

MESTRADO PROFISSIONAL EM PODER JUDICIÁRIO

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS

ESCOLA DE DIREITO DO RIO DE JANEIRO

MARGA INGE BARTH TESSLER

A JUSTIÇA E A EFETIVIDADE NA SAÚDE PÚBLICA

Rio de Janeiro

2010

MARGA INGE BARTH TESSLER

A JUSTIÇA E A EFETIVIDADE NA SAÚDE PÚBLICA

Dissertação para cumprimento de requisito à obtenção de título no Mestrado Profissional em Poder Judiciário da FGV Direito Rio. Área de Concentração: Poder Judiciário.

Orientador: Prof. Guilherme Figueiredo Leite Gonçalves

Rio de Janeiro

2010

TESSLER, Marga Inge Barth. Orientador: Prof. Dr. Guilherme Figueiredo Leite Gonçalves.

A justiça e a efetividade na saúde pública. v. 1, 139 pg. Rio de Janeiro, 2010.

MARGA INGE BARTH TESSLER

A JUSTIÇA E A EFETIVIDADE NA SAÚDE PÚBLICA

Dissertação para cumprimento de requisito à obtenção de título no Mestrado Profissional em Poder Judiciário da FGV Direito Rio. Área de Concentração: Poder Judiciário.

Aprovada em ____ de _____ de 2010.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Guilherme Figueiredo Leite Gonçalves

Prof. Dr. Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva

DEDICATÓRIA

*Ao meu marido Breno Knijnik Tessler,
médico, com amor e admiração!*

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos professores da FGV, em especial, ao Dr. Guilherme Figueiredo Leite Gonçalves e à Dr^a Leila Mariano.

O homem é filho da cuidado no
seu percurso temporal no
mundo.

Ser e Tempo, Lenda de Cura
Heidegger

RESUMO

Este estudo reflete uma preocupação pessoal com a efetividade da jurisdição na questão do direito fundamental à saúde e os dilemas que se apresentam ao juiz, obrigado a decidir sobre questões complexas e que transcendem à matéria jurídica.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu, no artigo 6º, que a saúde é um direito social a ser disponibilizado pelo Estado. Já o artigo 196 diz que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo mediante políticas sociais e econômicas. O acesso às ações e serviços é universal e gratuito, constituindo o SUS em patrimônio social e o único respaldo da maioria da população em caso de doença. A realidade dos serviços oferecidos está distante das formulações constitucionais. Há aspectos, contudo, em que ele funciona e é elogiado, como a política pública de medicamentos para portadores de AIDS.

As demandas judiciais são crescentes, em especial em busca de medicamentos, sempre dispendiosos e diferentes dos disponibilizados pelo serviço público. Esta atuação judicial tem se dado de forma pouco racional, não havendo uma fundamentação das decisões, causando fortes impactos nos orçamentos. O Judiciário passa a ser visto como um elemento perturbador, criando pontos de tensão com os gestores públicos.

Para contribuir com algum elemento, sem ter a pretensão de esgotar a matéria, apresento um resumo do percurso histórico-social da matéria na evolução da sociedade brasileira. A construção das políticas públicas em saúde e seus formuladores. Os princípios em direito sanitário e as políticas em torno dos medicamentos.

Reunidos estes elementos, verificam-se as decisões judiciais, procurando identificar os fundamentos e os critérios que orientaram os julgados e as tendências observadas. Investiga-se sobre a Audiência Pública nº 4, percebida como prática inovadora na administração da Justiça, que não se esgota em si, e prossegue gerando repercussões.

Constata-se e conclui-se que o direito à saúde se afirma de forma preponderante por políticas públicas e o Poder Judiciário esforça-se por construir uma política institucional para melhor cumprir o seu papel.

Palavras-chave: Judiciário. Medicamentos. Acesso. Decisões. Critérios. Fundamentação. Administração judiciária. Práticas inovadoras.

ABSTRACT

This study reflects a personal preoccupation about effectivity of jurisdiction regarding the fundamental right to health and the dilemmas profered to the judge obliged to decide about issues that go beyond the juridical matter. The Federal Constitution has established it is everybodies right and a duty of the State, made available by the State, through public policies. The access to the service is universal and free, with the SUS (Public Health System) constituting the only backing or support to the majority of the population in case of illness. The reality of the services offered is far from the constitutional formulations. There are some aspects for which the service is exemplary and internationally praised, such as the public policy of medication for bearers of AIDS. The Judiciary grants medicines not available through the public service, causing a strong impact on the budgets, creating tension points with the public managers. The Judiciary is then seen as an element of disruption, while the number of judiciary actions grows continuously.

In order to contribute to the comprehension of the problem, with no pretention of exhausting it, the study summarizes the history of public health services throughout its course in the Brazilian constitutions. It approaches the structural principles of the SUS. The public policies in matters of medication, its formulators and beneficiaries. It examines judicial decisions, fundamentation and criteria used. To end, it identifies an innovative initiative of the STF (Supreme Federal Court) with the summons to the Public Hearing number 4 and the consequences and results obtained.

Keywords: Judiciary. Medicines. Access. Decisions. Criteria. Fundamenation. Judiciary Administration. Innovative practices.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	O DIREITO À SAÚDE NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS	11
2.1	Os princípios em matéria sanitária	13
2.2	O direito fundamental à saúde: a saúde como direito de todos e dever do Estado	28
3	A SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL	31
3.1	A trajetória histórico-social	31
3.2	A saúde pública no Brasil	31
3.3	As políticas públicas em saúde e seus formuladores	41
3.4	A política pública de fornecimento de medicamentos	46
3.4.1	<i>Medicamentos essenciais no Brasil</i>	47
3.4.2	<i>A relação Rename</i>	47
3.4.3	<i>A Política Nacional de Medicamentos</i>	48
3.4.4	<i>Os medicamentos genéricos</i>	49
3.4.5	<i>Os medicamentos excepcionais</i>	49
3.4.6	<i>A política pública para doenças oncológicas</i>	51
3.4.7	<i>A política pública para tratamento da AIDS</i>	52
3.4.8	<i>O acesso expandido a medicamentos</i>	53
3.5	A legislação brasileira sobre propaganda de medicamentos	54
4	OS OBJETIVOS DO SISTEMA DE SAÚDE E SUA IMPORTÂNCIA	56
4.1	O sistema de saúde na Alemanha	58
4.2	Alguns precedentes nos Tribunais da Alemanha	61
4.2.1	<i>Comentários sobre os precedentes encontrados</i>	63
4.3	Modelos de financiamento dos serviços de saúde	64
5	O CONTROLE JUDICIAL SOBRE AS POLÍTICAS EM SAÚDE PÚBLICAS	68
5.1	A jurisprudência brasileira em matéria de direito à saúde	71
5.1.1	<i>Decisões em Suspensão de Segurança e Suspensão de Tutela Antecipada com aprofundamento sobre as questões de fundo</i>	83
5.2	A evolução das ações com objetivos referentes à saúde – exame quantitativo no Tribunal Regional Federal da 4ª Região	91
5.3	A análise das decisões judiciais que estabelecem critérios sobre o fornecimento de medicamentos no TRF4	95
5.3.1	<i>Resumo dos principais critérios estabelecidos</i>	98
5.4	Os beneficiários das tutelas judiciais	99
5.5	A análise dos Projetos de Lei com o objetivo de disciplinar o fornecimento de medicamentos pelo SUS	101
5.6	A judicialização como matriz das políticas públicas	104
6	A AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 4	107
6.1	A análise dos pronunciamentos	118
6.2	A Audiência Pública nº 4 como iniciativa inovadora: início das iniciativas para solucionar o problema	122

6.3 As recomendações do Conselho Nacional de Justiça em face das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde: uma forma de solução do problema, o início das políticas públicas judiciais para dar conta do problema da excessiva judicialização	123
7 CONCLUSÃO	128
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	139

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1998 estabeleceu no artigo 6º que a saúde é um direito social a ser disponibilizado pelo Estado. O artigo 196 diz que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

O Sistema SUS é universal e a Constituição Federal de 1988 previu um sistema de assistência à saúde a toda a população, independente de classe social. É o Ministério da Saúde, modo geral, quem define e estabelece as políticas públicas em saúde, sua abrangência e prioridades. Os recursos disponíveis são escassos, é reconhecido o subfinanciamento, ao passo que as necessidades e carências são muitas. A realidade dos serviços efetivamente oferecidos está distante das formulações constitucionais. A ciência e a técnica avançam continuamente, a indústria farmacêutica é segmento poderoso, surgindo a todo momento novas e mais caras terapias, nem sempre mais eficientes.

O fenômeno denominado “medicalização da vida” propõe ao homem a possibilidade de potencializar as suas capacidades, prolongar a juventude, a vida, alterar o seu corpo, tudo demandando a utilização de remédios, terapias, seja o que for, produzidos e comercializados mediante veiculação de publicidade persuasiva, os laboratórios farmacêuticos atuam intensamente em busca de novos mercados. Neste ambiente de grande procura por sempre novos e apregoados mais eficientes terapias e medicamentos, tendo de outro lado o limite orçamentário das verbas para a saúde, a dificuldade organizacional dos serviços públicos de saúde, a carência da população, surge a demanda crescente ao Judiciário no sentido de deferir o que os serviços de saúde público e privados têm dificuldades em disponibilizar. Por outro lado, percebe-se que atendimentos básicos no âmbito do SUS não estão sendo oferecidos de modo suficiente ao público que deles depende. O Judiciário assim passa a interferir de forma crescente nas políticas públicas de saúde com fortes impactos no orçamento para tal fim, é o que a imprensa denomina de “judicialização da saúde”.¹

¹ TEIXEIRA, Fernando. Governo do RS sofre bloqueios de conta para custear medicamentos. **Valor Econômico**, São Paulo, 12 fev. 2007. Artigo no sentido de que o Estado do Rio Grande do Sul acusa 20 mil ações e a despesa com as ordens judiciais saltou de R\$ 11 milhões em 2005 para R\$ 30 milhões em 2006.

A matéria vem ganhando visibilidade social, pois os temas relacionados à saúde pública têm espaço na mídia, sendo as mazelas e deficiências do SUS levadas ao conhecimento da população em geral, por outro lado, o deferimento de liminares determinando a entrega de medicamentos pelo Judiciário ou preferências para leitos e UTIs, cirurgias e transplantes também é divulgada, sendo que começam a existir serviços advocatícios especializados em tais demandas.²

Neste ambiente, o Ministro da Saúde,³ não sem razão, reclama da atuação desmedida do Judiciário que estaria tomando o lugar dos médicos criticando o que denominou de “farmácia Judiciária”. São tantas as demandas dirigidas à União com reflexos no orçamento da saúde, fruto de decisões judiciais, que a questão começou a motivar estudos e debates, culminando com a realização pelo Supremo Tribunal Federal da Audiência Pública nº 4,⁴ focada na saúde pública.

Este trabalho se propõe a enfrentar a dimensão realizadora do Poder Judiciário no âmbito das políticas públicas de saúde. Em que medida a jurisprudência avançou no sentido de concretizar e efetivar a promessa constitucional de saúde para todos, bem como que soluções são oferecidas pelo Judiciário em face do crescente número de demandas da espécie. A tese desenvolvida é de que a Alta Administra-

² MÉDICOS togados. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 22 out. 2007. Opinião. “Há desde casos estapafúrdios, como o fornecimento vitalício de drogas contra a impotência sexual, até situações mais comuns, em que se compram medicamentos sem eficácia provada [...]”.

KANAMURA, Alberto Hideki. O dilema do gestor do sistema de saúde. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 10 jul. 2003. Opinião. “Claro está que o SUS não suportará aumentar despesas por conta da ampliação não-controlada de procedimentos médicos caros sem o equivalente retorno em termos populacionais. Por quanto tempo ainda será possível administrar a escassez com tamanhos atropelos? Por pouco tempo, se algo não for feito. O que pode ser feito? Emendar a Constituição? Introduzir mecanismos limitadores à lei que regulamenta o sistema? Definir em lei as ações possíveis de serem assumidas como política pública setorial? Iniciar uma discussão é urgente. Nada acontecendo, caminha-se naturalmente para uma realocação de recursos de programas de saúde mais abrangentes para programas mais específicos; da cobertura universal de certas doenças, para a cobertura segmentada de qualquer doença; da universalização do acesso para a focalização da assistência.”

UMA NOITE no plantão “médico” do fórum. **Zero Hora**, Porto Alegre, 17 ago. 2008. “Entre o Tribunal e o Hospital.” Segundo o Professor de Medicina Legal da Faculdade de Medicina da Universidade Federal do Rio Grande do Sul Moacir Arus: “Não há solução que satisfaça a todos.” “[...] aprender a argumentar com o Judiciário em situação de impasse”.

SOUZA, Fernando de Oliveira. Judiciário contesta lei da física. **Zero Hora**, 9 maio 2000. Fernando de Oliveira Souza faz um paralelo com o sistema prisional, onde a superlotação também é um problema: “[...] já assisti na mídia a juízes e promotores por diversas vezes visitando cadeias públicas, ao passo que, em 24 anos de trabalho em um hospital público, nunca tive o prazer de encontrar um magistrado ‘vendo de perto’ a nossa realidade.”

³ TORTATO, Mari. Temporão acusa a Justiça de tomar o “lugar dos médicos”. **Folha de São Paulo**, 19 out. 2007. Cotidiano, p. C3.

⁴ A Audiência Pública nº 4 reveste-se de grande importância para a formulação de políticas públicas judiciárias na área da saúde. Foi convocada pelo Ministro Gilmar Mendes, em 27 de abril de 2009. Em capítulo destacado são abordados os demais aspectos da Audiência Pública nº 4, Capítulo 6.

ção Judiciária soube tomar iniciativas inovadoras para a melhor composição destes litígios.

2 O DIREITO À SAÚDE NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

A consagração do direito à saúde deu-se de forma ampla apenas na Constituição Federal de 1988, que dispensou o merecido destaque aos direitos sociais, entre eles, o da saúde. A evolução da matéria até o atual patamar pode ser sintetizada pelo tratamento dispensado nos textos constitucionais.⁵ A Constituição de 1891 não dispôs sobre a saúde de forma expressa, deixou registrado apenas que a “aposentadoria poderia ser dada aos funcionários públicos em caso de invalidez nos serviços da Nação” (artigo 175). A Carta de 1934 elevou a saúde à condição de direito subjetivo do trabalhador no âmbito do sistema de seguridade social, com a criação dos diversos Institutos de Aposentadoria e Pensões. A Carta de 1937, no artigo 16, permaneceu com atenção voltada ao trabalhador, trazendo cobertura de riscos sociais sem cogitar de benefícios sociais gerais e sobre as fontes de custeio. Permanece, na Constituição de 1966, a mesma situação de vínculo com o trabalhador, mas, no período, iniciaram as ações objetivando ampliar a proteção à saúde, destacando-se a criação do Ministério da Saúde em 1950. Em 1954, pela Lei nº 2.312, foram criadas as normas gerais de defesa e proteção da saúde, nascendo então a afirmativa de tratar-se de “dever do Estado, bem como da família de proteger e defender a saúde individual. O Código Nacional de Saúde é de 21 de janeiro de 1961. Note-se que o arcabouço legislativo vigorou até a edição da Lei nº 8.080/1990.

Por obra da Constituição de 1967 e Emendas nºs 1/1969, 2/1972 e 7/1977 a questão da saúde pelo artigo 8º, inciso XVII, alínea “a”, reserva à União a competência para expedir as normas gerais de “defesa e proteção da saúde”. O artigo 165, ao estabelecer sobre a Ordem Econômica e Social, assegurava aos “trabalhadores” a “assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva” e amparo previdenciário nos casos de “doença, velhice e invalidez”. Preocupou-se também com o custeio, dizendo da necessidade para criação ou majoração de benefício, a necessária “fonte de custeio total”.

Observa-se a nítida preferência pela assistência médica curativa e individual, com supremacia dos serviços médico-hospitalares de caráter individual e supervisionado pelo extinto INPS. A doença era ainda vista como um risco individual, que necessitava ser coberto.

⁵ BALERA, Wagner. **A seguridade social na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

Os programas de caráter coletivo “ficavam a cargo do Ministério da Saúde e das Secretarias Estaduais”. A saúde vista como sistema nacional foi instituída pela Lei nº 6.229/1975 e, em 1977, foi criado o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS) para atender os trabalhadores com vínculos formais, isto é, que tivessem Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) assinada.

Em lenta evolução do modelo médico assistencial privatista de atenção à saúde passamos a um modelo que tendia à universalização, não conseguindo concretizar-se até a realização do 8º Congresso Nacional de Saúde, criando o Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde (SUDS), que representou a desconcentração das atividades do INAMPS para as Secretarias Estaduais de Saúde. Passou-se a atender aos desempregados e rurícolas. Houve projetos de interiorização, projetos de reforma ensaiados pela 8ª Conferência Nacional de Saúde, com a desconcentração dos serviços.

A Constituição Federal de 1988 recebeu e recolheu os elementos deste movimento sanitário, incorporou as propostas e criou o Sistema Único de Saúde (SUS), regulamentado pelas Leis nºs 8.080/1990 e 8.142/1990. Dispôs sobre os direitos sociais, incluindo a saúde, no artigo 6º, e nos artigos 196 a 200, conjunto que é encimado pelo disposto no artigo 1º, inciso II, o respeito à dignidade humana.

Assim, a saúde é para a Constituição Federal de 1988 um bem fundamental⁶ e um direito de todos. Procurou a Carta de 1988 e legislação superveniente no campo ideal promover um ambiente sustentável de saúde. Efetuou uma combinação de ações, tentou conciliar os interesses econômicos com os propósitos de assegurar bem-estar, objetivou diminuir desigualdades, atendimento e tratamento com equidade, estimulando à participação da coletividade e à solidariedade e o fortalecimento da prevenção e da promoção da saúde. O valor que mais se destaca nos direitos sociais é a igualdade em vertente material ou fática. O ideal em alguns aspectos está sendo atingido, há reconhecimento internacional em prol de alguns serviços brasileiros, como a Fundação Osvaldo Cruz, do Ministério da Saúde, que, em 2006, foi eleita a melhor instituição de Saúde Pública do Mundo, pela *World Federation of Public Health Associations*.

⁶ **Direitos humanos** são os direitos reconhecidos pelo direito positivo internacional a todas as gentes. **Direitos fundamentais** sociais são os direitos reconhecidos pela Constituição.

Das formulações constitucionais e da Lei nº 8.080/1990 derivam os princípios em matéria sanitária que adiante abordaremos. A referida Lei nº 8.080/1990 regula em todo o território nacional as ações e serviços de saúde, tanto prestados por pessoas de direito público ou privado. A Lei, no § 1º, informa que o dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços de saúde. No artigo 7º estão elencados os princípios e as diretrizes do SUS de acordo com a Constituição Federal de 1988, artigo 198.

2.1 Os princípios em matéria sanitária⁷

Os princípios específicos do direito sanitário inspiram todo o sistema e são preciosos elementos para guiar o intérprete.

A teoria dos princípios foi desenvolvida por Ronald Dworkin,⁸ atribuindo normatividade aos princípios e evidenciando a distinção entre regras e princípios.⁹ Uma visão daquelas aplicáveis ao direito sanitário serve à compreensão e justificação da atuação do Judiciário no tema. Os princípios provocaram uma postura diferente do juiz, pois a formal legalidade é insuficiente para dar a medida do direito. Estabelecem o dever de promover fins, daí uma dificuldade já que os fins são múltiplos e colidentes. Os princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais que constituem todas as estruturações posteriores. São as vigas mestras ou os alicerces da ciência. Cretella Júnior, em lição clássica, os classifica em princípios universais, plurivalentes, monovalentes e setoriais, conforme possam ser comuns a todos os ramos do saber, comuns a um grupo de ciências, referidos a um só campo de conhecimento e setoriais que informam apenas setores em que se divide determinada ciência. A essa lição se alinha Di Pietro¹⁰ ao enumerar os princípios informadores do Direito Administrativo, fazendo ver da grande importância dos mesmos, pois permitem ao intérprete estabelecer o necessário equilíbrio entre os direitos dos

⁷ TESSLER, Marga Inge Barth. O juiz e a tutela jurisdicional sanitária. **Interesse Público**, Sapucaia do Sul, n. 25, p. 27-58, maio./jun. 2004. Com acréscimos.

⁸ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

Idem. **Taking rights seriously**. Massachusetts: Harvard University, 1978.

Idem. **A virtude soberana**, São Paulo: Martins Fontes, 2005.

⁹ As regras, segundo Dworkin, aplicam-se de modo tudo ou nada, e os princípios por ponderação.

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

administrados e as prerrogativas da Administração.¹¹

Os princípios informadores da ação do gestor público previstos no artigo 37 da Constituição Federal de 1988, quais sejam, a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, publicidade e eficiência aplicam-se, são informadores, de todo o direito sanitário e vinculantes para o gestor público. Os atos das autoridades públicas sanitárias desfrutam dos mesmos atributos dos atos administrativos em geral, quais sejam, a presunção de veracidade no que respeita aos fatos, a imperatividade, isto é, se impõem a terceiros independente da concordância e a autoexecutoriedade, isto é, podem ser executados pela própria administração quando se tratar de medida urgente e caso não adotada cause prejuízo ou risco maior, sinalando-se que, de regra, a autoexecutoriedade deve ter sido prevista na lei. Na questão da presunção de veracidade e da imperatividade, é de observar que há uma íntima correlação dos referidos princípios com o princípio da participação social. O controle social do SUS se dá entre outros através dos Conselhos de Saúde, que entre as suas atribuições, têm a de deliberar e fiscalizar a aplicação do Orçamento, Planos de Saúde, Plano de Aplicação de Recursos, etc. Os Conselhos de Saúde funcionam no âmbito federal, estadual e municipal, junto ao Ministério da Saúde e Secretarias estaduais e municipais, podendo ser criados conselhos distritais ou outros. Os Conselhos de Saúde constituem assim a instância de resistência democrática da garantia dos princípios constitucionais e legais dos direitos do cidadão devendo haver representantes usuários do SUS nos Conselhos.

1º) O princípio da proteção da dignidade da pessoa humana:

Este princípio vem consagrado no inciso II do artigo 1º da Constituição Federal de 1988, um dos fundamentos da República e do Estado Democrático e Social do Direito.

Segundo Sarlet,¹² a origem do conceito moderno de dignidade da pessoa humana parte da ideia kantiana de autonomia ética do ser humano, que residiria na vedação do homem ser tratado como objeto, inclusive por si próprio. A liberdade da

¹¹ Sobre o exame dos atos administrativos: STJ, REsp nº 493811/SP, 2ª Turma. Relatora: Ministra Eliana Calmon, julgado em 11.11.2003, DJU de 15.3.2004, p. 236; STJ, REsp nº 577836/SC, 1ª Turma. Relator: Ministro Luiz Fux, julgado em 21.10.2004. DJU de 28.2.2005, p. 200.

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 34.

vontade consiste na propriedade que tem de dar-se ela mesma a sua lei, esta liberdade que conduz à autonomia e que situa a todos no mundo dos fins, converte as pessoas em seres dignos e que não tem preço, assim, quando uma coisa está acima de todo o preço, e não permite equivalente, ela tem dignidade. A Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948, consagrou a dignidade da pessoa humana como fundamental na ordem jurídica.

Lembra Figueiredo¹³ que, segundo a doutrina alemã citando Hofman, a dignidade estaria fundada no reconhecimento social, na valoração positiva de pretensão de respeito social. Assim, a dignidade só pode ser definida na relação e na comunicação com o outro, retomando o aspecto da alteridade kantiana. Não se poderia pensar em dignidade desvinculada da comunidade. Segundo Aith¹⁴, é o aludido princípio que proíbe a tortura, o trabalho escravo, pesquisas com cobaias humanas, a comercialização de órgãos humanos, tratamentos de choque em doentes mentais, etc. A Lei nº 8.080/1990 tem previsão de sua proteção no artigo 7º, inciso III. O princípio da dignidade humana se opõe à obstinação terapêutica, que é a situação de buscar só a tecnologia e não o bom senso, é o uso abusivo de recursos terapêuticos.

2º) O princípio da saúde como direito:¹⁵

Trata-se de um direito fundamental do ser humano. Um direito incluído entre os direitos sociais e significa para o Poder Público a responsabilidade de elaborar programas concretos para garantia da saúde da população. Para a população, o direito reconhecido confere direito subjetivo de exigir a prestação de serviços de saúde pelo Estado, individual ou coletivamente. Para o Poder Judiciário, como um dos Poderes do Estado, a responsabilidade de fazer implementar as ações e serviços no sentido de promover e proteger a saúde da coletividade. Note-se que a Constituição Federal de 1988 reconheceu um direito ao acesso aos benefícios, não se trata

¹³ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007

¹⁴ AITH, Fernando. **Curso de direito sanitário: a proteção do direito à saúde no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

¹⁵ DWORKIN, 1999, p. 433-435. Dworkin argumenta em torno do Princípio do Resgate: “A vida e a saúde são os bens mais importantes, todo o resto tem menor importância e deve se sacrificar [...] É tão antigo [...] e quase totalmente inútil [...]” Diz que devemos gastar tudo o que pudermos até que não seja possível pagar nenhuma melhora na saúde. Nenhuma sociedade sábia tentaria alcançar esse padrão.

de benefício contraprestacional e nem de caridade assistencial. Durante as manifestações produzidas na Audiência Pública nº 4,¹⁶ não houve pronunciamento contrário ao referido princípio, embora possíveis limites fáticos, técnicos e orçamentários.

O princípio em tela significa para todos e para cada um o poder de exigir individual ou coletivamente a consecução desse direito “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”.¹⁷ Segundo Rezende e Trindade:

As principais dificuldades, entre outras, enfrentadas para a implementação do SUS, são: a manutenção das forças conservadoras nas instâncias de Poder; o financiamento do setor; a cultura de clientelismo; a mudança do padrão epidemiológico e demográfico da população; os crescentes custos do processo de atenção; as formas de gerenciamento do sistema de saúde; o corporativismo dos profissionais de saúde, entre muitos outros.¹⁸

3º) A saúde como um dever fundamental:

O texto da Constituição Federal de 1988 expressa além de um direito também um dever fundamental.¹⁹ Trata-se de uma categoria jurídica autônoma nos dizeres de Sarlet e Figueiredo²⁰ seriam os deveres expressão da soberania estatal, mas do Estado fundado na primazia das pessoas, dos cidadãos. Na saúde, especialmente, há referência expressa ao dever, embora sem referir exatamente que atividade deve ser tomada pelo Estado, mas é aquela atividade que permite ou favorece a todos a fruição do direito assegurado, ao menos no patamar mínimo. O indivíduo, como ser livre e responsável, também em alguma dimensão tem deveres, uma parcela de responsabilidade para com a sua saúde e a da coletividade. Este dever individual se prende à lenda de Cura, lembrada por Heidegger:²¹ “O homem é filho do cuidado

¹⁶ A realização da Audiência Pública nº 4 está destacada no Capítulo 6.

¹⁷ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Artigo 196.

¹⁸ REZENDE, Conceição Aparecida Pereira; TRINDADE, Jorge. Manual de atuação jurídica em saúde pública. In: BRASIL. Ministério da Saúde. **Direito sanitário e saúde pública**. Brasília: Ministério da Saúde, 2003. v. 2, p. 21-37.

¹⁹ TESSLER, Marga Inge Barth. O direito à saúde: a saúde como direito e como dever na Constituição Federal de 1988. **Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região**, Porto Alegre, v. 12, n. 40, p. 75-108, 2001.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filtchtiner. Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 11-53.

²¹ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2000.

no seu percurso temporal no mundo”. Os serviços de saúde são considerados de relevância pública, quer sejam prestados pelo Estado, quer por particulares, segundo o disposto no artigo 197 da Constituição Federal de 1988. Consequência desta disposição constitucional é a possibilidade de sujeição dos atos dos particulares à sindicabilidade do Ministério Público.

4º) O princípio da unicidade do sistema SUS:

Princípio expresso no artigo 199 da Constituição Federal de 1988 e art. 7º, inc. XIII, da Lei nº 8.080/1990.

Esse princípio inaugura um sistema diferente do vigente até 1988, pois antes as ações e serviços eram operados por uma grande quantidade de órgãos. O artigo 198 da Constituição Federal de 1988 ao se referir a um “sistema único” implantou, pois a unicidade como princípio. Deve ser prestado de maneira indiferenciada para todos.

A unicidade como princípio organizador e estrutural do SUS leva à consequência de que os três entes da federação são responsáveis pelo funcionamento do sistema único. O ideário que inspirou a reforma sanitária, consistia na criação de um sistema único fundamentalmente estatal, não havendo espaço para ser prestado, de forma diferenciada para alguns, mediante pagamento ou privilégio. Não quer dizer que não possa haver uma política dirigida para portadores de doenças raras, ou idosos, Lei nº 10.791/2003 (dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências), de 1º de outubro de 2003; Portaria nº 2528 GM/MS (aprova a Política Nacional de Saúde da Pessoa Idosa), de 19 de outubro de 2006; Lei nº 8.069/1990 (dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente), para atendimento à criança.

5º) O princípio da universalidade:

Extrai-se o princípio dos artigos 194, inciso I, e 196 da Constituição Federal de 1988 e o artigo 7º da Lei nº 8.080/1990 e a sua consequência é a concretização da possibilidade de que todos tenham acesso igual aos serviços. Para cumprir o princípio, há necessidade do planejamento de ações realizando-se antes um diagnóstico da situação sanitária da comunidade. Os três primeiros princípios, em seu conjunto, formam um núcleo de “idéias força unificadoras e transformadoras”, fun-

damentais no sentido da construção do SUS como patrimônio social. As políticas de saúde repercutem na estabilidade social, devendo haver coerência e firmeza de propósitos por parte dos gestores. O referido princípio trouxe para o SUS a noção da cidadania como elemento norteador das políticas de saúde.²² A cidadania como condição exclusiva para o acesso, fizeram do SUS a maior política pública de saúde, quebrando a lógica do seguro-saúde. A universalidade está relacionada à gratuidade ao acesso aos serviços,²³ e o objetivo de tal formulação é o fortalecimento da coesão social, evitando a estigmatização do pobre, bem como à queda na qualidade do serviço. Admite medidas específicas a um grupo, por exemplo, diabéticos, aidéticos. Não o limita aos pobres. A concessão de um medicamento ou tratamento deve ser universalizável.²⁴ Neste aspecto, entende-se desnecessária a perquirição sobre rendimentos dos beneficiários dos serviços do SUS. Não pode ser negado a quem tem renda, pois tal pessoa só por isso não deixou de ter direitos sociais. A responsabilidade social e a solidariedade é que deveriam funcionar como autocontenção.

6º) O princípio da integralidade do atendimento:

Está expresso no artigo 198, inc. II, da Constituição Federal de 1988 e art. 7º, inc. II, da Lei nº 8.080/1990. A pessoa tem direito de ser atendida e assistida sempre que necessitar, utilizando ou não insumos, desde o atendimento básico (consulta) até a alta complexidade (tratamento oncológico). O que define o atendimento deve ser a necessidade da pessoa. Germano Schwartz ao se referir à integralidade diz que significa que todas as ações e serviços de saúde (promoção, proteção ou recuperação) são uma realidade una e inseparável. Não basta pelo princípio a compra de uma ambulância pela Prefeitura, é necessário, no mínimo oferecer serviço de urgência e materno-infantil. No princípio da integralidade do atendimento, há algumas questões intensamente debatidas, como o aborto e o direito da mulher em optar por fazê-lo, há a questão dos idosos e a dos portadores de doenças raras, o do atendimento especial aos menores e indígenas, estes últimos bastante esqueci-

²² FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino. Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 52, n. 1, p. 223-251, mar. 2009.

²³ CARVALHO, Guido Ivan de; SANTOS, Lenir. **Sistema Único de Saúde: Comentários à Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8080/90 e Lei nº 8142/90)**. 2. ed. São Paulo: Hucitec, 1995.

dos em suas necessidades elementares. Constitui um ponto de tensão entre os gestores públicos e pacientes que demandam por medicamentos, o entendimento acerca do que seja a integralidade. A integralidade é a não fragmentação das políticas.²⁵ Não quer dizer oferta de todo e qualquer medicamento, produto ou insumo, mas o bastante para o atingimento de seus fins. A integralidade é atendida quando promovido o razoável atendimento do fim.²⁶

7º) O princípio da preservação da autonomia das pessoas – art. 7º, inc. III, da Lei nº 8.080/1990:

O paciente tem o direito de ser informado.

É princípio ético e integra a trindade da Bioética junto com a Justiça e a Beneficência. O tratamento da saúde e a defesa da integridade física e moral não pode ser imposto, pelo contrário, as pessoas precisam ser conscientizadas e orientadas, está no art. 7º, inc. III, da Lei nº 8.080/1990. A autorização judicial para a realização de transfusão de sangue recusado por motivos religiosos procura flexibilizar o aludido princípio. O episódio da Revolta da Vacina (1904) constitui exemplo histórico. Em 31.10.1904, o Congresso aprovou lei que tornou obrigatória a vacinação contra a varíola, houve revolta no Rio de Janeiro. Não se teve na época a consciência do fato de que as pessoas precisam ser esclarecidas, situação bem diferente de que hoje desfrutamos, com as campanhas de vacinação do estilo “Zé Gotinha”.

Exemplo de violação da dignidade humana e da autonomia da pessoa é a situação na China, noticiada pelos jornais, em que as pessoas são presas para serem esterilizadas, por violação à Lei do Filho Único, do fim da década de 70. Tal política só permite um filho por casal. Uma mulher que desafia a regra pode ser presa e esterilizada.²⁷ É importante dizer que se superou o modo Hipocrático de tratamento médico. O paciente tem o direito de ser informado sobre a sua doença e o prognóstico. Os valores do doente devem ser considerados, fazendo-se o que é do melhor

²⁴ UIB, David. “Não há recursos para atender todos”. **Folha de São Paulo**, 29 maio 1998. Entrevista concedida a Lucia Martins. Cotidiano. O infectologista David Uib acha que o princípio da universalidade é um engano de retórica.

²⁵ BIEHL, João Guilherme. Pharmaceuticalization: AIDS treatment and global health politics. **Anthropological Quarterly**, Baltimore, v. 80, n. 4, p. 1534-1518, 2007. A ênfase em medicamentos, isto é, a farmacêuticalização traz riscos de fragmentação. É nociva e dispendiosa, segundo Biehl.

²⁶ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003. “Um meio é adequado quando promove minimamente o fim.”

²⁷ JORNAL O Sul, Porto Alegre, 19 abr. 2010.

interesse do paciente. O consentimento informado fundamenta e legitima o ato médico. As ordens de “não ressuscitação” são um reflexo do princípio da autonomia do paciente.

8º) O princípio do direito à informação às pessoas assistidas – art. 7º, inc. V:

É o direito de informação sobre o diagnóstico, tratamento e prognóstico. Os pacientes devem ser esclarecidos sobre benefícios e riscos de todos os procedimentos. A manutenção e guarda de tais registros, com o consentimento informado do paciente pode ser fundamental para a defesa do prestador do serviço em juízo e também para o próprio paciente. O prontuário há de ser, com as cautelas devidas, exibido em juízo, no caso de controvérsia sobre tratamentos. O gestor público deverá providenciar na guarda de tais registros. Pondera-se assim a necessidade do paciente procurar o serviço público de saúde antes de demandar judicialmente. Em princípio não há possibilidade de responsabilização do gestor público por tratamentos prescritos no âmbito privado em caso de fatalidades ou equívocos. O princípio está intimamente ligado ao da autonomia da pessoa e se materializa pelo consentimento informado.

9º) O princípio da igualdade ou equidade:

Os serviços de saúde devem ser prestados de maneira uniforme e indiferenciada a todos sem privilégios ou preconceitos. O princípio foi estabelecido para sepultar a política de favores, ou a cultura do favor, ou a idéia de quem não podia pagar seria tratado como indigente. Por outro lado, o princípio da igualdade não tolera distinção entre usuários pagantes e não-pagantes. Era a chamada “diferença de classe”, isto é, a separação de ambientes, o oferecimento de melhores acomodações e refeições aos que podiam pagar. Tudo isso desprestigia o princípio da igualdade e não contribui para a prestação de um serviço digno e eficiente para todos. Por outro lado, a igualdade deve ser compreendida dentro da universalidade. todos estão incluídos e são iguais em consideração e direitos. As pessoas não podem ser excluídas, ou privilegiadas. A alocação de recursos será feita pelos indivíduos coletivamente considerados. O princípio da igualdade permite sem ofensa a construção

de políticas para o atendimento de grupos como diabéticos, aidéticos, bem como a busca de um tratamento ou medicamento alternativo em face de intolerância aos padronizados pelo SUS, mediante perícia médica.

10º) O princípio da participação da comunidade:

Esse princípio extrai-se do artigo 198, inc. III, da Constituição Federal de 1988 e artigo 7º, inc. VIII, da Lei nº 8.080/90.

O direito sanitário é um direito solidário e democrático e a comunidade participa, deve participar, para que realmente se possa chegar ao serviço que a Constituição moldou nos dispositivos que comentamos e também segundo o preâmbulo da Constituição Federal de 1988 que estabelece que a República brasileira tem com fundamento a dignidade da pessoa humana e objetiva promover o bem de todos. A saúde é um bem social e há a exigência ética, política e também econômica da disponibilidade dos serviços de saúde para todos de forma eficiente, suficiente e padronizada. O Estado tem o poder-dever de intervir para assegurar a fruição do bem social no interesse de todos. É urgente a sensibilização dos detentores do Poder Político. O Poder Judiciário tem na jurisdição o seu modo qualificado de participar para concretizar a vontade da Constituição, tendo a Audiência Pública nº 4,²⁸ sido um veículo inovador para propiciar a participação da comunidade.

11º) Princípio da solidariedade no financiamento, ou da diversidade da base de financiamento:

Diz o artigo 195 da Constituição Federal de 1988 que a seguridade social será financiada por toda a sociedade de forma direta e indireta e em seguida a Constituição passa a elencar como se dará o financiamento, com recursos orçamentários da União, Estado e Municípios e contribuições sociais que especifica e ainda arrematando o Capítulo II do Título VIII, há ampla possibilidade de instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social (art. 194, parágrafo único, inc. VI, da Constituição Federal de 1988). Essa vinculação e as possibilidades aqui abertas não podem ser esquecidas no momento de decidir causas tributárias e penais sempre defendidas por profissionais extremamente bem prepa-

rados. Toda a sociedade é chamada ao financiamento, cuidando-se para que os dispêndios tenham a melhor utilização possível. O Pacto pela Saúde instituído pela Portaria nº 399/GM/2006 procura dar ênfase a este e outros princípios.

12º) Princípio da vinculação de recursos orçamentários:

Princípio de alta importância que não há de ser diminuído ou esquecido. A autoridade que na sua administração o descumprir se sujeita à responsabilidade fiscal (artigo 198, § 2º; 35, inc. III; e 198, § 1º, da Constituição Federal de 1988) e Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar nº 101/2000. Aliado à vinculação, há o postulado da “reserva do possível”, o que se pode razoavelmente esperar da sociedade vista realisticamente. Não é horizonte ideal, mas contato com o real. A Emenda nº 29/2000 estabeleceu no artigo 198 da Constituição Federal de 1988 parâmetros concretos e objetivos em dois novos parágrafos, a propósito de destinação dos recursos do SUS. Ao ADCT foi acrescentado o artigo 77, com regras de transição para os exercícios de 2004 e 2005.

A Emenda nº 29/2000 é auto-aplicável, mas deixou espaços abertos que oferecem necessidade de conceitos operacionais, tendo sido editada a Resolução nº 316/2000 com parâmetros, e o Ministério da Saúde editou a Portaria nº 2.047/2002, estabelecendo diretrizes operacionais. O Sistema SIOPS, criado pela Portaria Interministerial nº 1.163/2000, é o parâmetro para fiscalização, sendo que o descumprimento pelos antes obrigados na aplicação dos recursos pode e deve ser comunicado ao Denasus – Departamento Nacional de Auditoria do SUS. A responsabilidade do gestor de recursos e a obrigação de prestar contas está imbricada com a indisponibilidade de recursos públicos.²⁹

a) O que pode ser considerado como gastos com saúde (Res. nº 322 do CNS, PL nº 306):

O texto da Emenda Constitucional nº 29 não desce a minúcias sobre o que efetivamente é ou pode ser considerado como gasto em saúde, e o Projeto de Lei,

²⁸ A Audiência Pública nº 4 será abordada no Capítulo 6 deste trabalho.

²⁹ CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. Controle jurisdicional dos atos políticos e administrativos na saúde pública. **Interesse Público**, Sapucaia do Sul, v. 14, n. 59, p. 120, jan./fev. 2010. Se a Administração Pública é responsável pela administração dos gastos e pela eficácia máxima possível das políticas públicas, o Judiciário não deve viabilizar seja tecida uma confusa teia gerencial apta a comprometer o próprio equilíbrio social.

PL 306/2008, está em tramitação desde o ano de 2000, registrando-se demora do Legislativo.

Objetivando preencher a lacuna, o Conselho Nacional de Saúde editou a Resolução nº 322, de maio de 2003, aprovou diretrizes bastante razoáveis para a definição dos recursos mínimos a serem aplicados na saúde. A Primeira Diretriz diz com a definição da base de cálculo para a definição de recursos mínimos; a Quinta Diretriz com o que é considerado como despesas com saúde; e a Sétima Diretriz, objeto da ADIn nº 2.999-1, sobre o que não pode ser considerado como despesas com serviços públicos de saúde. Destaco da 7ª Diretriz o pagamento de aposentadorias e pensões, a assistência à saúde que não atenda ao princípio da universalidade (clientela fechada), merenda escolar, saneamento básico realizados com recursos de taxas ou tarifas, limpeza urbana, remoção de resíduos sólidos, preservação do meio ambiente, ações de assistência social (bolsas-família, merenda escolar, vale-leite, etc.).

Em outubro de 2008, o Conselho Nacional de Saúde, expediu a Resolução CNS nº 30, com o objetivo de orientar os Conselhos Estaduais e Municipais de Saúde na tarefa de acompanhar e fiscalizar os fundos de saúde. Embora os esforços, o que se constata é que os recursos da saúde não são aplicados corretamente, os Estados deixaram de aplicar 3,6 bilhões em 2007. A verba teria sido utilizada para “almoço de preso, farda de policial, merenda escolar, financiamento de casa própria, ampliação de rádio estatal, bolsa-família, etc.”³⁰

b) A ADIN nº 2.999-1 (Res. nº 322 do CNS, PL nº 306):

A controvérsia sobre o que afinal pode ser computado como gastos com a saúde ao efeito de cumprimento da Emenda nº 29 é tema tormentoso. O Conselho Nacional de Saúde, ao propósito de lançar luzes sobre a matéria, editou a Resolução nº 322, de 8 de março de 2003, estabelecendo diretrizes, o PL nº 306/2008 praticamente é cópia da Resolução nº 322. A Resolução foi expedida com fundamento em regras de competências previstas no complexo normativo infraconstitucional das Leis nºs 8.080/1990 e 8.142/1990, sendo objeto da ADIn nº 2.999-1, que teve como Relator o Ministro Gilmar Mendes. Interposta pela Governadora do Estado do Rio de Janeiro, que asseverava pela sua inconstitucionalidade por suposta violação aos artigos 196, 198, § 3º, 24, incisos II e XII, e 200 da Constituição Federal de 1988, e

³⁰ WESTINV, Ricardo. Verba da saúde paga almoço de preso e farda. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 14 set. 2009. Cotidiano.

artigo 79 da ADCT. O eminente Relator admitiu o ingresso de 73 entidades na condição *amicus curiae*, o que estampa a relevância da matéria. A Ação Direta de Inconstitucionalidade não foi admitida por maioria, considerando estar-se diante de hipótese em que a eventual ofensa à Constituição Federal de 1988 é indireta, o que torna inadmissível a sua apreciação por meio de ação direta de inconstitucionalidade (vencido o Ministro Marco Aurélio). Inúmeros palestrantes na Audiência Pública nº 4³¹ destacaram a importância da imediata normatização da questão. É uma situação que efetivamente só poderá ser alterada com a conscientização de todos e a aplicação de sanções ao gestor infiel na aplicação de recursos. A questão não envolve apenas os operadores do direito, mas os gestores públicos e os profissionais da área médica, e as decisões judiciais, conforme foi reconhecido pelo Ministro Gilmar Mendes na condução da Audiência Pública nº 4,³² tem significado um ponto de tensão perante os gestores das políticas públicas.

13º) O princípio da ressarcibilidade ao SUS:

O SUS deve ser ressarcido em caso de atendimento por doenças causadas pelos agentes econômicos.³³ É princípio que se impõem como dever aos gestores da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) e se extrai do artigo 198, § 1º: “além de outras fontes”, e do artigo 32 da Lei nº 9.656/1998. Consiste na obrigação das operadoras privadas de planos de saúde ressarcir ao SUS em caso de o sistema único prestar o atendimento ao segurado ou beneficiários da operadora privada. Decorrente do princípio há o dever das operadoras de prestar informações à ANS. Para fazer frente aos gastos com a saúde, há transferência de verbas federais que devem ser corretamente aplicadas pelos Estados e Municípios. O Ministério Público Federal tem atuado no sentido de corrigir distorções, v. g., Ação Civil Pública nº 2000.70.10.000456-0, TRF-4ª Região, DJU de 30.4.2003. Na ADI nº 1931/DF, Relator Ministro Marco Aurélio, se discute a constitucionalidade dos repasses das seguradoras privadas ao SUS. A ressarcibilidade ao SUS sofre grande resistência por

³¹ A Audiência Pública nº 4 será abordada no Capítulo 6 deste trabalho.

³² *Idem*.

³³ BASILE, Juliano. LDO prevê indenização ao SUS por indústria do tabaco. **Valor Econômico**, Rio de Janeiro, 28 jun. 2010. A indústria do fumo está sendo apontada como causadora de males aos usuários. A previsão de ressarcimento consta da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO). São bilhões de reais e a indústria do fumo diz ser medida inconstitucional.

parte dos agentes econômicos, que não estão dispostos a assumir as externalidades sanitárias que se materializam, por exemplo, em acidentes de trabalho, doenças profissionais.

14º) O princípio da prevenção e da precaução:

São princípios que objetivam dar conta dos riscos na hipercomplexidade. Na década de 40 a idéia de prevenção foi introduzida por Sigerist, que definiu as quatro tarefas primordiais da medicina: a promoção da saúde, a prevenção da doença, a recuperação do enfermo e a reabilitação.³⁴

Esta estabelecida no artigo 196 e em todos os comandos à vigilância sanitária e epidemiológica. O artigo 200 está repleto de diretivas e princípios de prevenção e precaução que são de fundamental importância. O postulado da razoabilidade tem aqui grande possibilidade de auxiliar no exame do caso concreto, demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir, ou verificação de equivalência entre direitos e sacrifícios exigidos. O princípio da prevenção está diretamente ligado à antecipada previsão de acontecimentos negativos ou incerteza sobre conseqüências e acontecimentos. Já o princípio de precaução, significa que se há de agir antecipadamente frente a uma dupla fonte, a incerteza que é a ausência de conhecimento científico e o próprio perigo conhecido. Não é só exortação à tomada de cautela, mas significa a necessidade de prática de ações, como por exemplo, pesquisas ou até medidas extremas como barreiras alfandegárias ou a destruição de produtos diante de ameaça de danos sérios e irreversíveis. A prevenção está genericamente no art. 2º da Lei nº 6.939/1981, não é estática, atualiza-se constantemente. Prestigia-se a precaução quando não se permite que o SUS propicie tratamento sem comprovação científica estabelecida. A obrigatoriedade de registro e aprovação de medicamentos pela Anvisa é outro exemplo de aplicação do princípio. A saúde é um campo em que o risco é onipresente. Há comportamentos e estilos de vida arriscados. Os procedimentos médicos e terapias envolvem riscos e efeitos colaterais. O princípio da precaução tem como objetivo preservar os benefícios do desenvolvimento científico, agindo antecipadamente no sentido de assegurar a saúde pública. O OMS estabeleceu, por exemplo, os termos do acordo Sanitário e

³⁴ LEAVELL, H.; CLARK, E. G. **Medicina Preventiva**. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 1976.

Fitossanitário, com forte atuação do poder público.³⁵ O exemplo mais dramático de falhas na aplicação da precaução na liberação de medicamento foi o que passou a ser denominado de Tragédia da Talidomida, que cinquenta anos após a ocorrência motivou a edição da Lei nº 12.140, de 13.01.2010, concedendo indenização por dano moral aos vitimados pela Síndrome da Talidomida.³⁶ O remédio também era eficiente contra enjoos da gravidez. Retirada em quatro dias após o alerta de pesquisadores na Europa, levou quatro anos para ser retirado do mercado do Brasil. A Lei nº 7.070, de 20.12.1982, concedeu pensão especial às vítimas. A Lei nº 10.651/2003 controlou o seu uso.

15º) Princípios gerais:

O artigo 200 da Constituição Federal de 1988 elenca extenso rol de competências atribuídas ao SUS. De simples leitura, extrai-se a importância, complexidade e diversidade das tarefas.

No que respeita ao primeiro item, o de controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos, há grande número de deveres a serem exercidos e saliente-se que (art. 2º da Lei nº 8.080/1990, § 2º) o dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade. No artigo 6º da Lei nº 8.080/1990 está de forma mais detalhada o elenco de atribuições do SUS. Na questão principiológica poderão ser extraídos princípios referentes aos serviços de saúde suplementar, campo de atuação da Agência ANS, artigo 24 da Lei nº 8.080/1990 e princípios referentes à vigilância sanitária, campo de atuação da Anvisa.

³⁵ VENTURA, Deisy de Freitas Lima. Direito internacional. 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-DF: Fiocruz, Universidade de Brasília, Escola Nacional de Saúde Pública, 2002. p. 479 et seq.

³⁶ A talidomida foi comercializada na Alemanha em 1957. Era considerada segura, medicamento para dormir. Utilizado por mulheres grávidas, causava focolemia (ausência ou má-formação dos membros. Nunca foi aprovada pelo FDA (*Food and Drug Administration*). No mundo, dez mil crianças foram afetadas.

16º) O princípio da beneficência:

O princípio da beneficência, o *bonum facere, primum non nocere*, fundamenta-se na regra da confiança, segurança e eficácia e está inscrito no artigo 1º da Constituição Federal de 1988, entre os princípios fundamentais da República, no item IV: “promover o bem de todos [...]” sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Também no preâmbulo da Constituição Federal de 1988, ao assegurar o “bem estar” abriga uma “meta horizonte”. Esse princípio põe temperamentos em todas as atividades relacionadas ao direito sanitário e é por isso de extrema importância, é outra “meta horizonte”. Difícil extrair o seu sentido, o sentido do que seria bom individual e coletivamente mas pelo menos com certeza o princípio sugere a não maleficência, o *primum non nocere*. Integra o princípio a trindade bioética, juntamente com a Autonomia e a Justiça.

17º) O princípio do não-retrocesso:

O direito à saúde é um “direito fundamental explícito”, segundo Sarlet. Não efetivado na medida em que garantido na Carta Política, isso não quer dizer que possa ser diminuído, diante do princípio do não-retrocesso. O aludido princípio se relaciona com a idéia de desenvolvimento sustentável, expressamente contemplado no preâmbulo e no artigo 3º da Constituição Federal de 1988, onde constam os objetivos fundamentais da República, bem como pelo artigo 1º, inc. III, da Constituição Federal de 1988 – o princípio da dignidade humana. O sistema como estabelecido dirige-se a prestigiar o não-retrocesso em matéria sanitária. Não podemos ser levados a patamares inferiores ou piores aos ora existentes. Nessa linha, poderia se dizer que não poderiam ser reduzidos os recursos destinados à saúde, nem alterada a vinculação constitucional introduzida pela Emenda nº 29 que fixou recursos para o custeio dos serviços de saúde. A não atualização das listas de medicamentos, com incorporação de novas terapias por longos períodos de tempo, como acabou acontecendo, significa também um retrocesso a desafiar a vedação, que requer imparcialidade e igualdade na distribuição de riscos e benefícios. A propósito do tema, verificar em Diniz (2001) sobre a trindade bioética.

2.2 O direito fundamental à saúde: a saúde como direito de todos e dever do Estado

Um apertado resumo da doutrina sobre o direito fundamental à saúde, não se percorre sem passagem pela obra de Alexy³⁷ e de Sarlet³⁸, no sentido de afirmar que a saúde constitui um direito humano fundamental a ser tutelado pelo Estado. O núcleo central do proclamado direito liga-se à noção de “ausência de doenças” ou a “qualidade de vida”.

Trata-se de um direito social que oferece dupla dimensão: um aspecto defensivo no sentido de não prejudicar a saúde de outros, e então tem dimensão negativa, determinando um dever de respeito à saúde; e uma dimensão prestacional imputando um dever, em geral ao Estado, de modo a oferecer medidas concretas para manter ou recuperar e proteger a saúde da população. É mais no aspecto prestacional que se pressupõe atividades pelo Estado no escopo de organização de serviços, procedimentos ou fornecimento de bens materiais. O aspecto prestacional faz com que os cidadãos se coloquem na posição de titulares de um direito subjetivo, credores de determinada prestação normativa ou material. Alexy³⁹ insere os direitos sociais na categoria de direitos a prestação em sentido amplo, que demanda uma ação do Estado e poderiam ser divididos em: direitos à proteção, isto é, o Estado deve proteger o titular contra atos ou agressões à saúde por parte de terceiros; direito à organização e procedimento; e direito à prestação em sentido estrito. O direito à saúde comunga das três categorias.

Trata-se de um direito humano expressamente reconhecido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) e está intimamente ligado ao direito à vida e à integridade física. Para a Organização Mundial da Saúde (OMS) a saúde é o completo bem-estar físico, mental e social. O conceito é vago, tratando-se nos dizeres de Scliar⁴⁰, de “uma imagem horizonte”, aberta, a ser perseguida em direção da idealização, não um conceito fechado e acabado.

A universalidade dos direitos sociais, entre eles, o direito à saúde, é também uma característica essencial, embora historicamente tenha sido relacionado à classe

³⁷ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

³⁹ ALEXY, op. cit.

trabalhadora, como antes recordado. Na lição de Lopes⁴¹, os direitos sociais se realizam coletivamente, embora possam em determinadas circunstâncias ser exigidos individualmente e judicializados, mas de regra dependem para a sua exata conformação da atuação do Legislativo e do Executivo para conferir aspectos normativos e conferir meios materiais e suporte para a sua fruição. Assim, se dá em relação à segurança pública, ao ambiente sadio, à educação e à moradia. Os direitos sociais oferecem alguma dificuldade para ajustar-se à ideia de individualização.

Na Constituição de 1988, o direito à saúde é estabelecido no artigo 6º, *caput*, e minudenciado nos artigos 196 e seguintes, com nota de fundamentalidade. Na lição de Sarlet⁴², a fundamentalidade formal decorre da superior hierarquia axiológica normativa de que goza, pois norma constitucional de previsão de limites formais e materiais à reforma constitucional da vinculatividade aos poderes públicos e da aplicabilidade imediata pela norma do artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988.

A fundamentalidade material encontra-se na relevância da saúde, como bem tutelado, por ser diretamente relacionado a direitos maiores, como o direito à vida e à dignidade humana. Encerra em si um direito do qual deflui em dever fundamental, com diz expressamente o artigo 196: “A saúde é dever do Estado”. Daí se pode afirmar que o direito à saúde depende de procedimentos, suportes, estrutura, organização para que possa ser efetivado, necessitando ademais de normas organizadoras sobre os modos e possibilidade de exercer a sua fruição.

O médico e cientista social Rudolf Virchow foi um dos precursores do “direito à saúde”. Em 1849, a serviço do governo prussiano viajou à Sibéria por ocasião de uma epidemia de tifo.⁴³ Entre os problemas estruturais e as péssimas condições de saúde destacou como determinantes para a situação encontrada: a pobreza, a crise de moradia e a subnutrição da população e o fracasso da burocracia estatal prussiana. Criticou a igreja católica por fazer com que as pessoas se rendessem ao destino na epidemia. Procurou um sentido político-social de política de saúde, que superasse o paternalismo do Estado. Escreveu sobre as condições de saúde e da morte por tuberculose, entendendo que o Estado deveria reconhecer um direito à proteção da saúde. O Estado deveria agir de maneira sustentável em direção à saúde dos cida-

⁴⁰ SCLIAR, Moacir. **Do mágico ao social**: a trajetória da saúde pública. Porto Alegre: L&PM, 1987.

⁴¹ LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado social de direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1994.

⁴² SARLET, op. cit.

dãos. Tinha a convicção de que o Estado não conseguiria o resultado almejado com base centralizadora e autocrática, mas caberia ao Executivo as iniciativas e cooperar com os grupos sociais para tornar efetivo o que já via como um direito.

Eis uma das vertentes que deram origem às políticas de saúde coletiva, desde o início percebidas como fomentadoras de coesão social, que em lenta construção e sedimentação acabaram por repercutir no Brasil.

⁴³ KRESS, Hartmut. **Ética Médica**. Tradução de Hedda Malina. São Paulo: Edições. Loyola. 2008.

3 A SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL

3.1 A trajetória histórico-social

Recordar a evolução do tema da saúde pública como questão social no Brasil nos ajuda a compreender os problemas que enfrentamos e o divisar quanto já avançamos na matéria. Schwartz,⁴⁴ historiador norte-americano, dedicou-se a estudar o aparato Judiciário nos primórdios coloniais, em especial, a Suprema Corte da Bahia e seus magistrados, no período de 1609 a 1751. Sem ter os serviços de saúde como foco, contudo, em inúmeras passagens registrou que os problemas de saúde reais ou imaginários dos magistrados designados por El-Rei para exercer seu ofício no Brasil, eram comumente invocados para evitar ou retardar a ida à Colônia. Toda a sorte de moléstias serviam de desculpa para retardar a viagem, até supostos males como “saúde frágil”, “sofrer enjoo do mar”, evitando o exílio cultural e social que representava a atividade no Brasil. A prática pode ser tida como um padrão comportamental da burocracia judiciária lusitana nos primórdios da história judiciária brasileira. Os custos da contratação de médicos “para cuidarem do corpo e do espírito dos magistrados” eram pagos com os recursos auferidos pelas penalidades financeiras aplicadas pelo Tribunal. Observa-se, nos primórdios, a utilização de recursos públicos, privilegiando a burocracia estatal. Para os integrantes do povo restava o pagamento pelos serviços médicos ou o apelo às Santas Casas de Misericórdia. Privilégio para poucos e misericórdia para muitos.

3.2 A saúde pública no Brasil

Foi em 1498 que a Regente Dona Leonor fundou o primeiro hospital da Santa Casa de Misericórdia para socorrer os enfermos – especialmente os pobres. No Brasil –, a primeira Santa Casa foi fundada em 1543.⁴⁵ Registra Bertolli Filho⁴⁶ que a doença colocava em perigo o projeto de colonização e diante do dilema sanitário, o Conselho Ultramarino português criou no século XVI os cargos de físico-mor e cirurgia-mor que foram incumbidos de zelar pela saúde da população nos domínios lusi-

⁴⁴ SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial: a suprema corte da Bahia e seus juizes: 1609-1751**. São Paulo: Perspectiva, 1979.

⁴⁵ BERTOLLI FILHO, Cláudio. **História da saúde pública no Brasil**. 4. ed. São Paulo: Ática, 2008.

⁴⁶ Ibid.

tanos. Foram raros os médicos que aceitaram transferência para o Brasil. O Capitão Geral Luís de Mascarenhas, administrador da Capitania de São Paulo, reconhecia que os médicos eram “raros e caros” e que os boticários (farmacêuticos) haviam se “degenerado”, recusando-se a atender os enfermos sem dinheiro. O próprio Capitão Geral confienciava que se socorria dos “curadores” e remédios populares. Com a vinda da Corte, em 1808, houve mudanças na precária administração pública sanitária, tendo o Rio de Janeiro recebido maiores atenções. Em 1813 foi fundada a academia médico-cirúrgica do Rio de Janeiro e, em 1815, a da Bahia. Foi fundada a Junta de Higiene Pública e, em 1828, a Inspetoria de Saúde dos Portos. A fase imperial da história brasileira encerrou-se com problemas de saúde coletiva.

Na República, as novidades da medicina (bacteriologia e fisiologia) exigiram a reorganização dos serviços sanitários, as juntas provinciais foram substituídas por serviços sanitários estaduais, que segundo o autor, pouco fizeram pela melhoria da saúde popular. A sua desorganização facilitou a ocorrência de ondas epidêmicas. As iniciativas sanitárias foram extremamente autoritárias.

Ao final da República Velha (1889/1930) firmou-se a compreensão de que a população trabalhadora constituía capital humano. Surgiram práticas de proteção da saúde coletiva, não limitadas aos surtos epidêmicos, o que se revelou como uma política de saúde. Percebe-se a presença mais acentuada do Estado também na área de educação, habitação, etc., o que recebeu o nome de política social. Contudo, segundo Bertolli Filho⁴⁷, a política social foi o setor menos privilegiado pelas autoridades republicanas, mantendo-se a desigualdade no acesso a bens vitais. Durante a era Vargas, os conselhos sanitários para a coletividade apoiavam-se nos princípios eugênicos, passando a haver intensa divulgação de cuidados de viés fascista ou germanista, bem por isso a Constituição Federal de 1934 incorporou garantias de assistência médica aos trabalhadores. Após, com a adesão de Vargas aos aliados, o modelo passou a ser o do estilo de vida e hábitos dos norte-americanos.

Restabelecido o governo democrático, a política social de Vargas foi mantida. Em 1946, o presidente Eurico Dutra pretendeu com o Plano Salte melhorar o sistema de saúde, não sendo possível fazê-lo pela disputa dos grupos políticos. O Ministério da Saúde foi criado em 1953, marcado pela carência de recursos e gestão pouco qualificada, nunca organizou de fato uma política de saúde eficiente. Outro

⁴⁷ BERTOLLI FILHO, op. cit.

fenômeno que interferia na criação de políticas públicas consistentes foi o clientelismo. Benefícios eram carreados aos locais em que havia influência de políticos.

A relação entre a saúde pública e a medicina privada não resultou em prestígio de primeira, pelo contrário. Interromperam-se as construções de hospitais públicos, tais atividades deveriam permanecer com a iniciativa privada, que venderia os serviços aos institutos de aposentadoria e ao governo (manteve-se o setor público cativo).

Registra Bertolli Filho⁴⁸ que

[...] mais uma vez, o setor político interveio nos debates, aprovando leis que garantiram privilégios para os grupos privados prestadores de serviços médico-hospitalares. Muitas verbas oficiais destinadas a essa área iam para deputados que também eram sócios de clínicas e hospitais.

Sobre a direção das políticas empreendidas a partir de 1960, ressalta o citado doutor em história social da medicina que o efeito do período militar foi a “redução das verbas destinadas à saúde pública” que “decreceram até o final da ditadura”. O Ministério da Saúde resultou diminuído em face de outros órgãos. Outro aspecto que destaca foi o de que “apesar da pregação oficial de que a saúde constituía um fator de produtividade [...] o Ministério da Saúde privilegiou a saúde como elemento individual e não como fenômeno coletivo.

Prossegue constatando que

[...] uma parte do pouco dinheiro destinado ao setor foi desviada para o pagamento de serviços prestados por hospitais particulares aos doentes pobres. O Ministério utilizou verbas também de algumas campanhas de vacinação [...] quase nada sobrava para investir nos sistemas de distribuição de água tratada e de coleta de esgotos, elementos vitais para a prevenção de muitas enfermidades.

O resultado foi trágico, segundo o autor, destacando a fragilidade do sistema, com os baixos preços pagos pelos serviços médico-hospitalares e a demora na transferência das verbas do INPS para as entidades conveniadas. Enquanto o governo reduzia ou atrasava os recursos para a rede conveniada, hospitais e clínicas

⁴⁸ BERTOLLI FILHO, op. cit.

aumentavam as fraudes para receber aquilo a que tinham direito, e muito mais.⁴⁹ Destaca os casos mais comuns de fraudes: “guias de internação falsificadas, cirurgias desnecessárias, prática de cesariana em vez de parto normal”, referindo que “[...] a mais grave consequência tem sido a continuada degradação dos serviços médicos-hospitalares prestados à população trabalhadora.”⁵⁰ Sobre a presença do capital estrangeiro, refere a crescente atuação das companhias de seguro-saúde que “cobrando mensalidades fora do alcance da maior parte da massa trabalhadora”, ofereciam serviços mais rápidos e eficientes. Agigantaram a sua participação no passar dos anos:

[...] os investimentos internacionais na área do seguro saúde mostram-se altamente rentáveis: calcula-se que atualmente apenas 25% das verbas arrecadadas são aplicadas no atendimento aos conveniados, burocracia e campanhas publicitárias, o restante representa lucro líquido.⁵¹

Sobre a indústria farmacêutica, constata que, “entre 1965 e 1975, 25 empresas farmacêuticas brasileiras foram compradas por grupos com sede nos Estados Unidos e Europa.”⁵² A acolhida oficial a estes empreendimentos deixou a questão dos preços sem efetivo controle. Em 1971 foi criado o CEME para produzir medicamentos à população de baixa renda, que se viu incapaz de concorrer com os laboratórios privados. Em 1976 existiam nas farmácias do Brasil “cerca de 5 mil remédios supérfluos”. O autor que ora consultamos ao abordar a saúde nos anos 80 e 90, destaca a crise instalada: “[...] com hospitais públicos em precário estado de funcionamento e dificuldades de encontrar atendimento médico”.⁵³ Os esforços para melhorar a situação da saúde pública “contavam com a oposição dos empresários da saúde. Eles passaram a organizar ‘lobbies’ que atuavam no Congresso Nacional e nas Assembléias Legislativas”.⁵⁴

Com a mobilização de estudiosos da Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva (Abrasco) e do Centro Brasileiro de Estudos da Saú-

⁴⁹ Tal situação pode ser observada nos fatos que determinaram a Desapropriação do Hospital Nossa Senhora da Conceição e do Hospital Fêmina, objeto de reportagens e debates na comunidade, e ação em andamento perante a Justiça Federal da 4ª Região.

⁵⁰ BERTOLLI FILHO, op. cit.

⁵¹ Ibid.

⁵² Ibid.

⁵³ Ibid.

⁵⁴ Ibid.

de (Cebes), que se organizaram para defender a saúde coletiva, resultou o movimento “Pelo direito universal à saúde”, afirmando-se com ênfase que o acesso à saúde é “direito do cidadão e dever do Estado”. O movimento repercutiu e conseguiu influenciar por ocasião dos trabalhos da Constituinte de 1988, assim chegamos às magníficas formulações da Carta de 1988.

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.⁵⁵

Os serviços de saúde e o serviço público cultivam até hoje uma relação contraditória. Constata-se que mesmo os serviços públicos cuja atividade finalística é a própria prestação de atenção à saúde, disponibilizam para os seus servidores e dependentes um serviço de saúde especial, exclusivo, constituindo exemplo o antigo INAMPS, que encarregado da prestação de saúde pública, dispunha para os seus servidores e dependentes da Patronal. Esta realidade sugere estar introjetado no imaginário burocrático e social a idéia de que os serviços públicos de saúde seriam insuficientes para o atendimento das necessidades próprias da instituição.⁵⁶ No Judiciário não é diferente, as Resoluções⁵⁷ instituidoras dos programas de saúde institucionais explicitam em sua justificativa a ideia de que os planos privados, apesar das deficiências, configuram no Brasil o melhor atendimento médico-hospitalar. Expressam o que é de consenso comum: o sistema público seria precário e caótico. Com certeza, um bom programa de assistência à saúde é fator importante para a segurança do trabalhador, circunstância nem sempre bem avaliada ou reconhecida pelos servidores que podem contar com a referida garantia. Penso que o senso comum deve ser reavaliado, pois os serviços públicos de saúde têm áreas de excelên-

⁵⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 27 abr. 2010.

⁵⁶ Em alguns segmentos do Poder Público, a situação em que o serviço de saúde e o pagamento de despesas médicas não tem limites está a merecer críticas públicas, cito exemplificativamente: SANTOS, Clécio. Os gastos do Senado. **Zero Hora**, Porto Alegre, 22 mar. 2009. Reportagem Especial. “Restituição integral de despesas médicas para senadores e seus dependentes, sem limite de valor.

⁵⁷ Resolução nº 58, de 14.12.2005, TRF-5ª Região, por exemplo.

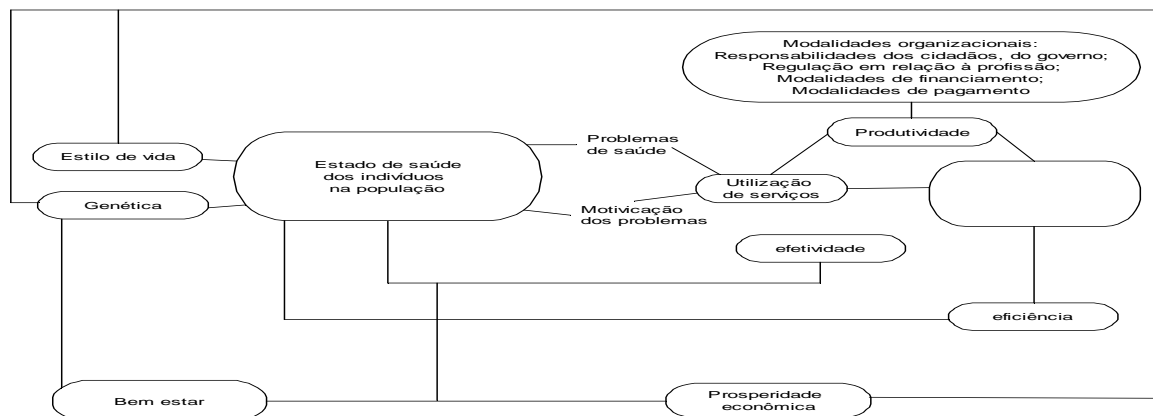
cia, basta mencionar os transplantes de órgãos.⁵⁸

A trajetória histórico-social das práticas públicas em saúde também foi abordada com proficiência por Conill⁵⁹, que assinala que os meios empregados variaram em cada época conforme o estágio de conhecimento acerca da doença e outros fatores, e no que diz respeito ao acesso a um conjunto de bens e serviços disponíveis, estes dependeriam das relações estabelecidas entre as classes sociais.⁶⁰ Scliar⁶¹ sintetiza o tema em cinco olhares, utilizando a metáfora da sociedade como um corpo. Os diversos enfoques oportunizaram a elaboração de um esquema didático que ora reproduzo, da obra de Conill⁶².

Quadro I

Comparação dos enfoques no estudo da trajetória histórico-social dos serviços de saúde

Figura 1: Modelo de Sistema de Saúde



Fonte: Contandriopoulos, A. P., 1990

Fonte: ARANHA, Márcio Iório; TOJAL, Sebastião Botto de Barros (orgs.). **Curso de Especialização à distância em Direito Sanitário para membros do Ministério Público e da Magistratura Federal**. Brasília-DF: Fiocruz, Universidade de Brasília, Escola Nacional de Saúde Pública, 2002. p. 79.

No cenário internacional, os projetos de medicina social inaugurados na Inglaterra e na Alemanha foram o embrião do que hoje constituem as políticas públicas de saúde. Os referidos projetos de medicina social surgiram como resposta às

⁵⁸ TESSLER, Marga Inge Barth. As expectativas possíveis em torno dos serviços de saúde. In: II CONGRESSO BRASILEIRO DOS SERVIÇOS DE SAÚDE NO PODER JUDICIÁRIO. Porto Alegre, 2009.

⁵⁹ CONILL, Eleonor Minho. Epidemiologia e sistemas de saúde. In: ARANHA, Márcio Iório; TOJAL, Sebastião Botto de Barros (Orgs.). **Curso de Especialização à distância em Direito Sanitário para membros do Ministério Público e da Magistratura Federal**. Brasília-DF: Fiocruz, Universidade de Brasília, Escola Nacional de Saúde Pública, 2002.

⁶⁰ SINGER, Paul; CAMPOS, Oswaldo. **Prevenir e curar: o controle social através dos serviços de saúde**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1978.

⁶¹ SCLiar, op. cit.

⁶² CONILL, op. cit., p. 79.

críticas e denúncias iniciadas, entre outros, por Engels na obra “As condições da classe trabalhadora na Inglaterra em 1844”, e Émile Zola na obra “Germinal”, de 1885. A partir dos contundentes relatos, a sociedade passou a percorrer a questão da saúde de forma coletiva. Conill⁶³ reproduz um resumo dos principais aspectos dos modelos de proteção social, como elaborados por Fleury, bastante didático:

Quadro 2 – **Modelos de proteção social**

Modalidades	Assistência	Seguro	Seguridade
Denominações	Residual	Meritocrático	Institucional
Ideologia	Liberal	Corporativa	Social-democracia
Princípio	Caridade	Solidariedade	Justiça
Efeito	Discriminação	Manutenção	Redistribuição
Status	Desqualificação	Privilégio	Direito
Finanças	Doações	% Salário	Orçamento Público
Atuária	Fundo	Acumulação	Repartição
Cobertura	Alvos	Ocupacional	Universal
Benefícios	Bens/Serviços	Proporc. Salarial	Mínimo Vital
Acesso	Teste/ Meios	Filiação	Necessidade
Administração	Filantropico	Corporativo	Público
Organização	Local	Fragmentada	Central
Referência	<i>Poor Laws inglesas</i>	Bismarck	Beveridge
Cidadania	Invertida	Regulada	Universal

Fonte: Fleury, 1994:108

Fonte: ARANHA, Márcio Iório; TOJAL, Sebastião Botto de Barros (orgs.). **Curso de Especialização à distância em Direito Sanitário para membros do Ministério Público e da Magistratura Federal**. Brasília-DF: Fiocruz, Universidade de Brasília, Escola Nacional de Saúde Pública, 2002. p. 81.

No Brasil, como pudemos observar, a evolução da matéria não foi diferente. A saúde pública surge como uma questão social durante a expansão cafeeira com a necessidade de ser preservada a força de trabalho assalariado. No geral, a intervenção estatal em prol da saúde populacional era inexistente. As políticas públicas de saúde surgem na virada do século XIX para o século XX, destacando-se a figura de Osvaldo Cruz, que de forma bastante autoritária enfrentou as epidemias da época.⁶⁴

Segundo Elias,⁶⁵ que dedica estudos à matéria mais sob o aspecto econô-

⁶³ CONILL, op. cit., p. 79.

⁶⁴ SEVCENKO, Nicolau. **A Revolta da Vacina: mentes insanas em corpos rebeldes**. São Paulo: Scipione. 1993.

⁶⁵ ELIAS, Paulo Eduardo. Políticas de Saúde – Reforma ou contra-reforma: algumas reflexões sobre as políticas públicas no Brasil. In: ARANHA, Márcio Iório; TOJAL, Sebastião Botto de Barros (orgs.). **Curso de Especialização à distância em Direito Sanitário para membros do Ministério Público e da Magistratura Federal**. Brasília-DF: Fiocruz, Universidade de Brasília, Escola Nacional de Saúde Pública, 2002.

mico-financeiro, ocorreram mudanças significativas no sistema da proteção social brasileira. Denomina o período de 1964 a 1975 como “desenvolvimento sem democracia”. No período militar houve uma ampliação das políticas sociais, havendo aceleração da privatização nos setores de bens de consumo, como saúde e educação.

São estendidos benefícios sociais de escassa efetividade. Houve a consolidação da privatização da assistência médica. A previdência social passa a comprar serviços médicos do setor privado, que tem assim um mercado cativo. Este setor altamente complexo se transforma em acumulador de capital. Os gastos com a assistência médica são acelerados, passando a ser o segundo orçamento do País. Com o fim do milagre econômico, o sistema entra em crise.

Na segunda metade da década de 1980, gestava-se um novo ideário para a saúde pública. A estratégica eleita para se conquistar a saúde como um direito consistiu inicialmente na descentralização do sistema de saúde, buscando-se uma maior racionalidade e a criação de novos espaços institucionais de participação da sociedade. Ocorreu a VIII Conferência Nacional de Saúde em 1986 e a transição democrática. A reforma sanitária não foi, segundo Elias⁶⁶, uma esfera de atuação preferencial do Estado.

A Constituição Federal de 1988 consagrou o ideário sanitário, contemplando a saúde como um direito de todos, a ser provido e promovido pelo Estado. A saúde, a sua conservação e recuperação constituem, a partir daí, um bem universal. Neste período, sem ter atingido a plenitude do direito social, sobreveio a onda econômica neoliberal, que tende a afastar a solidariedade privilegiando os valores de eficiência, competitividade e equilíbrio fiscal. A obsessão pelo equilíbrio inicialmente, e após a destinação de recursos a fins assistencialistas (bolsa família e outras) sacrificaram as políticas sociais e sanitárias, no sentido de tornar efetivos os comandos inseridos no bloco da saúde.

A saúde, inobstante seja universalizada, tem feição economicista e segue a recomendação do Banco Mundial/1995,⁶⁷ que indicou para os países em desenvolvimento a adoção do sistema que comete ao Estado a responsabilidade pela universalização da assistência básica à saúde, e a assistência especializada com incorporação tecnológica seria deixada ao setor privado, na modalidade de seguro privado.

As necessidades sociais são satisfeitas minimamente e o acesso aos servi-

⁶⁶ ELIAS, op. cit.

ços mais sofisticados são entregues aos agentes econômicos do setor, segmentou-se a oferta segundo a capacidade de pagamento. Transcrevo do citado autor:

No caso brasileiro o papel desempenhado historicamente pelo Estado no Sistema de Saúde tem sido o de organizar os consumidores, direcionar o financiamento e o de conciliar os interesses estruturados em torno da saúde, sobretudo daqueles articulados com os produtores privados seja de serviços, insumos ou equipamentos. O Estado brasileiro logrou apresentar grande competência no desenvolvimento das políticas correspondentes ao seu papel no setor saúde. Não obstante as mudanças ocorridas nos últimos anos, que, apesar das suas diversas repercussões, praticamente não alteraram o modelo de Estado voltado para os interesses privados, e com baixa capacidade de regulação, configurou uma (des)organização dos serviços de saúde com distintas formas de articulação entre os setores público e privado direcionados para ocuparem certos níveis da assistência. E desse modo, ao invés de um único sistema, conformaram-se dois ou mais sistemas de saúde, que segmentam a assistência segundo vários critérios, sendo o principal deles a forma de seu financiamento e a inserção do usuário no sistema de produção econômica. Em relação a este último, ele resultou na institucionalização de um modelo dual de bem-estar social (VERGARA, 1994:46), em que, de um lado, os trabalhadores dos setores econômicos de ponta, e partícipes do processo de globalização econômica, ao lado das elites e dos setores dos estratos médios e altos da sociedade são cobertos pelo sistema privado de saúde; e de outro lado, subjaz uma ampla massa de trabalhadores vinculados aos setores economicamente atrasados, e as camadas dos estratos médios empobrecidos, junto com os socialmente excluídos – os desempregados e os subempregados –, dependentes de um sistema público de saúde cada vez mais deficitário quanto ao atendimento e ao acesso, e, portanto, socialmente injusto.⁶⁸

No que se refere às bases de financiamento, a esfera federal constitui a principal provedora e, segundo Elias⁶⁹:

[...] configura-se uma situação de indefinição em que o sistema vigente no Brasil não se caracteriza por sustentar-se nos recursos fiscais (sistema público universalista) ou exclusivamente nas contribuições calculadas sobre as folhas de salário (sistema de tipo seguro, segundo a lógica de mercado, e portanto não universalista mas meritocrático). E, na prática, nem o sistema público (SUS) comporta-se como universalista, dadas as enormes dificuldades que enfrenta quanto à cobertura e ao acesso aos serviços, nem o sistema privado (complementar/supletivo) comporta-se genuinamente como modalidade seguro, dados os incentivos fiscais do Estado e os subsídios

⁶⁸ ELIAS, op. cit., p. 88.

⁶⁹ Ibid., p. 100.

cruzados que recebe dos serviços públicos, sobretudo nos procedimentos assistenciais de alto custo [...]

Assim, vê-se que a organização da saúde vigente no Brasil, mantém situação de dualidade no interesse dos prestadores privados de seguridade social. Para compreender a situação, transpondo-a para o Sistema de Justiça, que é público, basta imaginar que o Judiciário funcionasse como Sistema de Saúde, complementarmente a um sistema de Justiça Privada. O lema “Saúde para todos” já é o mesmo “Justiça para todos”. O Sistema de Justiça teria duas portas de acesso, aos que podem pagar, boas instalações, juízes bem pagos e advogados excelentes. Aos pobres um sistema subfinanciado, profissionais insuficientes e dificuldade de acesso.⁷⁰

É a “atenção primitiva à saúde” que seria aquela adotada nos países que dispõem de serviços diferenciados para distintos grupos sociais e que estão preocupados em reduzir os gastos em saúde organizando serviços de segunda categoria para uma população considerada inferior. O autor citado⁷¹ qualifica o sistema de saúde como restritivo quanto à cobertura oferecida, segmentado na produção e no acesso aos serviços, iníquo no atendimento das necessidades sociais e desigual no tratamento dispensado aos usuários. Na prática, percebe-se a desconsideração das determinações constitucionais de saúde como direito de todos e dever do Estado. Tal constatação dos especialistas na matéria é confirmada diariamente por notícias jornalísticas que estampam situações absolutamente intoleráveis nos serviços públicos de saúde. A distância entre o plano ideal e a realidade é muito grande.

É surpreendente que até o momento não tenham sido tomadas medidas mais radicais por parte dos usuários do SUS, submetidos a intermináveis esperas e remarcações para obter uma simples consulta médica. O próprio Poder Judiciário sensibilizou-se antes com o caos aéreo verificado após lamentável acidente ocorrido em São Paulo. Foram instalados juízes nos aeroportos para dar conta dos direitos dos consumidores. No sistema penitenciário onde também há graves problemas, os órgãos de controle e de políticas do Judiciário estão a atuar incisivamente, multiplicando visitas e mutirões para melhorar o serviço prestado e o tratamento ao preso. A mesma atenção deve ter merecer o serviço público de saúde. A situação é aceita

⁷⁰ PAIM, Jairnilson S.; ALMEIDA FILHO, Naomar de. Saúde coletiva: uma "nova saúde pública" ou campo aberto a novos paradigmas?. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 32, n. 4, ago. 1998.

⁷¹ ELIAS, op. cit.

como normal no cotidiano jornalístico como se pode observar após o colapso aéreo decorrente da erupção vulcânica ocorrida em abril de 2010, com a manchete em capa de jornal: “Paisagem nos aeroportos se assemelha a fila do SUS”.⁷² Tolera-se o tumulto na fila do SUS, mas rejeita-se a mesma situação nos serviços aéreos.

Registra-se, ainda, a escassa tradição de participação social na organização da saúde pública. Não há tradição na prestação de serviços voluntários. Não há tradição na participação dos órgãos deliberativos como conselhos de saúde. Tem-se a idéia de que a saúde pública é só tarefa do governo, do prefeito e de seu secretário de saúde. O que se observa é alguns grupos mais organizados de doentes, graças a sua determinação e organização, conseguem sensibilizar os gestores públicos no sentido da implantação de políticas a si destinadas, exemplo é a política de fornecimento de medicamentos para AIDS.

3.3 As políticas públicas em saúde e seus formuladores

Neste tópico, busca-se compreender como, que mecanismos são utilizados, ou que forças se manifestam para transformar projetos, ideias em políticas públicas de saúde. Pelo percurso histórico percebe-se a grande dificuldade vivenciada durante os sucessivos períodos históricos, despontando a legitimidade do Judiciário que não pode mais se omitir em tornar efetivos os direitos sociais. Para a construção de uma política pública⁷³ não é suficiente a vontade isolada de um ator social, a política pública é um aglomerado de atores, instituições, pressões, manifestações de interesses, coalizões, todos em torno de um objetivo.

Bertolli Filho⁷⁴ destaca os esforços e tentativas oficiais de melhorar os serviços de saúde a partir dos anos 90. Registra a atuação do médico Adib Jatene, ressaltando que a proteção da saúde depende sobretudo das decisões políticas. A percepção pessoal do impacto positivo da atuação da Anvisa desde a sua criação, que tem sabido fazer valer o princípio da precaução para garantir a proteção da saúde da coletividade.

⁷² DUARTE, Letícia. Vida no caso. **Zero Hora**, Porto Alegre, 21 abr. 2010. Texto de Letícia Duarte que ironicamente tentava chegar a um *workshop* sobre saúde, transcrevo texto: “[...] a paisagem nos aeroportos europeus se assemelha a uma fila em postos do Sistema Único de Saúde (SUS). Gente implorando por uma solução que não vem. [...]”.

⁷³ SILVA, Regina Célia dos Santos. **Medicamentos excepcionais no âmbito da assistência farmacêutica no Brasil**. 2000. 216 p. Dissertação (Mestrado) – Fundação Oswaldo Cruz, Escola Nacional de Saúde Pública, Rio de Janeiro, 2000.

As políticas públicas são, pois, instrumentos indispensáveis para a concretização dos direitos constitucionalmente reconhecidos.

Os gestores públicos necessitam, para não incorrerem em omissão, construir políticas públicas no sentido de dar plena exequibilidade aos direitos consagrados. As políticas públicas podem ser conceituadas⁷⁵ como “instrumento de ação dos governos”. Constituiriam uma evolução em relação à ideia de lei emanada pelo Poder Legislativo sabidamente com crescentes dificuldades para fazê-lo de modo presto e isento.

Para Grau⁷⁶ o governo das políticas substitui o governo das leis e situa o próprio direito como forma de intervenção do Estado na sociedade.

Comparato⁷⁷ refere que o governo pelas políticas desenvolve e aprimora o governo pela lei. Bandeira de Mello⁷⁸ assevera sobre a vinculação dos atos do governo na implementação das políticas públicas que estão vinculados ao princípio da legalidade e da legitimidade, e a discricionariedade consistirá na escolha de prioridades e formas para atender os objetivos maiores preceituados pela Constituição.

Na Carta de 1988, há necessidade da participação popular na construção de políticas públicas, devendo a comunidade assumir um papel protagônico na escolha e na implantação de políticas, conforme artigo 29, inciso XII; artigo 194, parágrafo único, inciso VII; artigo 198, inciso III; artigo 204, inciso II; artigo 206, inciso VI; e artigo 227, § 1º.

Assim, o Conselho Nacional de Secretários de Saúde (Conass) foi criado pela Lei nº 8.142/1990. A administração pública pode ser responsabilizada em caso de ausência de políticas públicas, sendo tal questão judicializável, conforme asseveram precedentes judiciais.⁷⁹

⁷⁴ BERTOLLI FILHO, op. cit.

⁷⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006.

⁷⁶ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

⁷⁷ COMPARATO, Fábio Konder. **Para Viver a Democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1989. p. 382.

⁷⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

⁷⁹ [...]

6. A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétreia.

[...] (REsp nº 577836/SC, STJ).

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO: NOVA VISÃO. 1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do

Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador. 2. Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente. 3. Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas. 4. Recurso especial provido. (RESp nº 493811/SP).

“[...] O autor da presente ação constitucional sustenta que o veto presidencial importou em desrespeito a preceito fundamental decorrente da EC 29/2000, que foi promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde. [...] Conclui-se, desse modo, que o objetivo perseguido na presente sede processual foi inteiramente alcançado com a edição da Lei nº 10.777, de 24/11/2003, promulgada com a finalidade específica de conferir efetividade à EC 29/2000, concebida para garantir, em bases adequadas – e sempre em benefício da população deste País – recursos financeiros mínimos a serem necessariamente aplicados nas ações e serviços públicos de saúde. Não obstante a superveniência desse fato juridicamente relevante, capaz de fazer instaurar situação de prejudicialidade da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000) [...] esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) [...]. O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. [...] - Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstando-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse non facere ou non praestare, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. - A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição [...]. 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 (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976” [...]. 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 deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. [...] comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir [...]. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. [...] Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.” [...] Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos,

Remarca-se, assim, a legitimidade da intervenção do Poder Judiciário no tema de implementação de políticas públicas.⁸⁰ Tal foi proclamado de forma didática pelo Ministro Celso de Mello, mesmo tendo a ADPF nº 45 perdido o seu objeto.

Assim, a saúde pública como política não escapa de verificação pelo Judiciário. Conforme Merhy,⁸¹ as arenas decisórias específicas da área de saúde, para a implementação de políticas públicas até 1930, eram integradas pelos médicos sanitaristas como formuladores e principais implementadoras desta política. Anota que após outros atores sociais passaram a ser considerados. Sobre o processo decisório pertinente às políticas públicas em saúde, a procura pela sua compreensão inicia por “entender a articulação entre os projetos formulados e os princípios implementados de uma determinada política pública e esta questão deve ser verificada em cada etapa histórico-social que se tiver pela frente”. Em conclusão para os efeitos desta abordagem, face a uma maior necessidade de propiciar uma participação social na formulação de políticas públicas em saúde, ampliam-se os campos de forças a atuar no setor, não sendo estranho ou extraordinário que o Poder Judiciário passe a atuar sempre no sentido de concretizar os projetos, as políticas públicas com nenhuma ou baixa implementação. A atuação do Judiciário faz por estabelecer uma nova relação interna no campo da saúde, contudo, a Constituição conferiu ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e da medida em que o direito social da saúde deve ser assegurado, chamando-se tal espaço de deliberação, de “livre espaço de conformação”, segundo lição de Krell⁸².

Extrai-se do precedente exemplar vertido na ADPF nº 45 MC/DF, Relator Ministro Celso de Mello, lição em torno da atuação do Judiciário:

sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos. [...] que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. [...] “A constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado ‘livre espaço de conformação’ (...). Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. [...] Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. (ADPF nº 45 MC, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 29.4.2004) (destaquei)

⁸⁰ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas Públicas**: A responsabilidade do administrador e o Ministério Público. São Paulo: Max Limonad, 2000.

⁸¹ MERHY, Emerson Elias. **A saúde pública como política**: um estudo de formuladores de políticas. 2. ed. São Paulo: Hucitec, 2006. p. 52-53.

[...] ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política [...]

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 (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, 'Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976', p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

[...] a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir [...]

Daí a correta ponderação de ANA PAULA DE BARCELLOS ('A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais', p. 245-246, 2002, Renovar): 'Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. [...] A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. [...]

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.

[...] que os condicionamentos impostos, pela cláusula da 'reserva do possível', ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.

Assim, em face dos expressivos espaços deixados à atuação do Poder Judiciário pelo julgamento no ADPF 45, em 29.4.2004, pode-se asseverar pela legitimidade do Poder Judiciário, com as cautelas e considerações lançadas, interferir, quando for o caso, em prol da efetivação do direito à saúde. Anote-se, por oportuno,

⁸² KRELL, op. cit.

que o julgado teve em vista ação coletiva, civil pública, em face do veto presidencial que desrespeitava preceito fundamental decorrente da Emenda Constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000. Após a judicialização o Executivo retirou o veto que pretendeu realizar.

3.4 A política pública de fornecimento de medicamentos⁸³

O medicamento não é um bem de consumo qualquer, ele tem valor intrínseco, pois está ligado ao tratamento e à recuperação da saúde. O medicamento é uma modalidade terapêutica, sendo definida como “substância ou preparado usado no tratamento de uma afecção, ou de uma manifestação mórbida. Segundo a terminologia oficial, Portaria 3916, medicamento é o “produto farmacêutico com finalidade profilática curativa, paliativa ou para fins de diagnósticos”.⁸⁴ O conceito legal de medicamento foi introduzido pela Lei nº 5.991/1973, artigo 4º:

Art. 4º - Para efeitos desta Lei, são adotados os seguintes conceitos:
[...]
II - Medicamento - produto farmacêutico, tecnicamente obtido ou elaborado, com finalidade profilática, curativa, paliativa ou para fins de diagnóstico;

A formulação de política pública de fornecimento de medicamentos à população deu-se a partir da 28ª Assembléia Mundial de Saúde, em 1985. Durante uma conferência, o Diretor-Geral da OMS, Organização Mundial da Saúde, destacou a necessidade da implantação pelos países de uma política de medicamentos com o escopo de facilitar o acesso e o uso racional pelas pessoas. Houve destaque para a necessidade de elaboração de lista de medicamentos essenciais por parte de cada país, de acordo com as necessidades da maioria da população. O Brasil já contava com uma quase-política na ocasião. No cenário político internacional observam-se duas formas distintas de financiamento do gasto com medicamentos, de um lado o sistema norte-americano onde o gasto é financiado através de seguro-saúde priva-

⁸³ VIEIRA, André. Vendas de remédios vão crescer 8%. **Valor Econômico**, Rio de Janeiro, 23 jan. 2008. p. B9. “As empresas farmacêuticas estrangeiras, especializadas em medicamentos protegidos por patente, projetam um crescimento de vendas de 8,6% em 2008, ligeiramente abaixo da alta de 9,9% do ano passado.”

⁸⁴ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. **Dicionário da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

do. Já na grande maioria dos países desenvolvidos o Estado financia o gasto, através de reembolso ou distribuição gratuita.⁸⁵ Os autores anotam ainda que, em geral, o Estado define uma lista positiva dos medicamentos passíveis de reembolso, assim como o limite máximo de valor. Alguns são reembolsados integralmente, outros pelo sistema de reembolso parcial. Em quase todos os países o paciente é responsável por parte dos gastos, de modo a incentivá-lo a um uso racional. Para serem comercializados no Brasil, os medicamentos necessitam de registro na Anvisa, conforme o disposto no artigo 12 da Lei nº 6.360/1976.

3.4.1 Medicamentos essenciais no Brasil

A primeira lista de medicamentos essenciais foi denominada de Relação Básica e Prioritária de Produtos Biológicos e Materiais para Uso Farmacêutico Humano e Veterinário,⁸⁶ estabelecida pelo Decreto nº 53.612, de 26.2.1964. A finalidade foi a de estabelecer a obrigatoriedade de os órgãos governamentais adquirirem apenas os produtos da relação e de empresas de capital nacional. Foi mais uma racionalização para a gestão. Um encaminhamento técnico burocrático. Em 1971 houve uma tentativa de não se reconhecer patentes para medicamentos com a introdução dos “medicamentos similares”, a questão resultou na edição da Lei nº 6.360/1976.

3.4.2 A relação Rename

Em 8 de julho de 1975, o Ministério da Previdência e Ação Social, através da Portaria nº 233, e após o trabalho elaborado por uma comissão técnica de especialistas, lançou a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Rename). Esta lista foi sendo revista, mas não com a frequência esperada. A Lei nº 8.080, de 1990, no seu artigo 6º estabeleceu como campo de atuação do SUS a “formulação da política de medicamentos”. O propósito precípua de tal política, segundo Hélio Pereira Dias⁸⁷ foi a de garantir a necessária segurança, eficácia e qualidade de medicamentos, a

⁸⁵ LISBOA, Marcos et al. **Política Governamental e regulação do mercado de medicamentos**. . Documento de trabalho nº 8. SEA/MF, 2001. Disponível em: <http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/documento_trabalho/2001-1/doctrab08.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2010.

⁸⁶ SILVA, R., op. cit.

⁸⁷ DIAS, Hélio Pereira. **Direitos e obrigações em saúde**. Brasília: Anvisa, 2002.

promoção do uso racional e o acesso da população àqueles considerado essenciais.⁸⁸

3.4.3 A Política Nacional de Medicamentos⁸⁹

Pela Portaria nº 3916, de 30 de outubro de 1998, foi estabelecida a primeira política pública no sentido exato do termo, denominado Política Nacional de Medicamentos. Considera que os medicamentos essenciais, básicos e indispensáveis para atender a maioria dos problemas de saúde da população, devem estar continuamente disponíveis. O Ministério da Saúde deverá providenciar na permanente atualização da Relação Rename. Dispôs sob a regulamentação sanitária de medicamentos, sobre o uso de genéricos. Houve uma reorientação da assistência farmacêutica para o desenvolvimento de iniciativas que possibilitassem a redução do preço, a otimização e a eficácia do sistema de distribuição, bem como sobre a propaganda de produtos farmacêuticos, que foi restringida.⁹⁰ A instituição da política pública em questão levou em conta o incentivo do uso racional⁹¹ e as doenças prevalentes. Considerou que o mercado farmacêutico brasileiro é um dos cinco maiores do mundo, com vendas em 1996 que atingiram 9,6 bilhões de dólares/ano, somando na mesma data 47.000 empregos diretos. Havia, na época, 50 mil farmácias.⁹²

A Portaria nº 3916/1998 estabeleceu oito diretrizes para a Política de Medicamentos: a) a adoção de relação de medicamentos essenciais; b) a regulamentação sanitária dos medicamentos; c) a reorientação da assistência farmacêutica; d) a promoção do uso racional dos medicamentos; e) o desenvolvimento científico e tecnológico; f) a promoção da produção de medicamentos; g) a garantia de segurança,

⁸⁸ Ilustrando o regime autoritário burocrático dos anos 70 e a construção de listas de medicamentos, o fato do General Médici (1964/1974) ser parkinsoniano, e o General Golbery do Couto e Silva (1974/1979) ser ligado a laboratórios transnacionais (Dow Chemical). A proteção patentária a medicamentos se deu no Brasil a partir de 1996, Lei de Propriedade Industrial, Lei nº 9.279/1996, junto do acordo TRIPs, no âmbito da OMC.

⁸⁹ O alto preço dos medicamentos e o encarecimento dos planos de saúde foi objeto de reportagem na Revista Veja: O CUSTO da saúde. **Veja**, 14 maio 2008. Capa.

⁹⁰ A prestação de assistência farmacêutica, sob forma de programa, mas financiamento individual, deu-se desde 1923, pelo Decreto nº 4.682, de 24 de janeiro de 1923, com a criação das Caixas de Aposentadorias e Pensões, a chamada “Lei Eloy Chaves”, que não era lei, mas decreto e, entre outros benefícios, instituiu a “venda de medicamentos a preços especiais” (SILVA, 2000).

⁹¹ DIAS, op. cit.

⁹² Segundo estudos então empreendidos, o brasileiro é o povo que mais se automedica, nem sempre com benefícios para a saúde.

eficácia e qualidade dos medicamentos; h) o desenvolvimento e capacitação de recursos humanos.

3.4.4 Os medicamentos genéricos⁹³

A Lei nº 9.787, de 1999, instituiu os medicamentos genéricos, a par dos já conhecidos como similares, cujos registros estavam autorizados pela Lei nº 6.360/1976. A instituição dos genéricos surgiu nos Estados Unidos na década de 60, após uma verificação da segurança e eficácia de todos os medicamentos pela Academia de Ciências, entendendo-se que a partir daí ficava autorizada a fabricação destas formulações sem a necessidade da realização de estudos clínicos.

Anota Dias⁹⁴ que se empreendeu um grande esforço político e empresarial para ultrapassar barreiras mercadológicas para a implantação desta política pública. O escopo maior era a redução do preço, aliás, este é o objetivo internacionalmente reconhecido e perseguido com a implantação dos genéricos. O medicamento genérico pode ser definido como um medicamento similar a um produto de marca ou referência. Pretende ser, e de fato é, com este intercambiável, produzido após a expiração ou renúncia da proteção patentária. É um medicamento com o mesmo princípio ativo, com a mesma performance do medicamento de referência. Os genéricos foram um ganho para a população, pois aliam economia e qualidade. Em quase todos os países a prescrição de genéricos é encorajada para reduzir os gastos.⁹⁵ A tendência do aumento do gasto com medicamento levou a maioria dos países a procurar mecanismos para controlar os preços dos medicamentos, o que se obtém com a aludida política por certo tempo.

3.4.5 Os medicamentos excepcionais

Em 1982, pela Portaria nº MPAS/MS/MEC 03, de 15.12.1982, foram contemplados os medicamentos excepcionais, cuja aquisição seria feita em caso ex-

⁹³ No comércio mundial a questão dos genéricos causa controvérsia. O Brasil irá à OMC pelos genéricos apreendidos, enquanto transitavam pela Holanda com destino ao Brasil, por alegação de infração á propriedade intelectual. Cf. BRASIL vai à OMC por genéricos. **Zero Hora**, Porto Alegre, 13 maio 2010.

⁹⁴ DIAS, Cláudia Regina Cliente. **Medicamentos genéricos no Brasil de 1999 a 2002: análise da legislação, aspectos conjunturais e políticos**. 108 p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, 2002.

cepcional individual, e com recursos financeiros independentes daqueles destinados a financiar os constantes na lista Rename.

Esta iniciativa transformou-se em política pública em 1993, pela Portaria nº 142, criando-se o Programa Nacional de Medicamentos Excepcionais. O conceito de “medicamento excepcional” é o da Portaria nº 3/82: são “os medicamentos cuja aquisição governamental é feita em caso excepcional, individual e com recursos financeiros independentes daqueles destinados aos medicamentos Rename, utilizando critério especial de dispensação. Inicialmente o setor responsável pela regulamentação e estoque dos medicamentos excepcionais era o CEME, extinta em 1997.^{96, 97}

Ao início da década de noventa, sobreveio o movimento social dos grupos organizados de paciente sem cobertura terapêutica que fizeram avançar as coberturas da política pública, sendo de citar os portadores da doença de Gaucher⁹⁸ e medicamentos para terapia de transplantados. A falta de medicamento imunossupressor para paciente transplantado, o que ocasionou a rejeição do rim, acarretou a responsabilidade do Estado, conforme o decidido no Recuso Especial nº 683208/RJ, Superior Tribunal de Justiça, Relator Ministro Luiz Fux. No precedente identificou-se nexos causal entre a omissão estatal e a morte do paciente.

Progressivamente a tabela de medicamentos excepcionais foi sendo incrementada sempre por edição de Portarias, passando nos últimos anos a ter esporádicas alterações. O principal responsável, segundo os pactos consensuados, é a União, sendo que o Pacto pela Defesa do SUS, Portaria GM/MS 2.577/2006,⁹⁹ definiu a responsabilidade das Secretarias Estaduais de Saúde pela aquisição e dispensação dos medicamentos excepcionais com exceções. Quanto ao financiamento para aquisição, continua de responsabilidade do Ministério da Saúde e dos Estados, conforme pactuação na Comissão Intergestores Tripartite.

⁹⁵ LISBOA et al., op. cit., p. 6.

⁹⁶ SILVA, R. op. cit.

⁹⁷ VILLAVERDE, João. Problema fiscal está na saúde e Previdência, diz Scheinkman. **Valor Econômico**, São Paulo, 10 maio 2010. p. A4. João Villaverde entrevista com José Alexandre Scheinkman, Professor da Universidade Princeton. “O desafio do Estado brasileiro, avalia Scheinkman, está em aliar os custos crescentes com saúde e Previdência, que tendem a aumentar diante do envelhecimento populacional e do avanço tecnológico. “A saúde é um dos poucos setores onde o avanço tecnológico aumenta custos e não o contrário.”

⁹⁸ Doença genética relacionada com o metabolismo dos lipídios.

⁹⁹ BRASIL. Ministério da Saúde. Aprova o Componente de Medicamentos de Dispensação Excepcional. Portaria n. 2.577/GM, de 27 de outubro de 2006. Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2006/GM/GM-2577.htm>>. Acesso em: 20 maio 2010.

Note-se que é extremamente complexa a relação entre os órgãos públicos envolvidos e outros atores sociais,¹⁰⁰ e a situação dificulta sobremaneira a compreensão do sistema, gerando grandes controvérsias. Os medicamentos de dispensação excepcional são submetidos aos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas estabelecidas pelo Ministério da Saúde. A divergência e complexidade resultaram evidenciadas no transcorrer da Audiência Pública nº 4,¹⁰¹ e está pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal o ADI nº 4234/DF sobre a constitucionalidade das patentes.

3.4.6 A política pública para doenças oncológicas

No caso das doenças oncológicas, há sistemática própria. Os medicamentos são fornecidos pelos Centros de Alta Complexidade em Oncologia (CACON). A Portaria nº 2.439/GM, de 8 de dezembro de 2005, instituiu a Política Nacional de Atenção Oncológica. A explicação para um melhor entendimento sobre as razões de não estarem os medicamentos oncológicos incluídos dentre os medicamentos excepcionais foi feita pela Dr^a Maria Inez Pordeus Gadelha, Coordenadora-Geral de Alta e Média Complexidade do Departamento de Atenção Especializada da Secretaria de Atenção à Saúde do Ministério da Saúde,¹⁰² que ressaltou que a integralidade assistencial depende na oncologia de áreas e estruturas específicas.

O câncer é tratado pela integração de diversas áreas assistenciais, os clínicos e cirurgias, áreas de radioterapia, quimioterapia, medicina nuclear, além da cirurgia. A quimioterapia que é centrada em medicamentos, necessita de integração, pois só o medicamento pouco contribuiu para o tratamento. Os medicamentos anti-neoplásicos por terem finalidade paliativa, são de fornecimento direito do hospital ou clínica habilitados para atenção em oncologia. Em 1998, percebeu-se que havia um duplo gasto do SUS com tais tratamentos, pois havia dispensação tanto do Programa de Medicamentos Excepcionais quanto para o hospital. Por outro lado, considerando as peculiaridades da doença e a prestação do tratamento, pois a quimioterapia pressupõe aplicação em períodos fixos, com doses variáveis (por peso ou superfície corporal), e que tal pode variar, dependendo das condições do paciente, sendo

¹⁰⁰ SILVA, op. cit.

¹⁰¹ Audiência Pública nº 4, sessão de 4 de maio de 2009, abordada no Capítulo 6 deste trabalho.

¹⁰² Idem.

que não obedecidos os parâmetros, não há o resultado esperado. O programa não se estrutura em medicamentos, que são de inteira responsabilidade e eleição do hospital. Todas as neoplasias malignas são contempladas, a exceção do carcinoma de timo (doença rara). Os neoplásicos têm isenção fiscal. A rede de hospitais e clínicas autorizadas conta em sua maioria com estabelecimentos privados que defendem a manutenção do sistema que lhe proporciona lucros. Há financiamento do Ministério da Saúde para a aquisição dos equipamentos. O pagamento é pelo tratamento do paciente, não sendo focado no medicamento utilizado. O acesso à alta complexidade é universal e o gasto do Ministério da Saúde seria de mais de um bilhão de reais.

Ainda na Audiência Pública nº 4,¹⁰³ a explanação do médico Paulo Dornelles Picon¹⁰⁴, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, ressaltou a importância da nossa boa política pública para medicamentos, especialmente na área dos medicamentos excepcionais. Relatou sobre o medicamento Interferon Peguilado, muito demandado judicialmente, dizendo que a superioridade do peguilado em relação ao Interferon tradicional é pequena. A precificação era “inescrupulosa e sem justificativa técnica”, e que “[...] um grama de Interferon Peguilado, à época, custava o equivalente a cem quilos de ouro.¹⁰⁵” Assevera que:

Sob o prisma da judicialização, não há tempo de questionar essas indicações, e somos obrigados a incluir os pacientes nos tratamentos. Pois bem, a maioria dos pacientes que morreram tinha contra-indicação ao início do tratamento.¹⁰⁶

Ressaltou, por fim, a que os tomadores de decisão se valessem da “medicina baseada em evidências”.

3.4.7 A política pública para tratamento da AIDS

A mobilização dos portadores do vírus AIDS/HIV, particularmente a presença entre eles de pessoas famosas com projeção no mundo artístico, motivou e deu im-

¹⁰³ A Audiência Pública nº 4 será abordada no Capítulo 6 deste trabalho.

¹⁰⁴ Idem.

¹⁰⁵ Idem.

¹⁰⁶ Idem.

pulso a que o Brasil adotasse uma política pública “de risco”, segundo Schwartz:¹⁰⁷

pois o espaço pelo qual o governo Brasileiro se moveu para a proteção dos portadores de SIDA no Brasil foi extremamente novo e paradigmático, tornando-se exemplo para o mundo. [...] Partiu de uma nova concepção de política pública e enfrentou considerável risco no âmbito do direito internacional sanitário, pois é signatário do TRIP, tratado internacional que disciplina a propriedade industrial. [...] Em um país periférico, encontrou-se uma solução satisfatória para conter o avanço da SIDA. O tratamento tornou-se referência mundial. [...] A estratégia simples adotada pelo Brasil para esse gasto menor que o investimento feito pelos norte-americanos, em um terço do valor usado na medicação, consiste na produção dos remédios no Brasil. O programa brasileiro, adotado em 1994, prevê tal produção sem o pagamento dos royalties para os laboratórios internacionais que ditam as fórmulas, Índia e África do Sul seguiram o nosso exemplo.

A Lei patentária brasileira, no artigo 68 (Lei nº 9.279/1996), tem dispositivo que permite a quebra da patente em casos de preços abusivos, o abuso do poder econômico. Na reunião de Doha, no Catar,¹⁰⁸ a posição brasileira foi respaldada para a quebra de patentes no caso de remédios para aids. Embora exitosa a política pública, mundialmente reconhecida, ainda há pedidos de medicamentos diferentes dos constantes do denominado “coquetel”. Há políticas públicas tendentes a prevenir o contágio do HIV/AIDS, inauguradas no Brasil pela propaganda oficial, que incentivava o uso da camisinha. A veiculação publicitária oficial utilizou um nome próprio, o que motivou inúmeras ações judiciais em busca de composição de supostos danos morais pelos portadores do aludido nome próprio. As ações resultaram inexitosas.

3.4.8 O acesso expandido a medicamentos

Sob a denominação de “acesso expandido” estão os fármacos experimentais, não registrados no Brasil, não incluídos em protocolos clínicos, não passíveis de regular comercialização, em estudos no país de origem que, na ausência de outras alternativas ao paciente, coloca-se o acesso expandido sem caracterizar pesquisa clínica, nos termos da Resolução RBC nº 26/99. Trata-se de tratamento expe-

¹⁰⁷ SCHWARTZ, Germano. **O tratamento jurídico do risco no direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

¹⁰⁸ CARVALHO, Adriana. Um encontro para a história. **Veja**, São Paulo, 21 nov. 2001. “Em seis dias, os ricos fizeram mais concessões aos países pobres do que no meio século passado.”

rimental que deve ser custeado pelo fabricante do produto, controlado eticamente no Brasil pelo Conselho Nacional de Ética em Pesquisa (Conep). Os participantes do “acesso expandido” não podem ser abandonados após as terapias que devem ser custeadas pelos promoventes e não pela União.¹⁰⁹

3.5 A legislação brasileira sobre propaganda de medicamentos

A primeira regulamentação sanitária sobre a questão no Brasil foi o Decreto nº 20.377, de 8.9.1931, revogado pela Lei nº 5.991, de 17.12.1973. Acompanhando tendência internacional mais rigorosa quanto ao assunto, surge a Lei nº 6.360, de 6.9.1976. Regulamentado pelo Decreto nº 79.094, de 5.1.1977, este previa autorização do Ministério da Saúde para a propaganda, após dispensada pelo Decreto nº 2.018/1996. Há o Conar (Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária), organização não governamental, que fiscaliza a ética da propaganda comercial veiculada no Brasil, norteando-se pelas disposições contidas no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.¹¹⁰ A Constituição Federal de 1988 no artigo 220, § 3º, inciso II, estabelece proteção contra a propaganda que possa ser nociva à saúde mediante interposição legislativa. Apesar do Código do Consumidor, Lei nº 8.078/1990, artigo 6º, as questões referentes a medicamentos continuam abordados por Decreto nº 2.018/1996. Em 1995, após Consulta Pública nº 5, a RDC 102 da Anvisa, de 30.11.2000,¹¹¹ regulamentou a matéria.

Concluindo o exame sobre a política pública de fornecimento de medicamentos, não se pode deixar de destacar o imenso esforço dos gestores nacionais e da Organização Mundial da Saúde (OMS) para a regulação da indústria farmacêutica, propondo um relacionamento mais ético, desta com os prescritores, sugerindo a vedação de brindes, a promoção de eventos, o custeio de viagens, etc. As medidas nesta área, em resumo, são propostas de critérios éticos de relacionamento, adoção

¹⁰⁹ No RE nº 566.471/RN, pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral reconhecida em matéria de medicamentos de alto custo no RE nº 566.471/RN, Relator Ministro Marco Aurélio. Reconheceu-se a Repercussão Geral no recurso onde se questiona se uma situação individual, sob o argumento do alto custo, põe em risco a assistência global à saúde. Versa sobre o custeio de cirurgia e medicamentos de alto valor não padronizados.

¹¹⁰ CONSELHO NACIONAL DE AUTO-REGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA (CONAR). *Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária*. 1980. Disponível em: <<http://www.conar.org.br>>. Acesso em: 5 jun. 2004.

¹¹¹ Cf. BRASIL. Ministério da Saúde. **Estudo comparado**: a regulamentação da propaganda de medicamentos. Brasília, DF, 2005.

de medidas restritivas ao registro, propaganda e comercialização de medicamentos e criação de listas de medicamentos essenciais e guias terapêuticos.

4 OS OBJETIVOS DO SISTEMA DE SAÚDE E SUA IMPORTÂNCIA

As controvérsias sobre os programas de saúde pública empolgam discussões no cenário internacional. A assistência à saúde dominou o cenário político nos Estados Unidos da América do Norte.¹¹² As sociedades avançadas têm observado aumentos expressivos nos gastos com assistência à saúde. Na economia abriu-se uma área denominada “economia da saúde”, que estuda como os “recursos são alocados ao setor de saúde e distribuídos em seu âmbito”.¹¹³

Folland e outros¹¹⁴ destacam a importância do tema por três razões básicas: 1ª) pela relevância da contribuição do setor de saúde para o total da economia; 2ª) pelas políticas públicas nacionais e o fato de tantas pessoas enfrentarem problemas econômicos quando necessitam manter a própria saúde; e 3ª) pelo número de doen-

¹¹² O Sistema de Saúde nos Estados Unidos da América do Norte foi a maior prioridade da agenda legislativa do Presidente Obama. Em apertada síntese, sobre a controvérsia que se instalou na sociedade norte-americana, a propósito da política pública em questão, pode-se dizer que a reforma empreendida sofreu e sofre muita resistência. Mais de 60% da população inicialmente era contrária. Antes da aprovação do projeto no Legislativo, Obama fez em cinco meses trinta e oito discursos, nos quais por 750 vezes repisou sobre o tema de saúde. Todos os demais temas da agenda presidencial ficaram ofuscados. Em face de desconfianças dos democratas contra o aborto, expediu uma espécie de medida provisória dando garantias de que as restrições ao uso de fundos públicos para patrocinar abortos não seriam afrouxadas ou contornadas. O texto, mesmo assim, foi aprovado por 219 votos contra 212. Os principais argumentos contrários estavam focados no suposto “viés socialista” que a Reforma da Saúde teria. Entendem que se trata de demasiada intromissão do governo na liberdade das pessoas. O governo não pode limitar o poder e a liberdade de escolher o seu médico. Os argumentos favoráveis giravam em torno da insuficiência dos serviços de saúde públicos (Medicare e Medicaid), que não ofereciam cobertura para todos os necessitados. Os planos privados seriam muito caros, e os consumidores não podiam continuar pagando. A Reforma de Obama pretendeu alterar o quadro nos Estados Unidos da América do Norte, que não dispunham de saúde pública universal, e mesmo com a aprovação, não teriam saúde universalizada. A finalidade da reforma é em dez anos estender a cobertura para 97% da população, e o cidadão deverá optar entre usar o plano público ou contratar um plano privado. Estas informações foram colhidas da Folha de São Paulo de 20 de março de 2010, Reportagem de Andreea Murta, e da edição de 22 de março de 2010, e jornal Zero Hora, Comentários do articulista Léo Gerchmann, sob o título “Resistência ao ‘socialismo’”, em 22 de março de 2010. Com base em tais informações é possível formular o seguinte quadro comparativo.

Nos Estados Unidos	No Brasil
<p>Há fragmentação dos serviços Não há sistema universal. Com financiamento público: o Medicare e o Medicaid. Imigrantes não estão cobertos. Pessoas com emprego formal têm plano custeado pelo empregador. Grande contingente sem qualquer proteção.</p>	<p>Universalidade incondicionada do SUS. É financiado por toda a sociedade. Recursos públicos. Enfrentam dificuldades para atendimentos mais simples (consultas/leitos). Tem áreas de excelência (transplantes). É procurado pelas pessoas mais bem situadas na escala social para insumos ou procedimentos que não são cobertos pelos planos privados.</p>

¹¹³ FOLLAND, Sherman; GOODMAN, Allen C.; MIRON, Stano. **A economia da saúde**. 5. ed. Porto Alegre: Artmed/Bookman, 2008.

ças em que o tratamento implica em elemento econômico substancial.

Melhorar os serviços de saúde oferecidos à população é crucial para boa parte dos países, como observa Porter e Teisberg¹¹⁵. Acrescentam que os princípios que enfocam são universais e os sistemas de saúde estão em rota de colisão com as necessidades dos pacientes e com a realidade econômica. Os autores não são partidários do sistema público da saúde sob gestão governamental, contudo, se não empreendidas medidas estratégicas para mudar o foco da atenção à saúde, a gestão governamental é vista como inevitável. As inovações que propõe procuram trazer um comprometimento maior do indivíduo com a sua saúde, com ampla divulgação dos resultados. Referem que o “acesso a tratamentos excelentes não dependerá de conexões pessoais ou da capacidade de pagar por tratamento fora da rede”.

Os objetivos, a razão da existência de um sistema de saúde em qualquer país é a promoção, a manutenção e a recuperação da saúde do povo.¹¹⁶ O sistema engloba pessoas, organização, procedimentos, órgãos, normas e processos, estabelecimentos, insumos, um complexo arcabouço de estruturas voltadas à consecução do objetivo. A doutrina identifica os objetivos do sistema de saúde. A título exemplificativo, menciona-se na doutrina alemã os seguintes:¹¹⁷

1º) *Chancengleichheit*: Igualdade de acesso a prestações de saúde, independentemente de renda e status (*Zugang zu Gesundheitsleistungen unabhängig von Einkommen und Status*).

2º) *Leistungsfähigkeit*: - capacidade de prestação: tratamento rápido e efetivo (*schnelle und wirksame Behandlung*).

3º) *Bedarfsgerechtigkeit*: justiça em relação às necessidades – questão da influência na demanda por quem oferece os tratamentos (*Problem der Beeinflussung der Nachfrage durch die Anbieter*).

4º) *Wirtschaftlichkeit*: aspecto econômico, isto é, a relação custo e utilidade (*Verhältnis von Kosten und Nutzen*).

5º) *Finanzierbarkeit*: financiabilidade, isto é, formação dos preços e deman-

¹¹⁴ FOLLAND, op. cit.

¹¹⁵ PORTER, Michael E.; TEISBERG, Elizabeth Olmsted. **Repensando a saúde**: estratégias para melhorar a qualidade e reduzir os custos. Porto Alegre: Bookman, 2007.

¹¹⁶ Cf. REDE EUROPÉIA DE COOPERAÇÃO CIENTÍFICA. **A saúde face aos direitos do homem à ética e às morais**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

¹¹⁷ Cf. informação escrita da Professora Assistente-Substituta da Faculdade de Direito da UFRGS Lisiane Feiten Wingert Ody, especialista em Direito do Consumidor e em Direito Ambiental pela UFRGS, mestre em Direito Privado pela UFRGS, e doutoranda em Direito Privado pela UFRGS, com bolsa doutorado Sandich da CAPE junto à Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Alemanha.

da/utilidade das prestações (*Preisbildung und Inanspruchnahme von Leistungen*).

A crescente atuação da Organização Mundial de Saúde (OMS) fez com que fossem alargadas as dimensões e responsabilidades dos sistemas de saúde nacionais, orientando que mudassem o nível de saúde do povo, o acesso às necessidades em questões gerais, com dignidade, autodeterminação, proteção de dados, orientação para o consumo e repartição justa das prestações financeiras. Em 2001, a Comissão Europeia para a saúde e cuidados de idosos fixou as seguintes premissas em seu âmbito: acesso para todos e alta qualidade e financiabilidade a longo prazo. São as despesas com idosos que terão forte impacto financeiro no Brasil graças ao aumento geral da expectativa de vida.

A propósito, é interessante observar outros sistemas de saúde para melhor apreciar e compreender o que dispomos no Brasil. Escolhemos o sistema alemão para uma comparação, pois a Alemanha, sob a Constituição de Weimar, apresentava formulações generosas em relação ao reconhecimento de direitos, contudo, não alcançaram muita efetividade. Após a Segunda Guerra Mundial, com a Lei Fundamental, que é chamada de Lei, e não Constituição, com formulação bastante reduzida em relação aos direitos sociais, não se observa significativa judicialização da matéria, embora tenha ocorrido a unificação das Alemanhas, o que representou uma inclusão imediata de grande contingente populacional aos serviços sociais de saúde. Tal se deu, aparentemente, com sucesso. Ainda, na Comunidade Europeia, é a Alemanha que tem o maior gasto com saúde em percentagem do Produto Nacional Bruto, no período de 1960/1997.¹¹⁸

4.1 O sistema de saúde na Alemanha¹¹⁹

A organização dos sistemas de saúde nacionais observa diversos mode-

¹¹⁸ LISBOA et al., op. cit., p. 21.

¹¹⁹ A história explica os motivos que levam a atual configuração. Houve uma má experiência com a Carta de Weimar (1919), que contribuiu para a radicalização política no país e a tomada do poder pelos nazistas em 1933. Daí a desconfiança. Os artigos sobre direitos sociais da Carta de Weimar foram ridicularizados por serem promessas vazias do Estado burguês. É o determinante histórico apontado como motivador da renúncia à formulação de normas constitucionais, conferindo direitos subjetivos a prestações positivas por parte do Estado. Por outro lado, as constituições estaduais dos estados federados "Länder" contêm direitos sociais, registrando-se que por ocasião da unificação das duas Alemanhas, em 1990, houve grande discussão em torno do assunto, prevalecendo a linha que preferiu não alterar o Grundgesetz, lei fundamental de 1949, que até então havia garantido estabilidade, bem-estar e liberdade.

los.¹²⁰ O modelo de assistência à saúde implantado pela Constituição Federal de 1988 é uma das alternativas possíveis. Observe-se que outros modelos podem fornecer soluções de igual forma legítimas e adequadas. Para fazermos uma comparação, empreendemos um resumo do sistema de saúde na Alemanha.¹²¹

Um resumo do modelo alemão pode auxiliar nas discussões sobre os nossos serviços de saúde, pois no percurso histórico iniciou com generosas formulações constitucionais (Carta Weimar), passou por fase autoritária no nazismo, após reconstruído, foi capaz de absorver um contingente populacional com a unificação, firmando-se como suficiente e razoável, visto que pouco questionado. A Alemanha desfruta de uma condição de país central na Europa, uma democracia avançada com desempenho exemplar dos poderes constituídos. Após o fim da 2ª Guerra Mundial, reconstruiu suas instituições, e com a reunificação em 1990, um novo arranjo político foi necessário para incluir os alemães orientais, que não dispunham de serviços sociais organizados e suficientes.

O exemplo alemão é lembrado pelos doutrinadores Sarlet¹²² e Krell¹²³, que referem a doutrina relativamente restritiva à interferência do Judiciário nas questões políticas. A justificativa para a posição alemã é de que há um alto grau de desenvolvimento humano, e um nível muito elevado de satisfação da população com o que é disponibilizado pelos serviços sociais, o que não recomendaria a intervenção judicial, que seria em alguma medida perturbadora.

A “reserva do possível”, aspecto bastante invocado pelos gestores públicos, teve origem no sistema alemão. Por outro lado, a Carta de 1988 foi influenciada pela doutrina germânica, que se disseminou graças aos doutrinadores portugueses e espanhóis, que exerceram influência nas ciências jurídicas pátrias. Assim, um breve panorama pode ser útil.

O direito da Seguridade Social, o *Sozialversicherungsrecht* não é regulado nos direitos fundamentais expressamente. Na Alemanha os direitos fundamentais são mais restritos do que no Brasil.

Na Lei fundamental alemã (*Grundgesetz*), a previsão do direito à saúde não é expressa como aqui, mas decorre do disposto no artigo 2º, § 2º, que estabelece

¹²⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis. **La empresa médica**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1998. Sobre o sistema argentino, Serviço Nacional de Saúde. Um sistema misto, público-privado regulado.

¹²¹ KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002.

¹²² SARLET, op. cit., 2005.

que:

(2) Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Die Freiheit der Person ist unverletzlich. In diese Rechte darf nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden.¹²⁴

O seguro obrigatório legal não é formado junto a órgão único, mas perante diferentes “Caixas de Doenças”, as *Krankenkasse*. O seguro-saúde é obrigatório, vigora a *versicherungspflicht*, como entre nós, todavia, aqui o Sistema é Único, SUS, e não fragmentado em diversas *Krankenkasse*.

Não há reconhecido um “direito fundamental à saúde”, mas um direito de defesa da saúde, tratando-se de um *abwehrrecht* (direito de defesa). Na observação de Krell¹²⁵, a não inclusão dos direitos sociais na Lei Fundamental alemã não significa recusa de um ideário subjacente.

Entende-se que o Princípio do Estado Social (*Sozialstaatsprinzip*) juntamente com o do Estado Federativo e do Estado de Direito (*bundesstaates und rechtsstaatsprinzip*) são fundamentos na Lei Fundamental. São, diga-se, princípios no sentido puro e técnico das palavras e não um direito subjetivo. Esta a razão pela qual não se pode ingressar na Justiça com um pedido baseado na Constituição (*Verfassungsbeschwerde*). O conceito do Estado Social (artigo 20, LF) é “norma fim” e a doutrina alemã se refere a elas como “mandados” (*aufträge*), e não direitos.

Anote-se então esta distinção, que é muito importante na comparação entre o nosso sistema e o sistema alemão, daí a razão pela qual não é possível aplicar as teorias alemãs para impedir o controle das políticas sociais pelo Judiciário, ou para argumentar que não podem ser perseguidos como direitos subjetivos individuais.

Em breve nota sobre o financiamento na Alemanha, é de ser destacado que grande parte da população alemã é segurada do seguro de saúde legal (*gesetzlichen Krankenversicherung – GKV*), sendo a contribuição (*Beiträge*) principalmente orientada pelo montante da renda do segurado (*Höhe des Einkommens des Versicherten*). Os familiares são segurados em conjunto independente de contribuição, satisfeitas as condições.

¹²³ SARLET, op. cit., 2005.

¹²⁴ Qualquer pessoa tem o direito à vida e à integridade corporal. A liberdade do indivíduo é inviolável. Esses direitos podem ser restringidos/atacados apenas com fundamento em uma lei. (tradução livre).

¹²⁵ KRELL, op. cit.

Entre a população, 10,5% é segurada por seguro de saúde particular (*private Krankenversicherung* – PKV) e, nesse caso, os prêmios são vinculados às prestações contratadas, dependendo ainda das condições pessoais, como sexo, idade, estado de saúde geral, e 2,3% da população são segurados de outra forma (militares, servidores civis e destinatários de ajuda social). Apenas 0,1% a 0,3% da população vivem sem proteção de seguro-saúde. Assevera Krell¹²⁶ que os integrantes do sistema jurídico alemão não desenvolveram seus posicionamentos para com os direitos sociais num Estado de permanente crise social e milhões de cidadãos socialmente excluídos, como no Brasil.

Na Alemanha, como nos outros países centrais, não há um grande contingente de pessoas em busca de uma vaga nos hospitais mal-equipados da saúde pública, ou deixam de obter tratamentos essenciais, mesmo assim localizamos alguns precedentes sobre questões decididas pelo Judiciário, com adiante comentaremos.

A questão do reduzido percentual de pessoas sem um seguro-saúde privado, apenas 0,1% a 0,3% da população contrasta com a situação no Brasil, onde a grande maioria da população conta apenas com o SUS.

O Tribunal competente para as causas envolvendo o seguro-saúde obrigatório na Alemanha é o Tribunal Social Federal (*Bundessozialgericht* em Kassel). O 1º *Senat des Bundessozialgericht* (BSG) é o que decide as questões do seguro-saúde. O que lá equivaleria ao Superior Tribunal de Justiça, o *Bundesgerichtshof* (BGH) é incompetente para a matéria. As questões não chegam ao Tribunal Constitucional, o *Bundesverfassungsgericht*.¹²⁷

Encontramos algumas decisões do BSG.

4.2 Alguns precedentes dos Tribunais na Alemanha

1º) *Bundessozialgericht Urteil vom 28.2.2008, 128 B 1 KR 16/07 R:*

Caso em que foi deferido o medicamento, tido por ser um alimento pela de-

¹²⁶ KRELL, op. cit.

¹²⁷ Disponível em: <http://www.bsg.bund.de/cln_108/DE/Home/homepage__node.html?__nnn=true>. Acesso em: 22 maio 2010.

cisão.

O medicamento só foi deferido por se entender que era um alimento, tratando-se de “Lorenzos Öl” (Óleo de Lorenzo). O paciente, nascido em 1963, estaria acometido de doença grave progressiva, e desde 1990 em cadeira de rodas. Sofre de AMN X-ALD. Alude o julgado ao fato de não constar o produto na lista de medicamentos, mas teria sido incluído como alimento, sendo então deferido.

2º) Bundessozialgericht Urteil vom 6.11.2008, B 1 KR 6/08 R129:

No caso, o medicamento *Gelomyrtol forte* não foi concedido. O paciente, nascido em 1934, sofria de bronquite e enfisema pulmonar. O médico particular teria receitado o medicamento. Negado pelo fato de não constar do *Leistungskatalog*, Protocolos de medicamentos, ou lista oficial de medicamentos.

3º) Bundessozialgericht Urteil vom 6.5.2009, B 6 A 1/08 R130:

Não foi concedido um tratamento de terapia de próton (*protonentherapie*) para carcinoma mamário por não haver indicações do tratamento, bem como prova sobre a sua eficácia. Foi permitido o prosseguimento dos estudos clínicos do método em questão. A terapia não tinha eficácia comprovada, tratando-se de um experimento. Houve muita discussão quanto à competência e processo.

4º) Bundessozialgericht Urteil vom 6.12.2008, B 1 KR 11/08 R131:

Neste caso não foi autorizada um tratamento de lipoaspiração (*Liposuktion*). A paciente não teve melhora com o tratamento indicado e pretendia o amparo

¹²⁸ Disponível em: < <http://juris.bundessozialgericht.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bsg&sid=cc2367444247001898857df817cb4758&nr=10376&pos=11&anz=14>>. Acesso em: 27 abr. 2010.

¹²⁹ Disponível em: < <http://juris.bundessozialgericht.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bsg&sid=b1c9a399257e5239743110cf3c0e1856&nr=10711&pos=14&anz=19>>. Acesso em: 27.4.2010.

¹³⁰ Disponível em: < <http://juris.bundessozialgericht.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bsg&Datum=2009-5-6&nr=11110&pos=10&anz=15>>. Acesso em: 26.4.2010.

¹³¹ Disponível em: < <http://juris.bundessozialgericht.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bsg&Datum=2008-12&nr=10822&pos=11&anz=49>>. Acesso em: 26.4.2010.

do serviço de saúde para esta terapia que seria nova. O tratamento, contudo, não foi aprovado pela G-BA (uma instituição que após a reforma da saúde de 2007, encarregou-se de ordenar o setor).

5º) Bundesverfassungsgericht Pressemitteilung Nr. 126/2005 vom 16.12.2005:¹³²

Neste precedente do Tribunal Constitucional, encontramos uma reclamação que resultou exitosa. O seguro (*Krankenkasse*), bem como o *Bundessozialgerichts* (BSG) não autorizaram o tratamento de um jovem que sofria de distrofia muscular de Duchenne (*Duchenne'schen Muskeldystrophie*). O paciente submeteu-se aos tratamentos recomendados, contudo, inexitosos. É reconhecido que não há terapia com certeza de eficácia ou com poder para retardar a evolução da doença, que é reconhecida como grave. Trata-se de uma nova terapia, mas sem resultados comprovados, havendo contudo bons prognósticos.

O Tribunal Constitucional entendeu que a decisão do BSG não estava em harmonia com a Constituição (Grundgesetz). Fundamentou no Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG (liberdade de tratamento) em conexão com o princípio do estado social e dever de segurança. Ponderou que o novo método acenava com alguma probabilidade de cura ou uma sensível possibilidade, uma promessa de resultado positivo para a doença de Duchenne's, pois com os métodos conhecidos tal não seria possível.

4.2.1 Comentários sobre os precedentes encontrados

Observando os precedentes da jurisprudência alemã, não foram encontrados muitos julgados, o que sugere que os apelos ao judiciário não são tão frequentes como entre nós. As demandas, contudo, parecem ser as mesmas, a busca por tratamentos fora do que se poderia obter dentro do sistema (regulamentado no quinto livro da seguridade social, *fünftes buch zur Sozialversicherung*, onde há os catálogos de terapias e medicamentos como antes observado). No caso de mal incurável "Duchenne", houve esgotamento das alternativas, e a decisão pela realização de um tratamento novo, pois tinha apresentado uma razoável expectativa de cura. No Bra-

¹³² Disponível em: <<http://www.bundesverfassungsgericht.de/pressemitteilungen/bvg05-126.html>>. Acesso em: 26.4.2010.

sil, um caso também chegou ao Supremo Tribunal Federal (Petição nº 1246/SC, decisão de 31.1.1997, DJU de 13.2.1997).¹³³

Observa-se que há referência a valores a serem suportados pelas Caixas seguradoras, demonstrando que os custos das terapias (é a *wirtschaftlichkeit*), não são desprezados pelos julgadores. Os protocolos clínicos são prestigiados e não são de regra acolhidos pedidos para tratamentos experimentais.

As pretensões por terapias e medicamentos não diferem muito das manifestadas em relação ao sistema brasileiro, o que nos caracteriza é a excessiva judicialização. Assim, embora com temperamentos e cautelas em face do desenho constitucional brasileiro diferente do alemão, os exemplos citados convergem para a possibilidade de o Poder Judiciário intervir para garantir o equilíbrio e suprir omissões.

Amaral¹³⁴ cita precedentes do Judiciário alemão no exame de legitimidade de Lei do Estado da Baviera, que condicionou a instalação de farmácias a uma autorização da autoridade administrativa. Também fez referência ao *Kassenzahnarzt-Urteil*, a legitimidade de norma que estabelecia processo de admissão, *numerus clausus*, para dentistas das caixas de assistência. Foi afastada a exigência, pois equivaleria à proibição do exercício profissional.

4.3 Modelos de financiamento dos serviços de saúde

Para os objetivos deste trabalho, e modo de obter um panorama sobre os sistemas de financiamento utilizados pelos sistemas nacionais de saúde, pôde-se identificar:

1º) serviços de saúde subsidiados por tributos. É o caso da Grã-Bretanha, Irlanda, Dinamarca, Portugal e Brasil;

2º) modelo de seguro social. Financiamento por seguro obrigatório legal. É o caso da Alemanha, França e Bélgica;

3º) modelo de seguro privado, onde o financiamento por seguro feito por livre vontade, autonomamente, o que é o caso dos Estados Unidos da América do

¹³³ MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. In: _____. **Direitos fundamentais e controle da constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. São Paulo: IBDC, 1998.

¹³⁴ AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**. 2. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010.

Norte, que pretende ser alterado no ponto, com forte reação de algumas forças políticas.¹³⁵

Coloca-se em destaque que no Brasil o financiamento da seguridade social ganhou dignidade constitucional, sendo lapidares as suas disposições.

Com forte impacto nos sistemas de saúde é de destacar a atuação dos organismos internacionais que consubstanciaram a aprovação da Carta de Ottawa em 1986, que foi um marco de referência para a ampliação do conceito de promoção de saúde, ocasião em que foram incorporadas as dimensões socioeconômicas, políticas e culturais. Na oportunidade, a Organização Mundial de Saúde (OMS) lançou como pré-requisito para a consecução da saúde dos povos, a paz, a educação, a habitação, e o poder aquisitivo suficiente, ainda o ecossistema saudável, com a preservação dos recursos naturais, e por último a equidade.

A partir daí, várias conferências se seguiram, matéria que ultrapassa as dimensões deste trabalho, no entanto, é preciso destacar que a partir de então ganharam ênfase as propostas de políticas públicas e estratégias para a promoção da saúde.

Por ocasião da realização da Audiência Pública nº 4,¹³⁶ um dos aspectos de rara coincidência de opiniões foi o da questão do financiamento e vinculação de recursos. Destacamos a manifestação de Jatene,¹³⁷ professor notável e ex-ministro da Saúde, que reclamou a vinculação de recursos fazendo um comparativo com os recursos da Universidade de São Paulo, de 1999, e o do Hospital das Clínicas, passados vinte anos, a Universidade com a vinculação não experimentou perdas, ao passo que o Hospital teve perda substancial. Reclama a regulamentação da Emenda Constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000.

O Dr. Bisol,¹³⁸ Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, ressalta que o SUS “desde a origem, conscientemente subfinanciado pe-

¹³⁵ DWORKIN, Ronald. A justiça e o alto custo da saúde. In: _____. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 431. A justiça e o alto custo da saúde, comenta o Plano Clinton. Como decidir qual é o nível mínimo de assistência médica que a Justiça exige que até os mais pobres tenham? O Plano criava o National Health Board (Conselho Nacional de Saúde), no pacote básico, a assistência “necessária e apropriada”.

MARTINS, Wall. **Direito à saúde: compêndio**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

¹³⁶ A Audiência Pública nº 4 será abordada no Capítulo 6 deste trabalho.

¹³⁷ JATENE, Adib. Audiência Pública n. 4. Supremo Tribunal Federal, Brasília, abr. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr_Adib_Jatene.pdf>. Acesso em: 11 maio 2010.

¹³⁸ BISOL, Jairo. Audiência Pública n. 4. Supremo Tribunal Federal, Brasília, abr. 2009. Disponível em:

lo poder público e, assim, mantido por sucessivas decisões políticas do governo.” Ressalta a necessidade de regulamentação da Emenda nº 29 para minimizar o impacto do subfinanciamento e a elaboração de uma lei de responsabilidade sanitária. O Presidente do Conselho Nacional de Saúde (CNS) Batista Júnior¹³⁹ afirma que é “absolutamente vital” a regulamentação da Emenda Constitucional nº 29, e

o que temos como financiamento para a saúde no País é absolutamente insuficiente para viabilizar minimamente a proposta do Sistema Único de Saúde.

[...]

Deixar a saúde à mercê de um financiamento global, numa disputa desigual com outros setores de governo, para nós, é definir a inviabilidade do sistema.

Na mesma linha, Nardi,¹⁴⁰ Presidente do CONASS, “um dos grandes problemas de garantia do direito à saúde no Brasil é o subfinanciamento da saúde pública.” Diante disso, defendemos veementemente a imediata regulamentação da Emenda Constitucional nº 29.

O Professor Barroso¹⁴¹ também expressou que a discussão sobre o orçamento para a saúde é negligenciado:

[...] em um momento do segundo semestre de cada ano, médicos, ONGs, pacientes, as pessoas envolvidas no sistema têm que participar de um debate que tem que ser público e transparente, que é a definição de quais políticas públicas de saúde serão prestigiadas e quais os recursos serão alocados àquelas políticas públicas.

O Ministro Gilmar Mendes,¹⁴² ao encerramento da 5ª Sessão da Audiência

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr_Jairo_Bisol.pdf>. Acesso em: 11 maio 2010.

¹³⁹ BATISTA JÚNIOR, Francisco. Audiência Pública n. 4. Supremo Tribunal Federal, Brasília, abr. 2009.

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Francisco_Batista_Junior__Presidente_do_Conselho_Nacional_de_Saude_.pdf>.

¹⁴⁰ NARDI, Carlos Figueiredo. Audiência Pública n. 4. Supremo Tribunal Federal, Brasília, abr. 2009. 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>. Acesso em: 11 maio 2010.

¹⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. Audiência Pública n. 4. Supremo Tribunal Federal, Brasília, abr. 2009. <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Luis_Roberto_Barroso.pdf>. Acesso em: 11 maio 2010.

¹⁴² MENDES, Gilmar. Audiência Pública n. 4. Supremo Tribunal Federal, Brasília, abr. 2009. Encerramento, 7 maio 2009. Disponível em:

Pública, asseverou que “[...] a garantia da integralidade do Sistema Único de Saúde começa na elaboração dos orçamentos.” A Audiência Pública nº 4¹⁴³ mostrou-se exemplar para evidenciar à sociedade a importância do orçamento.¹⁴⁴

Guedes,¹⁴⁵ que falou pelo Conselho Federal de Medicina, identificou como problema no “[...] o subfinanciamento do SUS e a precarização do trabalho e o baixo investimento na qualificação de recursos humanos.”

Sobre o financiamento e a obtenção de recursos para custear as despesas com a saúde pública a discussão é intensa, sendo especialmente veemente a manifestação de Dworkin¹⁴⁶ ao avaliar as repercussões do Plano Clinton, não implementado na ocasião. Constata que

[...] fracassou a política convencional agora afirma que não se adotará nos Estados Unidos nenhuma reforma da assistência médica que se aproxima da abrangência daquele plano pelo menos nesta geração. Se isso for verdade, nossa desgraça nacional continuará: é vergonhoso uma nação tão próspera não poder garantir ao menos um atendimento médico mínimo razoável a todos sobre os quais exerce domínio.

As constituições estaduais dos cinquenta estados norte-americanos asseguraram prestações positivas também na saúde, ao passo que os tribunais estaduais são relutantes em reconhecer tais normas como geradoras de deveres estatais.¹⁴⁷

Percebeu-se que a questão do financiamento e das políticas de saúde nos Estados Unidos da América aguardou por uma década até viabilizar-se a possibilidade de alteração da situação com o Presidente Barack Obama, que conseguiu aprovar as desejadas reformas na saúde, no sentido de fazê-lo mais abrangente e justo.

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Encerramento_da_Aud_Pub_Min_GM.pdf>. Acesso em: 11 maio 2010.

¹⁴³ A Audiência Pública nº 4 será abordada no Capítulo 6 deste trabalho.

¹⁴⁴ O Ministro Ricardo Lewandowski, ao prefaciar a obra de SABBAG, César (**Orçamento e Desenvolvimento**. Campinas: Millenium, 2007), chamou a atenção para a importância da participação da sociedade nestas escolhas.

¹⁴⁵ GUEDES, Geraldo. Audiência Pública n. 4. Supremo Tribunal Federal, Brasília, abr. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/CFM.pdf>>. Acesso em: 11 maio 2010.

¹⁴⁶ DWORKIN, Ronald. A justiça e o alto custo da saúde. In: _____. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

¹⁴⁷ AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha**. 2. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010.

5 O CONTROLE JUDICIAL SOBRE AS POLÍTICAS EM SAÚDE PÚBLICA

Os juízes têm legitimidade para decidir na área das políticas públicas, como antes se explanou e ora se reafirma. Neste ponto, vale lembrar as considerações de Silva¹⁴⁸ sobre os argumentos tradicionalmente utilizados para sustentar pela insindivisibilidade judicial, quais sejam: a separação dos poderes¹⁴⁹ e a ausência de legitimidade democrática, leciona:

[...] deixar o Judiciário de fora do debate com base apenas em uma idéia anacrônica de separação de poderes é uma estratégia que não será considerada aqui. O mesmo pode ser dito acerca do argumento baseado exclusivamente na falta de legitimidade democrática do Judiciário. Ambos os argumentos - separação de poderes e ausência de legitimidade democrática - costumam ser usados de uma forma extremamente maniqueísta, a qual pretendo aqui evitar. Por isso, e por razões argumentativas, pretendo aqui presumir que um amplo controle de constitucionalidade é um ponto inquestionável do sistema constitucional e que, nesse sentido, deve ser aceito que os juízes têm legitimidade para interferir em questões legislativas e governamentais.

Gonçalves,¹⁵⁰ a propósito da interferência do Judiciário nas políticas públicas e inspirado em Luhmann, situa como causas de tal proceder a “alta produtividade de normas e conceitos não acabados, e os conceitos jurídicos, abertos e indeterminados” foi a combinação que propiciou a judicialização da política. Critica a prática,¹⁵¹ pois direito e política são diferenciados com base na função, no código e no programa.¹⁵² O código do Judiciário é o lícito/ilícito e o sistema político opera com base no código governo/oposição. Ao sistema jurídico cabe como função assegurar expectativas normativas, e o sistema político tomar decisões vinculativas para a comunidade. A decisão jurídica poderia ser assim definida: rígida, obrigatória, passiva, retrospectiva. Já a decisão política definida como flexível, facultativa, ativa e prospectiva.

¹⁴⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre a transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel Sarmento (Orgs.). **Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 587-599.

¹⁴⁹ GONÇALVES, Guilherme Leite. **Poder Judiciário II. Estrutura política e administrativa**. Rio de Janeiro: FGV - Direito Rio. Programa de MBA em Poder Judiciário, 2006. Caderno Conceitual.

¹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵¹ O Prof. Márcio Cammarosano também faz veemente crítica dizendo que isso equivale ao Judiciário “sair de casa” (em evento promovido pela Escola de Saúde Pública do Rio Grande do Sul, dezembro de 2008).

¹⁵² AMARAL, op. cit. Também apresenta a questão como um problema e oferece soluções.

Então conclui que: estas diferenças quanto ao tipo de decisão entre o sistema político e o jurídico tornam o magistrado não apto a promover políticas públicas. Como o direito não pode rever suas decisões, selecionar suas demandas e escusar-se de decidir, quando ele tenta atuar de forma prospectiva e planejar interesses sociais produz danos enormes. Ponderáveis são os argumentos e danos certamente já foram produzidos e agravados também em face do modelo de jurisdição constitucional misto, parte feita por qualquer juiz, e o exame concentrado e abstrato pelo Supremo Tribunal Federal. O Poder Judiciário, contudo, não pode trair as promessas constitucionais, frustrando justas expectativas. A indiferença é incompatível com o status constitucional da função atribuída ao Judiciário. A judicialização das políticas sociais agora é uma realidade a administrar,¹⁵³ em busca de limites e das melhores soluções. É o problema a ser enfrentado pela alta administração da Justiça.

Em primeiro levantamento da jurisprudência sobre a matéria, realizada sobre julgados de 2000/2004, provenientes do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, não havia limites definidos ou parâmetros para atuação do Poder Judiciário. As decisões eram pouco informativas sobre o caso concreto. Em posição minoritária os que pensavam que havia, sim, limites a serem respeitados. Observa-se no primeiro grupo de julgados, modo geral, que o direito à saúde era visto como um direito individual, sendo predominante a inclinação por vê-lo sem limites objetivos, assim tudo o que se pedia era deferido, ou tinha forte tendência a ser deferido, “pois a saúde é um direito” e “há risco de vida”. Encontraram-se poucos julgados que negavam a possibilidade de tais demandas, identificando apenas carga programática nos preceitos da Constituição Federal de 1988. As políticas públicas, quando existentes, eram afastadas sob a afirmação de serem “entraves burocráticos”. Aspectos orçamentários eram desconsiderados.¹⁵⁴

¹⁵³ SADEK, Maria Teresa. Judiciário no papel de legislador é alternativa que sobrou, diz Sadek. **Folha de São Paulo**, 31 out. 2007. Entrevista concedida a Frederico Vasconcelos. Brasil. “STF vai definir mais regras no vácuo deixado pelo Congresso”. Apresenta reportagem com a Professora Maria Teresa Sadek, que não vê interferência indevida. “O Judiciário preencheu um espaço que não estava sendo ocupado pelos demais poderes”.

¹⁵⁴ No RE nº 273.834, STF, 2ª Turma, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 31.10.2000, DJU de 2.2.2001, expressou que “A falta de previsão orçamentária não deve preocupar o Juiz que lhe incumbe a administração da justiça [...]”. Sobre o tema: ASSIS, Araken de (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do direito à saúde**. Porto Alegre: Notadez, 2007. SCHWARTZ, Germano. **O tratamento jurídico do risco no direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

Uma série de questões começaram a ser discutidos e enfrentados pela jurisprudência, destacando-se aqueles referentes a tratamento para a cura do vitiligo em Cuba,¹⁵⁵ possibilidade de internação hospitalar pelo SUS com diferença de classe, a possibilidade de cobrança/pagamento pelos serviços do SUS, a negativa de hemoterapia por questões de crença religiosa, responsabilidade do poder público por erros médicos em seus serviços, ações contra o tabagismo, greve nos serviços públicos de saúde, questões funcionais envolvendo o corpo clínico, internações compulsórias em clínica psiquiátrica, reconhecimento de vínculo dos médicos credenciados, desvio de recursos da saúde, contaminação dos pacientes submetidos à transfusão, preferências para transplante, propaganda de medicamentos, cirurgias para mudança de sexo, etc., contudo, o que resultou por constituir um ponto de forte tensão e reação por parte dos gestores públicos e pacientes foi a questão do fornecimento de medicamentos, aspecto nitidamente prestacional e individual.

Os precedentes judiciais serão examinados adiante, destacando-se nesse passo um julgado paradigmático do Supremo Tribunal Federal, no RE 271286 AgR/RS, ocasião em que o Ministro Celso de Mello de forma inspirada cunhou a frase que vem sendo repetida, nem sempre sobre os mesmos pressupostos fáticos, transcrevo o trecho:

[...]

O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudan-

¹⁵⁵ Em depoimento à Audiência Pública nº 4, Cleusa Silveira Bernardo, Departamento de Regulação do Ministério da Saúde) trouxe o exemplo do tratamento da retinose pigmentar: “Os pacientes eram encaminhados à Cuba”. 100% das ações comandadas por advogados do Distrito Federal. Trata-se de “cegueira noturna [...] e progride lentamente. [...] Gastávamos verdadeiras fortunas encaminhando esses pacientes a Cuba sem a comprovação científica da sua cura. Para se ter uma idéia, entre 2003 e 2005, foram gastos em torno de um milhão de dólares com esses pacientes encaminhados a Cuba. [...] tivemos em torno de 950 pacientes encaminhados para tratamento em Cuba, a um custo aproximado de vinte milhões de reais - só para essa patologia.” O Colégio Brasileiro de Oftalmologia declarou ineficaz o tratamento. [...] após o retorno desses pacientes, foram diagnosticadas graves lesões oculares. Então, além de não ter tido a cura, de não ter tido a melhora da sua doença, ainda foi constatado que eles tiveram consequências graves no seu encaminhamento para esse tratamento.

do justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA, A PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU DE SUA SAÚDE: UM DEVER CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, "caput", e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade.

5.1 A jurisprudência brasileira em matéria de direito à saúde

No Brasil, as questões envolvendo a saúde pública frequentam o Judiciário de longa data. Lopes¹⁵⁶ cita precedentes extraídos dos atos sanitários praticados durante as campanhas de higiene pública em 1904, no Rio de Janeiro. O Supremo Tribunal Federal na Apelação Cível nº 1252, de 6 de maio de 1908, decidiu matéria sanitária em face de ação ajuizada por particular que se insurgiu contra normativos da fazenda municipal, que impediam o ingresso de carne verde (carne de gado em pé), não examinada pela vigilância de saúde).

O Supremo Tribunal Federal deu ganho de causa à municipalidade, declarando que o controle sanitário não violava a Constituição, rejeitando os argumentos em torno de violação do direito de propriedade e livre iniciativa.

No Agravo Cível nº 1211, o Supremo Tribunal Federal decidiu que não são admissíveis mandados de manutenção de posse ou proibitórios contra atos da autoridade pública sanitária, no sentido de desobrigar o proprietário do imóvel a proceder as reformas para adaptação às normas de higiene públicas. No início do século passado, a tendência era a de prestigiar as autoridades sanitárias, pois ocorriam epidemias e doenças de toda ordem, motivadas pela falta de higiene em locais públicos e alimentos, prevalecendo o aspecto de proteção à saúde da coletividade.

Após a Constituição de 1988, prepondera a perspectiva do direito individual de proteção à saúde, com a obrigação do Estado em fornecer medicamentos. A par-

¹⁵⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

tir da luta empreendida pelos doentes com AIDS e a sua intensa mobilização iniciaram os apelos ao Judiciário.

Por ocasião do bloqueio de cruzados, política pública econômica, instituída ao início do Governo Collor, o Judiciário, inicialmente de forma tímida, iniciou a liberar as contas bancárias e contas-poupança aos idosos, doentes e inválidos, tendo por fundamento o direito à vida e à saúde.

Do acervo de julgados localizados em primeiro levantamento em torno de demanda por prestações em saúde pública junto ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região,¹⁵⁷ era majoritária a corrente que percebia o direito à saúde apenas pela dimensão individual.

A fundamentação para o deferimento das medidas centrava-se na afirmação da saúde ser um direito de todos e dever do Estado, com invocação dos artigos constitucionais. Não é feita qualquer consideração com a manutenção e sustentabilidade do SUS. Há julgado que condena a União a comprar medicamento experimental no exterior sem considerar as vedações legais.

Admiti-se a internação pelo SUS, mas em um quarto individual sem considerar a unidade do sistema. Obriga-se a União ao fornecimento de Talidomida sem qualquer consideração pelos motivos do não fornecimento. Há determinação para fornecimento de medicamentos para HIV/AIDS não constante do prestigiado programa brasileiro previsto na Lei nº 9.313/1996.

No Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul¹⁵⁸ também se observam majoritárias as decisões que prestigiam a ideia de que a saúde é um direito e

¹⁵⁷ EIAC nº 97.04.03324-9, julgado 11.10.2000. AI nº 2001.04.01.065844-4/RS, julgado em 31.10.2001. AC nº 2000.71.02.004963-1/RS, julgado em 30.04.2002. AC nº 2001.04.01.017390-4/RS, julgado em 27/06/2002. AC nº 2002.04.01.030787-1/SC, julgado em 26.11.2002. AI nº 2002.04.01.053975-7/SC, julgado em 12.03.2003. AI nº 2002.04.01.051764-6/SC., julgado em 01.04.2003. AI nº 2003.04.01.012715-0/SC, julgado 10.06.2003. AI nº 97.04.57545-9/SC, julgado em 09.12.1997. AC nº 98.04.01.049127-5/SC, julgado em 18.05.2000. AC nº 96.04.44292-9/RS, julgado em 28.09.2000. AC nº 97.04.30970-8/PR, julgado em 05.12.2000. AI nº 2002.04.01.054432-7/SC, julgado em 08.04.2003. AI nº 2003.04.01.002488-9/SC, julgado em 30.04.2003. AI nº 2001.04.01.076578-9/RS, julgado em 10.06.2003. AI nº 2003.04.01.008122-8/SC, julgado em 25.06.2003. AMS nº 95.04.55941-7/RS, julgado em 02.05.1996. AMS nº 96.04.08470-4/RS, julgado em 17.10.1996. AMS nº 96.04.12870-1/RS, julgado em 25.08.1998. AC nº 97.04.70152-7/PR, julgado em 09.05.2000. Agravo Regimental no AI nº 2003.04.01.019192-7/RS, julgado em 17.06.2003.

¹⁵⁸ Agravo Interno nº 70005257829, julgado em 11.06.2003 (Aparelho de surdez). Agravo Interno nº 70006338776, julgado em 11.06.2003 (Gastroplastia). Apelação Cível nº 70006456735, julgado em 13.06.2003 (Remédios). Apelação Cível nº 70006453302, julgado em 13.06.2003 (Remédios). Apelação Cível nº 70006415723, julgado em 13.06.2003 (Remédios). Apelação Cível nº 70006145734, julgado em 24.06.2003. Agravo Interno de decisão monocrática nº 70006338743, julgado em 18.06.2003. Agravo Interno de decisão monocrática nº 70006465512, julgado em 18.06.2003. Agravo Interno nº 70006407704, julgado em 11.06.2003. Agravo de Instrumento nº

dever do Estado, e com louvável propósito de dar efetividade a esse direito, determina-se a entrega de produtos e fármacos variados, chegando em muitos casos a indicação de marca do remédio. Há decisões que arrostam ponderáveis riscos, como a que determina que município interiorano realize cirurgia de redução gástrica em paciente com obesidade, não ponderando sobre a alegativa da ausência de capacidade técnica do hospital municipal para tal cirurgia complexa. O fornecimento de produtos, como fraldas descartáveis e insulínador automático de insulina, são dispensados sem consideração sobre a política pública existente. Há precedente que disponibiliza o medicamento por quilograma, sem justificar a quantidade do produto. Na ocasião, não foram localizados junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul decisões que tivessem negado alguma pretensão em matéria de direito à saúde. Em nova investigação, a situação começou a alterar-se com precedentes que observam limites, cito exemplificativamente a Apelação Cível nº 70036021210:¹⁵⁹

SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE. MEDICAMENTO. LISTAS PÚBLICAS.

1. Segundo a Constituição da República, o direito à saúde efetiva-se (I) pela implantação de políticas sociais e econômicas que visam à redução do risco de doenças e (II) pelo acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, assegurada prioridade para as atividades preventivas.
2. O direito social à saúde, a exemplo de todos os direitos (de liberdade ou não) não é absoluto, estando o seu conteúdo vinculado ao bem de todos os membros da comunidade e não apenas do indiví-

70006477269, julgado 05.06.2003. Agravo de Instrumento nº 70005483754, julgado em 04.06.2003. Agravo Interno nº 70006481931, julgado em 03.06.2003. Agravo de Instrumento nº 70006223085, julgado em 03.06.2003. Agravo de Instrumento nº 70006481501, julgado em 03.06.2003 (Infusão insulina). Agravo de Instrumento nº 70006478606, julgado em 03.06.2003. Agravo de Instrumento nº 70005489448, julgado em 30.05.2003. Agravo de Instrumento nº 70006254213, julgado em 29.05.2003. Apelação Cível nº 70005938766, julgado 28.05.2003 (Internação CTI, Rede particular). Apelação Cível nº 70005564331, julgado em 28.05.2003. Apelação Cível nº 70005790597, julgado em 27.05.2003. Agravo de Instrumento nº 70005790720, julgado 22.05.2003. Agravo de Instrumento nº 70006406516, julgado em 22.05.2003 (Impede estoque de medicamento). Agravo de Instrumento nº 70006394910, julgado em 21.05.2003. Apelação Cível nº 70006291256, julgado em 19.05.2003. Reexame Necessário nº 70005554696, julgado em 19.05.2003. Apelação Cível nº 70005930300, julgado em 15.05.2003. Apelação Cível nº 70005940069, julgado em 14.05.2003. Agravo de Instrumento nº 70006288617, julgado em 05.05.2003. Agravo de Instrumento nº 70006278576, julgado em 02.05.2003. Agravo de Instrumento nº 70006266746, julgado em 30.04.2003 (por depressão). Apelação Cível nº 70004744330, julgado em 29.04.2003 (Fraldas descartáveis). Agravo de Instrumento nº 70006220966, julgado em 25.04.2003. Agravo de Instrumento nº 70006210629. Ação Civil Pública, julgado em 24.04.2003. Apelação Cível nº 70006073407, julgado 24.04.2003.

¹⁵⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado. Apelação Cível nº 70036021210. Vigésima Segunda Câmara Cível. Relatora: Maria Isabel de Azevedo Souza. Porto Alegre, 20 de maio de 2010.

duo isoladamente. Trata-se de direito limitado à regulamentação legal e administrativa diante da escassez de recursos, cuja alocação exige escolhas trágicas pela impossibilidade de atendimento integral a todos, ao mesmo tempo, no mais elevado standard permitido pela ciência e tecnologia médicas. Cabe à lei e à direção do SUS definir seu conteúdo em obediência aos princípios constitucionais.

3. O serviço público de saúde está sujeito a apenas um regime jurídico descentralizado no qual as ações e as atividades são repartidas entre os entes da Federação.

4. A assistência farmacêutica por meio do SUS compreende os medicamentos essenciais (RENAME) e os medicamentos excepcionais constantes das listas elaboradas pelo Ministério da Saúde. Em princípio, não tem a pessoa direito de exigir do Poder Público medicamento que não consta do rol das listas elaboradas pelo SUS, balizadas pelas necessidades e disponibilidades orçamentárias.

5. As políticas públicas do SUS sujeitam-se ao controle judicial. Mas, não basta a mera afirmação da necessidade do uso do medicamento ou da realização do procedimento para obrigar o Poder Público a custear o tratamento não incluído no SUS. A ineficácia ou a inadequação dos fármacos e procedimentos disponibilizados no SUS exige a ampla produção de provas. Precedente do STF.

Recurso provido em parte. Voto vencido em parte.

Junto ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região, três precedentes,¹⁶⁰ indeferiram pretensão a medicamentos estranhos às listas, manifestando preocupação com o sistema SUS. Registra-se também no âmbito da Corte Federal como majoritária a corrente que entende o direito à saúde como amplo e sem limites ou critérios objetivos. O custo dos medicamentos não é examinado, sendo os aspectos orçamentários tidos por irrelevantes.

A disputa entre farmacêuticas e a Anvisa registrou um precedente em Suspensão de Segurança,¹⁶¹ admitiu-se importação sem estudo de eficácia e segurança.

A partir de 2007 a situação se altera com clara divisão de posicionamentos.

Na 1ª Região, Tribunal Regional Federal da 1ª Região, com sede em Brasília, encontramos precedentes que não discrepam em identificar a União como legitimada passivamente em conjunto com os municípios, afirmando-se a responsabilidade solidária.

Na Apelação Cível nº 2006.35.00.15457-5/GO, no qual a enferma pretendia e obteve ser tratada pelo SUS no Hospital de Clínicas de Minas Gerais e o medica-

¹⁶⁰ AMS nº 95.04.55941-7/RS, 2.6.1996. AMS nº 96.04.08470-4/RS, 17.10.1996. AMS nº 96.04.12870-1/RS, 25.8.1998.

¹⁶¹ Agravo n SEL nº 2002.04.01.057409-5/RS, Aventis Pharma S/A x Anvisa e Libra Produtos Laboratoriais.

mento destinava-se a caso de insuficiência renal crônica. Não há informação sobre o tipo de medicamento, mas os serviços públicos pretendiam desobrigar-se de pagar a médicos particulares que haviam prestado o atendimento. Na Apelação Cível nº 1999.38.00.029493-9/MG, postulava-se a disponibilização de Interferon Peguilado, afastados os critérios oficiais para a sua dispensação, considerando-se ilegal a Portaria nº 863/2002 do Ministério da Saúde, pois “a Constituição não é meramente um ideário; reclama efetividade real de suas normas”.

No Agravo de Instrumento nº 2006.01.00.17423-9/PA, o medicamento em pauta é o neoplásico Gefitinib (Iressa®), sob o argumento da necessidade de “manter o tratamento que já vinha fazendo, e a impossibilidade de custeá-lo. Faz referência ao Recurso Extraordinário nº 393175/RS.

No Agravo de Instrumento nº 2007.01.00.010681-9/PI, trata-se do medicamento Rovamicina para toxiplasmose. O julgado não faz maior consideração sobre o caso concreto, mas reporta-se a precedentes do próprio Tribunal Regional Federal da 1ª Região, a saber: AI nº 2004.01.00.008182-0/GO, AI nº 2004.01.00.008182-0/GO, AI nº 2004.01.00.041439-8/BA, AMS nº 2002.40.00.006636-4/PI e AI nº 2004.01.00.008729-0/MG.

Na 2ª Região, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, sede no Rio de Janeiro, o precedente Agravo de Instrumento nº 2005.02.01.002255-1, versa sobre o medicamento Calcitonina Spray para portador de lúpus eritematoso. Teria havido omissão do Estado, pois não recebia o medicamento há seis meses. A fundamentação relaciona-se ao direito à vida, Constituição Federal de 1988, artigo 5º, *caput*: “[...] e diante de um direito fundamental, não há que prosperar qualquer justificativa de natureza técnica ou burocrática pelo Poder Público.

No Agravo de Instrumento nº 2001.02.02.012986-8/RJ, trata-se do medicamento Clindamicina para portador do vírus HIV, justifica com a invocação do AGRAG nº 238328/RS, STF, de 16.11.1999, Rel. Ministro Marco Aurélio. É rejeitado o argumento de que o doente deve se dirigir à Secretaria de Saúde para inscrever-se no programa.

Na Apelação Cível nº 1998.51.01.028960-5/RJ. Trata-se da doença de Gaucher e o medicamento Cerezyme, 200 UI, em Ação Civil Pública, que envolveu 38 doentes. O Estado argumenta que não estaria conseguindo atender a exigência da farmacêutica estrangeira que exigia o valor adiantando de R\$ 3.000.000,00. Foi ga-

rantindo um estoque menor suficiente para dois meses de tratamento para todos, neste caso, com aplicação da reserva do possível.

Apelação em Mandado de Segurança nº 2000.02.01.055957-3/RJ, versa sobre o medicamento Solumedro, que vinha recebendo, mas foi interrompido. Não foi feita licitação no momento adequado. Segurança concedida, reconhecida negligência na gestão pública.

No Agravo nº 2005.02.01.012510-8/RJ, o medicamento é o Glivec para leucemia mielóide crônica. Não há justificativa para a não utilização dos medicamentos disponibilizados pelo SUS. A decisão justifica transcrevendo trechos do Recurso Extraordinário nº 195192/RS (STF, 2ª Turma, Relator Ministro Marco Aurélio, DJU de 22.2.2000).

No Agravo de Instrumento nº 2006.02.01.006292-9/RJ houve o deferimento de um medicamento não identificado, após alterado o pedido pela parte autora, e a decisão permitiu que o medicamento fosse alterado após o trânsito em julgado. O agravado pretendia eximir-se, pois os medicamentos não constavam da petição inicial. Negado provimento ao agravo do Estado do Rio de Janeiro. Concedeu-se a possibilidade de aquisição de qualquer produto.

Assim, na 2ª Região, não foram localizados precedentes que eventualmente tivessem negado o fornecimento de medicamentos, ou que tivessem deduzido fundamentação diferente da invocação genérica da Constituição Federal. A tendência é ver um direito a prestação ilimitada, sem necessidade de prévio questionamento ou consulta ao médico do SUS.

Perante o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, com sede em São Paulo, localizado o Agravo de Instrumento nº 2005.03.00.072489-7/SP, no qual se perseguia o fornecimento de Glivec “[...] ou qualquer outro necessitado, pelo tempo necessário, para tratamento de tumor cerebral maligno (glioblastoma multiforme), bem como condenar a requerida ao reembolso da quantia de R\$ 37.986,04 (trinta e sete mil, novecentos e oitenta e seis reais e quatro centavos) referente às primeiras doses adquiridas pelo requerente”. A União alega que o medicamento não era aprovado, e de que o autor deveria inscrever-se no Programa de Assistência Farmacêutica da Coordenadoria de Saúde. A decisão negou provimento ao agravo, “[...] sendo fundamental que o fornecimento gratuito atinja toda a medicação necessária ao tratamento dos necessitados, significando que não só são devidos os remédios padronizados pelo Ministério da Saúde, como todos aqueles que porventura sejam neces-

sários às particularidades de cada paciente”. Aqui uma visão claramente ilimitada do direito à saúde. Há uma indelimitação do conteúdo da decisão judicial.

No Agravo de Instrumento nº 2004.03.00.73829-6/SP, trata-se do medicamento Fórteo, 750 mg, para portadora de osteoporose. O agravo da União é negado sob a invocação do princípio da integralidade.

No Agravo de Instrumento nº 2005.03.00.089573-4 é solicitado medicamento para o “transtorno afetivo bipolar”. A decisão invoca o Recurso Extraordinário nº 271286-AgR, Relator Ministro Celso de Melo, e “é legítima a exigência de medicamento sob a condição – única – representada pela correlação entre a doença e a cura ou, quando menos, a redução dos danos à saúde”.

No Agravo de Instrumento nº 2005.03.00.021794-/SP, o medicamento é o verteporfina, 15 mg, para pessoa acometida por “degeneração macular relacionada com a idade (DRMI). O julgador justifica: “[...] não abarco a alegação de que não sendo o medicamento em questão padronizado pelo Serviço de Assistência Farmacêutica, fornecê-lo seria usurpar o princípio da legalidade, porquanto em discussão outros valores e princípios sobrepujantes [...]”. O direito a vida é visto como absoluto.

No Agravo de Instrumento nº 2006.03.00.057448-0/SP, o medicamento é o ursacol (ácido ursodesoxicólico) para tratamento de moléstia denominada “cirrose biliar primária”. Foi fornecido com respaldo em precedente do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Na Apelação Cível nº 2005.61.23.001828-1, foi negado provimento ao agravo da União, sob a invocação do princípio da integralidade do atendimento e a consagração do princípio da dignidade humana.

No Tribunal Regional Federal da 5ª Região, com sede em Recife, localizada a Apelação Cível nº 2006.81.00.003148-1/CE, refere o medicamento para doença de Niemann-Pick Tipo C, solicitada em Ação Civil Pública para uma paciente. Ação extinta em 1º grau pela alegação de ilegitimidade ativa. Dado provimento com antecipação de tutela para o fornecimento, face ao risco de vida.

Na Apelação Cível nº 2004.85.00.002900-0/SE, o medicamento é o Pregomin, 20 latas. Trata-se de um alimento para “alergia alimentar múltipla”. Alimento não previsto em Portaria. Em face do fornecimento pelo Estado de genérico, a apelação e a remessa foram parcialmente providas para determinar o fornecimento do composto genérico. Há prestígio da gestão pública, e da escolha feita pelo gestor.

No Agravo de Instrumento nº 2007.05.00.093685-3/CE, versa-se sobre o componente alimentar tradicional, o Isosource Renal, 63 litros ao mês. Agravo desprovido em face de precedentes da 3ª e 4ª Regiões.

No Agravo de Instrumento nº 2007.05.00.093942-8/CE, o mesmo Isosource Renal, com a mesma fundamentação.

Na Apelação em Mandado de Segurança nº 2005.81.00.000667-6/CE, o medicamento é o Enbrel® (etanercept). Negado provimento ao apelo do Estado, pois “se existe no mercado droga mais moderna e eficiente contra a enfermidade que ataca o autor, não pode o Estado pretender que se conforme ele com outro medicamento de eficácia duvidosa [...]”.

Constata-se, também, amplamente majoritária, a tese no sentido do fornecimento dos medicamentos solicitados, sendo a fundamentação sustentada em precedentes anteriores e fundamentos em torno da fundamentalidade do direito à saúde. Em um caso apenas, no âmbito do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, preferiu-se o fornecimento de um produto genérico que constava entre aqueles padronizado para dispensação. Não há, de regra, considerações em torno de custos, ou o preenchimento de outras condições que não hipossuficiência do doente.

No Superior Tribunal de Justiça registram-se precedentes sobre a matéria sanitária, por exemplo, REsp nº 430523, DJ de 28.10.2002, reintegração de agentes sanitários das campanhas de prevenção de endemias, princípio da prevenção e continuidade do serviço; REsp nº 3369, DJ de 10.9.1990, tratamento de doença cardíaca pelo SUS, livre tratamento hospitalar, pedido negado, princípios da universalidade e igualdade; REsp nº 249026, DJ de 26.6.2000, prestigiado o caráter social do FGTS e a fundamentalidade do direito à saúde, liberação do FGTS para doente grave HIV; ROMS nº 11183, DJ de 4.9.2003, a saúde como direito, fornecimento de medicamentos não especificados, irrelevantes os requisitos burocráticos, que o beneficiário não atendeu; REsp nº 27039, DJ de 7.2.1994, médico pôde baixar seu paciente em hospital privado, mesmo não fazendo parte do corpo clínico; RMS nº 6564, DJ de 17.6.1996, direito ao medicamento negado, pois “falta ao cidadão o direito subjetivo”; REsp nº 89612, DJ de 10.11.1997, e REsp nº 12890, DJ de 28.5.2001, possibilidade de o SUS prestar atendimento com diferença de classe, “voto vencido”; REsp nº 212346, DJ de 4.2.2002, prestigia o entendimento de que é o município quem deve fornecer o medicamento. São amplamente majoritários os

entendimentos de que a saúde é um direito e os obrigados a prestá-la são os entes públicos: União, Estado e Município.

A tentativa de elucidar a questão do ente público obrigado ao fornecimento foi perfeitamente realizada pelo precedente AgRg no REsp nº 888975/RS, Relator para o acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, que excluiu a União, verificando a Lei nº 8.080/1990, artigos 16 e 17, e Portaria nº 3.916/1998 (Política Nacional de Medicamentos), onde foi possível verificar a responsabilidade frente ao caso concreto.

Firmado em julgamento da Seção do Superior Tribunal de Justiça, o precedente acabou não prevalecendo. O motivo, talvez, a dificuldade em identificar o obrigado, e a posição do Supremo Tribunal Federal que se inclinava pela solidariedade passiva dos três entes da federação. Sobre o tema há no Supremo Tribunal Federal a Proposta da Súmula Vinculada nº 4, apresentada pela Defensoria da União.

Por último, alguns precedentes tocam mais diretamente a questão dos limites, cito exemplificativamente: o REsp nº 1.144.720/DF, Relator Ministro Humberto Martins, não acolhe a pretensão de transplante renal fora dos critérios técnico-científicos, transcrevo no ponto:

No caso dos transplantes, o Direito interveio para proibir todas as formas de comércio, seja envolvendo pecúnia seja envolvendo benefícios outros de qualquer natureza.

Conforme salientado também por Maria Elisa Villas-Bôas, *in Da Eutanásia ao Prolongamento Artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, a partir do momento que você mantém um indivíduo com a finalidade de utilizar os seus órgãos e/ou tecidos, resta descaracterizada a concepção Kantiana de que o ser humano não pode ser meio para nada, pois ele é fim em si mesmo.

A autorização judicial exigida no caput do artigo 9º da Lei n. 9.434/97 tem três objetivos: (I) impedir lesão à integridade física do doador; (II) impedir o comércio de órgãos ou qualquer tipo de contraprestação; e, (III) assegurar, na forma do § 3º do artigo 15 do Decreto n. 2.268/97, potencial eficácia ao transplante renal.

Ainda, no Superior Tribunal de Justiça, o MS nº 15.161/DF, Relator Ministro Castro Meira. Manteve critérios e estratégia de vacinação do Ministério da Saúde contra a gripe A. Discutiu-se a exclusão de crianças maiores de 2 anos. Estatuto da Criança. Acórdão muito fundamentado.

O Supremo Tribunal Federal a partir do ano de 2000 oferece inúmeros precedentes versando sobre a matéria. Cito, exemplificativamente: RE nº 226835//RS,

Relator Ministro Ilmar Galvão, AI-AgR nº 648971/RS, 2ª Turma, Relator Ministro Eros Grau, julgado em 04.09.2007; RE-AgR nº 490661/RJ, 1ª Turma, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 06.02.2007; RE nº 256327/RS, 1ª Turma, Relator Ministro Moreira Alves, julgado em 25.06.2002; RE-AgR nº 268479/RS, 1ª Turma, Relator Sidney Sanches, julgado em 25.09.2001; AI-AgR nº 486816/RJ, 2ª Turma, Relator Ministro Carlos Velloso, julgado em 12.04.2005; RE-AgR nº 271286/RS, 2ª Turma, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 12.09.2000.

Vê-se, assim, um marco lançado pelo Supremo Tribunal Federal a pontuar a trajetória do direito à saúde, sendo de se registrar que no precedente por último referido, se tratava de pessoa acometida pelo vírus HIV/AIDS e já havia o programa brasileiro que disponibilizava a medicação para a grave moléstia. Por outro lado, a decisão ministerial não refere marca de medicamento, mas sinaliza que deve ser dado o amparo farmacêutico existente, isto é aquele disponibilizado pela política pública.

A tendência que se observa é a de ver o direito à saúde mais pelo seu aspecto individual, sem considerar a questão do sistema público. Não são considerados os abalos ao sistema nos seus aspectos principiológicos e organizacionais. Bom exemplo é o RE nº 226835/RS, que examinou a Resolução nº 283/1991 Inamps, que vedada a complementaridade a qualquer título, “diferença de classe”. Afastou a perquirição quanto à inconstitucionalidade da Resolução por fugir do âmbito do apelo excepcional, mas assentou que o direito à saúde não poderia sofrer embaraços impostos por autoridade administrativa”.

Ainda a ADPF nº 345, Relator Ministro Celso de Mello, julgada em 25.04.2004, assentou que “É certo que não se inclui no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário formular e implantar políticas públicas”, precedente que prestigia a atuação dos gestores públicos. O Estado está constitucionalmente obrigado a prover mediante políticas adequadas a satisfação dos direitos assegurados, exigindo-se intervenção legislativa e medidas administrativas.

O início da judicialização da questão dos medicamentos iniciou no Superior Tribunal de Justiça com a obrigatoriedade ou não do custeio de tratamentos para vitiligo em Cuba, e a dispensação de medicamentos HIV pelo Poder Público no Supremo Tribunal Federal. A decisão do Supremo Tribunal Federal constitui um paradigma e é sempre citada, servindo à fundamentação de pleitos os mais diversos.

Em síntese, assim podem ser resumidos os parâmetros em que eram decididas as questões referentes à saúde: 1º) as decisões faziam referência a ser pes-

soa “carente de recursos”, sem outras considerações; 2º) as doenças são referidas como “doenças graves”; 3º) há destaque para a limitação quanto ao exame da prova; 4º) os custos são irrelevantes ou não são considerados; 5º) os aspectos orçamentários não são enfrentados; 6º) os critérios estabelecidos pelos gestores públicos ou são ignorados ou são afastados sob consideração de serem “embaraços incompatíveis com o direito constitucionalmente assegurado; 7º) há a tendência de apenas observar a dimensão individual; 8º) há algumas considerações limitadoras, especialmente, no sentido de que “é certo que não se incluiu no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário formular e implantar políticas públicas”.

Prosseguindo, verifica-se uma tendência de aprofundamento do exame dos casos, superando-se inclusive os estreitos limites em que muitas questões de saúde pública são levadas ao Supremo Tribunal Federal, em geral, em pedido de suspensão de segurança ou liminar. Nestes casos, o Presidente do Supremo Tribunal Federal examina apenas sobre a presença o não de grave dano à ordem econômica ou administrativa.

Os apelos ao Judiciário atingiram dimensão expressiva, fazendo por multiplicar as reclamações e recursos ao Supremo Tribunal Federal¹⁶², ocasião em que o Presidente do Supremo Tribunal Federal convocou a Audiência Pública nº 4.¹⁶³ Esta iniciativa teve um profundo significado simbólico para a importância da matéria. Além disso, constituiu-se no segundo marco institucional neste esforço do Judiciário para melhor enfrentar o desafio de decidir neste tema fundamental para a cidadania.

A percepção do papel do Judiciário frente às políticas públicas, em matéria de saúde, a medida inovadora de convocar a Audiência Pública nº 4¹⁶⁴ e dela extrair consequências, bem como o aprofundamento do debate democrático, colocou o Poder Judiciário em posição ativa no sentido de influir para concretizar efetivamente o direito à saúde, cooperando com os demais responsáveis para a melhor formulação e execução de políticas públicas, afinadas com os preceitos constitucionais, dando plena efetividade ao direito fundamental à saúde.

¹⁶² Cito exemplificativamente: AI-AgR nº 648971/RS, 2ª Turma, Relator Ministro Eros Grau, julgado em 04.09.2007; RE-AgR nº 490661/RJ, 1ª Turma, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 06.02.2007; RE nº 256327/RS, 1ª Turma, Relator Ministro Moreira Alves, julgado em 25.06.2002; RE-AgR nº 268479/RS, 1ª Turma, Relator Sidney Sanches, julgado em 25.09.2001; AI-AgR nº 486816/RJ, 2ª Turma, Relator Ministro Carlos Velloso, julgado em 12.04.2005; RE-AgR nº 271286/RS, 2ª Turma, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 12.09.2000.

¹⁶³ A Audiência Pública nº 4 será abordada no Capítulo 6 deste trabalho.

¹⁶⁴ Idem.

Identifica-se uma nova gestão pública¹⁶⁵ no Judiciário, com forte tendência a persistir no propósito de encontrar e oferecer novas formas de compor litígios, assegurando a paz e justiça social.

No Supremo Tribunal Federal a fundamentação aduzida no exame das Suspensões de Segurança ou das Suspensões de Tutela Antecipada, passou a superar a forma abstrata, genérica e afirmatória do direito à saúde, vertendo-se decisões mais rentes ao caso concreto em exame. Passam a ser mais detalhistas com o que se pediu, examinando o que a antecipação concedida poderia refletir em custos e em prejuízo de outros programas, e aspectos coletivos.

Exemplo eloquente é a STA nº 185, de 10.12.2007, Relatora Ministra Ellen Gracie, que examinou a tutela antecipada que concedeu ao Ministério Público Federal, em Ação Civil Pública, ordem para em 30 dias promover todas as medidas apropriadas para possibilitar aos transexuais a realização pelo SUS, de todos os procedimentos médicos necessários para garantir a cirurgia de transgenitalização, bem como inclusão desses procedimentos na tabela daqueles remunerados pelo SUS, Tabela SIH/SUS.

A Presidente do Supremo Tribunal Federal verificou que para a imediata execução da decisão seria necessário o remanejamento de verbas destinadas a outras políticas públicas de saúde, o que causaria problemas de alocação de recursos públicos. Em tal situação considerou presente grave lesão à ordem pública e economia pública, não desconhecendo o sofrimento e a dura realidade dos pacientes portadores da patologia.

Na STA nº 91, foi parcialmente suspensa a decisão que obrigava ao fornecimento de todo e qualquer medicamento necessário ao tratamento de transplantes, apenas seriam fornecidos os previstos na Portaria nº 1.318 MS. No dia 31.5.2007, as SS nº 3205 e SS nº 3158 mantiveram o fornecimento de medicamento registrado na Anvisa.

Já sob a Presidência do Ministro Gilmar Mendes, o Supremo Tribunal Federal prosseguiu imprimindo um exame detalhado, caso a caso, como se percebe dos precedentes:

¹⁶⁵ CUNHA, Armando Santos Moreira da. O futuro dos serviços públicos no Brasil: em busca de inspiração para repensar a educação em administração pública. In: MARTINS, Paulo Emílio Matos; PIERANTI, Octavio Penna (Orgs.). **Estado e Gestão Pública**: Visões do Brasil Contemporâneo. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

5.1.1 Decisões em Suspensão de Segurança e Suspensão de Tutela Antecipada com aprofundamento sobre as questões de fundo¹⁶⁶

Passo agora a examinar algumas decisões proferida em Suspensão de Segurança e Suspensão de Tutela Antecipada, anotando que a possibilidade de exame dos fatos é bastante rarefeita, mas apesar da dificuldade, ela começou a ser feita.

1ª) Suspensão de Segurança nº 2.361-6/PE:

Percebe-se uma sensível alteração do quadro, cito exemplificativamente, o Agravo Regimental na Suspensão de Segurança nº 2361-6/PE, Relator Ministro Gilmar Mendes, de onde destaco o exame: “determinou-se o fornecimento do medicamento cujo nome comercial é Enbrel e princípio ativo Etanercepte é registrado na ANVISA sob o número 121100206, válido até março de 2013 e fabricado por Wyeth Indústria Farmacêutica Ltda. O medicamento Etanercepte, consta da lista dos medicamentos de Dispensação Excepcional, constante da Portaria 2.577/2006, alterada pela Portaria nº 106/2009, na classificação de antiepiléticos.” O Supremo Tribunal Federal passou a fazer um exame bastante detalhado da situação, caso a caso, prática já adotada pela Ministra Ellen Gracie nas Suspensões de Tutelas Antecipadas nºs 138/RN, 150/RN, 157/RN, 162/RN, 177/RN, 212/RN, 217/RN, exemplificativamente. Neste especialmente constatou que havia falha na prestação do amparo farmacêutico, pois o medicamento padronizado não era disponível.

2ª) Suspensão de Segurança nº 3.852-4/PI:

No mesmo sentido, a SS nº 3852-4, Piauí, tendo a negativa de fornecimento pelo Estado se sustentando na consideração de que o doente residia em outro Estado da federação. Verifica-se assim uma tendência em não considerar as limitações geográficas para a busca de tratamento médico pelo SUS. O Estado não pode negar

¹⁶⁶ Anoto que a base normativa da SS são as Leis nºs 4.348/1964, 8.437/1992 e 9.494/1997, que permitem que a Presidência do Supremo, para evitar lesão à ordem, à saúde e à economia pública, suspenda as decisões concessivas de segurança, liminar ou tutela antecipada, quando a discussão for de índole constitucional. É medida excepcional, caso a caso, sendo possível um mínimo de juízo de deliberação sobre as questões jurídicas envolvidas.

tratamento médico a pessoa só por ser de outro Estado da federação. Aos estrangeiros os tratamentos também podem ser dispensados, quando residentes no país.

3ª) Suspensão de Segurança nº 3.941-5/DF:

Na SS nº 3.941-5/DF, requerida pelo Município de Fortaleza, os medicamentos constavam na lista daqueles de dispensação excepcional, tendo o Município alegado que o SUS não impôs ao Município o dever de custear tais medicamentos. O Município procurava eximir-se. Não foram aceitas meras alegativas de impossibilidade. Não foi concedida a medida excepcional de suspensão, não se tendo verificado presença de grave dano à economia pública.

4ª) Suspensão de Segurança nº 3691/CE:

A Suspensão de Segurança nº 3691, trata-se de pedido ajuizado pelo Município do Ceará, em face da alegada lesão à ordem e à economia pública municipal, eis que compelido ao fornecimento de medicamentos de alto custo. Com alentados fundamentos doutrinários, o Ministro Gilmar Mendes examina o artigo 196 da Constituição Federal de 1988.

Passamos a examinar cada aspecto dos argumentos.

a) Aspectos individual e coletivo:

Direito de todos ao assim dizer a Constituição Federal de 1988 permite identificar um direito individual quanto um direito coletivo à saúde. Afasta a visão de que se trataria de mera norma programática incapaz de produzir efeitos. Quanto à dimensão individual, reporta-se ao precedente AgR RE nº 271.286-8/RS, Relator Ministro Celso de Mello (2000): “a interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconstitucional”. Prestigia o princípio da saúde como um direito.

b) Linear – dever do Estado, responsabilidade solidária:

Quanto ao dever do Estado conclui ser dever expresso, de competência comum, sendo os entes responsáveis solidários perante o indivíduo, e legitimados passivos nas ações. Os serviços de saúde são de relevância pública, baseados no financiamento público. Aparece aspecto do princípio da unicidade do SUS.

c) Formulação de políticas é o aspecto programático:

Garantido mediante políticas sociais e econômicas, estampa a necessidade de formulação de políticas públicas que concretizem o direito e refere que: “a própria evolução da medicina impõe um viés programático ao direito à saúde, pois sempre haverá uma nova descoberta, um novo exame, um novo prognóstico, ou procedimento cirúrgico, uma nova doença, ou a volta de uma doença supostamente erradicada”. Sinala-se aqui sobre a complexidade do direito à saúde, que é um sistema em construção.

d) Medidas preventivas, vistas como prioritárias:

Políticas que visem à redução do risco da doença e de outras agravos: são as políticas que visam à redução do risco, ações preventivas, vistas como prioritárias. É o princípio da precaução e da prevenção. O destaque é interessante, pois começam a ganhar repercussão medidas de prevenção adotadas pela Anvisa ou pelo Ministério da Saúde, nem sempre bem compreendidas e que acabam gerando demandas judiciais, por exemplo, a proibição do uso das câmaras de bronzeamento para fins estéticos.

e) Alcançar a população como um todo – é o aspecto coletivo sendo dimensionado:

Políticas que visem ao acesso universal e igualitário: é a obrigação de efetivar políticas que alcancem a população como um todo, reportando-se à STA 91-1/AC, Relatora Ministra Ellen Gracie, DJU de 26.02.2007). Antes pontuou o direito individual, agora chama atenção para o coletivo.

Aqui, uma visão consequencialista, as decisões judiciais sempre tem consequências, algumas no primeiro momento não percebidas. A decisão neste aspecto convida a considerá-las.

f) Ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde:

Em considerações ao tópico, conclui que o problema não é da inexistência, mas de execução administrativa das políticas públicas pelos entes federativos, asseverando que: “ao determinar o fornecimento de um serviço de saúde o julgador precisa assegurar-se de que o SUS possui condições de arcar não só com as despesas da parte, mas também com as despesas de todos os outros cidadãos que se encontram em situação idêntica”. Em prosseguimento, examinadas as situações específicas de cada paciente e examinado o argumento central do Município para pedir a suspensão no sentido de que não teria obrigação legal de fornecer o medicamento. É a expressa preocupação com a sustentabilidade do SUS, o aspecto coletivo.

Reporta-se ao precedente RE nº 195.192-3/RS, no sentido da obrigação ser linear, bem como ao precedente RE AgR nº 255.627-1/RS, concluindo que o fato da decisão imputar a responsabilidade ao Município não configura lesão à ordem pública. Reporta-se, também, a Lei nº 6.360/1976, constatando o registro na ANVISA dos medicamentos solicitados, verificando de outra parte que não foram incluídos nos protocolos clínicos, listas, sem avançar sobre este tópico (pois está em Suspensão de Segurança). Anota que eventual decisão judicial deve ser universalizável, a todos nas mesmas condições.

Constata que o Município apenas alega mas não comprova a ocorrência de danos aos cofres públicos, fundamento decisivo para negar a medida requerida. Vê-se que ponderaria alguma alegação comprovada de onerosidade excessiva. A decisão observa então o aspecto dos custos.

Verifica, assim, inócidentes os pressupostos contidos no artigo 4º da Lei nº 8.437/1991, resulta indeferido o pedido de suspensão. No mesmo sentido e fundamentação: STA nº 198/MG, STA nº 221/RN, STA nº 243/AL, STA nº 245/RS, STA nº 260/SC, STA nº 268/RS, STA nº 278/AL, STA nº 282/SC, STA nº 316/SC, STA nº 175/CE, SS nº 3690/CE, SS nº 3691/CE, SS nº 3724/CE, SS nº 3741/CE, SS nº 3748/SP, SS nº 3749/SP, SS nº 3750/SP, SS nº 3751/SP,.

São muitos os precedentes que firmam posição no sentido acima exposto. Aos entes políticos, União, Estado e Município, cabe, para verem considerados seus argumentos de grave dano às finanças, a tarefa de agregar sólidos fundamentos até contábeis, justificando, v.g., sobre a não transferência de recursos intergovernamentais ou comprovando que o remanejamento de verbas afetará outras políticas de saúde com problemas na alocação de recursos. Remarca-se que o Supremo Tribunal Federal considera a possibilidade de considerar a onerosidade ou abusividade de custos se comprovados.

Estas considerações foram feitas, exemplificativamente a STA nº 238: tratamento odontológico pelo SUS, Portaria nº 1570/2004, sendo 50% por conta do Estado e 50% por conta do Município.

Meras alegações vazias de fundamentos e provas não são aceitas, adquirindo especial importância a demonstração de que a medida hostilizada tem potencial para causar grave dano ao requerente.

Prosseguindo, gostaria de destacar que há precedentes em STA nos quais a liminar/antecipação foi suspensa, vamos conferir a motivação:

5ª) Suspensão de Tutela Antecipada nº 244/PR:

Cuida-se de pedido do Estado do Paraná contra decisão do Tribunal de Justiça do Paraná no Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 454.365-5/01. O Estado do Paraná alegou em torno da reserva do possível, dizendo que só com o menor doente gastaria por mês US\$ 180.00,00. O Ministro Gilmar Mendes acolheu os argumentos da Presidência do Tribunal de Justiça do Paraná e considerando que o medicamento não é registrado na Anvisa e não consta dos protocolos oficiais, considerou configurada situação de dano à ordem jurídico-administrativa, diante da existência de comando legal que proíbe a comercialização de medicamento, mesmo importado, que não esteja registrado na ANVISA, reportando-se à SS nº 4.405, Relator Ministro Néri da Silveira, Tribunal Federal de Recursos, reportando-se ao Relatório Europeu de Avaliação Pública (EMEA/H/C/640), que observa que a dispensação de medicamento não registrado pela Anvisa coloca em risco a saúde pública. É o princípio da precaução e o uso racional de medicamentos que se prestigiou.

6ª) Suspensão de Liminar nº 256-2/TO (tratamento fora do município, transporte e hospedagem):

Neste caso, trata-se de medida requerida pelo Estado de Tocantins em face da decisão judicial, confirmada pelo Tribunal de Justiça de Tocantins, no sentido de o Estado custear despesas de transporte, alimentação e hospedagem às pessoas que necessitem ou viessem a necessitar de tratamento médico fora de seu município.

Verificou-se presente a hipótese de grave lesão à ordem, à saúde e à economia pública, valores protegidos pela Lei nº 8.437/1992. Inicia considerando sobre a verificação da existência ou não de política estatal que abranja a pretensão, asseverando que se não houver política do SUS é imprescindível verificar se a não prestação decorre de uma omissão legislativa ou administrativa ou de uma decisão administrativa, e assegurar-se de que o Estado possuiria condições de arcar não só com as despesas reclamadas, mas com as despesas de todas as outras pessoas. Verificou hipótese de opção legítima da autoridade. Havia uma política pública.

Anotou que há a Portaria MS/GM/SAS nº 55, de 24.2.1999, que dispõe sobre a rotina de tratamento fora do domicílio no SUS, “TFD”, e que impõe que as Se-

cretarias Estaduais estabeleçam as estratégias. No caso, houve consideração sobre a ocorrência de grave violação ao artigo 2º da Constituição Federal de 1988, pois foi desconsiderada a análise administrativa da melhor opção de transporte, hospedagem e implemento das demais considerações da Portaria. Resultou prestigiada a escolha da autoridade gestora do SUS. Novamente a racionalidade: se existe serviços e estratégias construídas, devem ser prestigiadas.

7ª) Suspensão de Tutela Antecipada nº 343-0/RN:

Na STA nº 343-0/RN o Estado insurgiu-se contra o bloqueio e liberação a entidade particular de R\$ 21.565,00 para tratamento de saúde. Discute-se a aplicação do artigo 100 da Constituição Federal de 1988, débito decorrente de liminar não cumprida. Reporta-se a STA nº 318, DJe de 27.04.2009, enfatizando que o bloqueio de verbas reveste-se de extrema excepcionalidade conforme precedentes: SL nº 158/CE, RCL-MC nº 5084/RJ, SL nº 254/RS, SS nº 3672/RJ, SL nº 278/BA. No caso, entendeu que o bloqueio se revelou excessivo.

8ª) Suspensão de Tutela Antecipada nº 287/PR:

Suspensão de Tutela Antecipada manejada pela União em face de antecipação de tutela em Ação Civil Pública que determinou a contratação temporária de funcionários e alocação de recursos para a prestação do serviço público no Hospital de Clínicas. Decisão mantida pelo Tribunal Federal da 4ª Região em sede de Agravo de Instrumento. Os profissionais, em número de 75, seriam necessários para prestar serviços na Unidade de Transplante de Medula Óssea. Dos 25 leitos existentes, apenas 12 podiam ser utilizados em face das carências. A falta de profissionais ocasionaria “demora excessiva” nos transplantes. Foi dado o prazo de 90 dias e fixada a multa de R\$ 10.00,00 por dia em caso de descumprimento. A decisão considerou a possibilidade de vultoso prejuízo à coletividade por multa fixada em decisão liminar baseada em “juízo cognitivo sumário”. Suspensão concedida, afastando a multa.

9ª) Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 223:

Neste precedente decidiu-se sobre tratamentos experimentais. O caso é bastante peculiar não se prestando, s.m.j., para constituir precedente, pois se tratou de devolver a capacidade respiratória sem a dependência de respirador mecânico a vítima de assalto em via pública. O procedimento era experimental, não aprovado, sequer pelo *Food and Drug Administration (FDA)*, e orçado em 150 mil dólares. O agravo restou provido por maioria para manter a decisão que imputou a responsabilidade ao Estado de Pernambuco. Havia discussão sobre a responsabilidade civil do Estado em face da insegurança em via pública, não se prestando adequadamente a precedente sobre serviços de saúde. A efetividade da jurisdição restaria comprometida em caso de suspensão da medida, pois o Estado respondia não pelo viés sanitário/medicamentos, mas em face de tiroteio em via pública que atingiu um particular. Este caso não serve à guisa de precedente.

10ª) Suspensão de Liminar nº 228/CE:

Versou sobre a aplicação da Portaria nº 1.101/2002/MS que fixou o número de leitos (UTI) por habitante, descumprida. No caso, foi suspensa a multa diária e mantida a decisão pela implementação e instalação dos leitos, com prazo razoável para a tomada de providências. Os leitos disponibilizados pelo SUS estão mal distribuídos e em alguns locais notoriamente insuficientes, revela-se construtiva a decisão de aumentá-los.

11ª) Suspensões posteriores à Audiência Pública nº 4:

Suspensões de Segurança: SS nº 3962/SE, SS nº 4045/CE, SS nº 3941/DF, SS nº 3852/PI, SS nº 3852/PI, Suspensão de Liminar: SL nº 256/TO, Suspensões de Tutela Antecipada: STA nº 283/PR, STA nº 434/BA, STA nº 316/SC, STA nº 421/PE, STA nº 421/PE, STA nº 424/SC.

As decisões são todas da Presidência do Supremo Tribunal Federal proferidas após a Audiência Pública nº 4, que traçam linhas para a solução dos conflitos em torno dos medicamentos, com referências aos subsídios colhidos na Audiência. Vejamos os casos:

SS nº 3962/SE, julgada em 7.4.2010. Pedido de suspensão do fornecimento do medicamento Pegasys® (Interferon Peguilado) para o tratamento de hepatite C crônica. São examinadas as questões concretas. Paciente que já utilizou sem êxito o medicamento convencional. Por outro lado, o Município de Aracaju não comprovou o grave dano à saúde pública que alegou. Pedido de suspensão indeferida.

STA nº 424/SC, julgada em 20.4.2010. Em Ação Civil Pública, pede a suspensão a União para desobrigar-se do fornecimento de Cloridrato de Ranitidina e Piracetam a todos os pacientes que necessitam. “Entretanto não se pode permitir que as decisões judiciais determinem medidas muito amplas, com determinações genéricas, que inviabilizam a própria ordem administrativa. A única paciente identificada na Ação Civil Pública é falecida. Remete à possibilidade de dano à ordem e à economia públicas. Suspensão deferida.

STA nº 421/PE, julgada em 20.4.2010. Deferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco custeio de transporte e hospedagem do paciente e acompanhamento para tratamento em Recife. Tratamento fora de domicílio. Política existente que paga ajuda de custo de R\$ 3,00 por pessoa a cada 50 km. Juiz concedeu diária de R\$ 70,00. Menor portador de diparesia espática, deficiente. Considerando as circunstâncias e a não comprovação de grave dano ao Município, foi indeferido o pedido de suspensão.

STA nº 334/SC, julgada em 16.4.2010. Pedido o medicamento Entercavir® (Baraclude) a todos os pacientes do Estado portadores de hepatite B e coinfectados (HIV). Negado seguimento ao pedido feito pela União, pois o medicamento está em processo de aquisição centralizada, sendo que a primeira distribuição será feita em fevereiro de 2010. Observou que o medicamento estava por ser incorporado às políticas públicas.

STA nº 316/SC, julgada em 16.4.2010. Medicamentos pedidos: Plavix® (Clopidogrel), Diltizem® (Cardizem) e Sinvascor® (Sinvastatina), a todos os usuários do SUS. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região deferiu o pedido de efeito suspensivo da decisão. Inexistente liminar ou antecipação vigente, foi negado seguimento ao pedido.

STA nº 434/BA. Indeferido pedido de Suspensão. Não comprovado grave dano à economia.

STA nº 283/PR, julgada em 16.4.2010. Fornecimento de estimulador medular epidural (EME). Município não comprova grave dano. Não vislumbrado grave da-

no. Suspensão inferida.

SS nº 3852/PI, julgada em 7.4.2010. Medicamento Glivec® (Imatinibe), disponibilizado pelo SUS, cuja utilização desencadeou quadro hemorrágico. O medicamento pedido, Tasigna® (Nilotinibe), registrado na Anvisa, foi orçado em R\$ 112.816,76. Paciente tratada em Centro de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia (Cacon). Não comprovado grave dano. Indeferido pedido de Suspensão.

SL nº 256/TO, julgada em 20.4.2010. Ação Civil Pública como liminar, no sentido de deferir a todos os usuários do SUS e seus acompanhantes o custeio das despesas com transporte, alimentação e hospedagem para tratamento fora do domicílio. Decisão liminar fora dos parâmetros da Portaria MS/GM/SAS nº 55, de 24.2.1999. Precedente sobre ordem pública, SS nº 4.405. Decisão judicial genérica quanto ao seu alcance. Faz exame dos pacientes paradigmas. Suspensão indeferida quanto a eles. Deferida quanto a todos os demais usuários do SUS residentes em Araguaína/TO. Decisão parcialmente suspensa.

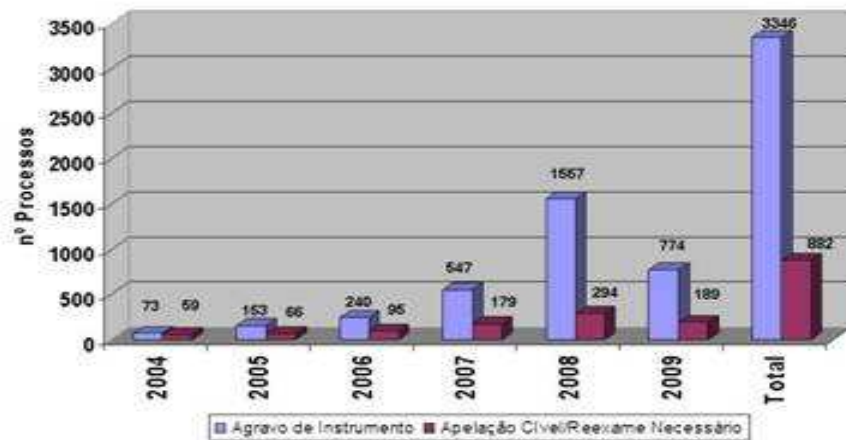
SS nº 3941/DF, julgada em 23.3.2010. Fornecimento de dieta enteral e do medicamento Tizanidina e Gabapentina. O Município informava que a licitação para aquisição estava em fase de finalizações. Não vislumbrado grave dano. Indeferido o pedido de suspensão na linha dos precedentes STA nº 178/CE, SS nº 3724/CE, SS nº 2944/PB e outros.

SS nº 4045/CE, julgada em 7.4.2010. Com exame do caso concreto de cada paciente. Município não comprova a grave lesão. Suspensão indeferida.

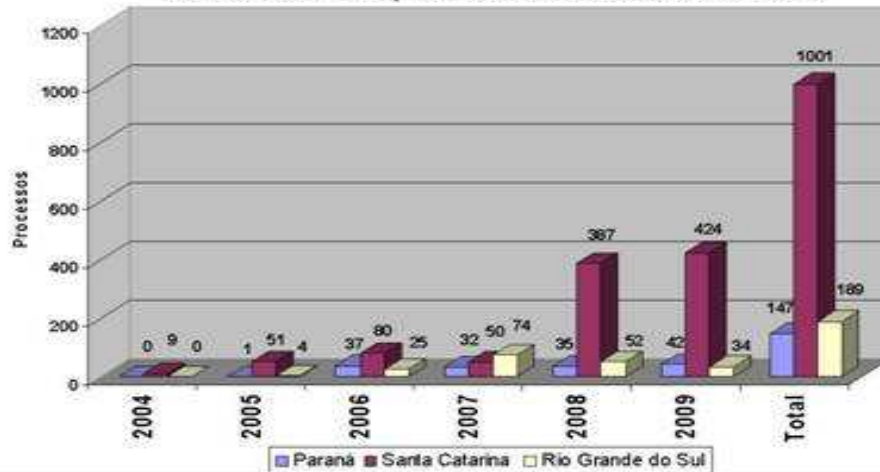
5.2 A evolução das ações com objetivos referentes à saúde – exame quantitativo no Tribunal Regional Federal da 4ª Região

As demandas em busca de medicamentos e tratamentos têm crescido no âmbito da 4ª Região, conforme se verifica de levantamento feito em 2009. Este levantamento refere apenas aos precedentes no âmbito do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que comentamos antes, bem como aqueles que transitam nos Juizados Federais da 4ª Região.

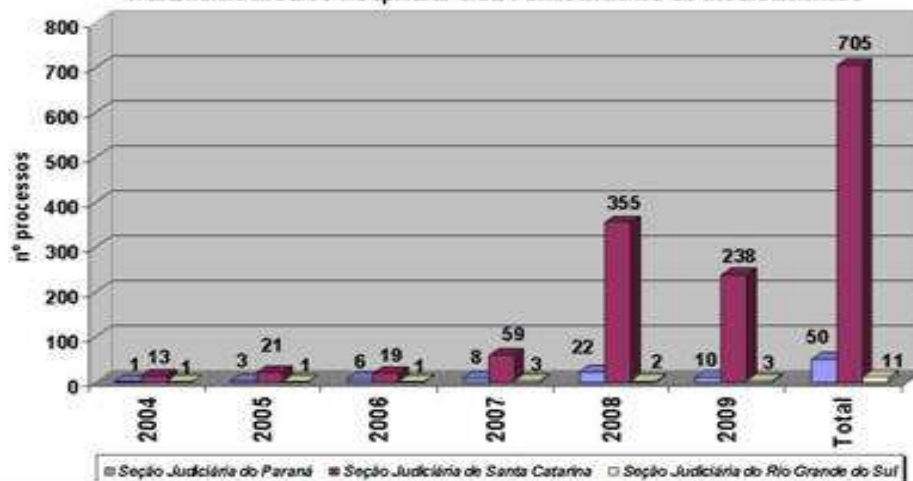
Processos distribuídos TRF4 (2004 a 04/06/2009)
Tratamento Médico-Hospitalar e/ou Fornecimento de Medicamentos



Juizados Especiais Federais da 4ª Região (2004 a 04/06/2009)
Tratamento Médico-Hospitalar e/ou Fornecimento de Medicamentos



Ações Cíveis Públicas (2004 a 04/06/2009)
Seções Judiciárias da 4ª Região
Tratamento Médico-hospitalar e/ou Fornecimento de Medicamentos



Em todo o Brasil, conforme levantamento efetuado no âmbito do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), as estatísticas apontam igualmente para o crescimento destes reclamos. A pesquisa foi efetuada após a Audiência Pública nº 4,¹⁶⁷ de 2009, em 9.2.2010, pela comissão instituída pela Resolução CNJ. Muitos tribunais não identificam o tipo de ação, englobando aquelas referentes aos seguros-saúde e as demandas contra o SUS, daí no momento a quantificação das demandas não é seguro.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO	
Processos em tramitação – 1º e 2º Graus – Situação em 9.2.2010	
Tratamento da própria saúde – Afastamento – Servidor público – Administrativo	27
Faturas hospitalares – Saúde – Serviços – Administrativo	43
Planos de saúde – Contratos de consumo – Direito do consumidor	91
Assistência à saúde – Sistema remuneratório e benefícios – servidor público civil – administrativo	207
Ressarcimento ao SUS – Saúde – Serviços – Administrativo	208
Repasse de verbas do SUS – Saúde – Serviços – Administrativo	220
Convênio médico com o SUS – Saúde – Serviços – Administrativo	261
Saúde – Serviços – Administrativo	907
Tratamento médico-hospitalar e/ou fornecimento de medicamentos – Saúde – Serviços – Administrativo	3.812
Total	5.776

Fonte: TRF-1ª Região – Secretaria de Tecnologia da Informação – Divisão de Estatística

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO	
Prestação de assistência à saúde	
Tribunal	1.767
SJRJ	2.258
SJES	267

Fonte: TRF-2ª Região – Coordenador de Núcleo

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL	
Processos em Tramitação	
Assuntos relacionados à Prestação de Serviços à Saúde	
Base atualizada em 20.1.2010	
Planos de Saúde	1.133
Auxílio-Doença Acidentado	1.271
Saúde	77
Tratamento Médico-Hospitalar e/ou Fornecimento de Medicamentos	6.367

Fonte: TJP-PROCERGS

¹⁶⁷ A Audiência Pública nº 4 será abordada no Capítulo 6 deste trabalho.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO	
Prestação de assistência à saúde em qualquer fase processual que se encontrem	1.488

Fonte: Gabinete da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO	
Prestação de Serviços à Saúde	
Cível – Planos de Saúde	9.227
Empresarial – Planos de Saúde	11
Fazenda Pública – Fornecimento de Medicamentos	744
Fazenda Pública – Medicamento / Tratamento / Cirurgia de eficácia não comprovada	7.712
Fazenda Pública – Planos de Saúde	74
Fazenda Pública – Tratamento Médico-Hospitalar e/ou Fornecimento de Medicamentos	8.124
Juizado Especial Cível – Planos de Saúde	7.070
Total	32.962

Fonte: Presidência do TJRJ

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE GOIÁS	
Perícias médicas agendadas em processos judiciais pela Junta Médica Oficial do Poder Judiciário nos anos de 2007 a 2009	
2007	1.470
2008	2.058
2009	3.085

Fonte: JMOPJ de Goiás

Percebe-se, pois, uma crescente influência da jurisdição na matéria, que há uma década pouco frequentava as pautas judiciárias.¹⁶⁸ Anote-se que em muitos dos levantamentos não há a possibilidade de identificar pedidos em torno de serviços públicos daquelas reclamações contra as prestadoras privadas dos seguros de saúde. Alerta-se que os seguros de saúde privados não foram objeto da Audiência Pública nº 4,¹⁶⁹ mas em alguns levantamentos podem estar sendo considerados, pois as ações são indexadas como obrigações de fazer, ajustando-se à indexação tanto os pedidos contra o SUS quanto às prestadoras privadas.

O número de Ações Cíveis Públicas apenas na área da jurisdição federal e movidas pelo Ministério Público Federal na 4ª Região (Rio Grande do Sul, Santa Ca-

¹⁶⁸ Sobre as causas da judicialização, anota Barroso (BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Atualidades Jurídicas**, Brasília: OAB, n. 4, jan./fev./2009), que a primeira foi a redemocratização, com a Constituição Federal de 1988; a segunda a constitucionalização abrangente, e o sistema brasileiro de controle da constitucionalidade.

tarina e Paraná) também é expressiva e tem um efeito mais abrangente, alterando as políticas públicas existentes além do expressivo impacto orçamentário.

5.3 A análise das decisões judiciais que estabelecem critérios sobre o fornecimento de medicamentos no TRF4

No âmbito do Tribunal Regional Federal da 4ª Região prosperava como majoritária a percepção do direito à saúde como um direito subjetivo a prestação ilimitadas, sem considerações sobre outros aspectos como as políticas públicas existentes, ou a questão dos custos.

O posicionamento era respaldado por citações doutrinárias e decisões do Supremo Tribunal Federal, antes comentadas. Posicionamentos doutrinários dos quais, em tese não se discorda.

Tal posicionamento teve a virtude de constituir um passo importante na senda do ativismo judicial, no sentido da afirmação do direito social à saúde, bem como chamou a atenção para a sua aplicabilidade imediata. Já não se poderia ter a promessa constitucional por insequente. Por certo, situações difíceis aos obrigados ao cumprimento. Constitui-se em um aprendizado em busca do ideal. No segundo momento, a virada da instituição, agora por maioria no sentido de uma atenção maior para as questões técnicas científicas, os saberes da medicina, e uma deferência razoável para a situação dos gestores públicos e as políticas em execução que tem aspectos elogiáveis. A questão do alto custo passou a ser perquirida em alguns julgados, bem como a escassez de recursos materiais e financeiros. Na busca de uma solução melhor, foram sendo construídos alguns critérios como procuraremos resumir. Note-se que, em maio de 2010, no AgSL nº 0011099-66.2010.404.0000/PR, a Corte Especial, por maioria, prestigiou os critérios administrativos para a imunização contra a gripe ^a Votos vencidos na ACP nº 5002213-42.2010.404.7000/PR.

1º) Medicamentos aprovados pela Anvisa:

No AI nº 2001.04.01.085112-8/SC, 3ª Turma, em 30.4.2002. A Turma, por maioria, não permitiu o fornecimento de medicamento não constante na lista e não

¹⁶⁹ A Audiência Pública nº 4 será abordada no Capítulo 6 deste trabalho.

registrado na Anvisa, embora reconhecendo a fundamentalidade do direito à saúde. precedente foi seguido por outros:

2º) A legitimação do Ministério Público:

Em Ação Civil Pública, a posição está afinada com a do Superior Tribunal de Justiça, v. g.: REsp nº 664.139/RS, 2ª Turma, Relator Ministro Castro Meira; E-REsp nº 734.493/RS, 1ª Seção, Relator Ministro Castro Meira; EREsp nº 826.641/RS, 1ª Turma, Relator Teori Albino Zavascki; REsp nº 716.512/RS, 1ª Turma, Relator Ministro Luiz Fux.

3º) Não acolhimento de pedidos vagos/genéricos:

Na Apelação Cível nº 2001.72.02.002827-3/SC. A Turma, por unanimidade, reformou a sentença que determinava o fornecimento de “todo e qualquer medicamento necessário”. O princípio da dignidade humana, que inspira o texto constitucional, exige ações estatais implementando e garantindo o denominado “mínimo existencial”. Não são acolhidas situações indeterminadas.

4º) Necessidade de perícia médica para o fornecimento de medicamentos não padronizados:

No Agravo de Instrumento nº 2006.04.00.035536-9/SC, em 28.2.2007. Afastou-se a possibilidade de fornecimento de medicamento não constantes das listas e exame de ressonância magnética, que não poderia ser feita à conta do SUS “sem perícia para aferir a real necessidade do paciente”. O critério assenta-se em ponderação de uso racional de medicamentos e na sua essencialidade.

5º) Prescrição pelo médico do SUS no âmbito do Sistema:

Apelação Cível nº 2009.70.03.000750-6/PR. Neste caso, foi postulado a dispensação gratuita de medicamento etarcepte (Enbrel®) para tratamento da psoríase, como o autor buscou tratamento com profissional particular, não fez jus, assim, ao fornecimento pretendido.

6º) Necessidade de hipóteses concretas para medidas cautelares de arresto e amplo e irrestrito acesso a serviços médicos:

Apelação Cível nº 2004.72.01.005416-9/SC. A questão versava sobre a desativação de um aparelho para exames em Joinville. Pretendia o Ministério Público Federal o arresto de similar em outra localidade. Doente atendido em outro município. Mantido o indeferimento da inicial da Ação Civil Pública.

7º) Vedação de decisões de caráter normativo:

No Agravo na Suspensão de Execução de Liminar nº 2002.04.01.057140-9/SC, julgado em 22.5.2003, na Corte Especial. Votos vencidos. Pretendia-se a imposição à União ao fornecimento de “todo e qualquer medicamento” para combate à AIDS”. “A sentença, com a determinação genérica e universal nela contida, assume um indistigável caráter normativo, de extensão subjetiva tão abrangente quanto o da própria lei, mas em sentido contrário a ela”. “É preocupante para não dizer temerário, liberar a utilização de medicamentos importados ou fabricados no País, sem a prévia aprovação e controle das autoridades sanitárias”. Entende-se pela presença da ofensa à ordem administrativa.

8º) Tratamentos oncológicos. Inscrição em Cacon:

No Agravo de Instrumento nº 2009.04.00.032505-6/RS observou-se que se tratava de paciente oncológico, que pretendia atendimento pelo SUS em hospital particular para radiocirurgia. Prestigiada a política pública existente. “O SUS disponibiliza programa específica por meio de Cacon/Unacon que se realiza com o cadastramento prévio”. O deferimento de liminar para pacientes não tratados no sistema implica preterição de outros. É no Cacon que o paciente com neoplasia terá a garantia pelo SUS a todo e qualquer atendimento necessário. No mesmo sentido: AI nº 2009.04.00.023184-0/RS, AI nº 2009.04.00.32673-5/PR e AI Nº 2009.04.00.046327-1/PR.

9º) Havendo medicamento genérico ou similar no SUS não há direito a postular outra alternativa:

No Agravo de Instrumento 2007.04.00.023621-0/SC, 3ª Turma, julgado em 2.10.2007. Se o medicamento com o princípio ativo é disponibilizado pelo SUS na rede pública, o pedido é indeferido. Não é caso de intolerância medicamentosa ou outra singularidade. Prestígio do uso racional de medicamentos.

10º) Necessidade de ponderar sobre as consequências sobre a competência orçamentária do legislador e administrativa do gestor:

Nos AI nº 2007.04.00.001791-2/RS, julgado em 14.8.2007; e AI nº 2009.04.00.004528-0/RS, 3ª Turma, julgado em 23.6.2009. Há ponderações diversas, inclusive sobre a necessidade do médico prescritor declarar que não tem relações com o fabricante do medicamento. “Na concretização em face da realidade social e econômica, conjugada com os princípios da universalidade, da integralidade e da gratuidade, é preciso cuidar que não haja prejuízo à saúde do cidadão, eventual concessão não cause prejuízos relevantes para o funcionamento do serviço público de saúde, não haja prevalência desproporcional do direito à saúde de um indivíduo sobre os princípios da competência orçamentária do legislador e administrativa do gestor”.

5.3.1 Resumo dos principais critérios estabelecidos

Verifica-se um panorama com fundamentações mais completas e sofisticadas e bastante abrangentes, que poderiam ser resumidas da seguinte forma:

a) Critérios para o deferimento de pretensões referentes a medicamentos:

1º) Prescrição por médico do SUS, no âmbito do Sistema;

2º) Medicamentos aprovados/registrado na Anvisa;

3º) Necessidade de perícia médica para medicamentos não padronizados ou não constantes das listas;

4º) Ampla legitimidade do Ministério Público;

5º) Pedidos sobre situações concretas e não hipotéticas;

6º) Tratamentos oncológicos. Prévia inscrição Cacon/Unacon;

7º) Preferência por similares ou genéricos das listas, se existirem, em detrimento de escolhas pessoais;

8º) Ponderação sobre as consequências da decisão na esfera orçamentária e da gestão do sistema.

Ainda:

b) Critérios sobre a abrangência e finalidades da perícia:

1º) a perícia deve considerar a existência de protocolos clínicos e terapêuticos no âmbito do SUS; b) o perito concluirá à luz da chamada “medicina das evidências”;

2º) o perito e o médico subscritor devem prestar termo de ausência de conflito de interesses, e não vinculação ao fabricante. (AI nº 2009.04.00.004528-0/RS, julgado em 23.6.2009).

5.4 Os beneficiários das tutelas judiciais

O grande número de ações individuais veiculando pretensões em torno de medicamentos e outros insumos, atividades ou procedimentos relacionados à saúde estaria a favorecer aqueles carentes de recursos e negligenciados pelas políticas públicas. São efetivamente as insuficiências do SUS ou a carência de políticas que movimentam tais demandas? Inúmeras decisões anotam que o beneficiário é carente de recursos. Nesta perspectiva, então o Judiciário estaria a dar voz e vez aos mais pobres. Lembremos que uma das justificativas em defesa da justiciabilidade dos direitos sociais, é aquela que diz que o processo político não consegue acolher as pretensões dos mais pobres ou das minorias, assim, com o socorro ao Judiciário, estariam sendo mais beneficiados os pobres.

Observação empírica em considerável quantidade de ações judiciais conduz a conclusão de que não se tratava de postulante pobre, e não se tratava de tradicional usuário do SUS. As ações da espécie são movidas em especial por pessoas que não querem e nem precisam, via de regra, utilizar todos os serviços do SUS, mas apenas alcançar o medicamento principalmente ou alguma terapia dispendiosa. Apresenta-se com prescrição de médico particular e buscam um medicamento não disponibilizado pelo SUS. Tem, pois, informação e relações privilegiadas, muitas vezes um plano de saúde.

Observa-se pelos prontuários ou prescrições que se trata de pessoas com seguro-saúde. Há casos em que a prescrição é de médico do SUS, mas em face da dupla militância do profissional, percebe-se que se trata de um paciente de clínica particular do médico, que para a obtenção do medicamento não oferecido socorre-se do Judiciário.

Não comungo da idéia de que só os mais pobres ou os necessitados são titulares de direitos sociais, em especial do direito à saúde. Pelo nosso sistema constitucional, a saúde é um direito social universal, todos têm direito e todos merecem igual atenção e o melhor dos esforços por parte dos prestadores dos serviços. A universalidade prestigia os objetivos de maior coesão social.

Em vista das minhas observações empíricas, tenho dúvidas sobre se efetivamente o Poder Judiciário estaria a atuar no sentido de corrigir distorções do sistema. Vejo a minha preocupação aumentada ao encontrar trabalho de pesquisa acadêmica sobre demandas judiciais por medicamentos no Município de São Paulo, que conclui, que os beneficiários do denominado ativismo judicial são integrantes das classes mais elevadas, proveniente das rede privada de saúde, transcrevo:

Algo interessante foi a constatação da existência de dois grupos principais. Um primeiro de renda mais baixa, proveniente do SUS, assistido pela Procuradoria de Assistência Judiciária (PHJ) que requisita normalmente material de enfermagem, remédios mais simples, mas que também aparece bastante nas ações de diabetes (inclusive para obtenção das insulinas mais 'modernas', mas no caso da diabete há, normalmente, também uma orientação da associação de portadores da doença). Já o outro grupo, que apresenta renda mais alta, é proveniente da rede privada de saúde e assessorada por advogado particular solicitando geralmente remédios de custo elevado inclusive os para diabete (sempre as insulinas mais modernas).

No mesmo sentido, a conclusão de diversos especialistas que se pronunciaram na Audiência Pública nº 4¹⁷⁰ e pronunciamentos públicos. Nesta mesma linha, Carvalho: “decidir individualmente pelo consenso de um direito coletivo exige que se reflita que, em um país de miseráveis, como o nosso, poucos recorrem ao Poder Judiciário”. A questão já havia sido abordada por outros ângulos por Buarque, no sentido de que o Brasil tem padrões de 1º Mundo nas mazelas que atingem igualmente pobres e ricos, mas padrões piores do mundo nas questões que atingem apenas aos pobres.

Assim, sob este viés, não se pode sustentar que o Judiciário esteja a assegurar o mínimo existencial ou que esteja a contemplar com tratamento diferenciados aos estratos mais pobres ou carentes.

A constatação, contudo, não retira a legitimidade da atuação Judicial, mas reforça a ideia de que devem existir critérios e condições à exigibilidade do direito à saúde, limites e cautelas que a jurisdição deve observar, aliás, pontuadas no julgamento da ADPF nº 45 MC/DF, relator Ministro Celso de Mello.

5.5 A análise dos Projetos de Lei com o objetivo de disciplinar o fornecimento de medicamentos pelo SUS

O primeiro Projeto de Lei do Senado sobre a matéria foi o de autoria do Senador Tião Viana, PLS nº 219/2007, que propôs alterar a Lei nº 8.080, Lei Orgânica da Saúde.

A modificação apresentada consistia no acréscimo do artigo 6-A para definir os limites da integralidade da assistência terapêutica a ser oferecida no âmbito do SUS. A proposição estabelecia a oferta de procedimentos terapêuticos ambulatoriais e hospitalares constantes de tabelas que seriam elaboradas pelo gestor federal do SUS, podendo ser realizado por serviço próprio, conveniado ou contratado.

A dispensação de medicamentos seria possibilitada pela prescrição de conformidade com as diretrizes terapêuticas instituídas pelo gestor federal do SUS em protocolos clínicos.

No § 1º está estabelecido que na ausência de protocolo clínico, a dispensação ficará limitada aos produtos constantes das relações de medicamentos essenciais e de dispensação excepcional elaboradas pelo gestor federal do SUS. No § 2º estabelece-se vedação ao pagamento, ressarcimento ou reembolso de procedimentos clínicos ou cirúrgicos experimentais, procedimentos para fins estéticos ou embelezadores, e a oferta de medicamentos nacionais ou importados sem registro na Anvisa.

O Projeto de Lei do Senado nº 338, de 2007, de autoria do Senador Flávio Arns, propõe não um artigo, mas todo um capítulo a ser acrescentado à Lei Orgânica da Saúde, o Capítulo VIII ao Título II da Lei nº 8.080/1990, com trezes artigos (19-

¹⁷⁰ A Audiência Pública nº 4 será abordada no Capítulo 6 deste trabalho.

L a 19-Z), que basicamente estabelecem que o Poder Público não se exime de fornecer medicamentos em razão de não constarem em Tabela do SUS.

Dispõe que as tabelas de medicamentos e protocolos clínicos devem ter atualizações anuais. Cria o processo administrativo de incorporação e exclusão de medicamentos e alteração de protocolos clínicos. Cria o Conselho Nacional de Incorporação de Medicamentos e Produtos de Saúde (CMM). Dá condições para a dispensação de medicamentos não listados, artigo 19-V. Estabelece requisitos cumulativos para a dispensação de medicamentos não constantes nas Tabelas do SUS, a saber: no caso da doença não estar contemplada nas Tabelas; quando o medicamento constante da Tabela não estiver surtindo o efeito suficiente; atestado com prescrição médica e laudo específico nos dois últimos casos; ainda exige que haja prescrição médica, registro do medicamento na Anvisa, ou quando droga órfã, com registro no *Food and Drug Administration* (FDA), Estados Unidos da América, ou *European Medicines Agency* (EMA), Comunidade Européia; laudo médico que ateste risco de vida ou sequela grave, deve ainda ser apresentado atestado de inexistência de medicamento na Tabela.

Entre as justificativas apontadas pelos proponentes dos projetos está o direito fundamental à saúde. A justificativa do Projeto de Lei do Senado nº 338/2007, faz expressa referência à decisão da Ministra Ellen Gracie, de 28 de fevereiro de 2007, na Suspensão de Tutela Antecipada nº 91, manejada no Estado de Alagoas.

Sustenta ainda a referida justificativa o fato de que a taxatividade das tabelas encerraria inconstitucionalidade. Outra das justificativas aponta para a morosidade na atualização das tabelas, exemplificando com a Portaria nº 1.318/GM, de 23 de julho de 2007 (Programa de Medicamentos Excepcionais), só foi atualizada em 27 de outubro de 2007, Portaria nº 2.577/GM. Reafirma ainda considerações em torno do princípio da eficiência, com base na rapidez, precisão, e contrapondo-se à lentidão, ao descaso, à negligência e à omissão.

Houve um requerimento (1066/2007, Senador Paulo Paim) no sentido da tramitação conjunta.

Em 2010, sob a Relatoria do Senador Tasso Jereissati, foi apresentado substitutivo que tomou o número do Projeto de Lei do Senado nº 338/2007 (por ser mais abrangente), mas com emenda substitutiva.

Entre as considerações e justificativas, está em destaque o grande número de ações judiciais que seriam motivadas por um entendimento equivocado sobre o

que seria “atendimento integral”. Afasta a ideia de que tal “integralidade” (art. 198, inc. II, da Constituição Federal de 1988) consistiria em responsabilidade ilimitada, e de que tudo deve ser ofertado. Defende a ideia de que além dos aspectos técnicos e financeiros pelo menos três princípios básicos da bioética devam ser considerados, a beneficência, a não maleficência e a justiça para avaliar critérios para incorporação de novas tecnologias.

Daí, sustenta que o inciso II do artigo 198 da Constituição Federal de 1988 deveria ser minuciosamente esclarecido pela lei. O substitutivo do Senador Tasso Jereissati inclui um capítulo no Título II da Lei nº 8.080/1990, o Capítulo VIII, referente à Assistência Terapêutica e da Incorporação de Tecnologia em Saúde. Estabelece no artigo 19-M o conteúdo do conceito de “assistência terapêutica integral” que consistiria na dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado ou, na falta de protocolo, terá como base (art. 19-P) a relação de medicamentos instituídas pelo gestor federal do SUS e a responsabilidade será pactuada pela Comissão Intergestores Tripartite.

Remete ao âmbito de cada Estado e do Distrito Federal de forma complementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores estaduais do SUS e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Bipartite.

Instituiu no âmbito do Ministério da Saúde uma Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS para a incorporação de novos medicamentos. Instituiu, ao invés de “fluxos” para a incorporação de tecnologias, o processo administrativo pelo rito da Lei nº 9.784/1999, inclusive com a participação do Ministério Público Federal, e a realização de consulta pública e audiência pública. No artigo 19-T veda em todas as esferas do SUS os medicamentos ou procedimentos experimentais e os produtos nacionais ou importados não registrados na Anvisa.

Eis um panorama da situação dos encaminhamentos legislativos, ressaltando-se que por expressa referência de seus preâmbulos justificatórios, reconheceu-se o impacto de decisões judiciais, bem como o substitutivo do Senador Tasso Jereissati, embora em tramitação desde 2007, mereceu encaminhamento apenas após a

Audiência Pública nº 4.¹⁷¹ Anote-se, por fim, que o substitutivo em muitos aspectos adota a corrente moderada ou minoritária que se estabeleceu no Judiciário.

Veja-se que se deixou aos Estados a possibilidade de alargar os critérios de dispensação de medicamentos. No Estado do Rio Grande do Sul há a Lei nº 9.908/1993, que dispôs sobre o fornecimento de medicamentos excepcionais aos comprovadamente carentes de recursos próprios. O repositório de recursos para a compra foi remetido ao Fundo de Desenvolvimento Social do Rio Grande do Sul.

Em breve comentário sobre os projetos, pode-se dizer que o de Tião Viana acrescentava artigos à Lei nº 8.080/1990, sendo que trazia limitação ao fornecimento de fármacos, impedindo a concessão fora das listas e dos protocolos clínicos. Já o projeto de Flávio Arns, de forma bastante generosa, não limitava o fornecimento de medicamentos, ao passo que criava estruturas burocráticas para dar conta da incorporação de medicamentos.

Durante a Audiência Pública nº 4, os novos projetos de lei foram comentados por Geraldo Guedes.

A Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) do Senado aprovou o substitutivo de Tasso Jereissati e o remeteu à Comissão de Assuntos Sociais (CAS) do Senado. Espera-se que o pronunciamento do Legislativo se dê no menor tempo possível, pois em muito auxiliaria na redução de demandas judiciais, propiciando uma maior uniformidade nas decisões judiciais sobre a matéria. A diversidade de pronunciamentos jurisprudenciais vertidos sobre o tema de medicamentos tem contribuído para causar perplexidade aos destinatários das decisões, em especial aos obrigados ao seu cumprimento. Efeito colateral da diversidade da jurisprudência é a desorganização do sistema de saúde pelo sistema de justiça. Bem de ver que o juiz quando decide a controvérsia não o faz apenas para as partes no processo. A importância dos pronunciamentos do Judiciário vai bem além dos limites do processo.

5.6 A judicialização como matriz das políticas públicas

No percurso para a construção e instituição de algumas políticas públicas pode ser percebido que elas foram concebidas após a reiteração de ações judiciais e a manifestação do Poder Judiciário.

¹⁷¹ A Audiência Pública nº 4 será abordada no Capítulo 6 deste trabalho.

Não se desconhece a importância das organizações sociais e de outros atores e instituições, inclusive internacionais, como antes considerado no item 3.3, mas é perceptível que de modo crescente às manifestações judiciais acabam por suceder providências dos primeiros obrigados, no sentido de organizar uma política para o atendimento da postulação judicialmente reclamada.

Constituem exemplos:

1º) a inclusão entre os procedimentos realizados pelo SUS, das cirurgias de mudança de sexo. O pedido foi originalmente veiculado em Ação Civil Pública no âmbito do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.¹⁷² A decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região foi suspensa na STA nº 185-2 pelo Supremo Tribunal Federal, e ainda nesta fase, antes da decisão dos recursos aos tribunais superiores, o Ministério da Saúde¹⁷³ incluiu os procedimentos nas Tabelas do SUS, construindo uma política sobre a questão;

2º) o acesso a serviços de saúde materno-infantil em áreas de fronteira, objeto da Ação Civil Pública, que questionava a falta de serviços básicos em municípios fronteiriços, especificamente Barra do Quaraí, vizinha da cidade uruguaia Bella Union.¹⁷⁴ A ausência de serviços básicos obrigava parturientes brasileiras a “atravessar” a ponte e internar-se em hospital uruguaio. Ao retorno, não conseguiam registrar o filho e tampouco receber os benefícios sociais a que teriam direito, as crianças eram apátridas. Julgada procedente a Ação Civil Pública pela Justiça Federal de Uruguaiana, em 2008. Em 9 de dezembro de 2009, um acordo de cooperação binacional foi aprovado por votação simbólica no Senado Federal, matéria já aprovada pelo Senado Uruguaio, para cooperação mútua: “para que se possa aproveitar bem os serviços nos dois lados da fronteira”. Os serviços de saúde poderão ser prestados por meio de instituições públicas e privadas e autorizado o registro do brasileiro nascido no Uruguai, além da autorização para o traslado de corpos;¹⁷⁵

3º) a crescente judicialização em torno de medicamentos e a atualização das listas com novas incorporações, ausentes desde 2002 as mesmas por cinco anos,

¹⁷² Apelação Cível nº 2001.71.00.026279-/RS, TRF-4ª, julgada em 14.8.2007. Ação Civil Pública nº 2001.71.00.026279-9/RS.

¹⁷³ BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 1.707, de 18 de agosto de 2008. Institui, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), o Processo Transsexualizador, a ser implantado nas unidades federadas, respeitadas as competências das três esferas de gestão. Acesso em: 4 jun. 2010. Disponível em: <http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2008/prt1707_18_08_2008.html>.

¹⁷⁴ Ação Civil Pública nº 2003.71.03.002009-2/RS.

acabaram por chamar a atenção dos administradores públicos para o cumprimento de seus deveres, passando, a partir de 2007 a ocorrer a atualização e revisão das listas de medicamentos;

4º) os projetos de lei em andamento, tanto o PL de autoria de Tião Viana quanto a de autoria do Senador Flávio Arns, bem como o substitutivo, todos se referem à crescente judicialização da matéria;

5º) No Estado do Rio Grande do Sul, o Decreto nº 46.653/2009 criou o “Programa Remédio em Casa para Idosos” para maiores de 60 anos, cadastrados no SUS, em relação a medicamentos prescritos e integrante no elenco dos especiais e excepcionais. A justificativa centra-se na eficiência do atendimento e conforto do idoso, mas entre os seus propósitos o de aliviar a pressão das determinações judiciais;

6º) A insuficiência de leitos hospitalares no SUS para os pacientes aditos e psiquiátricos, situação agravada pela “epidemia do crack entre jovens pobres”, o que motivou tutelas de internação compulsória pelo judiciário estadual e Ação Civil Pública na Justiça Federal, decisões antecipatórias concedidas e não suspensa na Ação Civil pelo Superior Tribunal de Justiça,¹⁷⁶ já propiciou a agilização dos gestores federais responsáveis como estampam notícias jornalísticas,¹⁷⁷ com um programa federal “previsto para ser anunciado nos próximos dias [...] o plano contra a droga, em fase final de elaboração incluirá investimentos na rede de leitos hospitalares [...]. Nos dizeres da presidente da Associação Brasileira de Estudos do Álcool e outras Drogas, Abaad, Carlos Salgado [...] é muito importante o poder público ampliar a disponibilidade de leito hospitalar. Anote-se que na questão das drogas, a iniciativa de um alerta social partiu da sociedade, da imprensa, de um grupo jornalístico com a campanha “Crack to fora”, “Diga não ao Crack”, “Crack, nem pensar”.¹⁷⁸

¹⁷⁵ A matéria obteve divulgação de destaque nos jornais sulinos, pois envolve apenas municípios gaúchos e uruguaios. Cf. ACESSO à saúde em área de fronteira ganha regras. **Zero Hora**, Porto Alegre, 9 dez. 2009. Geral, p. 49.

¹⁷⁶ SS nº 1222/RS, STJ, decidia em 12.5.2010.

¹⁷⁷ Plano anunciado pelo Executivo em 18 de novembro. Houve em seguida pronunciamento da pré-candidata da situação sobre o tema, dizendo ser prioridade do governo.

¹⁷⁸ Com louváveis propósitos e êxito, embora de certa forma não atende ao enfoque que deveria ter sido adotado: “Drogas to fora”.

6 A AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 4

As Audiências Públicas foram previstas pelas Leis nºs 9.863/1999 e 9.882/1999, especificamente relacionadas à Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), bem como a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), sempre tendo em vista a dimensão dos interesses envolvidos em tais ações especialíssimas. O Supremo Tribunal Federal realizou cinco Audiências, a saber: 1ª) Liberação das pesquisas em células-tronco extraídas de embriões humanos (ADI nº 3510), em abril de 2007; 2ª) Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 101) – solicitação de nulidade das decisões judiciais que autorizavam a importação de pneus usados; 3ª) Interrupção da gravidez de fetos anencéfalos (ADPF nº 54), em junho de 2008; 4ª) Judicialização da saúde pública, em abril e maio de 2009; 5ª) Constitucionalidade de políticas de ação afirmativa de acesso ao ensino superior, em março de 2010.

Com a Emenda Regimental nº 29, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF) passou a disciplinar a matéria, delineando competências e o procedimento de convocação e formalidades para a sua realização. A Audiência Pública nº 4 foi a primeira convocada com base no artigo 13, inciso XVII, do RISTF.

O interessante é que não teve como suporte a existência de ações especiais – ADI, ADC e ADPF –, mas foi convocada, tendo em vista os pedidos de Suspensão de Segurança (SS), Suspensão de Tutela Antecipada (STA) e Suspensão de Liminar (SL), submetidas à Presidência do Supremo Tribunal Federal em relação às demandas em saúde pública, distinguindo-se em relação às precedentes, em face da amplitude do debate.

Objetivou esclarecer as questões técnicas, científicas, administrativas, políticas e econômicas, envolvidas nas decisões judiciais sobre saúde. Tramitavam no Supremo Tribunal Federal, na ocasião, uma proposta de Súmula Vinculante nº 4, apresentada pela Defensoria Geral da União para tornar expressa “a responsabilidade solidária dos entes da federação no que concerne ao fornecimento de medicamentos e tratamentos”. Também no Recurso Extraordinário nº 566.471, havia sido reconhecida questão de repercussão geral, onde se questiona, sob o ângulo do alto custo, uma situação individual, paciente sofrendo de hipertensão pulmonar, demandando por medicamento, se tal situação seria apta a colocar em risco a assistência universal à saúde.

Este ato convocatório, nas condições em que foi feito, destaca-se pelo profundo significado simbólico para a importância do tema e para a afirmação da jurisdição. Constitui, sem dúvida, um marco divisório na busca de soluções e consensos para os problemas enfrentados pelo Sistema Único de Saúde.

Propiciou que os especialistas pudessem expor as suas posições, passando toda a sociedade a poder contar com os benefícios decorrentes dos subsídios técnicos, implicações político-jurídicas e os elementos de repercussão econômica, apresentados pelos "amigos da Corte". Além de contribuir para a qualidade da prestação jurisdicional, a Audiência Pública nº 4, assim como as outras sobre outros temas, garantiu nova possibilidade de legitimação dos julgamentos, propiciou a proteção do interesse público, e tende a aproximar os julgamentos de uma desejável uniformização das decisões, pois, afinal, o direito à saúde é um direito de todos. O Presidente do Supremo Tribunal Federal convidou os magistrados a analisar, entre outros aspectos, as consequências da atuação do Poder Judiciário para a ordem, a saúde e a economia públicas, mas sem esquecer que se está tratando de um dos direitos mais importantes para os cidadãos brasileiros, o "direito à vida", pois "70% da população brasileira depende exclusivamente do SUS, o que significa 130 milhões de pessoas".¹⁷⁹

A Audiência Pública nº 4 insere-se como elemento renovador e consolidador para a concretização do princípio da participação da comunidade na construção de soluções para os problemas sanitários, princípio estabelecido no artigo 199, inciso III, da Constituição Federal de 1989, e artigo 7º da Lei nº 8.080/1990.

A iniciativa foi especialmente importante se considerarmos o crescente incremento das demandas em busca de tratamentos, remédios, órgãos para transplante, lugar em leitos de UTI, cirurgias e outros procedimentos e suportes, destinados aos tratamentos de saúde.

No especial aspecto da Administração da Justiça, revelou-se um momento inovador, no que respeita à clássica separação dos poderes, em especial, Executivo e Judiciário, e em relação ao distanciamento destes dos anseios da sociedade. O Legislativo, embora não se fizesse representar, foi referido com relação aos projetos de lei em andamento de autoria dos Senadores Tião Viana e Flávio Arns.

Integrantes do Judiciário, do Executivo, doutrinadores, gestores públicos e a sociedade por grupos interessados, consideraram-se reciprocamente, em espaço

institucional, reconhecendo as suas dificuldades e limitações.

A Audiência foi convocada em 5 de março de 2009 e, inicialmente, foi projetada para ocorrer em dois dias, contudo, o grande número de pedidos dos interessados em participar – consta terem sido 140 solicitações – resultou em sessões realizadas em seis dias, tendo sido necessário definir critérios para a participação, já que se mostrava impossível a oitiva de todos.

Foram adotadas como critério para o deferimento dos pedidos a representatividade da associação ou entidade requerente, a originalidade da tese e o *currículo* dos especialistas. Assim, o próprio Ministro da Saúde prestou relevantes esclarecimentos, bem como o Advogado Geral da União e o Procurador-Geral da República, magistrados, promotores de justiça, defensorias públicas, usuários, médicos, doutrinadores e especialistas de diversas áreas, o que enriqueceu sobremaneira o resultado. Também aqueles que não puderam fazer exposição presencial foram contemplados com a possibilidade de enviar estudos, memoriais, artigos e documentos que foram disponibilizados no Portal do Supremo Tribunal Federal, de modo a estimular e alargar o debate.

Percorrendo a trajetória da Audiência Pública nº 4, registra-se, em resumo, que na abertura, do dia 27 de abril de 2009, o Ministro Gilmar Mendes destacou que seria fundamental a percepção de todos os pontos de vista, e que se buscasse o diálogo e a ação conjunta. Afastou radicalismos tanto dos que negam completamente a ação do Poder Judiciário quanto dos que pretendem a existência de direitos subjetivos ilimitados. Convocou a todos para uma posição equilibrada capaz de analisar todas as implicações das decisões judiciais e, ao fim, manifestou a esperança de que o debate aprimorasse as políticas em saúde.¹⁸⁰

Seguiram-se manifestações do Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, no sentido de que a atuação do Poder Judiciário seria imprescindível para a definição do direito à saúde, delineando posições sobre todos os temas que seriam debatidos. Sustentou que não defendia o ajuizamento de ações individuais. Não negou a competência dos gestores como responsáveis pela definição das políticas públicas. Afirma ser indiscutível o subfinanciamento, bem como que não se pode dar tudo a todos. A tutela jurisdicional não deve ser prestada

¹⁷⁹ Audiência Pública nº 4. Abertura.

¹⁸⁰ **Anais**, Abertura, em 27 de abril de 2009. Ministro Gilmar Mendes.

apenas com base em uma prescrição médica, mas na completa avaliação técnica do caso.

O medicamento excepcional, de alto custo, deve ter a sua dispensação e prescrição feita por médico do SUS. Disse revelar-se fundamental que o médico integrante ou não do SUS prescreva o medicamento nos termos estabelecidos pelo SUS, observando os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas, quando se tratar de medicamento excepcional. O direito do cidadão não pode ficar limitado pela omissão do Estado. Quando não houver política pública, há responsabilidade solidária dos entes públicos, refere-se ao RE nº 189591/RS. O registro dos medicamentos é garantia à saúde pública. O uso de medicamento não autorizado é feito por conta e risco dos médicos que o prescreve.

Prosseguiu a Audiência com a fala do Advogado Geral da União, hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, José Antônio Dias Toffoli, que percebeu a iniciativa como extremamente relevante. Afirmou que por orientação do Ministro Temporão, todos os que foram destacados para fazer uso da palavra assinaram um termo de ausência de conflito de interesses com prestadores de saúde ou farmacêuticas. Defendeu a Constituição e normas decorrentes, dizendo de grande complexidade da situação, sendo imperioso analisar o tema sob todas as perspectivas, reafirmando que o direito à saúde não implica garantia de acesso a todo e qualquer medicamento ou tratamento. O desperdício de medicamentos seria o desperdício de vidas. Colocou em relevo a dimensão econômica, dando primazia ao direito à saúde, sob o ângulo coletivo. A elaboração de políticas públicas pressupõe o estabelecimento de escolhas. O bloqueio de verbas viola o artigo 100, § 2º e § 3º, e artigo 167, inciso II, da Constituição Federal de 1988.

Pronunciou-se em sequência, o Defensor Público Geral da União Leonardo Lorea Mattar, que, entre outros pontos, observou que a intervenção firme e segura do sistema de Justiça deve ocorrer, quando necessário e quando deficiente a prestação do serviço pela administração pública. Somos exemplo mundial no caso da AIDS. Manifestou interesse por fazer acordos e conciliações. Diz ser essencial o bloqueio de valores.

A seguir, Alberto Beltrami, do Ministério da Saúde, destacou a importância da regulamentação da Emenda Constitucional nº 29 pelo Congresso. Sobre o processo de incorporação de medicamentos e terapias, asseverou que a administração pública não pode se curvar a pressões corporativas, industriais e mercantis. Não se

deveria manipular a esperança. Enfrentou todos os temas cruciais que se debatiam no evento, apresentando ao final um elenco de propostas e compromissos com a saúde pública. A saúde não é um produto de consumo, mas um bem público. O fornecimento de medicamento por médico não do quadro do SUS ou sem que o pedido tenha sido feito previamente à Administração Pública, isso traz como consequência a quebra dos princípios do SUS. Somente protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas são capazes de definir adequadamente o rol de medicamentos a serem utilizados racionalmente no SUS.

Falou a seguir Flávio Pansieri, em nome do Conselho Federal da OAB, defendeu um amplo acesso às prestações em saúde, referindo que “não se pode impor limite à garantia do direito à saúde, desde que, fundado por protocolos clínicos, garantindo a todos o acesso a essa prestação do direito à saúde.”

Marcos Salles, Juiz de Direito, pela Associação dos Magistrados Brasileiros, com a esperança de que “a pretexto de se corrigir distorções, não se venha restringir a atuação do magistrado”, afirmando como Juiz que “não queremos e não podemos ser menos do que devemos ser, mas também não devemos querer ser mais do que podemos ser”. Finalizou com a apresentação de cinco propostas.

O magistrado e doutrinador Ingo Sarlet, um dos pioneiros no debate das questões sanitárias, revelou-se “adepto da judicialização”, mas que “é necessário superar a era dos extremos”. Seria necessário controlar e rejeitar o “famoso pediu-levou”. Defendeu a busca de uma conciliação entre a dimensão subjetiva individual e coletiva do direito à saúde, a dimensão objetiva da saúde como dever da sociedade e do Estado. Postulou que o acesso individual ao Judiciário não seja fechado. Apresentou cinco propostas, entre elas, a responsabilidade sanitária do gestor. Refere-se a precedentes da justiça alemã.

O dia 5 de março foi encerrado com o pronunciamento do Ministro Menezes Direitos que entre outras reflexões, externou que

[...] de todos os modos, é preciso resguardar permanentemente a situação e a natureza da função jurisdicional, particularmente daqueles extraordinários juizes de primeiro grau, que, ao longo de todo esse Brasil, cumprem o seu dever muitas vezes com enormes dificuldades.

O Ministro Gilmar Mendes, ao encerramento, tecem considerações sobre o isolamento do juiz, o profundo apreço pelo Congresso Nacional e a importância do diálogo institucional responsável.

No dia 28 de abril de 2009 foram tratadas as questões atinentes às responsabilidades dos entes da Federação e ao financiamento do SUS. Foram ouvidos o Presidente do Conselho Nacional de Saúde (CNS), Dr. Francisco Batista Júnior, que criticou a crescente precarização da força de trabalho no SUS e excessiva privatização, através de fundações privadas e OSCIPs, dizendo que tal estaria a inviabilizar o SUS como sistema.¹⁸¹ Salientou que o SUS está no momento mais difícil da sua história.

A seguir, o Dr. Antônio Carlos Figueiredo Nardi, Presidente do Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde (CONASEMS), firmando compromisso para melhorar o SUS. Trouxe dados estatísticos de 2007 sobre o número de cirurgias atendidas, transplantes feitos pelo SUS. Disse ser imprescindível ter regras claras e únicas para o cidadão que usa sistematicamente o SUS e para aqueles que vêm demandar apenas por serem beneficiários de planos e seguros de saúde. O usuário detentor de plano, ao demandar o SUS, deverá observar todas as regras do sistema SUS, obedecendo a porta de entrada da rede SUS, subtendo-se a todas as normas, fluxos estabelecidos. Caberia à Justiça agir racionalmente.

O Dr. Agnaldo Gomes da Costa, Secretário de Estado da Saúde do Amazonas, entre outras considerações, destaca a política pública do SUS de transplantes, o Sistema Nacional de Transplantes, que figura em segundo lugar em número absoluto de transplantes realizados em todo o mundo. Em 2008 foram realizados 18.999 transplantes, sendo 92% custeados pelo SUS. O Brasil tem um dos programas de imunização mais bem sucedidos do mundo. Defende a utilização de protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas fundamentadas na medicina baseada em evidências.

O Dr. Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas, Subprocurador Geral do Estado do Rio de Janeiro, alude ao fato de serem preocupantes os níveis de judicialização. No cumprimento de decisões judiciais o Estado do Rio de Janeiro, no ano de 2008, foram gastos 29 milhões de reais, sendo que 15 milhões com a aquisição de dois medicamentos para atender 333 pessoas. Destaca o SUS como sistema. Não existe sistema que sobreviva em face da excessiva judicialização. Critica o pedido

¹⁸¹ Sobre o tema a ADIn nº 1923 no STF, pendente de julgamento.

aberto de medicamentos – “determinação da entrega do medicamento “x” e de qualquer outro que seja necessário”.

Dr. José Antônio Rosa, Procurador-Geral do Município de Cuiabá critica as ordens de prisão direcionadas a secretarias de saúde e médicos que têm dificuldade em realizar cirurgias em prazos exíguos.

Maria Helena Barros de Oliveira, da Fundação Osvaldo Cruz, Fiocruz, Doutora em Saúde Pública, explanou sobre não ser possível reduzir o conceito de saúde à liberação de medicamentos.

A seguir André da Silva Ordacgy, Defensor Público da União, faz comparativo entre gastos com saúde e gastos com propaganda governamental, apresentou sugestões, como o controle informatizado de medicamentos e a divisão de gastos com a saúde privada como na Argentina.¹⁸²

Em prosseguimento, no dia 29 de abril de 2009, foram ouvidos especialistas em torno de dois fundamentos principiológicos do SUS, a saber a universalidade de acesso ao sistema e a integralidade, bem como considerações em relação à gestão do SUS.¹⁸³

Os pronunciamentos foram iniciados por Adib Jatene, uma autoridade indiscutível no assunto. Considerou que vivemos no Brasil, em relação à saúde, em um “apartheid social”. Enfatizou sobre a necessidade de vincular recursos e regulamentar a Emenda Constitucional nº 29. Faz proposições para melhorar o sistema do SUS e evitar as fraudes que ocorreram em São Paulo, em casos de “psoríase”, que eram ajuizadas por dois advogados.

Prosseguiu o Secretário Estadual da Saúde do Rio Grande do Sul Osmar Terra que, entre outros, tece considerações sobre o Programa de Medicamentos Excepcionais. A seguir, representante do Ministério Público do Tribunal de Contas

¹⁸² FRAGA, Plínio. Estados desembolsam R\$ 1,69 bi em propaganda e publicidade. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 24 maio 2010. A questão da propaganda ganhou manchetes por ocasião do episódio conhecido como “Mensalão”, desvio de recursos federais. Em 8 anos foram gastos 7,7 bilhões na área.

¹⁸³ GASPARI, Elio. Temporão precisa dedetizar o Cartão SUS. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 20 jan. 2010. Brasil. O desperdício de dinheiro público com o “Cartão do SUS”, segundo artigo de Elio Gaspari: “A ideia de um cartão que armazenasse todas as informações médicas de um cidadão surgiu no tucanato. A ideia era boa, mas estava condenada a percorrer os caminhos onde estão os interesses das empresas fornecedoras de serviços e equipamentos de informática à Viúva. Ao verbo da promessa seguiu-se uma verba para fornecedores de equipamentos. Foram R\$ 89,2 milhões, arrematados por duas empresas, numa licitação acusada de direcionamento. Pelo plano, 10 mil máquinas iriam para 44 cidades de um projeto-piloto e a novidade racionalizadora começaria a funcionar em 2001. Passados dez anos, a Viúva gastou R\$ 327 milhões e a Unesco botou R\$ 74,3

da União que apresenta estatísticas referentes à redução de investimentos em saúde, bem como gestão inadequada de recursos no Distrito Federal.

Seguiu-se a manifestação do Defensor Público Vitore Maximiano, seguindo-se Jairo Bisol, Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, alertando que o SUS estaria sendo orientado “[...] em cima de um modelo de ofertas oriundas do complexo industrial de grupos corporativos e dos planos privados de saúde, e não das demandas da população”. Bastante enfático, também, no respeito aos hospitais terceirizados “que vivem de um sistema de referenciamento dos procedimentos mais lucrativos, com duas portas de entrada que promovem uma vergonhosa e corrupta discriminação”.

Avançou a Audiência Pública nº 4 com pronunciamento de Paulo Ziulkoski, da Confederação Nacional dos Municípios, que combate o artigo 23 da Constituição Federal de 1988, entendendo vergonhoso que vinte anos após não tenha sido editada a Lei Complementar para regular o regime de competência dos entes federados. Relatou as dificuldades dos Municípios em relação à saúde.

Seguiram pronunciamentos de Ana Beatriz Pinho de Almeida Vasconcelos sobre a política de alimentos do Ministério da Saúde (PNAN), imediatamente Cleusa R. da Silveira Bernardo, do Departamento de Regulação, Avaliação e Controle de Sistemas da Secretaria de Atenção à Saúde do Ministério da Saúde, comentando o significado dos princípios básicos dos tratamentos, universalidade, integridade e equidade, abordando os tratamentos no exterior e seus infrutíferos resultados (retinose pigmentar em Cuba e cirurgias de catarata), também a Portaria nº 55 e seus critérios. Falou a seguir Cleusa R. da Silveira Bernardo sobre os princípios da universalidade, equidade e integralidade, e tratamentos fora do domicílio.

A seguir, Alexandre Sampaio Zakir, da Secretaria de Saúde de São Paulo. Abordou o tema da “fidelização de advogados e medicamentos” e outros desvios detectados em São Paulo.

Em prosseguimento, no dia 4 de maio de 2009, vieram à pauta na Audiência Pública nº 4, aspectos da Vigilância Sanitária, Lei nº 6.360/1976 e Lei nº 9.782/1999, com fala do Professor Dirceu Raposo de Mello, Diretor da Anvisa, com denso pronunciamento. Seguiu-se Geraldo Guedes, do Conselho Federal de Medicina. Por parte dos usuários, o Senhor Luiz Alberto Simões Volpe, portador de doença grave.

milhões na iniciativa. Total: R\$ 401 milhões, desprezando-se os R\$ 48,1 milhões guardados no orçamento deste ano.”

Alude à necessidade da Lei de Responsabilidade Sanitária para erigir o SUS em patrimônio social da humanidade.

O médico investigador clínico Marcelo Gehm Hoff, oncologista: “A meu ver, o SUS deve cobrir as drogas aprovadas pela ANVISA, preferencialmente seguindo protocolos embasados clinicamente”.

Em seguida, o Dr. Paulo Dornelles Picon, médico, professor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), sobre aspectos relevantes da atuação da Anvisa, e protocolos clínicos e medicina baseada em evidências, exemplifica com o Interferon Peguilado¹⁸⁴ e a doença de Gaucher,¹⁸⁵ e inibidores da ciclooxigenase-2¹⁸⁶ (COX-2).

Segue-se o Dr. Cláudio Maierovitch Pessanha Henriques, Diretor do Programa da Secretaria de Ciência, Tecnológica e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde, sobre o conceito de integralidade do SUS, prescrição pública, riscos e responsabilidades. Explica o funcionamento dos CACONS.

Concluindo as exposições proferidas no dia 4 de maio, o Procurador-Geral da Justiça do Distrito Federal e Territórios Leonardo Azeredo Bandarra, que alude às drogas experimentais, os cuidados com o acesso expandido, a redução dos riscos e as doenças negligenciadas, a Resolução RBG 26/99, o papel da Conep.

Apresentou exposição a Dr^a Janaina Gonçalves, Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul, que considerou sobre a política de medicamentos construída pela Portaria nº 396/1998 e Portaria nº 2475/2006. Destaca que nem sempre os novos medicamentos trazem benefício terapêutico. As despesas com decisões judiciais estão tendo um crescimento vertiginoso. A intervenção judicial seria um dos óbices para que o Estado consiga atender regularmente a sua demanda administrativa. Ressalta que laboratórios usam pacientes em pesquisas acompanhados no Hospital de Clínicas de Porto Alegre, depois de concluída a pesquisa, o paciente é encorajado a pleitear o medicamento do SUS, contrariando a Resolução nº 196/1996 CNS.

No dia 6 de maio foi abordada a questão da formulação das políticas públicas de Saúde e o princípio da integralidade do sistema. Usou da palavra a Dr^a Maria Inez Pordeus Gadelha, Coordenadora-Geral de Alta Complexidade do Ministério da

¹⁸⁴ Uma grama de Interferon Peguilado custava o equivalente a cem quilos de ouro.

¹⁸⁵ No Rio Grande do Sul há 23 pacientes 100% satisfeitos com o tratamento ofertado pelo SUS.

¹⁸⁶ Sobre o medicamento, houve pressão para a incorporação pelo SUS. O Ministro disse que não, dois anos depois o medicamento foi retirado do mercado internacional em 2002, em face da indução de morte por infarto ocasionado pelo medicamento para artrite reumatóide.

Saúde, que explicou o funcionamento da política pública referente às doenças oncológicas e sistemática dos Cacons, e os motivos pelos quais a política tem uma conformação diferenciada.

A seguir o Juiz Federal Jorge André de Carvalho Mendonça, oferecendo depoimento sobre a sua experiência como juiz de primeiro grau, bem como os seus pronunciamentos pessoais sobre pontos do tema em debate.

Seguiu-se o doutrinador Professor Luis Roberto Barroso, com enfrentamento da temática, salientou especialmente que o Judiciário deve mover-se no tema das políticas com autocontenção. Teceu lições sobre demandas individuais e coletivas, preferindo estas últimas para decidir sobre direitos ‘ Asseverou sobre necessidade de o Judiciário ser deferente para com as decisões razoáveis tomadas pelo legislador.

Integrante da sociedade Valderílio Feijó Azevedo, compareceu pela Associação Nacional de Grupos de Pacientes Reumáticos (ANAPAR). A entidade Conectas Direitos Humanos foi representada pela Dr^a Heloisa Machado de Almeida, com referências à proteção patentária de alguns medicamentos. Analisa possibilidades de reduzir preços de medicamentos¹⁸⁷. Em seguida Paulo Menezes, pela Associação Brasileira de Amigos e Familiares de Portadores de Hipertensão Arterial Pulmonar.

Ao encerramento, o Dr. Raul Cutait, médico, com sugestões para o aperfeiçoamento do SUS. No final da Audiência Pública nº 4 estavam presentes o Presidente Ministro Gilmar Mendes e o Ministro Cezar Peluso, Vice-Presidente do Supremo Tribunal Federal. O Ministro Gilmar Mendes chamou a atenção para o fato de que a integralidade do SUS começa com a elaboração do orçamento.

No último dia, em 7 de maio de 2009, foi a ocasião da discussão sobre a política de medicamentos.

No que respeita à política farmacêutica do SUS iniciou a Audiência Pública nº 4 com o depoimento de Josué Félix de Araújo, Presidente da Associação Brasileira do Mucopolissacaridoses, que postulou o fornecimento de medicamentos experimentais, registrados ou não na Anvisa, sustentando a necessidade de elaborar políticas sobre doenças raras. A seguir Sérgio Henrique Sampaio, que é pai de um portador de doença rara, fibrose cística, que refere desajustes na Citec (Comissão de

¹⁸⁷ Sobre o tema há a ADI nº 4232 (Ministra Cármen Lúcia), pendente de julgamento.

Incorporação de Tecnologias), pois os investimentos em saúde teriam se retraído como comprovaria a Nota Técnica nº 21/2007 MS.

Em prosseguimento, o Sr. José Getúlio Martins Segalla, oncologista, que defende o SUS público, aludindo à defasagem de preço nos tratamentos, a subprecificação, e não estaria sendo feito o acompanhamento dos resultados dos milhões de procedimentos pagos pelos SUS. A seguir o Dr. José Aristodemo Pinotti, Professor Emérito da USP e da Unicamp, que comentou sobre a destruição da indústria farmacêutica brasileira, e hoje “compramos produtos da Índia”. A seguir o Sr. Reinaldo Felipe Nery Guimarães, em nome da Secretaria de Ciência e Tecnologia e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde, salientando que 70% da população depende unicamente do SUS. Alude à “medicina baseada em evidências”, de grande repercussão mundial. A seguir Antônio Barbosa da Silva, do Instituto Brasileiro de Defesa dos Usuários de Medicamentos. Postula política aprovada pelo Congresso, repudiando as Portarias e atos menores. Ciro Mortella trouxe o posicionamento da indústria farmacêutica. A Professora Débora Diniz da UnB, esclareceu as razões da judicialização na saúde, oferecendo sugestões: esclarecer por quais razões um medicamento é incluído ou não em lista. A judicialização cresce em nome do princípio da precaução com a vida. A seguir o Ministro José Gomes Temporão, Ministro da Saúde, defendendo o Sistema Público. Em alentado pronunciamento, refere que:

Aqui, não estamos falando de um santuário, em que interesses mercantis se reúnem com os bons propósitos de uma ideologia, superada no Brasil, com a criação do SUS, facilitar o acesso dos carentes e necessitados a novas tecnologias. Aqui, estamos falando, isto, sim, de um ambiente fortemente monopólico, dominado por interesses econômicos que desconsideram o equilíbrio da justiça [...] a força do governo, como regulador, passa a ter relevância máxima [...].

Ao final dos trabalhos, o Ministro Gilmar Mendes chamou a atenção para a composição dos orçamentos¹⁸⁸ sob a regulamentação da Emenda Constitucional nº 29, destacando a grande importância dos esclarecimentos trazidos por todos. A boa qualidade da prestação dos serviços públicos aos cidadãos é que caracteriza o Estado Democrático e Social de Direito. “Garantir essa qualidade é um dever de todos”.

¹⁸⁸ Em diversas oportunidades, o Ministro Gilmar Mendes chamou a atenção para a questão dos orçamentos, aliás, tais vínculos são bem claros na doutrina de SARLET, 2007; TORRE, 2007; e SUSTEIN, 1999: “levar o direito à sério e levar a escassez à sério”.

A Audiência Pública nº 4 inovou, criou espaço para um novo consenso público e democrático, aberto para o exame e conhecimento das políticas públicas, com conhecimento das justificativas técnicas e das escolhas feitas. Foi um verdadeiro “mecanismo de desençaixe”¹⁸⁹ para superar a chuva irracional de liminares para entregar em 24 ou 72 horas.

6.1 Análise dos pronunciamentos

Extraí-se do cotejo dos argumentos desenvolvidos pelos expositores durante a Audiência Pública nº 4, aqueles contrários à atuação do Judiciário, bem como os que defendem uma atuação livre do Judiciário. Verifica-se uma posição intermediária dos que se posicionam pela atuação do Judiciário com temperamentos e limites.

Alguns pronunciante apenas veladamente colocam as críticas. Destacam-se as manifestações, agrupando-as conforme a tendência que adotam:

a) Argumentos contrários à atuação do Judiciário no sentido do fornecimento de medicamento:

1º) O fornecimento de medicamentos não contemplados nas políticas públicas resulta em ingerência indevida do Poder Judiciário na esfera precípua dos demais Poderes. A evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema das questões políticas e o início da compreensão da distinção entre questão política e questão jurídica por Rui Barbosa, já examinada por Teixeira.¹⁹⁰

2º) Cria nova modalidade de beneficiários

3º) Altera a distribuição de recursos públicos, com repercussão direta sobre sua colocação;

4º) Sujeita os menos favorecidos a piores condições;

5º) Forma um sistema de saúde paralelo, quebrando a unicidade;

6º) O bloqueio de valores é gravoso e viola os artigos 100, § 2º e § 3º, e 167, inciso II, e o princípio da proporcionalidade;

7º) Quebra a cláusula do financeiramente possível;

8º) Prejudica a saúde coletiva;

¹⁸⁹ GIDDENS, Anthony. **Modernidade e Identidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 2002.

¹⁹⁰ TEIXEIRA, José Elaeres Marques. **Doutrina das questões políticas no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Fabris, 2005.

9º) O juiz de primeira instância não possui instrumentos e não está qualificado para promover uma política pública em substituição ao Estado;

10º) Interesses estranhos ao interesse público ou dos pacientes não são percebidos pelo juiz;

11º) Tudo para todos inviabiliza o SUS;

12º) Colhidos na boa-fé provocam equívocos e prejudicam pessoas, desperdiçam recursos públicos e acabam por expor o País;

13º) Dão acesso ao SUS para pessoas que não usam o SUS;

14º) Trazem graves consequências para a gestão do SUS no aspecto da estrutura, organização, planejamento, administração e financiamento;

15º) Geram um enorme desperdício de recursos públicos;

16º) É preciso superar a era dos extremos, controlar o “pediu-levou”;

17º) A judicialização deve ser sensível à dimensão individual e coletiva;

18º) O Poder Judiciário é o principal causador do efeito anti-isonômico? É sim, mas em parte.

19º) A ética da responsabilidade deveria pautar todas as condutas;

20º) Entendo que aqui há dois aspectos: o primeiro diz respeito ao cumprimento da lei, bem como às disponibilidades orçamentárias.

b) Argumentos favoráveis à adjudicação pelo Judiciário de medicamentos e outros produtos (Atuação incondicional):

1º) Os juízes reafirmam a credibilidade do povo nas instituições públicas;

2º) Fortalece a coesão social, todos se sentem parte não simplesmente sujeitos de deveres;

3º) A idéia de separação rígida de poderes não responde mais aos dilemas atuais;

4º) O Poder Judiciário é o guarda da Constituição;

5º) O prestígio do princípio da dignidade humana;

6º) O bloqueio de valores é essencial em razão da urgência;

7º) Proibição de retrocesso social;

8º) Tratamento igualitário para com os indivíduos que tem doença rara;

9º) A atuação e legitimidade dos Poderes não se dá só pelo voto, é a representatividade meritória do Judiciário;

10º) Para dar vez e voz às minorias que estão sub-representadas na cena política;

11º) Para suprir o vazio e a indiferença dos demais Poderes;

12º) “Quem faz a hora não espera acontecer”;

13º) Legitimidade amparada nos preceitos constitucionais;

14º) O direito à saúde não é um direito de igual acesso à falta.

15º) Esgotar a via administrativa significa esgotar a pessoa;

16º) Esta porta de abertura para o caso individual não pode ser fechada, ainda que tenhamos de trabalhar de uma forma mais proativa;

17º) A solução melhor é não afastar os tribunais do direito à saúde;

18º) O homem se torna mais, fazendo com que o mundo seja mais e combatendo sem tréguas para impedir de ser menos;

19º) Eu creio nesta Corte, creio que uma política social voltada para as doenças raras e aos medicamentos órfãos sejam estabelecidas, o direito público subjetivo à saúde representa a prerrogativa jurídica indispensável à generalidade das pessoas;

20º) Se o Executivo lograr êxito está o Brasil determinado um grande extermínio, um “homicídio coletivo autorizado”;

21º) Essa judicialização não passa de uma sórdida manobra construída pelo Poder Executivo com a regência do CONASS;

22º) Os investimentos em saúde sofreram decréscimo e exacerbadas as propagandas e publicidades;

23º) Foi a mão da Justiça que evitou a morte de pacientes;

24º) Dizer que é ingerência do Judiciário [...] eu não concordo. Isso é uma efetiva ação, uma ação positiva da implementação das políticas sociais pelo Judiciário. Vejam o estado dessas crianças! (Enquanto exhibe vídeo com crianças em estado terminal);

25º) “O objetivo primeiro [...] a garantia da manutenção da vida dos cidadãos, evitando-se [...] a concretização de uma verdadeira Eugenia”.

c) Argumentos favoráveis à atuação do Judiciário, com temperamentos e limites:

1º) O Judiciário deveria atuar nos casos concretos diante da reiterada omissão do Estado;

2º) O Judiciário só deveria atuar em caso de déficit na prestação;

3º) A atuação firme e segura do Judiciário é essencial quando deficiente a prestação do serviço de saúde;

4º) Julgar com equilíbrio e ponderação;

5º) Em razão da política desprovida de desenvolvimento;

6º) Quando não existirem políticas públicas;

7º) A tabela de procedimentos para oncologia atualmente em vigor é a mesma de 1998, a última inclusão de novos procedimentos oncológicos ocorreu em 2002 com o Imatinib [...] os esforços técnicos [...] sempre esbarraram nas áreas financeiras do Ministério da Saúde [...] “não há dinheiro no orçamento para essa inclusão” (oncologista justificando a interferência do Judiciário neste caso);

8º) O oncologista não quer dividir a população em duas categorias: o cidadão de primeira classe que tem direito a seu convênio e com isso acesso a tratamento atual e o pobre cidadão de segunda classe que depende do SUS e terá de fazer o tratamento menos eficaz;

9º) Como é fato público, todos sabemos que figura do alto escalão do Governo foi diagnosticada com linfoma da célula B, fez estadiamento usando exame PET/CT, iniciou o tratamento quimioterápico com a droga Rituximab que garante 20% a mais de chance de não volta da doença [...]. Seu plano de saúde cobriu [...]. Se fosse realizado pelo SUS [...] não os faria [...]. (oncologista justificando tratamento dispensado à Ministra de Estado a toda a população) (plano de saúde funcional);

10º) O Congresso aprovou a malfadada Lei das Patentes, razão fundamental desse processo de judicialização [...]. Hoje compramos produtos da Índia [...];

11º) Os Governos tentam escamotear politicamente [...] escondendo a mortalidade infantil e materna, 20 vezes maior que as dos países que cuidam da sua saúde [...];

12º) E mais; os que dirigem o Sistema não o utilizam. O Governo, Legislativo e Estaduais compram para si planos de Saúde e gastam com isso (só o Federal) mais de 10 bilhões de reais/ano;

13º) Nem toda a demanda deve ser atendida pelas políticas públicas [...]. Os juízes recebem a tese do risco de vida [...] e na ausência de melhores informações, os juízes tendem a decidir pelo princípio da precaução [...].

14º) Falta de transparência da política de assistência farmacêutica quanto às suas justificativas;

15º) A transparência da justificação das decisões é instrumento decisivo para estabilidade da política de assistência farmacêutica;

16º) Acho que a via judicial bem educa o gestor omissivo que não provê dentro de sua competência e responsabilidade [...] mas também acho que ele não pode se constituir em meio de quebrar os limites técnicos e éticos que sustentam o SUS [...] (Ministro Temporão);

17º) Quero dizer que inexistente a garantia do Direito e portanto da Justiça, onde não há regras e limites [...].

Verifica-se uma ampla variedade de argumentos, poucos de cunho jurídico, prevalecendo considerações emocionais, sociológicas, econômicas e verdadeiras profissões de fé.

6.2 A Audiência Pública nº 4 como iniciativa inovadora: início das iniciativas para solucionar o problema

Os benefícios obtidos pela ampla discussão e publicidade dos problemas e dificuldades experimentadas pela saúde pública não foram por certo ainda todos concretizados. Devemos reconhecer que a difícil tarefa de resolver os complexos problemas foram em muito facilitadas. Influências podem ser percebidas nas decisões que se seguiram à realização da Audiência, como adiante procuraremos demonstrar. Há, contudo, ainda muita controvérsia.

A produção de conhecimentos, instituição de diálogo e fomento a consensos, foi um benefício concreto obtido pela iniciativa do Judiciário, e neste ponto uma iniciativa inovadora de alta repercussão. A administração da Justiça, ao passo em que cumpre o seu papel constitucional de dirimir conflitos, passou a enfrentá-los de outra forma, com o escopo de reduzir a judicialização, a saber: obteve a mobilização da sociedade em torno das questões de saúde pública. Direcionou as relações entre os Poderes no sentido da mútua compreensão, colaboração e incentivo ao cumprimento dos deveres de modo aperfeiçoado. Deu ampla publicidade às dificuldades e recolheu sugestões relevantes para encaminhar soluções. Propiciou uma integração entre os atores relevantes na saúde pública.

A agenda democratizante e participativa fixada pela Constituição Federal de 1988 para a saúde pública vem amadurecendo, e avançou para patamar mais elevado em face da Audiência Pública nº 4.

Por fim, foram extraídos resultados concretos para a Administração da Justiça, que se materializaram em uma Recomendação aos tribunais e magistrados, a Recomendação nº 31/2010, que será examinada em outro tópico. A seguir, instituiu o Fórum Nacional do Judiciário: A Justiça Faz Bem à Saúde, Resolução nº 107/2010 do Conselho Nacional de Justiça, com agendamento de encontro instituidor em Brasília, no dia 5 de agosto de 2010, Dia da Saúde no Brasil. O Fórum Nacional terá o escopo de monitorar as demandas judiciais e sugerir medidas que possam contribuir para soluções judiciais mais céleres e justas.

6.3 As recomendações do Conselho Nacional de Justiça em face das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde: uma forma de solução do problema, o início das políticas públicas judiciárias para dar conta do problema da excessiva judicialização

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), criado em 31 de dezembro de 2004 instalado em 14 de julho de 2005, instituído em obediência ao determinado na Constituição Federal, nos termos do artigo 103-B. Tem como missão institucional, mediante ações de planejamento, coordenação e controle administrativo, aperfeiçoar o serviço público de prestação da Justiça.

Em 5 de março de 2009, por iniciativa do Ministro Gilmar Mendes, Presidente do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no biênio 2008/2010, foi convocada a Audiência Pública nº 4, cuja abertura ocorreu no dia 28 de abril de 2009. Com profundo significado simbólico para o tema, constituiu um marco para a compreensão da prática das políticas públicas na saúde brasileira. Extraíndo efeitos concretos dos elementos colhidos durante a sua realização, foi criada pela Portaria nº 650/2009 CNJ 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 saúde.¹⁹¹

Tendo por referência os elementos reunidos durante a Audiência Pública nº

¹⁹¹ 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

4, foi apresentado Relatório conclusivo após onze reuniões.

Dando prosseguimento, seguiu-se ato do Conselho Nacional de Justiça (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.

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 prestigiamento do constitucionalismo.¹⁹²

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 atuação 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.

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

Nobre do Conselho Nacional de Justiça da Comissão Permanente de Relacionamento Institucional e Comunicação.

¹⁹² NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Comentários aos princípios de Bangalore de conduta judicial**. Traduzido por Marlon da Silva Maia e Ariane Emílio Kloth. Brasília: CJP, 2008, p. 76-77.

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.

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 limitam-se a discorrer sobre as questões de direito.

Também na intenção de subsidiar os magistrados com informações, foi consensuada um Termo de Cooperação Técnica nº 108/2009, firmado pelo Conselho Nacional de Justiça (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 Conselho Nacional de Justiça (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. Neste passo, o Conselho Nacional de Justiça preocupou-se em construir e oferecer “organização e procedimentos”, no sentido de que os magistrados alcancem a melhor solução, atuando de acordo com o item 6.2 dos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial, facilitando assim a execução das responsabilidades pelos magistrados.

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

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.

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 Sistema SUS para um diálogo e melhor conhecimento das realidades enfrentadas, o que poderá favorecer uma redução dos conflitos. Os dois últimos aspectos estão em sintonia com os Princípios de Bangalore de Conduta Judicial, itens 6.3.¹⁹⁵

Assim, observa-se que o Conselho Nacional de Justiça na sua missão institucional está a oferecer aproximação com os atores institucionais na área da saúde. Constrói gradativamente “organização e procedimentos” que é um dever imposto às instituições públicas da área, no sentido de oferecer e tornar possível uma decisão segura pelo Juiz e a fruição por todos do direito assegurado.

No contato democrático com a sociedade, procurou recolher as múltiplas perspectivas em torno do assunto. Na área pública, procurou fazer com que o Estado tome consciência da relevância da matéria, todas iniciativas tendentes a resolver a excessiva judicialização. Construiu políticas públicas judiciárias, organização e procedimentos para dar plenas condições para o melhor desempenho da jurisdição.

¹⁹³ GONZATTO, Marcelo. 30 horas em busca de saúde. **Zero Hora**, Porto Alegre, 16 jun. 2009.

¹⁹⁴ TREZZI, Humberto. Avião é fretado por falta de UTI. **Zero Hora**, Porto Alegre, 26 maio 2010. “Me-nina teve de ser levada de Alvorada para Santa Maria, onde foi internada em hospital privado em vaga custeada pelo SUS”.

¹⁹⁵ COMENTÁRIOS..., op. cit. p. 132. “6.3 Um juiz deve tomar medidas sensatas para manter e aumentar o seu conhecimento, habilidade e qualidades pessoais necessárias para a execução apropriada dos deveres judiciais, tomando vantagem, para esse fim, de treinamentos e outros recursos que possam estar disponíveis, sob controle judicial, para os juízes.” No comentário, o conhecimento que é exigido pode-se estender não somente aos aspectos da lei substantiva e processual, mas igualmente ao impacto da vida real na lei e nas cortes.

7 CONCLUSÃO

Para concluir esta dissertação e oferecer alguma contribuição para o estudo da matéria e, em especial, para a Administração da Justiça, reafirmo a importância da saúde pública e das políticas públicas construídas para garanti-la. A escolha do tema reflete uma preocupação pessoal com a efetividade da jurisdição em questões muito delicadas e sensíveis, atuação judicial que tem potencial para causar forte impacto na gestão pública sanitária. Como juíza à beira do leito, reconheço a dificuldade de decidir em muitos casos. O estudo parte de um panorama sobre o direito à saúde e a percepção dos diversos atores sociais. A judicialização do direito à saúde é impulsionada pelo fenômeno da “medicalização da vida”, é a imagem da técnica que projeta o futuro.

Observa-se o crescente aumento de pedidos judiciais em torno de insumos ligados à saúde. Para compreender o fenômeno incluído no denominado ativismo judicial, percorre-se a evolução da temática nas constituições brasileiras, culminando com a Carta de 1988 e a Lei nº 8.080/1990, de onde derivam os princípios sanitários e da bioética. Remarca-se a dupla dimensão, o direito à saúde como direito social e como um direito humano fundamental. Aprecia-se a evolução do tema saúde pública como questão social relevante no Brasil, passando pelas origens históricas. Anotam-se os modelos de proteção social. Percebe-se pela trajetória histórica, a luta por saúde universal para todos, os avanços e retrocessos e a imensa resistência dos segmentos historicamente favorecidos, bem como a distância que existe entre as generosas formulações constitucionais e a dramática realidade que, a despeito do esforço de muitos, ainda se observa. A realidade é surpreendida nas simples e prosaicas notícias jornalísticas: tolera-se o tumulto na fila do SUS, mas se rejeita a mesma situação nos serviços aéreos. Procurou-se registrar em nota de rodapé as notícias jornalísticas que são ilustrativas sobre as dificuldades enfrentadas pela saúde pública. No item 3.3, busca-se perceber como são formuladas as políticas públicas em saúde e quem eram ou são os seus formuladores, verificando que se alargaram os campos de força a atuar na área.

O Judiciário passou a atuar sobre as políticas com nenhuma ou baixa implementação, e com frequência cada vez maior não observa o livre espaço de conformação do legislador e do gestor das políticas. A posição tradicional do Judiciário é abandonada sob inspiração do precedente do Supremo Tribunal Federal na Argui-

ção de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 45 MC/DF, Relator Ministro Celso de Mello. A evolução dos principais aspectos da política pública de fornecimento de medicamentos é resumida no item 3.4, onde se ressalta que o medicamento não é, e não pode ser tratado como uma mercadoria qualquer, verificando-se que o Brasil já deu passos importantes no sentido da regulação do setor dos farmacêuticos, construindo políticas públicas importantes nesta área. A medida da importância e relevância é dada pelas crescentes demandas judiciais em torno de medicamentos. Observamos que em grande parte a judicialização é motivada pela inércia da gestão pública em incorporar novas tecnologias. O exemplo mais evidente foi o da política de medicamentos excepcionais, que ficou por mais de cinco anos sem atualização. O imenso esforço na construção da política de assistência farmacêutica, a instituição dos medicamentos genéricos e a construção de política pública para os acometidos da AIDS é questão que precisa ser elogiada e destacada. Tenta-se compreender sobre as razões para a política pública para doenças oncológicas.

A seguir procura-se verificar sobre os objetivos de um sistema de saúde e sua importância no item 4. Em nota de rodapé, reúnem-se informações sobre a reforma da saúde, empreendida pelo Presidente Obama nos Estados Unidos da América, anotando-se que a evolução dos custos das políticas públicas estão em rota de colisão com a realidade econômica. Especialistas internacionais apontam para necessidade de estratégias para a gestão pública. Apontam que deveria haver um comprometimento maior do indivíduo com a sua saúde. A razão da existência dos serviços de saúde não é o lucro dos prestadores, mas a promoção e a recuperação da saúde do povo. Da doutrina alemã, trazemos resumo dos objetivos do sistema de saúde. O sistema de saúde alemão é resumido no item 4.1, a seguir, presta-se a um comparativo com o sistema brasileiro, sendo possível verificar e confrontar com o sistema dos Estados Unidos da América, que é visto em nota de rodapé, no item 4. Encontram-se algumas decisões de cortes alemãs e as comentamos a seguir. Sobre os modelos de financiamento dos serviços de saúde, é de anotar que no Brasil são financiados por tributos. Na Alemanha, o modelo é o de seguro obrigatório legal. Nos Estados Unidos da América impera o modelo do seguro privado. São repassadas as manifestações colhidas durante a Audiência Pública nº 4 perante o Supremo Tribunal Federal.

Prossegue-se com um exame sobre a evolução do controle judicial sobre as políticas em saúde pública, alinhavando resumidamente os argumentos em torno da

adequação ou não do referido controle. Parte-se da decisão paradigmática do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário – RE-AgR nº 271286/RS, Relator Ministro Celso de Mello, examinando os principais aspectos da jurisprudência brasileira com resumo de tendências e evolução perante o Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunais Regionais Federais e Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. No item 5.2 enfrentamos a evolução quantitativa das ações com pedidos em torno da saúde pública no âmbito do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no período de 2004 a 2009, com a apresentação de gráficos. Em todo o Brasil, sobre a evolução da matéria, levantamentos parciais, concluindo-se que há uma crescente influência da jurisdição, com fortes impactos orçamentários. No item 5.3 analisou-se os principais critérios que foram erigidos pelas decisões judiciais no âmbito do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. No item 5.4 procurou-se saber sobre quem são os beneficiários das tutelas judiciais em torno do fornecimento de medicamentos. Constata-se dois grupos principais: um grupo assistido pelas defensorias públicas que demandam por medicamentos e serviços, que deveriam estar disponíveis, pois incluídos nas políticas públicas, mas pouco ou deficientemente executadas; e o outro, de renda mais alta, assessorada por advogado particular, geralmente não usuário tradicional do SUS. Este não quer utilizar o serviço público, mas apenas alcançar algum insumo ou medicamento mais caro e não disponibilizado, ou tratar-se no exterior. Esta constatação afasta a ideia generalizada entre os juízes de que estariam a dar voz e vez aos pobres, ou não assistidos por políticas públicas. Em boa medida, a decisão judiciária favorece aos mais bem situados na escala social. A seguir, no item 5.5, analisa-se o esforço em torno da tentativa de aprovação de projeto de lei para disciplinar o fornecimento de medicamentos. A providência legislativa entre os motivos que apresenta inclui o de evitar a crescente judicialização. Dada a nossa tradição positivista, seria importante a disciplina do assunto por lei.

No item 6, examina-se a Audiência Pública nº 4 do Supremo Tribunal Federal, em marco divisório na compreensão do problema envolvendo a saúde pública. Conclui-se pela sua relevância para a construção de espaços de consenso e incentivadora de atitude cooperativa entre os poderes da República. Identifica-se a providência como uma espécie de mecanismo de desencaixe, com o escopo de superar a irracionalidade de algumas determinações judiciais que causavam forte tensão com os gestores públicos. Examinam-se os argumentos contrários e os favoráveis à

atuação do Judiciário, identificando-se uma posição intermediária. A Audiência Pública nº 4 inspirou políticas públicas institucionais pela alta administração do Judiciário, que se materializaram na expedição de Recomendação (Recomendação nº 31/2010) aos Tribunais, e a Resolução nº 107/2010, instituindo o Fórum Nacional Judiciário para a Saúde. No item 6.3 examina-se mais detalhadamente as Recomendações antes referidas, verdadeiras disposições sobre organização e procedimentos para enfrentar estas demandas. A Audiência Pública nº 4 verteu-se em matriz para a formulação de políticas públicas pela Administração Judiciária. Observou-se uma tendência no órgão de cúpula do Judiciário em aprofundar o exame dos casos referentes ao direito à saúde, mesmo em apreciações sumárias, como são as feitas em Suspensão de Tutela Antecipada (STA), Suspensão de Segurança (SS) e outras para antecipar considerações relevantes sobre o mérito da controvérsia, sinalizando para a possível futura solução. Tais considerações devem ser levadas seriamente em conta pelos órgãos de base do Judiciário e Tribunais inferiores. Todos os aspectos envolvidos no caso devem ser examinados, não havendo solução padronizada, inclusive no que respeita à questão orçamentária.

Em conclusão, tendo em vista os estudos efetuados, sem a pretensão de esgotar a matéria, apresentam-se as seguintes proposições no sentido de colaborar com os demais poderes da República para o cumprimento aperfeiçoado dos deveres relacionados à saúde pública:

1º) Divulgar políticas públicas em saúde:

Instituir como política judiciária a colaboração do Poder Judiciário na divulgação de todas as políticas públicas, em especial, as preventivas, nos espaços públicos judiciários.

Todos os juízes, na sua Vara ou Cartório, ou nas direções do Foro, darão publicidade sobre os meios de prevenção da dengue, AIDS, hepatite, desnutrição infantil, vacinação, obesidade malária, e outras, afixando os cartazes com as mensagens admonitórias ou precautórias, distribuindo informações relativas a cuidados pessoais e coletivos. O material existente será disponibilizado pelo Ministério da Saúde e afixado na entrada do Fórum.

2º) Conhecer a realidade sanitária:

Incentivar contatos com os Conselhos Municipais e Estaduais de Saúde, bem como Hospitais Públicos.

Na linha da Recomendação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), cada

Tribunal incentivará visita dos magistrados ao Conselho Municipal de Saúde, inteirando-se do seu funcionamento e composição, bem como eventuais carências.

3º) Encaminhar proposta de legislação Municipal, Estadual e Federal, no sentido de normatizar, fixando prazo máximo de espera por uma consulta com especialista-médico ou para a realização de exames laboratoriais ou com aparelhos, com penalidade para o gestor local em caso de excesso de prazo.

Se há legislação municipal sobre tempo de espera do consumidor na fila do banco, não há porque não regular a questão que é de essencialidade fundamental.

4º) Proposta no sentido de reduzir a judicialização:

Encaminhar proposta legislativa no sentido de atribuir aos Conselhos Municipais de Saúde a prévia tentativa de solução/conciliação sobre a postulação de medicamentos recusados pelo gestor local, ou tratamentos fora do domicílio não acatados.

5º) Proposta no sentido de qualificar o gestor público na saúde:

Encaminhar proposta legislativa no sentido de tornar obrigatório aos exercentes dos cargos de direção na gestão da saúde pública, em qualquer nível, do curso de especialização em gestão pública da saúde, ministrado por instituição devidamente autorizada.

6º) São aqui também prestigiadas todas as recomendações já expedidas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no sentido de reduzir a judicialização e instrumentar a magistratura com o respaldo técnico para decidir a matéria.

A efetividade nos serviços de saúde pública é também tarefa da magistratura que agirá com atenção e cuidado, pois o homem é filho do cuidado no seu percurso temporal no mundo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACESSO à saúde em área de fronteira ganhas regras. **Zero Hora**, Porto Alegre, 9 dez. 2009. Geral, p. 49.

AITH, Fernando. **Curso de direito sanitário**: a proteção do direito à saúde no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**. 2. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010.

ASSIS, Araken de (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do direito à saúde**. Porto Alegre: Notadez, 2007.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003.

BALERA, Wagner. **A seguridade social na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Atualidades Jurídicas**, Brasília: OAB, n. 4, jan./fev./2009.

BASILE, Juliano. LDO prevê indenização ao SUS por indústria do tabaco. **Valor Econômico**, Rio de Janeiro, 28 jun. 2010.

BERTOLLI FILHO, Cláudio. **História da saúde pública no Brasil**. 4. ed. São Paulo: Ática, 2008.

BIEHL, João Guilherme. Pharmaceuticalization: AIDS treatment and global health politics. **Anthropological Quarterly**, Baltimore, v. 80, n. 4, p. 1534-1518, 2007.

BRASIL vai à OMC por genéricos. **Zero Hora**, Porto Alegre, 13 maio 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 27 abr. 2010.

_____. Constituição Federal de 1988. Artigo 196.

_____. Ministério da Saúde. Aprova o Componente de Medicamentos de Dispensação Excepcional. Portaria n. 2.577/GM, de 27 de outubro de 2006. Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2006/GM/GM-2577.htm>>. Acesso em: 20 maio 2010.

_____. Ministério da Saúde. **Estudo comparado**: a regulamentação da propaganda de medicamentos. Brasília, DF, 2005.

_____. Ministério da Saúde. Portaria nº 1.707, de 18 de agosto de 2008. Institui, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), o Processo Transexualizador, a ser implantado nas unidades federadas, respeitadas as competências das três esferas de gestão. Acesso em: 4 jun. 2010. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2008/prt1707_18_08_2008.html>.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARVALHO, Adriana. Um encontro para a história. **Veja**, São Paulo, 21 nov. 2001.

CARVALHO, Guido Ivan de; SANTOS, Lenir. **Sistema Único de Saúde**: Comentários à Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8080/90 e Lei nº 8142/90). 2. ed. São Paulo: Hucitec, 1995.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. Controle jurisdicional dos atos políticos e administrativos na saúde pública. **Interesse Público**, Sapucaia do Sul, v. 14, n. 59, p. 120, jan./fev. 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. **Para viver a democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1989.

CONILL, Eleonor Minho. Epidemiologia e sistemas de saúde. In: ARANHA, Márcio Iório; TOJAL, Sebastião Botto de Barros (Orgs.). **Curso de Especialização à distância em Direito Sanitário para membros do Ministério Público e da Magistratura Federal**. Brasília-DF: Fiocruz, Universidade de Brasília, Escola Nacional de Saúde Pública, 2002.

CONSELHO NACIONAL DE AUTO-REGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA (CONAR). Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária. 1980. Disponível em: <<http://www.conar.org.br>>. Acesso em: 5 jun. 2004.

CUNHA, Armando Santos Moreira da. O futuro dos serviços públicos no Brasil: em busca de inspiração para repensar a educação em administração pública. In: MARTINS, Paulo Emílio Matos; PIERANTI, Octavio Penna (Orgs.). **Estado e Gestão Pública**: Visões do Brasil Contemporâneo. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DIAS, Cláudia Regina Cliento. **Medicamentos genéricos no Brasil de 1999 a 2002: análise da legislação, aspectos conjunturais e políticos**. 108 p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, 2002.

DIAS, Hélio Pereira. **Direitos e obrigações em saúde**. Brasília: Anvisa, 2002.

DUARTE, Leticia. Vida no caso. **Zero Hora**, Porto Alegre, 21 abr. 2010.

DWORKIN, Ronald. A justiça e o alto custo da saúde. In: _____. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 431.

_____. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Taking rights seriously**. Massachusetts: Harvard University, 1978.

ELIAS, Paulo Eduardo. Políticas de Saúde – Reforma ou contra-reforma: algumas reflexões sobre as políticas públicas no Brasil. In: ARANHA, Márcio Iório; TOJAL, Sebastião Botto de Barros (orgs.). **Curso de Especialização à distância em Direito Sanitário para membros do Ministério Público e da Magistratura Federal**. Brasília-DF: Fiocruz, Universidade de Brasília, Escola Nacional de Saúde Pública, 2002.

FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1994.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino. Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 52, n. 1, p. 223-251, mar. 2009.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FOLLAND, Sherman; GOODMAN, Allen C.; MIRON, Stano. **A economia da saúde**. 5. ed. Porto Alegre: Artmed/Bookman, 2008.

FRAGA, Plínio. Estados desembolsam R\$ 1,69 bi em propaganda e publicidade. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 24 maio 2010.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas públicas: A responsabilidade do administrador e o Ministério Público**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

GASPARI, Elio. Temporão precisa dedetizar o Cartão SUS. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 20 jan. 2010. Brasil.

GIDDENS, Anthony. **Modernidade e Identidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 2002.

GONÇALVES, Guilherme Leite. Poder Judiciário II. **Estrutura política e administrativa**. Rio de Janeiro: FGV - Direito Rio. Programa de MBA em Poder Judiciário, 2006. Caderno Conceitual.

GONZATTO, Marcelo. 30 horas em busca de saúde. **Zero Hora**, Porto Alegre, 16 jun. 2009.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2000.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. **Dicionário da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

JORNAL O Sul, Porto Alegre, 19 abr. 2010.

KANAMURA, Alberto Hideki. O dilema do gestor do sistema de saúde. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 10 jul. 2003. Opinião.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002.

KRESS, Hartmut. **Ética médica**. Tradução de Hedda Malina. São Paulo: Edições. Loyola. 2008.

LEAVELL, H.; CLARK, E. G. **Medicina preventiva**. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 1976.

LISBOA, Marcos et al. **Política Governamental e regulação do mercado de medicamentos**. . Documento de trabalho nº 8. SEA/MF, 2001. Disponível em: <http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/documento_trabalho/2001-1/doctrab08.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2010.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado social de direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1994.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**: lições introdutórias. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **La empresa médica**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1998.

MARTINS, Wall. **Direito à saúde**: compêndio. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MÉDICOS togados. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 22 out. 2007. Opinião.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. In: _____. **Direitos fundamentais e controle da constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. São Paulo: IBDC, 1998.

MERHY, Emerson Elias. **A saúde pública como política**: um estudo de formuladores de políticas. 2. ed. São Paulo: Hucitec, 2006.

NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Comentários aos princípios de Bangalore de conduta judicial**. Traduzido por Marlon da Silva Maia e Ariane Emílio Kloth. Brasília: CJF, 2008, p. 76-77.

O CUSTO da saúde. **Veja**, 14 maio 2008. Capa.

PAIM, Jairnilson S.; ALMEIDA FILHO, Naomar de. Saúde coletiva: uma "nova saúde pública" ou campo aberto a novos paradigmas?. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 32, n. 4, ago. 1998.

PORTER, Michael E.; TEISBERG, Elizabeth Olmsted. **Repensando a saúde**: estratégias para melhorar a qualidade e reduzir os custos. Porto Alegre: Bookman, 2007.

REDE EUROPEIA DE COOPERAÇÃO CIENTÍFICA. **A saúde face aos direitos do homem à ética e às morais**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

REZENDE, Conceição Aparecida Pereira; TRINDADE, Jorge. Manual de atuação jurídica em saúde pública. In: BRASIL. Ministério da Saúde. **Direito sanitário e saúde pública**. Brasília: Ministério da Saúde, 2003. v. 2, p. 21-37.

SABBAG, César. **Orçamento e Desenvolvimento**. Campinas: Millenium, 2007.

SADEK, Maria Teresa. Judiciário no papel de legislador é alternativa que sobrou, diz Sadek. **Folha de São Paulo**, 31 out. 2007. Entrevista concedida a Frederico Vasconcelos. Brasil.

SANTOS, Clécio. Os gastos do Senado. **Zero Hora**, Porto Alegre, 22 mar. 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filtchtiner. Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos Fundamentais**: orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 11-53.

SCHWARTZ, Germano. **O tratamento jurídico do risco no direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial**: a suprema corte da Bahia e seus juízes: 1609-1751. São Paulo: Perspectiva, 1979.

SCLIAR, Moacir. **Do mágico ao social**: a trajetória da saúde pública. Porto Alegre: L&PM, 1987.

SEVCENKO, Nicolau. **A Revolta da vacina**: mentes insanas em corpos rebeldes. São Paulo: Scipione. 1993.

SILVA, Regina Célia dos Santos. **Medicamentos excepcionais no âmbito da assistência farmacêutica no Brasil**. 2000. 216 p. Dissertação (Mestrado) – Fundação Oswaldo Cruz, Escola Nacional de Saúde Pública, Rio de Janeiro, 2000.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre a transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel Sarmento (Orgs.). **Direitos sociais**: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 587-599.

SINGER, Paul; CAMPOS, Oswaldo. **Prevenir e curar**: o controle social através dos serviços de saúde. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1978.

SOUZA, Fernando de Oliveira. Judiciário contesta lei da física. **Zero Hora**, 9 maio 2000.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Audiência Pública nº 4. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>>. Acesso em: 20 maio 2010.

TEIXEIRA, Fernando. Governo do RS sofre bloqueios de conta para custear medicamentos. **Valor Econômico**, São Paulo, 12 fev. 2007.

TEIXEIRA, José Elaeres Marques. **Doutrina das questões políticas no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Fabris, 2005.

TESSLER, Marga Inge Barth. As expectativas possíveis em torno dos serviços de saúde. In: II CONGRESSO BRASILEIRO DOS SERVIÇOS DE SAÚDE NO PODER JUDICIÁRIO. Porto Alegre, 2009.

_____. O direito à saúde: a saúde como direito e como dever na Constituição Federal de 1988. **Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região**, Porto Alegre, v. 12, n. 40, p. 75-108, 2001.

_____. O juiz e a tutela jurisdicional sanitária. **Interesse Público**, Sapucaia do Sul, n. 25, p. 27-58, maio./jun. 2004. Com acréscimos.

TORTATO, Mari. Temporão acusa a Justiça de tomar o “lugar dos médicos”. **Folha de São Paulo**, 19 out. 2007. Cotidiano, p. C3.

TREZZI, Humberto. Avião é fretado por falta de UTI. **Zero Hora**, Porto Alegre, 26 maio 2010.

UIB, David. “Não há recursos para atender todos”. **Folha de São Paulo**, 29 maio 1998. Entrevista concedida a Lucia Martins. Cotidiano.

UMA NOITE no plantão “médico” do fórum. **Zero Hora**, Porto Alegre, 17 ago. 2008.

VENTURA, Deisy de Freitas Lima. Direito internacional. 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-DF: Fiocruz, Universidade de Brasília, Escola Nacional de Saúde Pública, 2002. p. 479 et seq.

VIEIRA, André. Vendas de remédios vão crescer 8%. **Valor Econômico**, Rio de Janeiro, 23 jan. 2008. p. B9.

VILLAVERDE, João. Problema fiscal está na saúde e Previdência, diz Scheinkman. **Valor Econômico**, São Paulo, 10 maio 2010. p. A4.

WESTINV, Ricardo. Verba da saúde paga almoço de preso e farda. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 14 set. 2009. Cotidiano.