursos públicos para a magistratura.

Este último ponto merece maiores considerações.

Para evitar abusos de direito, onde apenas estabelecem semelhanças, que sejam estabelecidas também diferenças, para que a igualdade de tratamento entre todos os cidadãos seja mantida. Casos diferentes requerem decisões diversas, a adoção de uma concepção única e abstrata de saúde e a consequente resposta única às demandas judiciais, como ocorre no TJPA, em nada ajuda a concretização do direito constitucional à saúde. *É importante que os juízes busquem a resposta certa para cada caso, e não se deixem capturar por uma resposta única.*

Para tanto, cada caso concreto deve ser analisado em suas especificidades, pois a aplicação do texto constitucional pressupõe um contexto no qual incidirá. É importante buscar um equilíbrio entre a tradição constitucional que se extrai da Constituição e o contexto de aplicação.

Neste sentido, é relevante pontuar aspectos relativos às demandas por medicamentos, por apresentarem conceitos a princípio (e aparentemente) alienígenas ao discurso jurídico, porém, que assim são tidos por desconhecimento. Além disto, nota-se a existência de pressão psicológica nos magistrados no julgamento de tal tipo de ações. Ana Paula de Barcellos (2002: 275) ilustra tal situação:

A primeira dificuldade diz respeito à atuação do juiz e a suas impressões psicológicas e sociais, que não podem ser desconsideradas. Um doente com rosto, identidade, presença física e história pessoal, solicitando ao Juízo uma prestação de saúde – não incluída no mínimo existencial nem autorizada por lei, mas sem a qual ele pode vir mesmo a falecer – é percebido de forma inteiramente diversa da abstração etérea do orçamento e das necessidades do restante da população, que não são visíveis naquele momento e têm sua percepção distorcida pela incredulidade do magistrado, ou ao menos pela fundada dúvida de que os recursos públicos estejam sendo efetivamente utilizados na promoção da saúde básica.

Tatiana Figueiredo (2010: 44) esquematizou um fluxo, não absoluto, mas auxiliar, com etapas envolvidas na tomada de decisão em demandas por medicamentos:

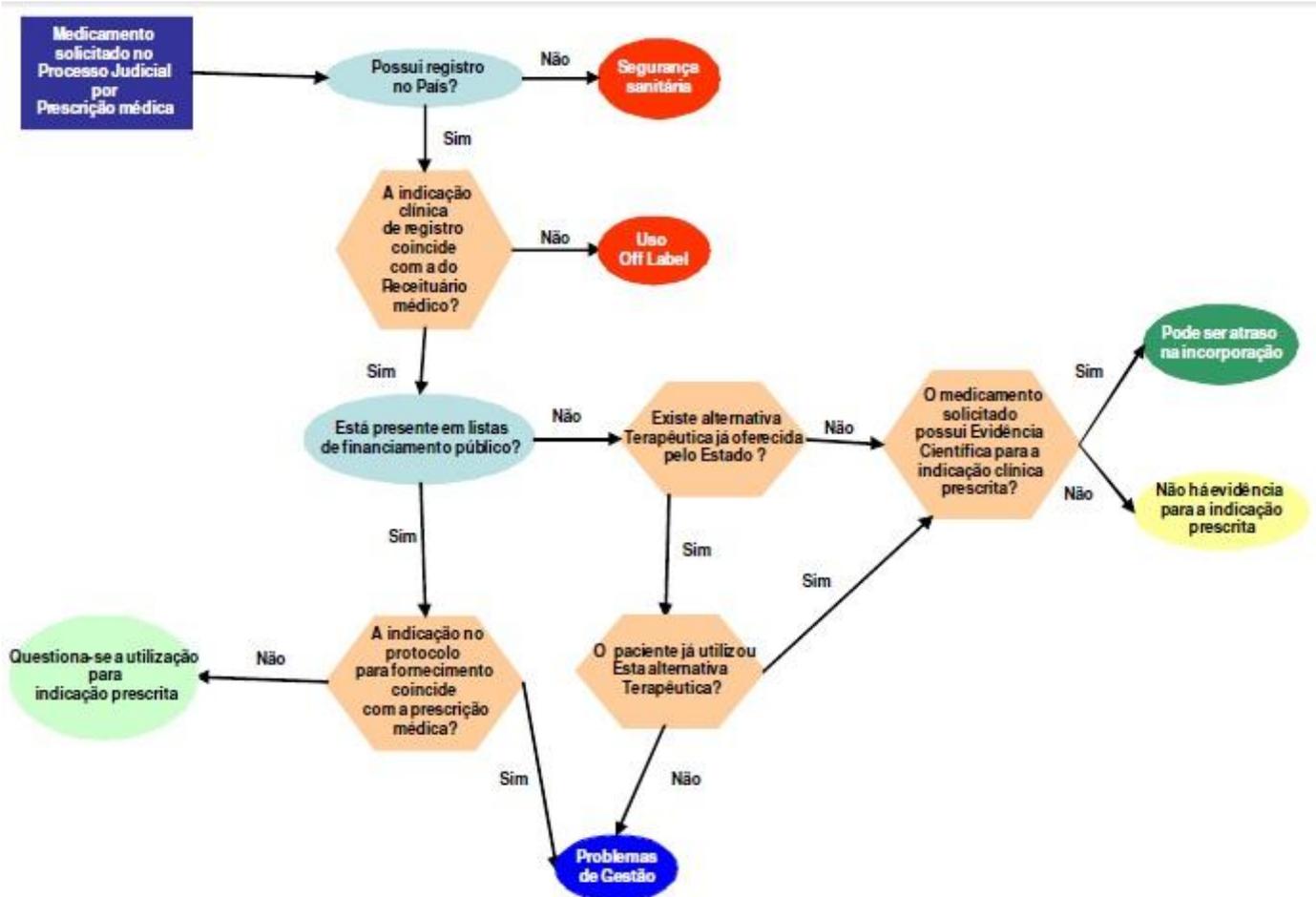


Figura 11 – Etapas na decisão judicial em demandas por medicamentos

Nota-se que são indicativos mais pragmáticos e que envolvem conceitos da área de saúde coletiva, já introduzidos neste trabalho¹¹⁰ e igualmente discutidos na Audiência Pública nº 4, ocorrida no STF.

Poder-se-ia questionar se a adoção de tais sugestões iria de encontro ao referencial teórico defendido, do direito como integridade, pois seriam enquadráveis nos argumentos de política e não de princípios, além de não estarem na perspectiva jurídica interna. Cremos que

¹¹⁰ À exceção do uso *off label*, que é explicitado pela autora: “O uso *off label* ocorre quando um medicamento é utilizado para uma indicação diferente daquela registrada no órgão regulador e não se tem evidências científicas sobre a referida indicação; ou quando se tem evidências sobre a indicação não registrada mas não foi de interesse para o produtor registrar o medicamento para esta indicação (Anvisa, 2005). A prescrição e a utilização *off label* podem trazer riscos aos pacientes, especialmente quando não foram realizados ensaios clínicos a fim de confirmar a eficácia e a segurança do medicamento para o segundo uso (Fugh-Berman & Melnick, 2008). Desta forma, quando o medicamento solicitado estiver prescrito para uma indicação não registrada na Anvisa, também deve-se questionar a segurança sanitária deste medicamento” (FIGUEIREDO, 2010: 45).

tal raciocínio é superficial, pois a Constituição, em seu art. 196, protege a segurança clínica das pessoas (“...que visem à redução do risco de doença e de outros agravos”), que é inclusa na integralidade. Não obstante, não se pode fechar a via de discussão judicial da própria atualização das listas e protocolos clínicos, o que certamente é melhor debatido no âmbito das ações coletivas.

5.4 A SAÚDE ENTRE O DIREITO COLETIVO E O DIREITO SUBJETIVO PÚBLICO

Patrícia Werner (2008: 93), em trabalho publicado na Revista de Direito Sanitário, inicia suas reflexões apontando que a jurisprudência sobre direitos sociais nos últimos vinte anos reflete as dificuldades de compatibilização entre milhares de casos individuais em um contexto comunitário, e que ainda são indefinidos e contraditórios os limites e alcances dessa categoria de direitos.

Em um viés, a doutrina e a jurisprudência tendem a suplantam a visão tradicional, que vislumbra o caráter dos direitos sociais como meramente programáticos, com aplicabilidade limitada; por outro, o intérprete enfrenta dificuldades em compreender e estabelecer parâmetros para manusear um direito em que são imbricadas faces opostas: direito público subjetivo a prestações e o direito social. Cremos que a autora empregou a expressão “direitos sociais” como equivalente a “direitos coletivos”, enquanto “direito público subjetivo” remete à faceta individual.

A autora considera que o Judiciário brasileiro elaborou uma interpretação perigosa e parcial do direito à saúde, com o rompimento à lógica original do Sistema Único de Saúde. Para exemplificar, criou o seguinte quadro (2008: 99):

Fórmula original do direito à saúde		
Direito de todos	Acesso universal	Igualitário
Dever do Estado	Ações descentralizadas	Atendimento integral
Políticas sociais e econômicas	Redução do risco doença	Ênfase na prevenção
Escolhas pressupõem a participação da comunidade		

Contrapõe duas categorias. Primeiramente, o direito subjetivo originário, aquele extraído diretamente da Constituição, em um momento pré legislativo, e exigível diretamente ante a omissão do poder público. Tece considerações sobre a perspectiva de John Rawls, em *Uma Teoria da Justiça*, e a posição original nos moldes delineados por este autor.

Em segundo lugar, o direito subjetivo a prestações, em que já existe uma positivação legislativa, maior densificação do conteúdo do direito social, com um dever de prestação estabelecido. “O intérprete passa a atuar dentro de contornos mais precisos de justiça distributiva, com padrões delineados para se analisar a igualdade na distribuição de prestações sociais dentro do conceito de inclusão social” (2008: 99).

Quando se lida com direito originário, para concretizar os termos dos artigos 196 a 200 de nossa Constituição, a partir da omissão do poder público em fornecer diretrizes para o SUS, o direito subjetivo é sobressalente. Porém, diz a autora, quando existem políticas sociais e econômicas delimitadas para a gestão do SUS, não se pode desprezar tal projeto, pois, do contrário, criar-se-á uma interpretação que vai de encontro à lógica do sistema. Neste momento, portanto, ultrapassa-se a fase de elaboração de um direito originário e se passa à concretização de um direito derivado, que deve ser gerido de modo descentralizado e com participação da comunidade. Para ela:

Ao intérprete cabe a função de buscar alternativas que otimizem os direitos constitucionais e as políticas públicas existentes. A posição majoritária atual do Poder Judiciário na interpretação do direito à saúde demonstra a desconsideração de determinados pontos do direito derivado a prestação e também de certos princípios originais, o que vem levando a sérias distorções no reconhecimento do próprio Sistema Único de Saúde (2008: 101).

Tal interpretação é exemplificada pelo segundo quadro (2008: 101):

Aplicação da fórmula original do direito à saúde		
Direito de todos	Acesso universal	Igualitário
Dever do Estado	Ações descentralizadas	Atendimento integral
Políticas sociais e econômicas	Redução do risco doença	Ênfase na prevenção
Escolhas pressupõem a participação da comunidade		

Em relação ao Judiciário, o direito à saúde, por sua imprecisão, provoca dificuldades para ser compreendido e aplicado, seja quanto à sua definição, extensão ou limites.

Uma das principais dificuldades indicadas pela autora, com a qual concordamos, é o fato de que, não obstante vinte anos de vigência da Constituição, há um desconhecimento do projeto Sistema Único de Saúde. Com esta preocupação escrevemos o capítulo anterior, na tentativa de destrinchar a estrutura constitucional e legislativa do direito à saúde e, de modo sucinto, mostrar que existem políticas públicas (como a de dispensação de medicamentos) juridicamente construídas sobre o assunto, ainda estranhas a vários profissionais do direito.

Ao fim, considera que a lógica preponderante simplifica o direito à saúde como sinônimo ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana (como vimos nas decisões comentadas anteriormente). Este aspecto, se levado ao extremo, conduz à conclusão de que se trata de um direito individual subjetivo absoluto, “que não pode ser denegado de forma alguma; porém, todo indivíduo tem o direito à vida; todo indivíduo tem o direito à dignidade humana e todo indivíduo tem direito à saúde”. (2008: 127)

Ao encontro destas colocações, em trabalho escrito com base em seminário proferido no primeiro Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde, instituído no âmbito do CNJ, Gustavo Amaral (2011: 81-115) traz valiosas contribuições.

Delimita a problemática do direito à saúde em dois flancos: primeiramente, a partir do pressuposto que política pública é o conjunto de medidas e procedimentos estatais, diretas ou indiretas, que buscam atingir uma meta ideal, o dever do Estado é o de elaborar mecanismos gerais de atendimento e o direito do indivíduo é ao cumprimento dessas políticas, nas fronteiras em que fincadas. Aqui, a intervenção do Judiciário só se daria no controle da execução das políticas públicas, no controle das escolhas e resultados.

Diametralmente oposta, a segunda ótica enxerga na Constituição a outorga de um direito subjetivo à saúde, ou seja, à obtenção de prestações estatais dirigidas a um estado de plenitude de “saúde”, tendo por única justificativa a condição de cidadão. Para esta corrente, a judicialização do SUS é tautologia, pois já haveria direitos resguardados diretamente pela Constituição, devendo o Judiciário zelar para que seja cumprida (2011: 82-83).

Ambos são extremos. O primeiro, das políticas públicas, é retórico,

seja pela escassez de quem o defenda como definição completa do modelo constitucional, seja porque há um conjunto de ações relacionadas à saúde já

estabelecidas em lei e, assim, seja por conta da lei, seja por conta da Constituição, há, em alguma medida, direitos subjetivos passíveis de tutela jurisdicional, mesmo sob a ótica de políticas públicas.

O segundo, para o autor, representa visão mais simplista, que é a preponderante sobre o tema. (2011: 82-83). Para ele, alguns pontos devem ser demarcados neste debate:

Em primeiro lugar, considera mais adequado se falar em direito a cuidados de saúde, ou cuidados voltados à saúde, evitando uma percepção equivocada de que um estado de não saúde seja um estado de violação a ser sanado por prestação estatal que reponha a situação “saúde”, ou o mais próximo que dela se possa chegar.

Podemos vislumbrar uma aproximação entre a posição do autor e as críticas ao conceito atual de saúde adotado pela OMS, como visto no primeiro capítulo, em que há quem defenda ser impossível atingir um estado de pleno bem-estar e felicidade, como o conceito, por ser muito amplo, abrange.

Em segundo lugar, não é possível tratar este direito como um direito clássico, a partir da constatação de escassez de recursos. “Atender alguém é consumir recursos finitos do que pode resultar, ao final, que escolher quem atender é também escolher quem não atender” (2011: 97-98).

Em terceiro lugar, o direito a cuidados de saúde se concretiza de modo *preferencial* como um direito a políticas públicas, o que não significa, que equivalha a um direito a aquilo que o Estado resolver prestar ou se comprometer a prestar; pelo contrário, há um dever constitucional de elaborar tais políticas e um dever de eficiência e de cobertura universal.

Por fim, por sua própria natureza, tal direito não abarca uma definição completa antes do completo exame da situação posta à análise jurisdicional (2011: 97-98).

Ratificando, a necessidade é de uma saída harmônica a ser construída continuamente e de se enxergar o âmbito individual e coletivo do direito à saúde como complementares, e não antagônicos.

O último autor que gostaríamos de comentar é Ingo Wolfgang Sarlet, em texto que também integra o livro do qual faz parte o texto do autor anterior, a partir de palestra proferida no Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde.

Primeiramente, o jurista gaúcho salienta a diferença entre *destinatário* e *titular* de direitos fundamentais. Titular de um direito, notadamente no viés de dimensão subjetiva dos direitos e garantias fundamentais, é o sujeito ativo da relação jurídico-subjetiva, enquanto

destinatário é a pessoa, seja física, jurídica ou ente despersonalizado, em face da qual o titular pode exigir o respeito, proteção ou promoção do seu direito.

Afirma que os direitos sociais, pela forte ligação com a dignidade humana e o direito (e garantia) a um mínimo existencial, surgiram e foram incorporados ao direito internacional dos direitos humanos e ao direito constitucional como referentes, em primeiro lugar, à pessoa humana singularizada ou indivíduos integrando certos grupos em situação de desvantagem social, econômica e cultural.

Ressalta que a corrente diferenciação entre direitos individuais (habitualmente empregada tal terminologia para os direitos civis e políticos) e direitos e deveres sociais, econômicos e culturais, não reside na titularidade dos direitos, ou seja, na condição de ser, ou não, a pessoa singularmente considerada um sujeito de direitos humanos e fundamentais, porém, de forma mais apropriada, na natureza e objeto do direito em cada caso.

Aquela posição remete ao tradicional (em parte superado) esquema de que os direitos individuais (civis e políticos) correspondem aos direitos negativos (de cunho defensivo), com deveres de abstenção, tendo por destinatário o poder público. Os direitos sociais, econômicos e culturais são, nesta ótica, aqueles cuja satisfação depende de uma atuação positiva, de um conjunto de prestações estatais. Tal diferenciação levou à classificação de direitos de primeira dimensão para aqueles e de segunda dimensão para estes.

De todo modo, o autor fez esta pequena retrospectiva para salientar que nem a distinção entre direitos individuais e sociais, nem sua inserção em grupos de direitos de distintas dimensões, foi baseada no critério da titularidade individual ou coletiva dos direitos civis e políticos em relação aos direitos sociais.

Como afirma José Ledur, as dimensões individual e coletiva, tal como a difusa, coexistem, de modo que a primeira não fica afastada pelo fato do exercício do direito ocorrer na esfera coletiva. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como visto, reconhece há tempos um direito subjetivo individual a prestações em matéria de saúde (embora neste ponto.

Para ele, as críticas que resumimos anteriormente confundem a titularidade em si de um direito fundamental, isto é, a condição da pessoa ser o sujeito de direitos, com eventual limitação do objeto do direito ou até eventual restrição do acesso a alguma prestação por uma condição econômica privilegiada ou outros critérios.

Outra explicação para se atribuir titularidade coletiva aos direitos sociais (com a correlata negação da titularidade individual) pode estar relacionada à confusão entre a figura das políticas públicas e dos direitos sociais como direitos fundamentais.

Neste contexto importa, ainda que em caráter sumário, insistir na distinção entre tais categorias. Com efeito, políticas públicas não se confundem com os direitos fundamentais, designadamente como direitos subjetivos (individuais e/ou coletivos e difusos) que são veiculados e tutelados ou promovidos por meio de políticas públicas, o que não afasta a possibilidade de um direito a que o Estado atue mediante políticas públicas, precisamente como forma de assegurar a efetividade dos direitos fundamentais. Assim, além do controle da política pública como tal, que evidentemente resulta também na tutela de direitos, cuida-se de algo distinto quando se busca, muitas vezes já com base em determinada política pública (como bem revela o caso da legislação que obriga o poder público ao fornecimento de medicamentos) obrigar o Estado a efetivamente assegurar a prestação ao indivíduo ou conjunto de indivíduos que deixou de ser atendido. (2011: 135)

Em suma:

1- Reconhece que a titularidade dos direitos sociais e do direito à saúde em particular é tanto individual quanto coletiva e mesmo difusa, não se podendo, pelo menos não de forma generalizada, afastar uma litigância individual com base nesta linha argumentativa.

2- O argumento segundo o qual a concessão judicial de prestações sociais a indivíduos por vezes provoca efeitos danosos em cunho de justiça distributiva, estimulando o fenômeno dos *free-riders* (“caronas”), deve ser relativizado, pois o respeito ao princípio da isonomia não pode justificar eventual violação da dignidade concreta de cada pessoa.

3- Em relação às pesquisas que criticam o fato de que boa parte dos autores demandantes de prestações de saúde não são patrocinados pela Defensoria Pública ou órgãos de assistência judiciária gratuita, gerando benefícios à parcela mais privilegiada da sociedade, Sarlet diz que não se pode falar em surgimento de uma distorção pelo fato de que pessoas com recursos suficientes para não serem atendidas pela DP ou similares tenham os seus direitos reconhecidos pelo Judiciário. Lembra que, na seara da saúde, muitas vezes, há prestações tão dispendiosas que mesmo pessoas de maior padrão aquisitivo não as podem custear pessoalmente e nem são prestações cobertas pelos planos privados de saúde.

Os litigantes individuais (e coletivos) não constituem um bando de mal-intencionados egoístas disposto a saquear, em benefício próprio e com o auxílio do Ministério Público, da Defensoria Pública e do Poder Judiciário, os cofres públicos, o que, embora não seja como tal formulado em algumas falas, acaba, por vezes, pelo menos sendo sugerido sutilmente. Que eventualmente excessos não de ser contidos e critérios mais racionais e isonômicos desenvolvidos, constitui precisamente uma das preocupações que move o presente texto. (2011: 140)

É compreensível a preocupação do autor; porém, isto não afasta o fato de que, quando se trata de saúde, os custos são crescentes, a partir do desenvolvimento e incorporação

de novas tecnologias, o que, certamente, demandará escolhas e discussão de critérios para tal tipo de gastos.

Não significa que se esteja partindo do pressuposto de que há recursos suficientes no SUS, mas, o ponto é: por mais recursos que sejam destinados à saúde, é impossível atender a *todas* as necessidades de saúde de uma população, seja em um país mais desenvolvido economicamente ou em desenvolvimento, como o nosso. Sempre será necessário se fazerem escolhas, que muitas vezes são difíceis na área da saúde. Como ponderam Octavio Ferraz e Fabiola Sulpino Vieira (2009):

Essa constatação, que pode parecer óbvia a economistas e administradores da saúde, acostumados a lidar com a escassez de recursos, não é facilmente compreendida pelo público em geral e pelos profissionais do direito em particular. Para estes, prevalece a ideia culturalmente arraigada de que a saúde não tem preço, sendo mesmo uma espécie de ofensa abordar aspectos financeiros quando o que está em jogo é a saúde e a própria vida. Essa postura – compreensível, mas fundamentalmente insustentável – é combinada no Brasil com a opinião consolidada de que os recursos públicos são sempre mal aplicados e frequentemente desviados por corrupção. Nesse clima, fica a sensação de que o problema da saúde e de outros programas sociais não é a escassez de recursos, mas sim sua utilização inadequada. [...] A magnitude do problema pode ser ilustrada com o seguinte exemplo. Tome-se apenas as seguintes doenças: *hepatite viral crônica C* e *artrite reumatóide*. Imaginemos que o SUS, ao invés de oferecer, como hoje se faz, uma lista de medicamentos escolhidos pelo seu perfil de segurança, eficácia (faz o que se propõe a fazer em condições controladas), *custo-efetividade* (faz o que se propõe a fazer em condições reais ao menor custo) e mediante protocolo, resolvesse oferecer a todos os cidadãos portadores dessas duas doenças, conforme prevalência estimada, os medicamentos mais recentes disponíveis no mercado: interferon peguilado para a hepatite viral crônica C e infliximabe, etanercepte e adalimumabe para a artrite reumatóide.

Vejamos agora quanto custaria ao SUS adotar essa política. O quadro 1 apresenta a estimativa do total de recursos financeiros, em reais (R\$), necessários para atendimento a todos os pacientes portadores dessas duas doenças, estimados em 1,9 milhão de pessoas com base nos dados epidemiológicos disponíveis.

O total é de 99,5 bilhões de reais! Para se ter a dimensão exata de tais gastos, é preciso analisá-los no contexto dos gastos totais do governo em saúde e da riqueza do Brasil. O Produto Interno Bruto (PIB) do país apurado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) em 2006 foi de 2,3 trilhões de reais (Ipea, 2007). Os gastos necessários para tratar apenas duas doenças acima mencionadas com as tecnologias (medicamentos) citadas consumiriam, portanto, nada menos que 4,32% do PIB brasileiro. Para se ter uma dimensão ainda mais clara de quanto isso representa, observe-se que em 2004, as despesas totais com ações e serviços públicos de saúde financiada com recursos próprios dos municípios, estados e União totalizaram 3,69% do PIB (Siops, 2007). Se aplicarmos esse percentual ao PIB de 2006, teremos um valor aproximado de gasto público total com ações e serviços de saúde de 85,7 bilhões de reais neste ano.

Conclui-se, assim, que os recursos financeiros necessários para implementar essa política de assistência terapêutica a apenas 1% da população e em relação a apenas duas doenças (99,5 bilhões de reais) seriam superiores ao gasto *total* de todas as esferas de governo com o conjunto de ações e serviços de saúde (85, 7 bilhões de reais). Ou seja, para fornecer apenas 4 medicamentos para tratar 2 doenças, cobrindo 1% da população, gastar-se-ia mais o que é atualmente gasto com todo o atendimento feito pelo SUS com internação, diagnóstico, tratamento, cirurgias, ações de educação em saúde, vigilância sanitária e epidemiológica, entre outras. Este simples exemplo, que pode parecer extremo, é porém bastante ilustrativo do problema da escassez de recursos.

Em síntese, a existência de distorções deve servir de estímulo para ajustes necessários e possíveis. O aperfeiçoamento da via administrativa (no que diz respeito à clareza, simplicidade e acesso às informações, à desburocratização, à tempestividade, entre outros aspectos) constitui certamente o melhor caminho para tanto e se insere, num plano mais amplo, na noção de boa governança que também e acima de tudo deve imperar na esfera dos serviços públicos essenciais à garantia de uma vida digna, o que, por sua vez, implica ampliação e aperfeiçoamento dos mecanismos de controle social. Quanto mais efetivo for o acesso pela via administrativa, menos trilhado – por desnecessário – tenderá a ser o caminho judicial.

Há que aperfeiçoar tanto as possibilidades de acesso ao caminho jurisdicional, para que também neste plano se alcance maior isonomia, e neste espírito foram propostos os parâmetros do item anterior, quanto investir na efetividade do processo judicial, pois resulta evidente que uma prestação jurisdicional morosa e ineficiente também constitui um obstáculo para a eficácia e efetividade do direito à saúde.

Por outro lado, se é possível afirmar a correção do entendimento de que a tutela coletiva (especialmente em nível preventivo) deva assumir caráter preferencial, já que possui a incensurável virtude de minimizar uma série de efeitos colaterais mais problemáticos da tutela jurisdicional individual na esfera dos direitos a prestações sociais, também é certo – [de acordo com o que se extrai da STA 175] – que a eliminação da possibilidade de demandas individuais poderá, por si só, representar uma violação de direitos fundamentais, notadamente quando em causa o direito a uma vida digna e quando não assegurado um patamar suficiente de proteção social. (SARLET, 2011: 142-143)

O direito à saúde, como outros direitos sociais, além de estar genericamente previsto no rol do artigo 6º, teve sua estrutura deslindada no Título VIII – Da Ordem Social, nos arts. 196 a 200. A regulação constitucional do direito à saúde não se limitou a estabelecer regras, como a do financiamento de tal direito, mas instituiu uma ampla política pública, o

Sistema Único de Saúde, e estipulou os princípios regedores de tal política e do direito à saúde como um todo. E princípios que podem ser enquadrados naquela definição de Dworkin, qual seja, de normas balizadoras de cunho moral, para além de uma rígida distinção semântica entre regras e princípios.

A justiciabilidade da saúde no Brasil não é ilegítima; ao contrário, o que se está argumentando é que os magistrados devem atuar no campo delimitado pela própria Constituição e, a partir dela, pela Lei Orgânica do SUS e as demais normas reguladoras do direito à saúde. Aqui é o campo dos argumentos de princípio. O que as pesquisas referidas apontam, no fundo, é que os magistrados brasileiros, de um modo geral, não conhecem a regulação deste direito e aplicam somente a primeira parte do artigo 196 da Constituição (*a saúde é direito de todos e dever do Estado*), ou seja, a crítica é ao *modo* como tal justiciabilidade vem ocorrendo em nosso país.

Creemos que é possível, a partir dos aportes da teoria do direito como integridade, enxergar a questão da saúde com outro olhar: aquele de que todos os dispositivos constitucionais devem ser harmonizados entre si e com a prática jurisdicional. O Supremo Tribunal Federal não deixou de reconhecer, pelo contrário, reafirmou a fundamentalidade do direito à saúde. Não foi abandonada a interpretação anterior; o que se está tentando fazer é adequá-la, racionalizar suas inferências para melhor contribuir na concretização deste importante direito.

Os direitos sociais e, dentre eles, o direito à saúde, estão a reclamar um redirecionamento. Pode-se perguntar: existe um direito público subjetivo para cada cidadão ou suprimem-se as demandas individuais, já que estamos na seara dos direitos sociais a serem implementados única e exclusivamente por meio de políticas públicas? Como vimos, essas são posições extremas e busca-se a construção de uma solução mais equilibrada contemplando as diversidades e o pluralismo existente em nossa sociedade.

O desafio é a conciliação entre a dimensão subjetiva, individual e coletiva do direito à saúde e a dimensão objetiva da saúde como dever da sociedade e do Estado, e de como a judicialização deve ser sensível a ambas. Na suspensão de tutela antecipada nº 175, o STF afirmou essa dimensão individual e coletiva do direito à saúde, não tomando partido exclusivamente por nenhuma delas, mas fazendo coexistir ambas.

O direito à saúde, sim, abarca o direito à vida e à dignidade humana; porém, deve-se dar um passo adiante, fugindo desta posição maniqueísta: o indivíduo *sempre* à beira da morte (mesmo sem produção instrutória a contento que o comprove), o magistrado como paladino da justiça, ainda que com as melhores intenções, e o poder público como o ente

maligno que nega o direito dos cidadãos. O direito à saúde deve ser harmonizado e integrado com os outros direitos sociais, com a legislação infraconstitucional e a própria estrutura das políticas públicas do SUS, traçadas com a participação da comunidade. Ressaltamos que este último ponto é imperativo a partir do art. 198, III, da Carta Magna, embora não tenha sido objeto da presente pesquisa.

A fórmula acima apresentada produz uma visão totalmente individual do direito à saúde, acarretando produção de decisões que concedem todo e qualquer pedido apresentado ao Judiciário. Para nós, este é o principal problema a ser atacado. Se de um lado, não se pode olvidar a faceta coletiva desse direito, tampouco se deve, em outro extremo, negar peremptoriamente o âmbito individual, sob pena de concordar-se com um verdadeiro retrocesso relativo à proteção dos direitos fundamentais. O que se faz necessário é maior refinamento da atividade jurisdicional.

6 CONCLUSÃO

A Constituição de 1988 representou um divisor de águas pelo modo como tratou os direitos fundamentais. Positivou uma série de direitos até então não abordados de forma sistemática pela legislação. Dentre estes, o direito à saúde é pioneiramente previsto.

O texto constitucional igualmente previu a implantação de uma nova forma de organização do Estado, para a atuação no campo da saúde. O novo modelo, intitulado Sistema Único de Saúde (SUS), foi insculpido com a fixação de princípios como o da universalidade e o da integralidade do atendimento e o de que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado. Na ideia de unicidade, também prevê a participação dos vários entes da Federação, com a hierarquização e a descentralização como diretrizes.

Nestes 20 anos, o SUS foi gradualmente construído, sendo reconhecido por muitos países e organizações internacionais de saúde como um excelente modelo. Porém, não conseguiu, cumprir as promessas previstas na Constituição. Em decorrência da garantia constitucional do direito à saúde e da sua falta de efetivação plena pelo SUS cresceu exponencialmente a quantidade de demandas judiciais pleiteando a determinação compulsória do fornecimento de alguma forma de direito prestacional à saúde.

Estes confrontam os cidadãos, solicitando um direito que lhes parece líquido e certo em todo caso, e os entes da Federação, que claramente não possuem condições materiais de fornecer tudo a todos. Imiscuídos nesta disputa há, também, o Poder Legislativo, com a incumbência de elaborar leis regulamentando os dispositivos constitucionais, o Ministério Público, com a função de *custos legis*, e muitas vezes de demandante, e o Poder Judiciário, que deve decidir as demandas nos casos concretos. As demandas sobre o direito à saúde incluem vários aspectos, dentre eles o tipo de eficácia da norma constitucional, a delimitação (o alcance) do direito constitucional à saúde, a possibilidade de normas infraconstitucionais e infralegais regulamentarem esse direito, e o papel do Poder Judiciário e do Ministério Público em relação às políticas públicas.

A doutrina e a jurisprudência brasileira se fortaleceram neste período na compreensão de que o direito constitucional à saúde representa um direito de eficácia plena e imediata. A ideia pré-constitucional prevalente da necessidade de uma norma infraconstitucional, para dar eficácia formal ao dispositivo constitucional, foi paulatinamente substituída por este novo entendimento. O processo de mudança iniciou com a alteração na doutrina e decisões judiciais esparsas, e firmou-se com as decisões do Supremo Tribunal Federal, prescrevendo o direito constitucional à saúde um direito auto-aplicável. Porém, o

reconhecimento desta fundamentalidade material e formal não solveu o imbróglio de sua concretização, sob a ótica jurídica, e, é claro, do viés prático do acesso de cada um à saúde.

A partir da década de 90, o Supremo Tribunal Federal estipulou o fornecimento de medicamentos para o tratamento de portadores do vírus HIV, com base nos artigos 6º e 196 da Constituição da República. Reafirmou-se o direito constitucional à saúde como de eficácia plena e imediata e que os medicamentos fazem parte deste direito.

O pleito judicial ascendente por medicamentos excepcionais e tratamentos, com as decisões favorecendo os demandantes, passou a representar uma parcela considerável dos custos dos governos na área de saúde. O Judiciário, pressionado pelas petições, as quais quase invariavelmente aduzem a existência de riscos iminentes de prejuízos irreparáveis à saúde e de morte, de modo geral determinado liminarmente o fornecimento dos medicamentos, lastreando sua decisão no direito constitucional à saúde, nos moldes acima explicitados; tendência esta confirmada pela pesquisa nas decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Pará.

Tais decisões sofreram algumas críticas, que alegam a falta de informação e conhecimento dos juízes para alocarem recursos escassos, falta de legitimidade dos juízes para tal alocação e a quebra da igualdade e existência de iniquidade na distribuição de recursos.

Diante da incapacidade do Estado brasileiro em atender todas as demandas da área de saúde e da progressiva judicialização deste direito social, é necessário buscar consensos mínimos entre as várias esferas de poder e a população para vislumbrar alternativas que possibilitem concretizar mais enfaticamente tal direito e permitir um maior grau de justiça.

As decisões judiciais, determinando o fornecimento do direito prestacional à saúde, de maneira quase uniforme, baseadas em certa leitura da Constituição, foram importantes, em um primeiro momento, para abrir caminho para a efetivação do direito à saúde, mas, como afirma Barroso, o sistema pode morrer da própria cura, tendo em vista o voluntarismo, decisões extravagantes ou emocionais, e falta de critérios das decisões judiciais (2008: 875-876).

A falta de parâmetros mais sólidos para fundamentar as decisões judiciais complica a atuação dos magistrados, que, muitas vezes, se veem entre a alternativa de determinar o fornecimento do direito prestacional, baseando-se em provas frágeis, porém sob a pungente argumentação do risco à vida, ou negar e correr o risco de prejudicar a saúde do demandante. É mister, portanto, serem propostos parâmetros mais adequados, que estipulem consensos mínimos para o fornecimento judicial do direito prestacional à saúde.

Tais decisões firmam-se basicamente em uma leitura parcial do texto constitucional, e têm sido amparadas em qualquer relato médico que sublinhe a necessidade de determinado tratamento. Esta visão e prática da magistratura acaba por ser uma forma quase automática de fornecimento prestacional. Como discutido e demonstrado, esta fórmula é aplicável às demandas que abordam o aspecto individual do direito à saúde, pois, quando há um pleito sobre o viés coletivo, tende a ser indeferido.

Avançamos nosso estudo com análise da jurisprudência do TJPA abrangendo demandas judiciais por prestações de saúde pelo entes públicos, julgadas em segunda instância entre 2008 e 2011. Foi possível identificar, entre outros dados, os argumentos essenciais apresentados pelas partes e fundamentos assumidos pelos magistrados em suas decisões.

A constatação mais relevante dessa análise, no entanto, foi notar que há uma conformação jurisprudencial que não é compatível com a complexidade da temática. O discurso dos Desembargadores do Pará tende a considerar o direito à saúde em bases absolutas, de forma que praticamente todas as demandas são acolhidas. Assim, os magistrados do TJPA pouco têm a dizer sobre saúde, postura que possibilita que pretensões legítimas e abusivas tenham igual tratamento.

E tal postura não denota um protagonismo judicial dedicado à realização do direito à saúde, mas uma falta de coerência com os princípios constitucionais que orientam a concretização desse direito e a inobservância das normas que estruturam o SUS.

É necessário que os magistrados busquem a construção de critérios claros para guiar suas decisões sobre saúde e harmonizar o direito constitucional com a legislação ordinária que densifica seu conteúdo normativo, de forma a analisar cada caso concreto em toda sua complexidade, buscando a *resposta certa*. Nesse sentido, sugerimos que as demandas judiciais por medicamentos fossem submetidas a uma análise baseada em *cinco critérios*: da plausibilidade jurídica do pedido; da universalização; da isonomia; da integralidade e da necessidade. Ademais, foi apresentada sugestão de percurso analítico para os casos de fornecimento de medicamentos, pelas peculiaridades que apresentam.

Por fim, ressaltamos a necessidade de se (re) estabelecer o equilíbrio entre as facetas individual e coletiva do direito à saúde como complementares e não antagônicas. Em resumo, como pondera Gustavo Amaral, deve-se fugir do dicotomismo entre *saúde direito de todos*, como se estivéssemos em campo de políticas públicas puras, sem que existam direitos individuais, e *saúde direito de cada um*, como se bastasse o singelo silogismo em que a premissa maior é que *saúde é direito de todos e dever do Estado*, a premissa menor é que

fulano ou fulana necessita de cuidados médicos e a síntese é que logo, o Estado está obrigado a entregar seja-lá-o-que-for, custe-o-que-custar (2011: 82).

REFERÊNCIAS

AITH, Fernando Mussa Abujamra. **Teoria geral do direito sanitário brasileiro**. Tese (Doutorado em Saúde Pública) - Universidade de São Paulo. Faculdade de Saúde Pública. 2006a. 458 f.

_____. Políticas Públicas de Estado e Governo: Instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção, proteção dos direitos humanos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006b, p. 217-245.

_____. **Curso de direito sanitário: a proteção do direito à saúde no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

AQUINO, D. S. Por que o uso racional de medicamentos deve ser uma prioridade? **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 13 (Sup.), p. 733-736, 2008.

AYRES, José Ricardo C. M. Uma concepção hermenêutica de saúde. **Physis: Rev. Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, 17(1): 43-62, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo** vol. 240, 2005, p. 83-103.

_____. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). **Leituras complementares de Direito Constitucional: Direitos humanos e direitos fundamentais**. Salvador: JusPODIVM, 2008a, p.

_____. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008b, p. 803-826.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Orgs.). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p..

_____. A ascensão política das Supremas Cortes e do Judiciário. **Revista Consultor Jurídico**, 6 de junho de 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-06/luis-roberto-barroso-ascensao-politica-supremas-cortes-judiciario>>. Acesso em: 6 jun. 2012.

BARTOLOMEI, Carlos Emmanuel Fontes; CARVALHO, Mariana Siqueira de; DELDUQUE, Maria Célia. A saúde é um Direito!. **Saúde em Debate**, Rio de Janeiro, v. 27, n. 65, p. 184-191, set./dez. 2003.

BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e Estado na filosofia política moderna**. São Paulo: Brasiliense, 4ª ed., 1ª reimp., 1996.

_____. **O Futuro da Democracia**. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

_____. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOMFIM, Regina Lúcia Dodds. **Agenda única de saúde**: a busca do acesso universal e a garantia do direito à saúde. 2008. 164 f. Tese (Doutorado em Política, Planejamento e Administração em Saúde) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Instituto de Medicina Social, Rio de Janeiro, 2008.

BORGES, Danielle da Costa Leite. **Uma análise das ações judiciais para o fornecimento de medicamentos no âmbito do SUS**: o caso do Estado do Rio de Janeiro no ano de 2005. 117 f. Dissertação (Mestrado em Planejamento e Gestão de Sistemas e Serviços de Saúde) - Fundação Oswaldo Cruz, Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca, Rio de Janeiro, 2007.

BRANCO, Luciana Temer Castelo. **Abrangência do direito à saúde**: fornecimento de medicamentos especiais é dever do Estado? Disponível em http://www.cepam.sp.gov.br/v11/arquivos/artigos/it_saude.pdf. Acesso em 07. jan. 2011.

BRASIL. Ministério da Saúde. Determinação e avaliação do custo do Programa de Saúde da Família – PSF. Consórcio FGV-EPOS, 2001. Disponível em: <<http://189.28.128.100/dab/docs/geral/determinacao.pdf>>. Acesso em: 04 mar 2011.

BRASIL. Comissão Nacional sobre determinantes sociais da saúde. **As causas sociais das iniquidades em saúde no Brasil**. Relatório final CNDSS, 2008.

BRASIL. Conselho Nacional dos Secretários de Saúde. **Para entender a gestão do Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional**. Brasília: CONASS, 2004.

BRASIL. Conselho Nacional dos Secretários de Saúde. **SUS: avanços e desafios**. Brasília: CONASS, 2006.

BRASIL. Conselho Nacional dos Secretários de Saúde. **Para entender a gestão do SUS**. Brasília: CONASS, 2007. (Coleção PROGESTORES, Livro 1).

BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Assistência Farmacêutica no SUS**. Brasília: CONASS, 2007. 186p. (Coleção Progestores – Para entender a gestão do SUS, 7).

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. Departamento de Atenção Básica. **Política Nacional de Medicamentos**. Brasília: Ministério da Saúde, 2002.

BRASIL. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. **Resolução CNS/MS nº 338** de 06 de maio de 2004. Aprova a Política Nacional de Assistência Farmacêutica. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, maio 2004.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Caminhos do direito à saúde no Brasil**. Série textos básicos em saúde. Brasília: MS, 2007.

BRASIL. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. **Portaria nº 2981**, de 26 de novembro de 2009. Aprova o Componente Especializado da Assistência Farmacêutica. Brasília, 2009.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas Públicas e Direito Administrativo. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 34, n. 133, 1997, p. 89-98.

CAMARGO JUNIOR, Kenneth Rochel de. As armadilhas da “concepção positiva de saúde”. *Physis - Rev. Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, 76(1): 63-76, 2007.

CAMPOS, Sandra Lúcia Furquim de. **A responsabilidade na gestão da saúde pública**. Tese (Doutorado em Saúde Pública). Universidade de São Paulo. Faculdade de Saúde Pública, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contribuição para compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 1983.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2ª ed., Coimbra: Almedina, 1998.

CARVALHO, Guido Ivan de; SANTOS, Lenir. **Sistema Único de Saúde**. 2ª ed., São Paulo: Hucitec, 1995.

CARVALHO, Mariana Siqueira de. A saúde como direito social fundamental na Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito Sanitário**, v.4, n.2, p. 15-31, jul. 2003.

CHIEFFI, Ana Luiza; BARATA, Rita Barradas. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 8, p.1839-1849, ago. 2009.

CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do direito e modernidade**. Curitiba: J.M., 1995.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 22ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CONH, Amélia. Os caminhos da reforma sanitária. **Lua Nova**, São Paulo, n. 19, 1989, p. 123-140.

_____. *et al.* **A saúde como direito e como serviço**. 3ª ed. São Paulo: Cortez; 2002.

_____; ELIAS, Paulo. **Saúde no Brasil**: políticas e organização de serviços. 5ª ed. São Paulo: Cortez, 2003.

DALLARI, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, 22 (1), p. 57-63, 1988.

_____. **Os Estados brasileiros e o direito à saúde**. São Paulo: Hucitec, 1995.

_____. ; VENTURA, Daisy de Freitas Lima. O princípio da precaução: dever do Estado ou protecionismo disfarçado? **Revista São Paulo em Perspectiva**, n.16 vol.2, São Paulo, 2002, p.53-63.

_____. Direito Sanitário. In: BRASIL, Ministério da Saúde. **Direito sanitário e saúde pública**, vol. I. Brasília, 2003, p. 39-61.

_____. A construção do direito à saúde no Brasil. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, 9 (3), p. 9-34, 2009.

_____.; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito Sanitário**. São Paulo: Verbatim, 2010.

DEJOURS, Christophe. Por um novo conceito de saúde. **Revista Brasileira de Saúde Ocupacional**. Vol. 14, nº 54, abr./maio/jun. 1986, p. 7-11.

DERBLI, Felipe. A aplicabilidade do princípio de proibição do retrocesso social no direito brasileiro. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 343-382.

DIAS, Jean Carlos. **O controle judicial das políticas públicas**. São Paulo: Método, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Law as interpretation**. Texas Law Review, v. 60, p. 527-550, 1982.

_____. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **A virtude soberana**: teoria e prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ELIAS, Alexandre Nemer. Direito sanitário: autonomia e princípios. **Revista de Direito Sanitário**. São Paulo v. 9, n. 2, p. 47-64, Jul./Out. 2008.

ELIAS, Paulo. Reforma ou contrarreforma na proteção social à saúde. **Lua Nova**, São Paulo, n. 40/41, 1997.

FARIA, José Eduardo. **Qual o futuro dos direitos?** Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista. São Paulo: Max Limonad, 2002.

FERRAZ, Octavio Luiz Motta Ferraz. The right to health in the courts of Brazil: worsening health inequities? **Health and human rights**, v. 11, nº 2, 2009, p. 33-45.

_____.; VIEIRA, Fabíola Sulpino. Direito à saúde, políticas públicas e desigualdades no Brasil: equidade como princípio fundamental. **Revista Dados**, v. 52, n.1, 2009.

FERREIRA, Camila Duran. et al. **O Judiciário e as políticas de saúde no Brasil: o caso Aids**. São Paulo, 2004. Monografia vencedora do Concurso de Monografias “Prêmio IPEA 40 anos”. Disponível em: <<http://getinternet.ipea.gov.br/SobreIpea/40anos/estudantes/monografiacamila.doc>>. Acesso em 20 set. 2011.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FIGUEIREDO, Tatiana Aragão. **Análise dos medicamentos fornecidos por mandado judicial na Comarca do Rio de Janeiro: a aplicação de evidências científicas no processo de tomada de decisão**. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública). Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca. Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2010.

FORMULÁRIO TERAPÊUTICO NACIONAL 2010: RENAME 2010. 2ª ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2010. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/FTN_2010.pdf>. Acesso em: 02 jan. 2012.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FREY, Klaus. Políticas Públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. **Revista Planejamento e Políticas Públicas**, n.21, junho/2000 p. 211-259.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GAVA, Cíntia Maria. **Registro sanitário de medicamentos novos: as normas legais e uma análise do mercado brasileiro**. Dissertação [Mestrado em Saúde Pública]. Rio de Janeiro: Escola Nacional de Saúde Pública, Fundação Oswaldo Cruz, 2005, 113 p.

GOUVÊA, Marcos Maselli. O direito ao fornecimento estatal de medicamentos. In: GARCIA, Emerson (coord.). **A efetividade dos direitos sociais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 199-254.

GUERRA JR, A.A.; ACÚRCIO, F. de A.; GOMES, C.A.P.; MIRALLES, M.; GIRARDI, S.N.; WERNECK, G.A. *F et al.* Disponibilidade de medicamentos essenciais em duas regiões de Minas Gerais, Brasil. **Revista Panamericana de Salud Pública.** 2004; 15: 168-75.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade.** Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997.

_____. Between Facts and Norms: an Author's Reflections. **Denver University Law Review**, v. 76, 1999.

HART, Herbert L.A. **O conceito de direito.** 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HESSE, Konrad. Temas fundamentais de Direito Constitucional. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

HOFFMANN, Florian F.; BENTES, Fernando R.N.M. A litigância judicial dos direitos sociais no Brasil: uma abordagem empírica. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos em espécie.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 383-416.

HOGERZEIL, Hans V.; SAMSON, Melanie; CASANOVAS, Jaume Vidal; RAHMANI-OCORA, Ladan. Is access to essential medicines as part of the fulfilment of the right to health enforceable through the courts? **Lancet**, 2006; 368: 305–11.

IKAWA, Daniela R. Hart, Dworkin e discricionariedade. **Lua Nova** [online]. 2004, n.61, pp. 97-113.

KINGDON, John Kingdon. **Agendas, alternatives and public policies.** USA:Harper Collins College Publishers,1995.

KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: Os (des) caminhos de um direito constitucional comparado.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LEFÈVRE, Fernando. A oferta e a procura de saúde através do medicamento: proposta de um campo de pesquisa. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 21, n. 1, fev. 1987.

LIMA, Márcio Alexandre Ribeiro de. **O direito como integridade em Dworkin: uma perspectiva interpretativa dos princípios e direitos fundamentais.** Dissertação de mestrado. Universidade Federal do Paraná. Pós-Graduação em Direito. Curitiba, 2006.

LIMA, Nísia Trindade *et al* (org.). **Saúde e Democracia: história e perspectivas do SUS.** Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2005.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos Sociais: teoria e prática.** São Paulo: Método, 2006.
MACHADO, Felipe Rangel de Souza. **A judicialização da saúde no Brasil: cidadanias e assimetrias.** Tese (Doutorado em Saúde Coletiva). Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Instituto de Medicina Social, 2010.

MARÍN, Nelly; LUIZA, Vera Lúcia; OSORIO-DE-CASTRO, Cláudia Garcia Serpa; MACHADO-DOS-SANTOS, Sílvia (orgs). **Assistência farmacêutica para gerentes municipais**. Rio de Janeiro: Organização Pan-americana da Saúde; Organização Mundial da Saúde, 2003.

MARECO, Gabriella Dinelly Rabelo. **Crêterios para a justiciabilidade dos direitos sociais: fundamentos, exequibilidade e universalidade**. Dissertação (Mestrado). Instituto de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal do Pará, Belém, 2011.

MARQUES, Silvia Badim. **A relação do sistema jurídico e do sistema político na garantia do direito social à assistência farmacêutica: o caso do Estado de São Paulo**. 2005. Dissertação (Mestrado). Departamento de Prática de Saúde Pública. Faculdade de Saúde Pública da USP, São Paulo, 2005.

_____. O princípio constitucional da integralidade de assistência à saúde e o Projeto de Lei n. 219/2007: interpretação e aplicabilidade pelo Judiciário. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 10, n. 2 p. 64-86 Jul./Out. 2009.

_____; DALLARI, Sueli Gandolfi. A garantia do direito à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 41, n. 2, p. 101-107, 2007.

_____. Judicialização da saúde e a proposta de regulamentação da integralidade de assistência farmacêutica e terapêutica no Brasil. In: ROMERO, Luiz Carlos; DELDUQUE, Maria Célia (orgs.). **Estudos de direito sanitário: a produção normativa em saúde**. Senado federal: Brasília, 2011, p. 143-153.

MATEUS, Cibele Gralha. **Direitos fundamentais sociais e relações privadas: o caso do direito à saúde na Constituição brasileira de 1988**. Dissertação. Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007.

MAUÉS, Antonio G. Moreira; SIMÕES, Sandro Alex de Souza. **Direito Público Sanitário Constitucional**. In: ARANHA, Márcio Iorio; TOJAL, Sebastião Botto de Barros (Orgs.). Curso de Especialização à Distância em Direito Sanitário para Membros do Ministério Público e da Magistratura Federal. Brasília: UnB, 2002.

_____. Problemas da Judicialização do Direito à Saúde no Brasil. In: SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel (Org.). **A Eficácia dos Direitos Sociais**. I Jornada Internacional de Direito Constitucional Brasil/Espanha/Itália. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MESSEDER, Ana Márcia; OSORIO-DE-CASTRO, Claudia Garcia Serpa; LUIZA, Vera Lucia. Mandados judiciais como ferramenta para garantia do acesso a medicamentos no setor público: a experiência do Estado do Rio de Janeiro, Brasil. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v.21, n.5, p525-534, mar./abr. 2005.

MINISTÉRIO DA SAÚDE; ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE; ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Avaliação da assistência farmacêutica no Brasil**: estrutura, processo e resultados. Brasília: Ministério da Saúde; 2005.

MOTA, D. M. *et al.* Uso racional de medicamentos: uma abordagem econômica para tomada de decisões. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 13 (Sup.), p. 589-601, 2008.

NASCIMENTO, Marilene Cabral do. **A centralidade do medicamento na terapêutica contemporânea**. Tese (Doutorado em Saúde Coletiva). Rio de Janeiro: Instituto de Medicina Social, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2002, 139 p.

NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (orgs.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

NOGUEIRA, Vera Maria Ribeiro; PIRES, Denise Elvira Pires de. Direito à Saúde: um convite à reflexão. **Cadernos de Saúde Pública**. Rio de Janeiro, v. 20, n. 3, p. 753-760, maio/jun. 2004.

NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os tribunais e o direito à saúde**. Coleção Estado e Constituição, vol. 12. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

OLIVEIRA, Maria Auxiliadora; Bermudez, Jorge Antonio Zepeda, Osorio-de-Castro, Cláudia Garcia Serpa. **Assistência Farmacêutica e Acesso a Medicamentos**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2007.

OMS (ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD). **Perspectivas Políticas sobre Medicamentos de la OMS – 4**. Selección de Medicamentos Esenciales. Ginebra: OMS, 2002.

PEPE, Vera Lúcia Edais *et al.* Caracterização de demandas judiciais de fornecimento de medicamentos "essenciais" no Estado do Rio de Janeiro, Brasil. **Cadernos de Saúde Pública** [online]. 2010, vol.26, n.3, pp. 461-471.

_____; OSORIO-DE-CASTRO, Claudia Garcia Serpa. Prescrição de Medicamentos. In: **FORMULÁRIO TERAPÊUTICO NACIONAL 2010: RENAME 2010**. Brasília: Ministério da Saúde, 2010, p. 22-29.

PEREIRA, Januária Ramos; SANTOS, Rosana Isabel dos; NASCIMENTO JUNIOR, José Miguel; SCHENKEL, Eloir Paulo. Análise das demandas judiciais para o fornecimento de medicamentos pela Secretaria de Estado da Saúde de Santa Catarina nos anos de 2003 e 2004. **Ciência & Saúde Coletiva para a sociedade**. 2007. Disponível em: <http://www.abrasco.org.br/cienciaesaudecoletiva/artigos/artigo_int.php?id_artigo=13202007>. Acesso em: 02 dez. 2010.

PEREIRA, José Gilberto. **Reações adversas a medicamentos**. Disponível em: <<http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/multimedia/paginacartilha/docs/reacoes.pdf>>. Acesso em:

PRZEWORKSI, Adam; STOKES, Susan C.; MANIN, Bernard. **Democracy, accountability and representation**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

ROMERO, Luiz Carlos. **Judicialização das políticas de assistência farmacêutica: o caso do distrito federal.** Textos para discussão 41. Brasília: Consultoria Legislativa do Senado Federal; 2008. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/conleg/textos_discussao.htm>. Acesso em: 02 dez. 2010.

ROZENFELD, S. Avaliação do uso dos medicamentos como estratégia para a reorientação da política de insumos em saúde. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 4, p. 388-402, out./dez. 1989.

SÁ, Maria Célia Delduque Nogueira Pires de. **Controle judicial da política pública de vigilância sanitária: a proteção da saúde no Judiciário.** Tese (Doutorado em Saúde Pública). Faculdade de Saúde Pública. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, 241 p.

SANT'ANA, João Maurício Brambati. **Essencialidade e assistência farmacêutica: um estudo exploratório das demandas judiciais individuais para acesso a medicamentos no Estado do Rio de Janeiro.** Dissertação (Mestrado em Planejamento e Gestão de Sistemas e Serviços de Saúde). Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca, Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2009, 93 p.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política.** São Paulo: Cortez, 2006.

_____. **Renovar a Teoria Crítica e Reinventar a Emancipação Social.** São Paulo: Boitempo, 2007.

SANTOS, Wanderley Guilherme. **Cidadania e justiça: a política social na ordem brasileira.** Rio de Janeiro: Campus, 1979.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais.** 10ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria dos advogados, 2009.

_____. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da. **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde.** Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 117-147.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; _____. (coords.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos em espécie.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 553-586.

SEGRE, Marco; FERRAZ, Flávio Carvalho. O conceito de saúde. **Revista de Saúde Pública**, 31 (5): 538-42, 1997.

SEVALHO, Gil. Uma abordagem histórica das representações sociais de saúde e doença. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, 9 (3): 349-363, jul/set, 1993.

SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo: Mérito Representações, 0, n. 51, p. 79-99, jun. 2007.

SCHEFFER, Mário; SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola. **O remédio via Justiça**: um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/Aids no Brasil por meio de ações judiciais. Série Legislação nº 3. Brasília: Ministério da Saúde, 2005.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. Direito à saúde: abordagem sistêmica, risco e democracia. **Revista de Direito Sanitário**, vol. 2, n. 1, março/2001, p. 27-38.

_____. **Direito à saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001b.

_____. **A Reserva do Possível no Direito à Saúde**: observação a partir dos sistemas autopoiéticos do Direito e da Economia. Belo Horizonte: Revista PUC/MG, 2008.

SCLIAR, Moacyr. **Do mágico ao social**: a trajetória da saúde pública. 2ª ed. São Paulo: SENAC, 2005.

_____. História do conceito de saúde. *Physis* – **Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, 17(1): 29-41, 2007.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Sandoval Alves da. **Direitos Sociais**: leis orçamentárias como instrumento de implementação. Curitiba: Juruá, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Taking from the Poor to give to the Rich**: the individualistic enforcement of social rights. Paper apresentado ao VIIth World Congress of the International Association of Constitutional Law, Atenas, 2007.

_____. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 587-599.

_____. **Direitos fundamentais**: conteúdo, essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOUGEY, Everton Botelho; CARVALHO, Tércio Fábio Ramos de. **Iatrogenia dos medicamentos**. Disponível em: http://geocities.ws/drtarcio/Artigos/Iatrogeniados_Medicamentos.html>. Acesso em:

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: _____.; SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 515-552.

SUNSTEIN, Cass. Health-Health Trade-Offs. In: _____. **Free Markets and Social Justice**. New York: Oxford University Press, 1997.

_____. ; HOLMES, Stephen. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: W.W. Norton & Company, 1999.

SUPTITZ, Carolina Elisa. **O instrumento jurisdicional da audiência pública e os movimentos de sincronia e anacronia com relação à comunidade contemporânea**. Dissertação de Mestrado, apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), 2009.

TESSLER, Marga Inge Barth. **A justiça e a efetividade na saúde pública**. Dissertação (Mestrado Profissional em Poder Judiciário). Escola de Direito do Rio de Janeiro. Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2010, 139 f.

TORRES, Ricardo Lobo. (Org.). A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 313-342.

VENTURA, Miriam; SIMAS, Luciana; PEPE, Vera Lúcia Edais; SCHRAMM, Fermin Roland. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. **Physis: Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, 20 [1]: 77-100, 2010.

VIEIRA, Fabíola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v.41, n.2, p.214-22, 2007.

_____. Ações judiciais e direito à saúde: reflexão sobre a observância aos princípios do SUS. **Revista de Saúde Pública** [online]. 2008, vol.42, n.2, pp. 365-369.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. Supremocracia. **Revista Direito GV**, Dez 2008, vol.4, n.º.2, p.441-463.

WANG, Daniel Wei Liang. **Poder Judiciário e participação democrática nas políticas públicas de saúde**. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, 104 p.

WERNER, Patrícia Ulson Pizarro. O direito social e o direito público subjetivo à saúde: o desafio de compreender um direito com duas faces. **Revista de Direito Sanitário**, vol. 9, nº 2, 2008, p. 92-131.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). **The rational use of drugs: report of the conference of experts**. Nairobi 1985 Jul 25-29. Geneva: WHO; 1987.