



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DE
BARBACENA – FADI
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

NATÁSSIA BAÊTA VIEIRA LIMA

DIREITOS FUNDAMENTAIS E IMPACTOS ORÇAMENTÁRIOS: A
JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

BARBACENA

2015

NATÁSSIA BAÊTA VIEIRA LIMA

**DIREITOS FUNDAMENTAIS E IMPACTOS ORÇAMENTÁRIOS:
JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Débora Maria Gomes Messias Amaral.

BARBACENA

2015

NATÁSSIA BAÊTA VIEIRA LIMA

**DIREITOS FUNDAMENTAIS E IMPACTOS ORÇAMENTÁRIOS:
JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE**

Monografia Apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito

BANCA EXAMINADORA

Gustavo Vargas de Mendonça

Juiz de Direito

Prof.^a Débora Maria Gomes Messias Amaral

Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Prof.^a Cristina Prezoti

Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Aprovada em ___/___/___

Dedico este trabalho a todos aqueles que de maneira singular contribuíram para a sua realização. Em especial à Deus pela sabedoria e entendimento concedidos e à minha orientadora Débora Maria Gomes Messias Amaral por ter sido minha PROFESSORA em sua excelência; seus ensinamentos ficarão para sempre guardados.

AGRADECIMENTO

Agradeço Àquele que me criou e me deu a oportunidade de crescimento intelectual. Agradeço por ter me guiado com a Sua destra fiel zelando pelo sucesso e pelas vitórias que aguardo. Hoje, mais uma vez, reconheço a Sua grandiosidade.

Agradeço aos meus pais e quero que compartilhem comigo a alegria desta conquista, pois ela só se concretizou com o apoio de vocês. Esta vitória só existe porque vocês se doaram em silêncio e aceitaram viver comigo o meu sonho. O meu amor e gratidão a vocês que são o meu exemplo de vida. À minha irmã por fazer as coisas ficarem mais leves, sempre me surpreendendo com um sorriso e ombro amigo. Ao meu namorado por acompanhar meus passos mesmo quando foi preciso correr para andarmos juntos.

Muito obrigada, amo vocês!

Eu espero que eu sempre possua firmeza e virtude suficientes para manter o que eu considero o mais invejável de todos os títulos, o caráter de um homem honesto.

George Washington

RESUMO

A saúde pública no Brasil veio sofrendo várias transformações ao longo dos anos. As primeiras Constituições não tratavam do tema de maneira específica. Somente a partir da Constituição de 1967 que o tema foi ganhando importância. E finalmente a constituinte de 1988 adotou uma postura de maior envolvimento com as necessidades da população, trazendo normas inovadoras e que possibilitam ao indivíduo a cobrança por prestações de saúde. Partindo dos princípios garantidores do direito à saúde, previstos em nossa atual Constituição, é que surge o fenômeno da judicialização da saúde. Judicialização da saúde ocorre quando o indivíduo, pela via administrativa, não obteve êxito na prestação de assistência médica e/ou farmacêutica oferecidas pela Administração Pública e para ver o seu direito garantido, o indivíduo aciona o Poder Judiciário para que intervenha na situação. No entanto, essa intervenção acaba por causar consequências no campo das finanças públicas quando não observadas as regras e o planejamento orçamentário. No presente trabalho serão analisados os impactos que as decisões judiciais provocam nos orçamentos públicos, quais os mecanismos que podem ser adotados para minimizar a judicialização da saúde, os impactos trazidos pela Emenda Constitucional nº 29/2000 e quais suportes podem ser criados para auxiliar o Poder Judiciário a tomar suas decisões.

Palavras-chave: Judicialização da saúde. Direito à saúde. Orçamento Público. Impactos.

ABSTRACT

Public health in Brazil has come under various transformations over the years. The first constitutions did not approach the topic in a specific manner. This was first changed in the 1967 constitution, when the topic gained more importance. The 1988 constitution finally changed the approach by implicating the needs of the population, bringing in innovative rules, which allowed the individual to monitor the provision of health services. Based on the principles that guarantee health services, provided in the current constitution, there arises the phenomenon of health legalization. Health legalization occurs when an individual, through administrative means, did not receive proper care in the health and/or pharmaceutical services offered by the public administration, and to guarantee his rights, the individual triggers the judiciary system to perform an intervention. This intervention, however, ends up causing strains in the field of public finances when they are not observed in the public budget planning. An analysis will be made in this paper of the impact caused by judicial decisions in the public budget planning, of the mechanisms that can be used to mitigate health legalization, the impacts brought by the constitutional amendment nº 29/2000, and of the supports that can be created to aid the Judiciary system in making its decisions.

Keywords: Health legalization. Right to Health. Public Budget. Impacts.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

SUS – Sistema Único de Saúde

IPI – Imposto sobre Produto Industrializado

EC – Emenda Constitucional

PIB – Produto Interno Bruto

SIOPS – Sistema de Informações Sobre Orçamentos Públicos em Saúde

RENAME – Relação Nacional de Medicamentos

MBE – Medicina Baseada em Evidências

CTS – Câmara Técnica em Saúde

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

FNJ – Fórum Nacional do Judiciário

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 Breve Histórico da saúde pública no Brasil	13
2.1 A saúde como um direito social	15
3 Direito ao mínimo existencial e reserva do possível: direitos fundamentais x limites orçamentários	21
4 Impactos trazidos pela Emenda Constitucional nº 29/2000	23
4.1 Participação da receita própria em saúde de alguns Estados Brasileiros – 2007 a 2013.....	26
4.2 Participação da receita própria aplicada em saúde de alguns Municípios Brasileiros – 2000 a 2013	28
5 A judicialização da saúde e o custo do direito à saúde.....	32
5.1 Incorporação de novas tecnologias	39
5.2 Planificação Orçamentária.....	41
5.3 Repartição de competências	42
6 Análise jurisprudencial sobre a saúde e os meios para sua garantia	43
6.1 Análise dos acórdãos do Supremo Tribunal Federal	44
6.2 Análise dos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça	45
6.3 Análise dos acórdãos do tribunal de Justiça de Minas Gerais.....	47
7 Máfia dos medicamentos e a necessidade de apoio ao judiciário para tomar decisões a respeito da concessão de medicamentos e tratamentos	49
7.1 Medicina baseada em evidências	52
7.2 Câmara Técnica em Saúde	54
7.3 Enunciados interpretativos do Conselho Nacional de Justiça.....	56
8 Conclusão	60
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	62

1 INTRODUÇÃO

O advento da Constituição Federal de 1988, também conhecida como “Constituição Cidadã”, trouxe profundas mudanças no cenário da sociedade brasileira. Extremamente inovadora e um marco no avanço democrático nacional, traz, entre vários direitos fundamentais, o direito à saúde.

O direito à saúde está entre os assuntos mais debatidos nos âmbitos acadêmicos, doutrinários e judiciais. É um direito positivado no nosso ordenamento jurídico como um direito fundamental social, como preconiza o artigo 6º da Constituição Federal. Ressalte-se que o artigo 196 do mesmo diploma reconhece a saúde como um direito de todos e um dever do Estado, garantido mediante políticas públicas que visem o tratamento e a prevenção de doenças através de um acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, recuperação e proteção. Vale destacar que o direito à assistência farmacêutica está intimamente relacionado ao direito à saúde como estabelecem os artigos 6º e 7º da Lei 8.080/90.

Ocorre que para a efetivação do direito à saúde é necessária a atuação do Estado e a consequência é que os direitos sociais acabam ficando limitados a uma atuação política dos legisladores e governantes. Com isso o que se observa é um quadro crescente de total descaso frente às políticas públicas destinadas à efetivação do direito à saúde. Por esta razão, imprescindível se faz a atuação do Poder Judiciário com o objetivo de garantir e efetivar esse direito no caso concreto, uma vez que a omissão por parte do Estado implicará em morte e degradação do ser humano. Nesse cenário o direito à saúde passou a ser considerado um direito subjetivo passível de ser exigido por meio de tutela jurisdicional.

Entretanto, essa judicialização da saúde passou a apresentar problemas, pois para cumprir as determinações do judiciário a União, os Estados e os Municípios, têm que gastar além do previsto no orçamento o que acaba por comprometer o bom funcionamento do sistema de saúde, uma vez que parte do orçamento é mobilizada para o cumprimento de determinações judiciais que irão

favorecer os interesses do particular em detrimento dos interesses da coletividade.

A administração pública para se furtar do dever de cumprir as decisões judiciais invoca o princípio da “Reserva do possível” para não atender determinados direitos à saúde pela alegação de falta de recursos materiais ou limites financeiros.

Lado outro não seria necessário recorrer ao judiciário se houvesse uma reestruturação das autoridades administrativas quanto à distribuição correta e igualitária dos recursos disponíveis e não fossem também os vazios assistenciais do SUS.

2 Breve Histórico da saúde pública no Brasil

A história da saúde pública no Brasil tem sido marcada por diversas reorganizações administrativas e edições de muitas normas.

O Estado é dotado de historicidade que abrange a conceituação, a caracterização e a organização de seus entes frente aos indivíduos que o compõem, bem como no seu relacionamento com os demais entes políticos. As condições ditadas pelo contexto histórico interno e externo têm influência direta sobre a maneira como se dará a tutela dos direitos considerados fundamentais.

Nos vários movimentos pela redemocratização do Brasil, cresceram os ideais pela reforma da sociedade brasileira. Após a experiência liberal evidenciou-se a necessidade de atribuir ao Estado um papel ativo nos estabelecimentos de novos rumos da política, da economia e da sociedade como um todo, objetivando a progressão da igualdade meramente formal para uma igualdade material nos moldes dos Estados Sociais que surgiram no início do século XX (BRAZ, 2010).

O direito à saúde passou a ser reconhecido internacionalmente quando da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Organização das Nações Unidas, em 1948, porém, o histórico das atividades relacionadas à saúde pública no Brasil remete a idos muito anteriores a esta data.

Os primeiros registros que temos de ações para regulamentar a saúde pública no Brasil são datados do ano de 1521 quando o Brasil ainda era colônia de Portugal ocasião em que Dom Manoel baixa o Regimento do Físico-Mor e do Cirurgião-Mor do Reino, instituindo os Comissários Delegados nas Províncias, inclusive no Brasil. Outros exemplos importantes de regulamentação da saúde pública que tivemos foram (BRASIL):

- 1.808: criação da primeira organização nacional de saúde pública e em 27 de fevereiro foi criado o cargo de Provedor-Mor de saúde da Corte e do Estado do Brasil.

- 1.828: após a independência, foi promulgada, em 30 de agosto, a lei de Municipalização de Saúde.
- 1.903: Oswaldo Cruz foi nomeado diretor geral da Saúde Pública, cargo que corresponde atualmente ao de Ministro da Saúde.
- 1.920: Regulamentação do Decreto nº3.987, de 2 de janeiro de 1920, que criou o Departamento Nacional de Saúde Pública.
- 1.953: Criação do Ministério da Saúde, regulamentado pelo Decreto nº34.596, de 16 novembro de 1953.
- 1.988: Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988, que consolidou o direito à saúde nos artigos 196 até 200.

Em estudo da saúde pública como política em análise histórica dos modelos sanitários de São Paulo entre 1920 a 1948, Emerson Elias Merhy esclarece:

“Ora, tomar um campo de ações sociais – a Saúde Pública – como objeto de estudo e procurar entendê-lo, enquanto política social é não só compreender as relações entre este campo e os padrões de acumulação capitalista, mas também compreender como se constitui enquanto um determinado projeto de política no interior da ação do Estado, e sob qual forma, como modelo tecno-assistencial, ele se efetivou.”¹

As Constituições pretéritas não faziam previsão, no corpo do texto, de normas protetivas para o tema da saúde pública, mas apenas regras de competência.

A Constituição de 1934, sob a influência primordial da Constituição Alemã de Weimar de 1919, abandona a mera declaração de uma igualdade aritmética e passa a buscar a satisfação dos anseios e necessidades das coletividades, a partir da concretização dos direitos inerentes aos indivíduos.

A Constituição de 1937 dispunha que cabia à União legislar sobre ‘normas fundamentais’ sobre a proteção à saúde. Permitia a competência suplementar,

¹ A saúde pública como política. São Paulo, 1920-1948: Os movimentos sanitários, os modelos técnicos assistenciais e a formação das políticas governamentais. São Paulo: Hucitec, 1992. p. 35

em caso de lacuna, dos Estados para 'a assistência pública, obras de higiene popular, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais.

A Constituição de 1946 também não trouxe norma específica quanto à proteção à saúde.

Já a Constituição de 1967 além da distribuição de competência para edição de normas gerais, também indica a orientação macro-política, dispondo que caberia à União 'planos nacionais de educação e saúde'; vale ainda registrar que a Emenda Constitucional 27/85 vinculou parte (6%) da receita do imposto de renda e do IPI (imposto sobre produto industrializado) para os programas de saúde.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 houve a necessidade de o Estado adotar um posicionamento de maior envolvimento com as necessidades da população que habita seu território e com a efetivação dos direitos constitucionais. A constituinte definiu o Brasil como um Estado Democrático de direito, proclamando a saúde como sendo direito de todos e dever do Estado, estabelecendo mecanismos de controle e de participação social.

Neste sentido, além de objetivos e fundamentos sociais positivados logo em seus primeiros artigos, a Constituição Federal de 1988 elencou um vasto número de direitos sociais que somente poderiam ser efetivados mediante a existência de um Estado instituído como estado democrático de direito. E dentre os direitos conferidos ao indivíduo, ressalta-se o direito à saúde cuja necessidade de efetivação revela-se intrínseca ao mencionado modelo de Estado e de sua responsabilidade.

2.1 A saúde como um direito social

Os direitos sociais, elencados no artigo 6º da Constituição Federal, nada mais são do que um desdobramento da perspectiva de um Estado social de Direito.

Segundo José Afonso da Silva, os direitos sociais “disciplinam situações subjetivas pessoais ou grupais de caráter concreto”, sendo que “os direitos econômicos constituirão pressupostos de existência dos direitos sociais, pois sem política econômica orientada para a intervenção estatal na economia não se comporão as premissas necessárias ao surgimento de um regime democrático de conteúdo tutelar dos fracos e dos mais numerosos”.²

Portanto, os direitos sociais apresentam-se como prestações positivas a serem implementadas pelo Estado e tendem a concretizar a perspectiva de uma isonomia substancial e social na busca de melhores e adequadas condições de vida, estando consagrados como fundamentos da República Federativa do Brasil.

O Brasil adotou expressamente a saúde como um Direito Social, senão vejamos:

“Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” (grifei)

Desta forma a Constituinte de 1988 criou um dever prestacional de promoção de serviços e ações do Estado de relevância pública, como preceitua o artigo 197 do mesmo diploma legal:

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

O direito à saúde recebeu destaque em nossa Constituição ao ser construído como um serviço de relevância pública, que se caracteriza como essencial para o exercício de outros direitos, sobretudo o direito à vida. A saúde foi alçada à categoria de direito fundamental, cujo imperativo é a prestação positiva do Estado no sentido de concretizá-la e ampliá-la a todos os cidadãos.

² José Afonso da Silva, Comentário Contextual à Constituição, 5.ed., p. 183.

A universalização da saúde foi acompanhada de sua institucionalização normativa, o que possibilitou a consolidação de princípios, normas e diretrizes que seriam desenvolvidos nos anos seguintes.

Em seu artigo 196 a Constituição estabelece que:

“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 ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

Vê-se claramente neste artigo a pretensão universalizante do direito à saúde, que é caracterizado como um direito fundamental e dever do Estado, o que denota uma dupla dimensão em sua natureza.

Neste cenário, atribui-se às ações e serviços de saúde o caráter de relevância pública, o que significa dizer que a alteração de tal preceito depende de amplo e rígido processo legislativo. Esta condição consolidou a relevância jurídica, política e social da saúde no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo a partir da sua forte associação com o princípio da dignidade da pessoa humana.

O direito à saúde ainda se consolida como cláusula pétrea em matéria constitucional, uma vez que, em virtude de sua associação direta com o direito à vida, não pode ser excluído da proteção que lhe foi conquistada pela Constituição e pelas legislações posteriores.

Tornar a saúde um direito universal traz avanços e, concomitantemente, muitos desafios para sua implementação e efetivação. Na medida em que saúde é um direito de todos, ou seja, de mais de duzentos milhões de brasileiros, surgem desafios e questões sobre como tornar este direito alcançável e exercível por todos de forma singular, ou, mais precisamente, como fomentar um arranjo de recursos e investimentos que tornem as ações em saúde uma prerrogativa efetiva de todos. Esse quadro se complica ainda mais quando se

analisa que a efetivação da saúde é de competência concorrencial entre os entes federativos.

Nesta esteira, ganham destaque os mecanismos institucionais de efetivação de direitos, principalmente os de natureza judicial. Sendo assim, não se trata apenas de discutir a importância desses direitos, mas sim a forma mais adequada de implementá-los. A partir de então, deve-se analisar o direito à saúde além do seu aspecto de igualdade material e formal, passando a dar mais relevância ao aspecto de igualdade de participação.

No direito à saúde, a igualdade de participação se apresenta de três formas, sendo elas: direito individual; direito social e direito de participação. Caracteriza-se como um direito individual, pois pertence a cada indivíduo e não pode ser violado pelo Estado, ensejando uma abstenção deste em relação à realização de qualquer prejuízo à saúde do cidadão. É ainda caracterizado como um direito social, pois diz respeito à esfera pública e deve ser objeto de políticas sociais, ensejando uma ação do Estado para a redução de desigualdades e a efetivação de direitos. E por fim, caracteriza-se como um direito de participação na medida em que pressupõe a participação popular de forma ativa.

O conjunto destas três características remete à ideia do direito à saúde atrelado ao direito de cidadania. Porém, vale ressaltar que mesmo o termo cidadania não seria o suficiente para exprimir o alcance do direito à saúde no Brasil. Cidadania advém da ideia de cidadão, ou seja, o vínculo jurídico-político que liga o indivíduo ao Estado. Sendo assim seria possível concluir que somente cidadãos brasileiros têm direito à saúde? Os estrangeiros estão excluídos deste direito? O artigo 5º, caput, da Constituição estabelece que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida” (BRASIL, 1988). Ou seja, tanto brasileiros quanto estrangeiros em território nacional são titulares do direito à saúde, o que pressupõe que esse direito vai além do próprio sentido contido na ideia de cidadania. Portanto, a classificação mais adequada seria de que a saúde é um direito fundamental, estendido, a cidadãos e inclusive a não cidadãos.

Doutrina e Jurisprudência consagraram, no direito brasileiro, o princípio da universalidade, que, embora, sempre atrelado ao princípio da igualdade, com este não se confunde. Através de uma interpretação sistemática vemos a recepção do princípio da universalidade no direito constitucional pátrio. De acordo com este princípio, todas as pessoas, pelo fato de serem pessoas, são titulares de direitos e deveres fundamentais, o que por sua vez, não significa que não pode haver diferenças a serem consideradas, inclusive em alguns casos, por força do princípio da igualdade.

Como bem ensina o professor e doutrinador Gomes Canotilho *apud* Ingo Wolfgang Sarlet:

“a universalidade será alargada ou restringida de acordo com a postura do legislador constituinte, sempre respeitando o núcleo essencial de direitos fundamentais, que não pode ser atingido por qualquer discricionariedade, núcleo que pode ser alargado pela atuação e concretização judicial dos direitos”.

Ele continua dizendo que:

“a base antropológica dos direitos do homem concebe como sendo titulares de direitos inclusive os estrangeiros não residente, assim como pessoas jurídicas de natureza pública e privada, como forma de concretização da justiça na condição de fundamento material, compatibilizando a universalidade com a igualdade no âmbito de uma apreciação tópica dos problemas enfrentados em face da necessária delimitação da titularidade”.³

Entretanto, é preciso ressaltar que apesar do que preconiza o princípio da universalidade, o mesmo não é contra o fato de que nem mesmo os brasileiros e os estrangeiros residentes no país, são titulares de todos os direitos sem qualquer distinção. A Constituição reconhece a toda e qualquer pessoa, seja ela brasileira ou estrangeira, a titularidade de direitos fundamentais. Porém, algumas distinções entre nacionais e estrangeiros devem ser observadas. Sendo assim, é importante frisar que a expressão “brasileiros”, citada no artigo 5º da Constituição, abrange todas as pessoas que possuem nacionalidade brasileira,

³ SARLET, Ingo Wolfgang. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. *In*: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde. 2. Ed. Belo horizonte: Fórum, 2013. P. 145-175. ISBN 978-85-7700-735-6.

independente da forma de aquisição da nacionalidade. Lado outro, a titularidade dos direitos fundamentais dos brasileiros não depende de efetiva residência no território brasileiro, pois esta titularidade depende única e exclusivamente do vínculo jurídico da nacionalidade, ao passo que para os estrangeiros, a titularidade só será reconhecida se estiverem residindo no país (SARLET, 2013, p. 152).

Dentro desta sistemática, abre-se a discussão acerca da extensão da titularidade destes direitos fundamentais aos estrangeiros não residentes no Brasil. Existem duas formas de interpretação podendo ser mais ou menos restritiva. Interpretando-se de uma forma mais restritiva chegamos à conclusão de que os direitos devem ser interpretados de uma forma mais favorável ao indivíduo em detrimento ao Estado, em respeito ao princípio do *in dubio pro libertate*, sendo assim, consideram-se como estrangeiros residentes todos os que, não sendo brasileiro nato ou naturalizado, se encontrem temporariamente no país. Interpretando-se de uma forma mais extensiva temos que a titularidade dos direitos fundamentais é estendida a todo e qualquer estrangeiro, ainda que não residente no país (SARLET, 2013, p. 152).

Conclui-se que, com a Constituição de 1988, ficou estabelecido que a saúde é uma política social, direito de todos e dever do Estado. É política de relevância pública, parte integrante da seguridade social, devendo ser financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios além de contribuições sociais e outras fontes, jamais podendo ser reservada apenas e na quantidade que alguém possa individualmente financiar, mas na medida da necessidade dos indivíduos e das coletividades. Como visto, é um direito universal, abrangendo não somente brasileiros, mas também estrangeiros residentes ou não em nosso território, dependendo da extensão que se dá à interpretação. É um direito fundamental, por isso tem aplicação imediata. Portanto, prevê que o acesso seja universal, igualitário, e integral às ações e serviços de saúde, com regionalização e hierarquização, descentralização e direção única em cada esfera de governo, com participação da comunidade e

com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais.

3 Direito ao mínimo existencial e reserva do possível: direitos fundamentais x limites orçamentários

A dignidade da pessoa humana é preceito ético e fundamento da ordem constitucional no Brasil. Sendo assim, exige-se do Estado não somente respeito e proteção, mas também garantia de efetivação dos direitos dela decorrentes. Sob a ótica jurídica quando falamos em mínimo existencial, estamos tratando de algo intimamente ligado aos direitos fundamentais que representam a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. Seu ponto fundamental é preservar a garantia de condições e exigências mínimas de uma vida digna. A partir da dignidade da pessoa humana como fundamento da ordem constitucional, que se justifica e se impõe o reconhecimento do direito ao mínimo existencial (WEBER, 2013).

Sarlet e Figueiredo (2008) tratando do tema dizem:

“(...) firma-se posição no sentido de que o objeto e conteúdo do mínimo existencial, compreendido também como direito e garantia fundamental, haverá de guardar sintonia com uma compreensão constitucionalmente adequada do direito à vida e da dignidade da pessoa humana como princípio constitucional fundamental. Neste sentido, remete-se à noção de que a dignidade da pessoa humana somente estará assegurada - em termos de condições básicas a serem garantidas pelo Estado e pela sociedade - onde a todos e a qualquer um estiver garantida nem mais nem menos do que uma vida saudável.”

A partir dessa análise podemos concluir que a dignidade humana não é reconhecida apenas no aspecto físico, mas também sob o aspecto subjetivo em que se busca garantir prestações mínimas ligadas à existência digna e não somente para sua subsistência. Sendo assim, a não garantia de vida digna representa uma afronta direta à Constituição. A partir dessa premissa, podemos concluir que restrições aos direitos fundamentais somente são permitidas quando não se viola o mínimo existencial.

Levando em consideração que a efetivação dos direitos fundamentais importa em prestação positiva pelo ente federado, encontramos a problemática da efetiva disponibilidade do seu objeto, ou seja, se o destinatário da norma se encontra em condições de prestar o que ela lhe impõe, estando na dependência da existência de recursos para cumprir com suas obrigações. Há muito, se difunde a ideia de que o Estado possui limitada capacidade de dispor de recursos para o objeto das garantias fundamentais, de tal maneira que a limitação de recursos constitui limitação a esses direitos. A disponibilidade dos recursos se liga de maneira interdependente ao problema da possibilidade jurídica de disposição dos mesmos, já que o Estado deve ter o poder de dispor, sem o qual nada adiantaria a existência de recursos. Foi justamente em virtude destes argumentos que se passou a colocar os direitos sociais a prestações sob o que se denominou de “reserva do possível”, que interpretado de maneira ampla, compreende mais do que a ausência de recursos materiais. De acordo com a reserva do possível, a efetividade dos direitos fundamentais mediante prestações materiais estaria subordinada à capacidade financeira do Estado, uma vez que teria que ser financiados pelos cofres públicos. Sendo assim, passou-se a ideia de que as prestações materiais dependem da disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade essa que estaria subordinada à discricionariedade das decisões governamentais e parlamentares (SARLET E FIGUEIREDO, 2008).

Entretanto, somente se justifica a restrição aos direitos fundamentais sociais, quando não viola o mínimo existencial. Mesmo existindo limitação orçamentária para o ente federado, não cabe à Administração, por meio da discricionariedade, fazer escolhas entre concretizar ou não o mínimo existencial de determinado direito fundamental, uma vez que se trata de base à ordem constitucional para existência humana digna. Ressalte-se que o principal objetivo do Estado é concretizar os direitos fundamentais. E não sendo possível, por ausência de recursos, utilizando-se da reserva do possível, pelo menos o mínimo existencial de cada um dos direitos deve ser garantido, em razão de possuir prioridade nas destinações orçamentárias (SOUZA, 2013).

Neste sentido é o entendimento de Barcellos (2008) *apud* Lucas Daniel Ferreira de Souza :

“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”.

Sendo assim, é plenamente possível que a reserva do possível conviva pacificamente com o mínimo existencial, pois este atua como um limite para invocação daquela, isso quer dizer que a reserva do possível somente poderá ser invocada quando realizado o juízo da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação aos direitos em questão (SOUZA, 2013).

4 Impactos trazidos pela Emenda Constitucional nº 29/2000

Inicialmente, para que haja um bom entendimento sobre o tema, deve-se adentrar pelas veredas da teoria econômica. Dentro desta teoria há uma diferenciação entre bens privados e bens públicos. O primeiro vem a ser aquele cujo benefício do usufruto é apropriado exclusivamente pelo agente que assume os gastos para sua obtenção, aquisição e manutenção, gerando para o mercado, resultados economicamente eficientes. Já o bem público não é aquele produto ou serviço que necessariamente deve ser financiado pelo Estado. O que distingue o bem público do privado é que este apresenta duas características importantes que o diferenciam do bem privado, qual seja, a não rivalidade e a não excludência (SAKURAI, JÚNIOR E GREMAUD, 2010, p. 1-15).

A não rivalidade é caracterizada na medida em que o consumo do bem por parte de um agente não reduz o montante passível de ser usado por outro agente. E a não excludência que se caracteriza na impossibilidade de excluir um agente de usufruir o bem mesmo que não tenha assumido os custos para sua provisão (SAKURAI, JÚNIOR E GREMAUD, 2010, p. 1-5).

Como já foi amplamente discorrido, a Constituição Federal brasileira aborda explicitamente a questão da saúde. 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 doenças e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. Sendo assim, observa-se que a implementação de serviços de saúde não é simplesmente colocada como um direito social, mas mais do que isso, uma contribuição do próprio governo.

Não se pode afirmar que a saúde, colocada de uma forma ampla e genérica, seja um bem tipicamente público, nos moldes dos padrões definidos pela teoria econômica. Ainda que a meta do Governo seja a de ampliar o acesso à saúde a toda a população de forma irrestrita, podendo, talvez, neste caso se equiparar a um bem genuinamente público, sabe-se que na prática a provisão desses serviços ainda apresenta certo grau de rivalidade, como exemplo podemos citar o fato de que nem todos os cidadãos são plena e prontamente atendidos pelo Sistema Único de Saúde (SAKURAI, JÚNIOR E GREMAUD, 2010, p. 1-15).

O artigo 198 da Constituição Federal do Brasil, diz:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade.

§ 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:

I – no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º;

II – no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios;

III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.

§ 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá:

I – os percentuais de que trata o § 2º;

II – os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais;

III – as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal;

IV – as normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União.

§ 4º Os gestores locais do sistema único de saúde poderão admitir agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias por meio de processo seletivo público, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação.

§ 5º Lei federal disporá sobre o regime jurídico, o piso salarial profissional nacional, as diretrizes para os Planos de Carreira e a regulamentação das atividades de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias, competindo à União, nos termos da lei, prestar assistência financeira complementar aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, para o cumprimento do referido piso salarial.

§ 6º Além das hipóteses previstas no § 1º do art. 41 e no § 4º do art. 169 da Constituição Federal, o servidor que exerça funções equivalentes às de agente comunitário de saúde ou de agente de combate às endemias poderá perder o cargo em caso de descumprimento dos requisitos específicos, fixados em lei, para o seu exercício.

Do artigo citado acima, pode-se ver além de diretrizes para fixação das ações e serviços públicos de saúde, que o Sistema único da saúde será

financiado pelos entes da federação. Desta forma duas questões relevantes são levantadas: primeiramente, como o SUS deve ser financiado, e em segundo, qual deve ser a participação de cada ente no financiamento do sistema.

Após longos anos de discussão acerca do tema, criou-se a Emenda Constitucional nº 29/2000, que possui o objetivo de aumentar o gasto federal com saúde e assegurar a sua regularidade e concomitantemente, aumentar a participação dos Estados e Municípios no financiamento do SUS.

Desta forma o objetivo era adotar uma forma clássica de vinculação da receita de impostos e de transferências. Para a União a EC/29 estabeleceu que o montante a ser aplicado no ano de 2004 seria o valor aplicado em 1999 acrescido de no mínimo 5%, e entre 2000 e 2004, ao valor apurado no ano anterior corrigido pela variação nominal do PIB. Já para os Estados o percentual é de 12%, deduzidas as parcelas que forem repassadas aos respectivos Municípios. Para os Municípios, o percentual é de 15%, sendo que estas metas deveriam ser alcançadas de forma gradual, a partir de um patamar de 7% no ano de 2000.

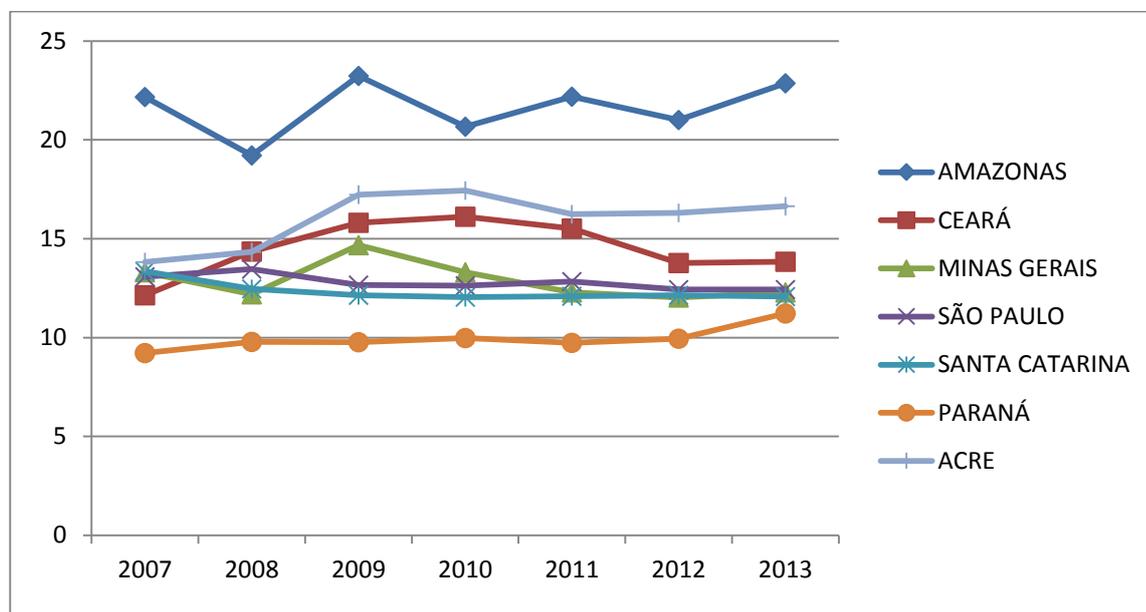
Com o objetivo de analisar mais profundamente os impactos trazidos pela EC nº29/2000, serão apresentados alguns valores referentes aos gastos em saúde da União, de alguns Estados e Municípios brasileiros. As informações que serão apresentadas foram obtidas junto ao Sistema de Informações sobre Orçamentos Públicos em Saúde (Siops), do Ministério da Saúde.⁴

4.1 Participação da receita própria em saúde de alguns Estados Brasileiros – 2007 a 2013

Consoante dito anteriormente, o principal ponto discutido em torno da Emenda Constitucional nº29/2000, diz respeito à definição de níveis mínimos de despesas em saúde a serem gastos pelos Estados e Municípios brasileiros. E com o intuito de analisar os impactos da referida Emenda, o Gráfico 1.1 analisa

⁴ Disponível em: <<http://siops.datasus.gov.br>>

a participação da receita própria em saúde de alguns Estados brasileiros, entre os anos de 2007 e 2013.



Fonte: Elaborado pela autora do presente trabalho, com base nos dados da Siops atualizados em 29/12/2014.

Gráfico 1.1: Participação da receita própria aplicada em saúde conforme a EC 29/2000 em alguns Estados Brasileiros – 2007 a 2013 – em %.

Para compreensão mais detalhada, os valores constantes do gráfico 1.1 são apresentados na tabela 1.1, que segue:

UF	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
	% RECEITA APLICADA						
AM	22,17	19,21	23,23	20,67	22,18	21,00	22,87
CE	12,14	14,36	15,80	16,11	15,51	13,77	13,83
MG	13,30	12,19	14,67	13,30	12,29	12,03	12,29
SP	13,07	13,46	12,66	12,63	12,83	12,43	12,43
SC	13,35	12,47	12,14	12,04	12,09	12,14	12,07
PR	9,22	9,79	9,76	9,98	9,74	9,94	11,22
AC	13,82	14,34	17,23	17,43	16,24	16,31	16,64

Tabela 1.1: Participação da receita própria aplicada em saúde conforme a EC nº 29 por alguns governos estaduais – 2007 a 2013.

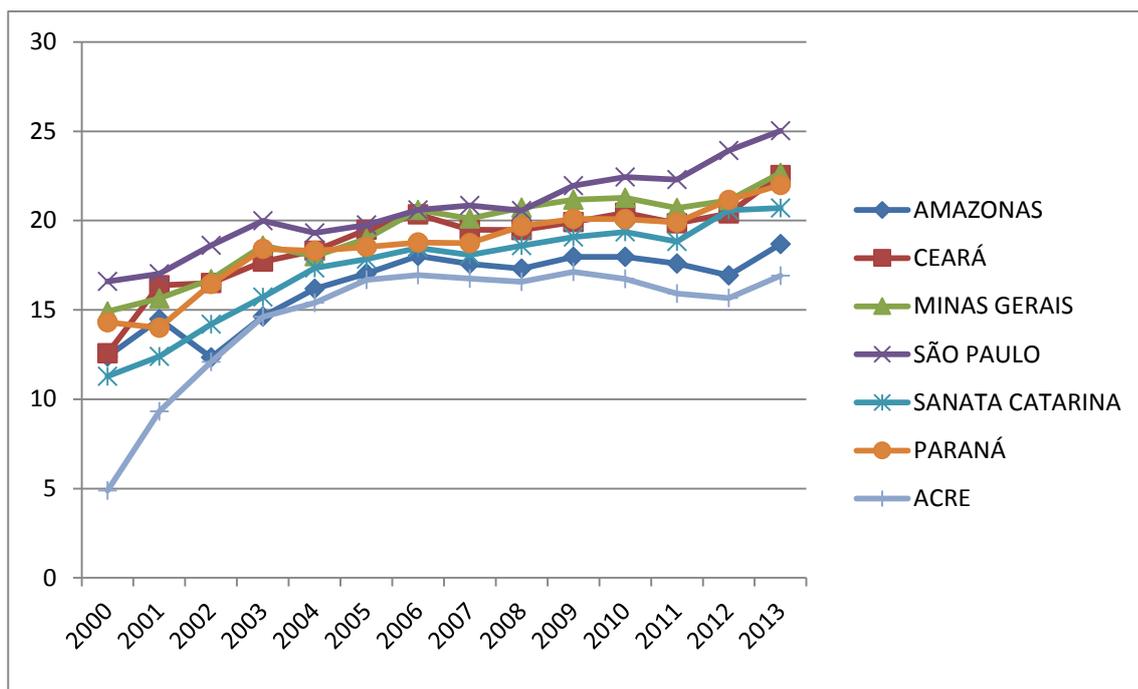
No primeiro ano apresentado no gráfico 1.1 e na tabela 1.1, os valores indicam que aproximadamente 13,86% da receita própria dos Estados analisados, eram alocadas em saúde, entretanto, observa-se que há grande heterogeneidade entre os Estados. Vê-se que o Estado do Paraná apresenta valor inferior a 10%, ao passo que Estados como Acre, São Paulo, Minas Gerais, Santa Catarina e Ceará apresentam valores superiores a 12% e o Estado do Amazonas que atinge um extremo, em que a participação da receita própria aplicada em saúde é em média de 21,06%.

A partir de então, observa-se que houve um crescimento gradual dos valores investidos em saúde, nos Estados e igualmente uma significativa convergência destes valores para o patamar estabelecido na Emenda Constitucional nº29, chegando à casa dos 13% em 2008.

De acordo com o Gráfico 1.1 pode-se concluir que a definição de níveis mínimos para alocação dos recursos dos governos estaduais em saúde foi bem sucedido no sentido de minimizar as diferenças existentes no montante dos recursos públicos alocados pelos governos dos Estados brasileiros.

4.2 Participação da receita própria aplicada em saúde de alguns Municípios Brasileiros – 2000 a 2013

Continuando a tratar sobre os impactos trazidos pela Emenda Constitucional nº 29, será analisado no Gráfico 1.2, a participação da receita própria em saúde dos municípios que pertencem aos Estados analisados anteriormente, entre os anos de 2000 a 2013. Os Municípios foram agrupados por unidades da federação, tratando-se mais especificamente da porcentagem média dos mesmos, por Estado.



Fonte: Elaborado pela autora do presente trabalho, com base nos dados da Siops atualizados em 19/01/2015.

Gráfico 1.1: Participação da receita própria aplicada em saúde conforme a EC 29/2000 em alguns Municípios Brasileiros – 2000 a 2013 – em %.

Para compreensão mais detalhada, os valores constantes do gráfico 1.1 são apresentados na tabela 1.1, que segue:

Anos	Média dos Municípios por unidade da federação analisada em %						
	AM	CE	MG	SP	SC	PR	AC
2000	12,4	12,57	14,91	16,59	11,28	14,30	4,88
2001	14,48	16,37	15,65	17,03	12,40	14,00	9,31
2002	12,34	16,50	16,71	18,62	14,20	16,45	12,08
2003	14,62	17,70	18,60	19,99	15,72	18,41	14,61
2004	16,19	18,30	18,01	19,31	17,34	18,31	15,39
2005	17,04	19,48	18,99	19,75	17,85	18,53	16,68
2006	18,02	20,35	20,60	20,59	18,47	18,77	16,95
2007	17,58	19,49	20,11	20,85	18,08	18,73	16,76
2008	17,30	19,47	20,72	20,56	18,60	19,68	16,58
2009	17,97	19,92	21,16	21,95	19,07	20,10	17,13
2010	17,96	20,43	21,27	22,44	19,37	20,08	16,74
2011	17,59	19,84	20,70	22,30	18,83	19,90	15,91
2012	16,73	20,40	21,13	23,93	20,58	21,15	15,67
2013	18,69	22,54	22,67	25,03	20,71	21,99	16,91

Tabela 1.2: Participação da receita própria aplicada em saúde conforme a EC 29 pelos municípios dos Estados analisados – médias em % – 2000 a 2013.

A exemplo do que ocorreu nos Estados brasileiros, podemos observar as mesmas características gerais para os valores dos municípios. Analisando mais detidamente o ano de 2000, em que a média de participação dos municípios brasileiros era de 11,25%, observa-se grande disparidade entre os municípios quando agrupados por estado. No estado do Acre, por exemplo, a porcentagem média era inferior a 5%, enquanto que em outros Estados considerados mais ricos, como por exemplo, Minas Gerais, São Paulo e Paraná, a porcentagem média era superior a 14%. A partir deste momento, analisando os dados coletados no Siops, vê-se uma forte tendência ao crescimento e de convergência destes valores ao longo dos anos. No ano de 2003 percebe-se que a média ultrapassa a casa dos 14%, vindo a ultrapassar os 16% a partir de 2006. Este aumento se apresenta de maneira mais significativa em estados como Acre e Ceará que no início da década apresentavam os menores valores. Sendo assim, o aumento apresentado trouxe uma significativa queda da heterogeneidade média dos municípios.

Continuando a tratar sobre o tema, será analisado na Tabela 1.3, a participação da receita própria em saúde da União, entre os anos de 2000 a 2003. Vale esclarecer que do ano de 2004 a 2013, poucos dados foram homologados na página do SIOPS, o que faz concluir que existe uma falta de transparência.

Ano	Valor mínimo a ser aplicado	Valor empenhado*	Variação do PIB (%)	Déficit
2000	19.271**	20.351		
2001	23.013	22.474	13,083	539
2002	25.050	24.736	8,852	314
2003	28.128	27.181	12,287	947
Déficit acumulado				1.800

Nota: em milhões de Reais nominais.

Fonte: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v23n7/12.pdf> O cumprimento da Emenda Constitucional no. 29 no Brasil. Ministério da Saúde/Sistema Integrado de Administração Financeira/Sistema de Informações sobre Orçamento Público em Saúde/Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. (CAMPELLI E CALVO, 2007)

*** Despesas empenhadas com Ações e Serviços Públicos de Saúde pelo Ministério da Saúde com a exclusão das despesas com inativos e pensionistas, dívidas e as do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza;**

**** Em 2000 cresceu-se 5% sobre o valor de R\$ 18.353 milhões, empenhado pelo Ministério da Saúde em 1999.**

Analisando a tabela 1.3, conclui-se que a União não vem cumprindo com o que fora determinado na Emenda Constitucional nº 29. Os valores mostram que a União deixou de aplicar em saúde o valor acumulado de R\$ 1,8 bilhão.

Segundo os dados constantes no SIOPS, o Brasil investiu em 2003 R\$ 56,6 bilhões em ações de saúde. Destes, R\$ 27,2 bilhões foram recursos da União, representando 48% do total de recursos aplicados. A União vem reduzindo sua participação relativa no financiamento da saúde após a EC-29. Em 2000 sua participação era de 59,8%; em 2001 de 56,2%, em 2002 de 53,1% e em 2003 de 48%. Constata-se que, se de um lado há uma diminuição da participação da União, por outro, há o conseqüente aumento relativo dos gastos em saúde para os Estados e Municípios (CAMPELLI E CALVO, 2007)⁵.

Com todos os pontos abordados, é possível constatar que a Emenda Constitucional nº 29, atingiu o seu objetivo na definição de patamares para a execução fiscal dos Estados e Municípios brasileiros em saúde. Trouxe tanto uma convergência dos valores, quanto aumento das despesas nesta área. Sendo assim, é possível concluir que a instituição destes requisitos foi sobremaneira benéfico, pois estabilizou os recursos que deverão ser aplicados em saúde, minimizando as oscilações que tanto prejudicaram a saúde. Em se tratando de um serviço que precisa ser prestado de forma eficaz, constante e estável à população, é de se considerar que tais medidas foram de interesse social e nacional, impedindo inclusive, até certa medida, que estes recursos sejam manipulados de maneira oportunista pelos governantes. Por outro lado, deve-se destacar alguns pontos negativos trazidos pela EC nº 29. Entre eles pode-se verificar que a definição de patamares mínimos para alocação de recursos na saúde pode levar a um engessamento do orçamento público dos Estados e dos Municípios, que já são sujeitos a outros patamares mínimos para

⁵<<http://www.scielo.br/pdf/csp/v23n7/12.pdf>>

alocação de recursos, como por exemplo, na educação. Desta forma a definição destes patamares mínimos pode diminuir o grau de liberdade que os governos estaduais e municipais têm em alocar recursos em outras áreas igualmente importantes e que não tenham relação direta com a saúde. Outro fator importante e de certa forma agravante, é o impacto das decisões judiciais, que obrigam ao fornecimento de medicamentos e tratamentos, no orçamento destes entes públicos, assunto que será tratado oportunamente.

5 A judicialização da saúde e o custo do direito à saúde

Como já analisado anteriormente, tanto a Constituição de 1988 quanto a estruturação do Sistema Único de Saúde, adotam um modelo universalizante e totalizante, em que toda a população tem direito à saúde, isso significa dizer que o modelo adotado no Brasil abrange todo o ciclo da seguridade social, ou seja, saúde, previdência e assistência. Em consonância com o que preconiza a nossa Constituição o artigo 3º da Lei nº 8.080/1990 diz que a saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a educação, o lazer e ao acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do país. Sendo assim, com o reconhecimento deste direito universal houve um aumento significativo de demandas junto ao Poder Judiciário.

Ocorre que, na maioria das vezes, as políticas de saúde não conseguem atender de forma igualitária e universal a todos que vão à sua procura, fazendo com que haja, cada vez mais, uma busca pelo Poder Judiciário com o objetivo de assegurar o direito fundamental à saúde. Por sua vez, o Poder Judiciário, em respeito ao princípio da inafastabilidade, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição que diz que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça à direito”, não pode se furtar de apreciar as demandas que lhe são propostas, devendo propor uma solução para cada caso concreto.

Durante muitos anos, o artigo 196 da Constituição não fora interpretado como norma determinante da obrigação do executivo em fornecer tratamentos

ou medicamentos. Apenas era visto como uma norma programática e com isso as demandas judiciais que solicitavam medicamentos ou tratamentos não eram acolhidas e analisadas de uma forma geral. Entretanto, em meados dos anos de 1990, este cenário começou a mudar dando início ao fenômeno da judicialização da saúde.

A partir do momento em que o direito à saúde foi reconhecido como direito fundamental impregnado de caráter normativo e de aplicação imediata, nasceu para os indivíduos o direito de exigir do Estado prestações materiais.

Em sua fala na audiência pública realizada pelo STF, o atual Ministro Luís Roberto Barroso, disse:

“A judicialização no Brasil decorre do modelo constitucional brasileiro e, portanto, em alguma medida ela é inevitável. Constitucionalizar é tirar uma matéria da política e trazê-la para dentro do Direito. E, portanto, existem prestações que o Judiciário não pode se negar a apreciar”.

Em seus estudos, fazendo uma reflexão sobre o papel da judicialização da saúde, Machado (2008)⁶ conclui que o fenômeno da judicialização da saúde é entendido como a expansão do poder judiciário para a política da saúde, questionando ainda se a ação do judiciário seria positiva ou negativa. Em sua obra ele ressalta que as evidências positivas são aquelas que advêm de demandas judiciais acerca dos medicamentos antirretrovirais, que não faziam parte das intervenções disponíveis, no início dos anos de 1990. Com a criação da Lei 9.313/96, a distribuição gratuita e universal destes medicamentos foi garantida e as demandas passaram a ser acolhidas pelo judiciário. Desta forma o poder executivo passou a ser pressionado no sentido de se planejar para efetivamente fornecer a medicação. E como evidência negativa, o autor destaca que estudos revelam que a maioria dos beneficiários dessas demandas são minorias privilegiadas.

O Ministro Luís Roberto Barroso destaca que na medida em que uma matéria precise ser resolvida mediante uma demanda judicial, é sinal que ela não pôde ser atendida administrativamente; é sinal que ela não pôde ser

⁶ MACHADO, F. R. S. Contribuições ao Debate da Judicialização da Saúde no Brasil. Revista de Direito Sanitário, São Paulo, v. 9, nº2, p. 73/91, jul./out. 2008.

atendida pelo modo natural de atendimento das demandas, que é, por via de soluções legislativas, soluções administrativas e soluções negociadas.

A crescente busca pelo Poder Judiciário para que a parte tenha seu direito à saúde garantido, geram consequências que afetam diretamente a gestão de políticas públicas e projetos de desenvolvimento a serem executados pelo Poder Executivo. Os autores Antonio Carlos C. Campino e Denise C. Cyrillo, em seus estudos, concluíram que “questões econômicas e de finanças públicas não podem simplesmente ser ignoradas, tendo em conta o impacto das decisões judiciais sobre o futuro do sistema de saúde brasileiro”.

O Poder Judiciário usa como argumento para embasar suas decisões, que o direito à saúde é garantido constitucionalmente. Isso faz com que as decisões apliquem ao direito à saúde um poder individual, absoluto e irrestrito do indivíduo contra o Estado, atuação esta que não é a mais adequada quando se trata de direitos sociais. Sendo assim, a partir do momento que a atuação do Judiciário impossibilita a aplicação deste direito de forma universal cria certa ação irracional. Não se questiona que a atuação do Poder Judiciário seja no sentido de buscar uma prestação positiva do Estado, mas sim de encontrar uma forma que concretize o direito à saúde como justiça social, que discuta critérios que permitam o acesso racional, universal e igualitário às ações e serviços de saúde.

Analisando a área da saúde deve-se destacar um conjunto de princípios e critérios para embasar a tomada de decisões no que diz respeito à aplicação de recursos públicos para intervenções de saúde. São critérios de caráter econômico, ético e político.

Um dos fatores mais importantes a ser analisado é a eficiência, dentro do campo econômico. A eficiência é um fator decisivo para a alocação de recursos e a ausência da mesma envolve gastos catastróficos e que estão no centro das demandas judiciais contra o SUS. A intervenção de saúde caracterizada como bem público, que seria aquele cuja demanda privada não seria suficiente para gerar benefícios sociais significativos, só deveria ser financiada com recurso público somente quando custo-efetiva. O indicador custo-efetividade de um programa em saúde fornece um índice de ganho por unidade monetária aplicada. Ao se compararem os programas aqueles que apresentarem cifras

mais elevadas serão os mais custo-efetivos, eficientes, e, portanto, deveriam ser escolhidos (CYRILLO E CAMPINO, 2010, p. 27-41).

Avançando para o campo da ética deve-se destacar a equidade. Esta deve ser analisada em dois níveis: horizontal, que seria dar o mesmo tratamento para aqueles que têm o mesmo problema de saúde; vertical, que seria dar mais tratamento para aqueles que possuem problemas de saúde mais graves. Neste aspecto, levar em consideração a eficiência não seria a forma mais adequada para a análise da alocação de recursos, pois poderá entrar em conflito com as diretrizes da igualdade. Neste sentido os autores Antonio Carlos C. Campino e Denise C. Cyrillo (2010, p. 27-41) destacam:

“Em termos da equidade horizontal, uma intervenção cuja aplicação envolve custos crescentes em função da quantidade de pessoas beneficiadas pode levar à necessidade de sua substituição, antes que todos tenham dela se beneficiado, por outra mais custo-efetiva a partir de determinado nível de custo. Em termos da equidade vertical, problemas mais graves podem ser menos custo-efetivos do que patologias mais amenas, ou que intervenções efetivas apenas em relação a uma parte dos pacientes que delas padecem, ou ainda do que intervenções não totalmente efetivas para todos os potenciais beneficiários.”

Desta forma conclui-se que seguir a norma da eficiência seria desconsiderar o preceito da igualdade. Porém abandonar a eficiência também não resolveria.

O último critério discutido é o político que se refere à vontade do cidadão, em relação ao uso dos recursos que ele paga como imposto. A análise deste último critério é complicada, pois a vontade do povo não é homogeneia, variando de local para local, de classe social e até mesmo de idade. No entanto, deve-se admitir que a vontade do público é que o seu imposto seja alocado de maneira mais eficientes e em questões mais desejáveis. Porém, outro ponto controverso seria o que o público entende como sendo eficiência. Neste sentido entende-se que o desejo do povo brasileiro é um sistema de saúde igualitário, universal, integral e equitativo, pois o povo elegeu seus representantes políticos que elaboraram o texto constitucional que dessa forma preconiza. Entretanto, analisando-se o critério político por si só também não resolve o problema da alocação dos recursos advindos dos impostos dos contribuintes (CYRILLO E CAMPINO, 2010, p. 27-41).

A efetivação do direito à saúde através do Poder judiciário seja de forma individual ou coletiva, é possível.

Entretanto, a maioria das decisões que buscam a satisfação do direito à saúde o faz de forma individual sendo que na verdade deveria ser feita através de políticas públicas. Com o número crescente de demandas judiciais o que se verifica é um abalo econômico e financeiro nos programas e nas políticas públicas de saúde e conseqüentemente uma entrave à sua implementação.

As sentenças judiciais que reconhecem o direito à saúde trazem um gasto a mais que pesa sobre o erário público que passa a reconhecer um direito social que não está previsto no orçamento. Dentre os vários problemas trazidos por essas decisões judiciais podem-se destacar dois. O primeiro deles é que essas decisões são individuais, pois atinge um número pequeno de pessoas dificultando o atendimento à generalidade que se encontra na mesma situação. O segundo problema é fazer com que o Poder Judiciário se apresente como um estipulador de despesa pública, dificultando o planejamento dos poderes Executivo e Legislativo que possuem o planejamento e o orçamento já aprovado para políticas públicas já previstas (MAZZA, 2013).

O entendimento do Ministro Eros Grau é no sentido de que o magistrado deve observar todo o contexto econômico e não somente em normas jurídicas: *“É chegada a hora de o jurista deixar de se “esconder” por detrás das normas, que na sua abstração podem tudo, para olhar firme à escassez conjuntural do Estado. É certo que a realidade por vezes amedronta. Mas ela é verdadeira”*.⁷

O atendimento dos problemas de gestão da assistência farmacêutica pela via judicial não está vinculado à reserva orçamentária consumindo grande parte do recurso que seria aplicado na gestão de programas de saúde.

⁷ “Despesa pública - conflito entre princípios e eficácia das regras jurídicas - o princípio da sujeição da administração às decisões do Poder Judiciário e o princípio da legalidade da despesa pública”. in Revista Trimestral de Direito Público, v. 2, p. 130-148, trecho retirado da p. 144.

Lopes, Barberato Filho e Osório-de-Castro⁸, realizaram estudo sobre as ações contra a Secretaria Estadual de Saúde de São Paulo para obtenção de medicamentos antineoplásicos. Eles analisaram os sete medicamentos mais pleiteados pelos pacientes. Verificou-se que mais de 60% do total de pedidos tinham origem em serviços privados de saúde. O estudo também constatou que há uma forte concentração de prescritores, segundo o medicamento, e do principal advogado comandando a ação, percentual que varia de 9,5% a 70,4%. Os sete medicamentos analisados comprometeram quase R\$ 30 milhões do orçamento estadual em 2007. Especificamente para tratamento do câncer os custos aumentaram 450% desde 1995 e não aumentaram o tempo de sobrevivência dos pacientes e nem o índice de cura. Muitas ações envolviam medicamentos sem evidência clínica comprovadas o que representou um gasto de R\$ 7 milhões em medicamentos sem evidência científica para o uso solicitado.

No ano de 2007 a Secretaria Estadual de Saúde do Estado de São Paulo gastou 40% do orçamento do programa de medicamentos excepcionais com apenas 30 mil pacientes por meio de ações judiciais, enquanto o programa todo deveria atender cerca de 400 mil pacientes (Cirylo e Campino, 2010, p. 27-41).

Segundo informações obtidas junto ao Ministério da Saúde, os valores gastos com ações judiciais no ano de 2007 ultrapassam R\$ 500 milhões nas esferas federal, estadual e municipal. Só no Ministério da Saúde, o valor anual gasto passou de R\$188 mil no ano de 2003 para R\$ 52 milhões em 2008 (Lopes, Barberato Filho e Osório-de-Castro, 2010,).

Em seus estudos, VIEIRA (2008)⁹ fez um interessante cálculo sobre o uso de determinado medicamento chamado Interferon, que é droga mais cara utilizada no tratamento da Hepatite C. A incidência desta doença sobre a população brasileira é estimada em 1% do total de habitantes. No ano de 2006 1% da população representava cerca de 1.867.706 pessoas que possuíam o

⁸ LOPES, L. C.; BARBERATO FILHO S.; POLIMENO, N. C.; NAFFAH ILHO, M.; CORREA, M. C.; OSÓRIO-DE-CASTRO, C. G. S. Medicamentos antineoplásicos e ações judiciais: contribuição para o modelo de assistência farmacêutica no SUS.

⁹ VIEIRA, F. S. Ações judiciais e o direito à saúde: reflexão sobre a observância aos princípios do SUS, Revista de Saúde Pública, 2008.

vírus da Hepatite C. Supondo que o SUS trate 25% (466.927) dessas pessoas com o medicamento Interferon e como o medicamento deve ser feito com aplicação de 180 mcg, uma vez por semana durante 48 semanas e, o preço da seringa preenchida é de R\$ 1.107,49, o custo estimado é de 24,8 bilhões de reais. Tal valor corresponde a 64% do gasto total executado pelo Ministério da Saúde no ano de 2006. Ou seja, dois terços do orçamento federal para a saúde seriam gastos com o fornecimento de apenas um componente farmacêutico com cobertura para apenas 0,25% da população. Isso significa que é necessário adequar os critérios utilizados para determinar a alocação de recursos na área da saúde.

Cyrillo e Campino (2010) destacam que os recursos são escassos e as necessidades são ilimitadas, desta maneira deve haver uma otimização considerando uma alocação eficiente dos recursos. Sendo assim, vê-se que a política possui um papel importante, pois diante do limite financeiro do Estado é preciso determinar como as ações e serviços de saúde serão realizados, tudo em consonância com os princípios Constitucionais e do SUS. Desta forma, necessita-se de critérios claros para determinar a incorporação de novas tecnologias, e uma vez incorporadas, necessita-se de critérios que orientem o seu uso de forma racional. Um argumento que poderia ser utilizado e de que os recursos destinados à saúde não são suficientes e que é necessário aumentar o subsídio financeiro para o setor. Quanto a isso não restam dúvidas, entretanto, sempre há um limite. Segundo IBGE, em 2006 o produto interno bruto aumentou em 3,7%; contudo, as despesas com medicamentos do Ministério da Saúde elevaram-se em 26% e as com saúde em 7,5%. Aumentar os recursos para a saúde pode significar ter que gastar menos em outras áreas, como educação, habitação, etc. Uma questão que muito se coloca, mas que na verdade se constitui um erro é de que a negativa de fornecimento de determinado produto farmacêutico significa a negativa do direito do cidadão à saúde (VIEIRA, 2008).

Cada vez mais, os cidadãos se conscientizam sobre seus direitos. Este fator ligado à facilidade de acesso ao judiciário vem levando os indivíduos, cada vez mais, a buscarem amparo no Poder Judiciário para proverem suas necessidades através de medicamentos e tratamentos não fornecidos pelo SUS (SOUZA, SANTOS E UETA, 2010).

Como já visto anteriormente, a crescente busca pelo poder judiciário visando o fornecimento de medicamentos e tratamentos de saúde, contra os entes da federação, principalmente o ente municipal, vem causando sérios entraves para a gestão da saúde pública, como por exemplo, o comprometimento do orçamento e a desestruturação das políticas de atendimento à saúde. A partir da constatação do problema da judicialização da saúde, conclui-se que soluções rápidas devem ser fomentadas para a solução de um problema que atinge o Estado como um todo (SOUZA, SANTOS E UETA, 2010, p. 162-177).

Em toda a bibliografia pesquisada extraem-se algumas soluções que podem diminuir a ocorrência de demandas judiciais ou mesmo facilitar a solução da questão. Dentre as pesquisas realizadas nota-se a preocupação do Supremo Tribunal Federal em promover uma Audiência Pública para discutir a judicialização da saúde e foram extraídas algumas soluções das falas de alguns especialistas que participaram da mesma, são elas:

5.1 Incorporação de novas tecnologias

Uma das medidas a serem adotadas pelos gestores públicos é a promoção da incorporação de novas tecnologias no rol dos materiais e procedimentos oferecidos pelo SUS. É necessária a adoção de técnicas mais ágeis e mais eficazes. Outra ação fundamental é a revisão constante das listagens dos programas de fornecimento de medicamentos e tratamentos, para que haja uma substituição de produtos ultrapassados por outros mais eficientes (SOUZA, SANTOS E UETA, 2010p. 162-177).

Em seus estudos Cyrillo e Campino (2010) aduzem que deve haver a consolidação de um processo de revisão sistemática e regular da RENAME (Relação Nacional de Medicamentos). Com o surgimento constante de novos fármacos, a revisão se constitui num mecanismo de exclusão e inclusão de novos medicamentos baseado nas prioridades nacionais. A RENAME possibilita um acesso igualitário a um conjunto de fármacos necessários às ações de promoção, prevenção e recuperação da saúde da população. A questão primordial é a regularidade com que acontecem as revisões, pois ao logo de 29

anos apenas três revisões aconteceram, o que obviamente não era condizente com o avanço tecnológico do setor farmacêutico e que por sua vez fez com que houvesse uma entrada maior do poder judiciário nas questões de saúde. Entretanto, visando à minimização dos impactos foi realizado um convênio e um programa encarregado especificamente de conduzir revisões periódicas. Desde 2000 ocorreram 5 revisões ao longo de 10 anos.

Em seu discurso realizado na audiência pública sobre o tema da judicialização da saúde, realizado pelo STF, a pesquisadora Débora Diniz, representando a ANIS (Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero), associa o aumento do fenômeno da judicialização da saúde à falta de transparência e morosidade na incorporação de novas tecnologias à listagem do SUS. Débora defendeu a necessidade de transparência, ética e celeridade na incorporação e registro dos produtos. Ela ainda argumenta:

“Mas é da ausência de transparência quanto às justificativas para a inclusão ou não de um novo produto e da ausência de mecanismos recursais no Executivo, em caso de controvérsia, que se originam grande parte dos casos de judicialização do direito à saúde nessa matéria. A aposta na transparência e na criação de sistemas de revisão antes da contestação judicial não significa a impossibilidade de controle de constitucionalidade da política ou de proteção ao direito individual por via judicial. Mas esse poder pode ser um caminho de diálogo promissor para o fenômeno da judicialização e a estabilização jurídica do direito à saúde (DINIZ, 2009).”

Ainda assim, nada impede que os gestores estaduais e municipais, produzam as suas próprias listagens padronizadas de medicamentos, de modo a facilitar a aquisição e distribuição dos produtos, é o que vem ocorrendo nos estados do Rio de Janeiro e São Paulo (DINIZ, 2009).

O argumento mais utilizado é de que a incorporação de novos produtos ao SUS demanda o gasto de novos recursos financeiros, que são escassos. Não se pode olvidar que a incorporação de novos medicamentos necessite de estudos de viabilidade, para avaliar o impacto econômico que traria ao ente público. Entretanto, não se pode simplesmente rejeitar a incorporação de um novo produto sob o argumento da inexistência de recursos sem antes avaliar a relação custo/benefício dessa incorporação. Um estudo mais detalhado e ao mesmo tempo mais célere deve ser feito quando da incorporação de novos produtos, pois a incorporação de produtos mais eficazes pode resultar em certa

redução de custos, na medida em que tal produto aumente os resultados obtidos através do tratamento. Lado outro, da mesma forma deve ser descartada a incorporação, ou mesmo realizada a exclusão de produto já constante da lista de medicamentos, que apresentem baixa taxa de eficiência no tratamento, bem como técnicas obsoletas, o que também resultaria em economia (SOUZA, SANTOS E UETA, 2010p. 162-177).

5.2 Planificação Orçamentária

Nos estudos realizados, pode-se constatar que a maior parte das demandas na área da saúde visava o recebimento de medicamentos e tratamentos já previstos na listagem do SUS. Sendo assim, conclui-se que a quantidade destes produtos disponíveis é insuficiente para cobrir a necessidade que se tem deles. Assim, uma medida de suma importância para a minimização do problema da judicialização da saúde é organizar um melhor planejamento orçamentário para a saúde e uma aquisição eficiente de insumos que atenda a demanda da população sem que o paciente tenha que enfrentar o problema da indisponibilidade (SOUZA, SANTOS E UETA, 2010p. 162-177).

Em se tratando do assunto vale destacar quais são alguns dos mecanismos norteadores do SUS para o seu planejamento. Entre eles podemos citar o Plano de Saúde que consiste num “instrumento que, a partir de uma análise situacional, apresenta as intenções e os resultados a serem buscados no período de quatro anos expressos em objetivos, diretrizes e metas” (BRASIL, 2009).

“Em síntese, o plano de saúde deve ser a expressão das políticas e dos compromissos de saúde numa determinada esfera de gestão. É a base para a execução, o monitoramento, a avaliação e a gestão do sistema de saúde”. (BRASIL, 2009)

Outro instrumento utilizado pelo SUS é o Programa Anual de Saúde, que é “o instrumento que operacionaliza as intenções expressas no plano de saúde”. Nesta fase são detalhadas as ações, as metas anuais, e os recursos que operacionalizam o respectivo Plano, além disso, são identificadas as áreas responsáveis e as parcerias necessárias para a execução das ações, as quais

representam o que se pretende fazer para o alcance dos objetivos, além de reunir as iniciativas a serem implementadas (BRASIL, 2009).

Por fim, apresenta-se o Relatório Anual de Gestão em que são apresentados os resultados alcançados com a execução da Programação Anual de Saúde (BRASIL, 2009)

As medidas econômicas e financeiras que serão adotadas devem passar pela necessária regulamentação para sua aplicação, principalmente em relação à Emenda Constitucional analisada anteriormente. As delimitações dos recursos financeiros destinados ao financiamento de produtos e serviços de saúde devem partir da avaliação e da quantificação das demandas, entretanto, isso só será possível com a adoção de modernos sistemas de controle com o uso de tecnologias (SOUZA, SANTOS E UETA, 2010p. 162-177).

Outra medida que se mostra bastante relevante para o deslinde da questão é a organização sistemática para aquisição e disponibilização dos produtos, principalmente a nível municipal. Trata-se de uma espécie de associação para compra conjunta de medicamentos. Com essa prática, compra-se um número maior de produtos e como consequência há uma significativa redução nos preços o que permite, inclusive, a aquisição em maior escala (SOUZA, SANTOS E UETA, 2010p. 162-177).

5.3 Repartição de competências

Há uma premente necessidade de repartição de competências entre os entes federados para solução de questões ligadas ao problema da judicialização da saúde. Havendo essa repartição que será possível a cada ente proceder a um planejamento mais eficaz da sua atuação em saúde, minimizando o impacto trazido pelas ações judiciais (SOUZA, SANTOS E UETA, 2010p. 162-177).

Vale lembrar que o artigo 196 da Constituição Federal estabelece que a saúde é dever do Estado. Levando em consideração que o Estado foi estabelecido na forma federativa (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios), todos são igualmente responsáveis por garantir o direito à saúde de

forma solidária. A Dra. Priscila Silva Ximenes Machado, em sua fala na audiência pública sobre saúde no STF, defende a necessidade de fugir de um centralismo na questão da gestão da saúde, fazendo uma repartição na competência para promoção da saúde entre os entes. De acordo com o artigo 16 da Lei 8.080/90, cabe à União promover a descentralização para as Unidades Federadas e para os Municípios, das ações e serviços de saúde, respectivamente, de abrangência estadual e municipal (MACHADO, 2009)

Neste sentido foi a sugestão de um dos participantes da audiência pública realizada no STF, em que deveria haver uma edição de súmula vinculante para definir a responsabilidade dos entes federados. Sendo assim, a definição clara das atribuições de cada ente da federação se faz necessária para haver um melhor atendimento das demandas de saúde, no sentido que esta definição deve ser buscada e negociada em todos os níveis de gestão e implementada com responsabilidade (SOUZA, SANTOS E UETA, 2010p. 162-177). No mesmo sentido é o posicionamento do então Ministro do STF, Luís Roberto Barroso:

“(...) quando na distribuição do sistema, seja clara a responsabilidade de um ente, seja por ser um medicamento relacionado a atendimento básico, estratégico ou excepcional, quando o sistema for claro, a jurisprudência precisaria, em nome da racionalidade, da eficiência e da economia de recursos escassos estabelecer que o réu da ação vai ser a entidade estatal responsável por aquela prestação e ponto. Com isso se evitam as multiplicações de atuações administrativas.”

6 Análise jurisprudencial sobre a saúde e os meios para sua garantia

Neste capítulo serão analisados alguns acórdãos coletados através de jogos de palavras, como por exemplo, “saúde medicamento”, “saúde 196 responsabilidade”, “saúde competência”, entre outros, com a finalidade de identificar o posicionamento predominante da jurisprudência acerca do tema da judicialização da saúde.

A análise dos acórdãos selecionados abordará o conteúdo e o fundamento decisório de cada um deles.

6.1 Análise dos acórdãos do Supremo Tribunal Federal

- RE 831385 AgR – julgado em 17/03/2015

Parte(s)

AGTE.(S) : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

AGDO.(A/S) : FLORIANI SILVA DOS SANTOS

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

INTDO.(A/S) : UNIÃO

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Ementa

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO À SAÚDE.SOLIDARIEDADE DOS ENTES FEDERATIVOS. TRATAMENTO NÃO PREVISTO PELO SUS. FORNECIMENTO PELO PODER PÚBLICO. PRECEDENTES. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que, apesar do caráter meramente programático atribuído ao art. 196 da Constituição Federal, o Estado não pode se eximir do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde dos cidadãos. O fornecimento gratuito de tratamentos e medicamentos necessários à saúde de pessoas hipossuficientes é obrigação solidária de todos os entes federativos, podendo ser pleiteado de qualquer deles, União, Estados, Distrito Federal ou Municípios (Tema 793). O Supremo Tribunal Federal tem se orientado no sentido de ser possível ao Judiciário a determinação de fornecimento de medicamento não incluído na lista padronizada fornecida pelo SUS, desde que reste comprovação de que não haja nela opção de tratamento eficaz para a enfermidade. Precedentes. Para dissentir da conclusão do Tribunal de origem quanto à comprovação da necessidade de tratamento não previsto pelo SUS faz-se necessário o reexame dos fatos e provas constantes dos autos, providência inviável neste momento processual (Súmula 279/STF). Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. Agravo regimental a que se nega provimento.

Trata-se de agravo regimental interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul contra decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário por ele interposto, com os seguintes fundamentos: o estado não pode se eximir do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde dos cidadãos; a obrigação no fornecimento de medicamentos e tratamentos é solidária entre os entes federativos; o Poder Judiciário pode determinar a implantação de políticas públicas sobre saúde; discordar do Tribunal de origem exigiria a análise dos fatos e provas constantes dos autos, entre outros.¹⁰

Em seu voto o Ministro Luís Roberto Barroso destaca que o acórdão recorrido está totalmente alinhado à jurisprudência do STF no sentido de reconhecer a obrigação solidária entre os entes da federação no fornecimento

¹⁰<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8143345>

gratuito de tratamentos e medicamentos que visem à promoção da saúde do cidadão.

A Turma por unanimidade negou provimento ao agravo regimental.

Neste mesmo sentido colaciona-se outra decisão proferida pelo STF no julgamento de um recurso extraordinário:

- RE 855178 RG – julgado em 05/03/2015

Parte(s)
RECTE.(S) : UNIÃO
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
RECDO.(A/S) : MARIA AUGUSTA DA CRUZ SANTOS
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
Ementa

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. O tratamentomédico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O pólo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente.

Trata-se de Recurso Extraordinário interposto pela União contra decisão que reconheceu a responsabilidade solidária deste ente juntamente com o Estado de Sergipe em fornecer medicamento à requerente, repartindo a responsabilidade em 50% para cada um. Inconformada a união aviou recurso suscitando a ausência de repercussão geral da matéria bem como a sua ilegitimidade passiva argumentado que o SUS é guiado pelo princípio da descentralização e que a obrigação de fornecer e custear medicamentos seria de incumbência exclusiva dos órgãos locais.

O Tribunal, por unanimidade reputou constitucional a matéria, reconhecendo a existência da repercussão geral da questão suscitada. E reconhecendo a legitimidade da União para figurar no pólo passivo, tendo em vista a solidariedade entre os entes da federação prevista constitucionalmente.

6.2 Análise dos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça

- AgRg no Ag 1231616 – julgado em 24/03/2015

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

AGRAVANTE : UNIÃO AGRAVADO : ESTADO DE SANTA CATARINA P

ROCURADOR : JOAO CARLOS CASTANHEIRA PEDROZA E OUTRO(S)

AGRAVADO : SANTILINA DE JESUS MANOEL

ADVOGADO : LUCIANO ANGELO CARDOSO

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. O SOBRESTAMENTO DO JULGAMENTO DE PROCESSOS EM FACE DE RECURSO REPETITIVO (ART. 543-C DO CPC) SE APLICA APENAS AOS TRIBUNAIS DE SEGUNDA INSTÂNCIA. VIOLAÇÃO AO ART. 535, II DO CPC. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. É DEVER DO ESTADO GARANTIR O DIREITO À SAÚDE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS PELO FUNCIONAMENTO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

Trata-se de Agravo Regimental interposto pela União contra decisão que negou provimento ao seu Agravo de Instrumento. Em suas razões a União defende a suspensão do processo por tratar-se de questão que foi admitida como representativa da controvérsia e reafirma a tese de ilegitimidade ativa para o fornecimento de medicamentos.

A corte decidiu no sentido de que o funcionamento do Sistema Único de Saúde é de responsabilidade solidária da União, dos Estados e dos Municípios, de modo que qualquer um desses Entes tem legitimidade *ad causam* para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso a medicamentos para tratamento de problema de saúde.

Foi negado o provimento ao Agravo Regimental.

- AgRg no AREsp 601458 – julgado em 17/03/2015

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN

AGRAVANTE : MUNICÍPIO DE GOVERNADOR VALADARES

ADVOGADOS : CAMILA DRUMOND ANDRADE E OUTRO(S) PAULO HENRIQUE DE MATTOS STUDART

AGRAVADO : V G DOS S P (MENOR) REPR. POR : M E DOS S F

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

INTERES. : ESTADO DE MINAS GERAIS

PROCESSUAL CIVIL. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. FRALDASDESCARTÁVEIS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. RECURSOSINDISPENSÁVEIS AO TRATAMENTO. REEXAME DOS FATOS. SÚMULA 7/STJ.OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA.AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

Trata-se de Agravo de Instrumento Interposto contra decisão que concedeu a antecipação dos efeitos da tutela que determinou que o agravante fornecesse ao agravado fraldas descartáveis antialérgicas, na quantidade prescrita pelo médico. Foi negado provimento ao recurso por ausência de argumentos hábeis a alterar os fundamentos da decisão agravada.

6.3Análise dos acórdãos do tribunal de Justiça de Minas Gerais

- Reexame Necessário-Cv 1.0109.11.001302-5/001 – julgado em 07/04/2015

Reexame necessário - ação cominatória - fornecimento de medicamento - dever do Poder Público em suas três esferas - co-participação - apresentação de receita - periodicidade - multa por descumprimento - cabimento - reexame necessário - confirmar a sentença.

1 - Em razão do princípio da solidariedade na prestação à assistência à saúde, o autor pode escolher qual ente federado demandar.

2 - A saúde, por ser um direito fundamental do ser humano, deve ser garantida pelo Poder Público, em qualquer uma de suas esferas (federal, estadual ou municipal).

3 - Comprovada a necessidade de determinado medicamento para o eficaz tratamento da doença que acomete o paciente, e não dispondo ele de recursos para custeá-lo, é obrigação do Poder Público, fornecer o medicamento prescrito pelo médico que acompanha o paciente.

4 - Razoável a determinação ao paciente de apresentação, a cada quatro meses, de receita atualizada perante o órgão da Administração Pública para obtenção do medicamento pleiteado.

5 - Tem previsão legal a fixação de multa contra o Estado para a hipótese de

descumprimento da obrigação. Somente tem lugar redução da multa quando comprovada a desproporcionalidade do valor em relação à sua finalidade.

Trata-se de Reexame Necessário da sentença que nos autos julgou procedente o pedido da parte autora para condenar o município réu no fornecimento de medicamento pelo tempo necessário ao tratamento. O tribunal reconheceu a solidariedade passiva entre os entes da federação no fornecimento de tratamentos médicos e medicamentos desde que comprovada a necessidade e a hipossuficiência do paciente. Foi confirmada a sentença.

- Agravo de Instrumento-Cv 1.0452.14.005911-7/001 – julgado em 07/04/2015

Agravo de instrumento. Fornecimento de medicamento. Necessidade e urgência. Comprovação. Direito à saúde. Dever do município. Tutela antecipada. Requisitos atendidos. Recurso improvido.

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Município de Nova Serrana contra decisão que deferiu o pedido de antecipação de tutela para determinar que o ora agravante e o Estado de Minas Gerais forneçam ao paciente o medicamento Concerta 36mg, enquanto perdurar o tratamento. O agravante alega que não estão presentes os requisitos autorizadores da medida, que o seu deferimento viola os princípios orçamentários e que compete exclusivamente ao Estado o fornecimento de medicamento de auto custo. O Tribunal entendeu que os relatórios médicos são suficientes para se preencher os requisitos autorizadores da medida e que os princípios que garantem o amplo acesso do cidadão ao direito à saúde foram atendidos.

Através da análise dos acórdãos colacionados acima se pode concluir que é dominante o entendimento e a defesa da responsabilidade solidária entre os entes da federação na promoção, proteção e garantia da saúde ao cidadão. Vê-se a postura adotada pelo poder Judiciário no sentido de que a sua função ultrapassa o limiar de somente administrar a justiça, sendo, muitas das vezes, o principal ator na guarda dos princípios constitucionais que visam à proteção da dignidade da pessoa humana, envolvendo a promoção e proteção do direito à saúde.

7 Máfia dos medicamentos e a necessidade de apoio ao judiciário para tomar decisões a respeito da concessão de medicamentos e tratamentos

As ciências jurídicas e as ciências médicas têm se encontrado muito nos últimos anos devido ao crescente fenômeno da judicialização da saúde. Tanto no sistema público, quanto no privado, há uma crescente busca pelo judiciário para que o paciente tente assegurar que uma prescrição médica seja cumprida, ante a negativa de fornecimento do remédio ou tratamento. Na maior parte das demandas os pacientes recebem decisões favoráveis que obrigam o órgão responsável no fornecimento do que se pleiteia através de medidas liminares. Os argumentos utilizados nas liminares invocam o direito à saúde, à dignidade da pessoa humana entre outros (CR, CLARK E VIANNA, 2010, p. 119-127).

O Ministro Gilmar Mendes destaca que o problema da judicialização da saúde ganhou tamanha importância teórica e prática, que envolve não apenas os operadores do direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo.

Os estudos sobre os impactos econômicos financeiros e das distorções nas solicitações de medicamentos e tratamentos pela via judicial têm sido cada vez mais trazidos à baila por estudiosos do assunto, por acadêmicos, juristas entre outros, que ressaltam a problemática das decisões políticas e da sobreposição das necessidades dos autores dos processos às necessidades da coletividade. Neste contexto, várias conclusões pertinentes e algumas preocupantes têm sido sustentadas (SANTOS, BLIACHERIENE E UETA, 2011).

A conexão existente entre a indústria farmacêutica, o processo de produção do conhecimento e as estratégias de marketing para haver o reconhecimento científico dos seus produtos, afeta sobremaneira e de forma inapropriada na geração do conhecimento médico. Esse direcionamento dos interesses econômicos financia pesquisas na área de medicamentos, torcem os resultados, incentiva a produção, publicação de artigos científicos e a aquisição de medicamentos (SANTOS, BLIACHERIENE E UETA, 2011).

É incontroversa a influência que as empresas fornecedoras de produtos de saúde exercem na questão da judicialização da saúde. Tanto é assim que o Ministério público vem desenvolvendo investigações, que em determinados casos, chegou a constatar abusos como o financiamento de advogados, através de organizações não governamentais de grupos de pacientes, para patrocinar ações com a finalidade de obrigar o Poder Público a adquirir determinados medicamentos (SOUZA, SANTOS E UETA, 2010).

O Código de Ética Médica veda a prática de comércio de materiais e medicamentos por profissionais médicos. Em decisão acerca de um processo administrativo o Conselho Federal de Medicina decidiu:

PROCESSO-CONSULTA CFM nº 4.808/11 – PARECER CFM nº 6/12. EMENTA: É vedado ao médico o exercício mercantilista da medicina, bem como exercê-la em interação com indústria farmacêutica ou qualquer organização destinada à fabricação, promoção ou comercialização de produtos de prescrição médica, qualquer que seja sua natureza.

Apesar da vedação expressa trazida pelo Código de Ética Médica, existe um enorme incentivo econômico para aqueles que indicam o uso de uma série de materiais. Pesquisas demonstram que o ganho advindo das prescrições, altera significativamente a conduta do médico que passa a indicar com maior frequência procedimentos, medicamentos e materiais. Tal situação ocorre com maior frequência nas especialidades que lidam com materiais e medicamentos, como ortopedia, oncologia, cardiologia, entre outras (CR, CLARK E VIANNA, 2010,p. 119-127).

Como exemplo prático da problemática trazida acima se colaciona trechos de uma reportagem veiculada na mídia em janeiro do corrente ano. A reportagem tem como tema: “Máfia das próteses coloca vidas em risco com cirurgias desnecessárias”¹¹.

A matéria foi feita pelo repórter Giovani Grizotti que viajou por cinco estados brasileiros a procura de fraudes. Ele constatou que o mercado de próteses movimenta, anualmente, cerca de R\$ 12 bilhões no Brasil e que são

¹¹ Disponível em: <<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2015/01/mafia-das-protese-coloca-vidas-em-risco-com-cirurgias-desnecessarias.html>>

utilizados desde simples parafusos até próteses complexas que substituem um órgão inteiro, sem contar o custo elevado do procedimento cirúrgico que por vezes era desnecessário. Os médicos recebem porcentagem sobre o valor da prótese, sendo que esse percentual varia entre 20 e 30%. Só pelo SUS são realizadas, por ano, cerca de 7 milhões de cirurgias que usam prótese e algumas das empresas fornecedoras oferecem formas de fraudar licitações. Em entrevista dada ao repórter, o médico Alberto Kaemmerer, que foi diretor de um grande hospital de Porto Alegre, disse que muitos médicos estavam indicando o procedimento cirúrgico de forma desnecessária, só para ganhar dinheiro. Para tentar solucionar o problema o Dr. Alberto montou uma equipe médica que avaliava o caso concreto para saber se a cirurgia era o procedimento mais indicado, desta forma, foram descobrindo que 35% das indicações à cirurgia eram completamente desnecessárias (GRIZOTTI, 2014).¹²

Além das fraudes em licitações os médicos se utilizavam da chamada “indústria de liminares” que funcionava da seguinte forma: depois de esperar anos na fila do SUS para conseguir a cirurgia, ao invés do paciente receber a consulta pelo sistema público, ele recebia indicação de um escritório de advocacia. Com documentos falsos e orçamentos superfaturados, são montados pedidos de liminar para forçar o governo a bancar os procedimentos. Analisando o processo de uma paciente que passou por tal situação, o repórter Giovani, constatou que o valor total do procedimento era de R\$ 151 mil, e a empresa fornecedora seria a Intelimed que repassa 20% do valor para o médico. Com isso vê-se um esquema mafioso que explora o sofrimento de pacientes, desvia o dinheiro do SUS e encarece o plano de saúde. Em entrevista dada ao repórter, o Desembargador do TJ-RS, Dr. João Barcelos de Sousa Júnior, disse:

“Que o sistema penal do país está falido, porque no momento em que se encontram situações em que pessoas, seja que área for, profissionais, buscam o Poder Judiciário para realizar uma fraude e conseguir com isso auferir grandes lucros, significa que o sistema está desmoralizado e que estão, inclusive, brincando com o Judiciário. É lamentável”.

¹² Matéria veiculada pela emissora de televisão Globo em janeiro de 2015, no programa Fantástico, realizada pelo repórter Giovani Grizotti.

A partir da análise dos casos apresentados acima, conclui-se que as decisões liminares e de mérito devem ser cercadas de cautela, sob pena de quebrar todo um conjunto de estratégias administrativas consolidada em bases orçamentárias e financeiras (PERERIA, 2012).

O que se tem visto hoje em dia é um apelo insistente para que o Poder Judiciário estabeleça critérios objetivos para análise do caso concreto levando em consideração a razoabilidade da demanda judicial e na proporcionalidade da medida a ser adotada (SANTOS, 2012). Em seus estudos sobre o tema o autor Acácio Wilde Emilio dos Santos, cita o renomado professor e doutrinador Luíz Roberto Barroso , que diz:

“(...) o judiciário não domina o conhecimento específico necessário para instituir políticas de saúde. O Poder Judiciário não tem como avaliar se determinado medicamento é efetivamente necessário para promover a saúde e a vida. Mesmo que instruído por laudos técnicos, seu ponto de vista nunca seria capaz de rivalizar com o da Administração Pública. (...)”

O Poder Judiciário necessita de ferramentas de operacionalização que na prática, vão lhe auxiliar nas tomadas de decisões justamente por não ter o conhecimento médico técnico necessário para, por si só, embasar suas decisões. Nas bibliografias pesquisadas foram encontradas algumas sugestões que podem ajudar os magistrados em suas decisões, são elas:

7.1 Medicina baseada em evidências

Nos não 90 surgiu um movimento no Canadá que difundia a ideia de que as decisões médicas deveriam ser tomadas com bases mais científicas e técnicas. Naquela época havia um grande descompasso entre as informações científicas e a prática médica. Um exemplo que pode ser citado é com relação ao tratamento do infarto agudo do miocárdio. Discutia-se se o procedimento chamado de Trombólise deveria ou não ser usado, pois apesar de se mostrar eficaz, era raramente recomendado ou utilizado (CR, CLARK E VIANNA, 2010,p. 119-127).

Ainda hoje permanece a controvérsia sobre vários tratamentos e medicamentos e algumas explicações que poderiam ser dadas é a falta de conhecimento de metodologia científica, os conflitos de interesse, a curiosidade por usar tecnologias novas, entre outras. Foi neste cenário, na tentativa de promover o uso de condutas mais eficazes, de minimizar condutas pouco eficientes e de promover a investigação clínica de tratamentos experimentais, que surgiu o movimento que se denominou Medicina Baseada em Evidências (MBE) (CR, CLARK E VIANNA, 2010,p. 119-127).

O objetivo da MBE é estruturar um processo para identificação de informações de alta qualidade que possam ser utilizadas na prática médica e como consequência auxiliar as decisões judiciais relacionadas ao tema da saúde. O processo da MBE começa a se desenvolver investigando-se a atual situação do paciente respondendo algumas perguntas, tais como: Qual a doença? Qual a gravidade da doença? Qual o procedimento indicado para o caso? O tratamento alternativo vai ser realmente melhor que os outros existentes? (CR, CLARK E VIANNA, 2010,p. 119-127).

Essa investigação é importantíssima, pois através dela pode-se identificar que um tratamento indicado para uma doença em estágio avançado pode não ser indicado na fase inicial. A proposta de tratamento apresentada deve ter evidências que demonstrem que essa alternativa é melhor do que as outras através de um estudo comparativo. Outro importante aspecto é a definição se o tratamento proposto para o caso traz benefícios clínicos para o paciente, se ele viverá mais, melhor ou vai ficar curado da doença. Após essa definição o que se busca são informações adequadas para determinar se a conduta apresentada é benéfica, maléfica ou se ainda está em fase experimental. A questão que se apresenta agora é: “como o juiz pode se utilizar da MBE para tomar suas decisões?”. Segundo os pesquisadores do assunto o ideal seria se o juiz tivesse uma equipe técnica que fosse isenta de conflitos de interesse, para, rapidamente, elaborar laudos técnicos dos casos concretos que são levados ao Judiciário. Entretanto, este não é um recurso usual e de fácil acesso, e as decisões precisam ser tomadas, então foram sugeridas algumas questões que deveriam ser respondida pelos juízes antes de decidirem, entre elas, estão: Qual a melhor prova de que o tratamento indicado vai beneficiar o paciente? Qual o

benefício clínico que o paciente vai obter? Qual o custo da conduta clínica indicada? O médico prescritor terá algum lucro ou ganho com a conduta? Já recebeu alguma comissão da indústria farmacêutica? Após, essa breve consideração, conclui-se que a MBE é uma ferramenta bastante útil ao Judiciário e que deveria ser mais incentivada e melhor fomentada (CR, CLARK E VIANNA, 2010,p. 119-127).

7.2Câmara Técnica em Saúde

A Câmara técnica em Saúde em muito se assemelha à proposta dada pela Medicina Baseada em Evidências, vista anteriormente. Esta câmara é um recurso que já se encontra disponível no Estado da Paraíba. A Câmara técnica em saúde (CTS) é um órgão colegiado, de natureza consultiva, que está vinculado ao Poder Judiciário, ao Poder Executivo do estado da Paraíba e ao município de João Pessoa. Seu principal objetivo é prestar informações técnicas nas demandas que envolvem o fornecimento de medicamentos, exames, internações, órtese, prótese e demais tratamentos de saúde em face do Sistema Único de Saúde (SIMÕES, 2013).

A CTS prima pela funcionalidade, celeridade, e eficácia das demandas judiciais, iniciando seus trabalhos quando da propositura da ação, ocasião em que o juiz, se entender necessário, remeterá, por meio eletrônico, a questão para apreciação da câmara. A CTS por sua vez emitirá parecer sobre o caso no prazo de cinco dias, e quando revestido de urgência o parecer deverá ser emitido no prazo de quarenta e oito horas (SIMÕES, 2013).

O Regulamento Interno da CTS prevê requisitos mínimos que devem ser respondidos, é o que prevê o artigo 21:

Art. 21 - As deliberações da CTS deverão abordar, no mínimo, os seguintes pontos:

I - informações sobre a enfermidade ou o problema de saúde, com indicação do CID, que acomete a parte beneficiária da ação judicial;

II - tratamentos possíveis e tratamentos realizados, se for o caso;

III - informações sobre medicamento (s), órtese (s) e prótese (s), exame (s) ou procedimento (s) solicitado (s), especialmente sua indicação terapêutica, dosagem, eficácia, se tem caráter

experimental, efeitos adversos e imprescindibilidade no tratamento da patologia e se é a única opção;

IV - tratando-se de medicamento, deverá referir-se também à classe medicamentosa do fármaco, seu registro na ANVISA e existência de princípio ativo semelhante;

V - se há risco iminente à vida do paciente;

VI - se o paciente está sendo atendido pela rede pública de saúde local ou se a procurou anteriormente;

VII - se o pedido do autor é disponibilizado pelo SUS, em qualquer esfera, considerando especialmente, no caso de fármacos, os Programas de Medicamentos do SUS e seus Protocolos Clínicos e a eficácia dos remédios disponibilizados na rede pública (básico, estratégico e especializado) e as divisões de competência quanto ao financiamento, aquisição e dispensação (Município, Estado e União);

VIII - indicar, quando possível, qual o ente público responsável pelo atendimento do paciente, segundo as normas do Sistema Único de Saúde (SUS) e se existe disponibilidade de tratamento no Estado da Paraíba;

IX – no caso de internação, informar se tem tratamento disponibilizado pela rede pública de saúde. Em caso afirmativo, informar o nome da unidade hospitalar e o Ente público a que está vinculada, ou se não existe o serviço no âmbito do SUS ou da rede conveniada no Estado da Paraíba;

X – nos casos de órteses e próteses, informar se o produto fabricado no Brasil tem a mesma eficácia do importado e demais peculiaridades que considerar esclarecedoras;

XI – informar se o SUS dispõe de unidade hospitalar e médico especialista vinculado ao ente público demandado na região onde reside a parte requerente;

XII – informar se o médico solicitante é especialista na área solicitada e se é vinculado ao SUS;

XIII – conclusão favorável ou desfavorável ao pedido.

Atendendo a estes requisitos pode-se verificar que a atuação da CTS dá suporte ao magistrado para que ele tome suas decisões de maneira mais segura em relação à eficácia e segurança de determinado medicamento ou tratamento prescrito, fazendo com que se tenha um uso racional dos produtos disponíveis bem como sejam respeitadas as diretrizes da Política Nacional de Medicamentos (PNM)(SIMÕES, 2013).

Em dezembro de 2014 foi instituída a CTS no Estado do Rio Grande do Norte resultado de uma parceria feita entre a Secretaria de Saúde do Estado, o

Tribunal de Justiça, a Secretaria de Saúde do município de Natal e o Hospital Universitário Onofre Lopes. Na oportunidade o presidente do tribunal, o desembargador Anderson Silvino abordou a importância e os desafios das Câmaras Técnicas em Saúde:

“Tenho total convicção de que esse assessoramento irá facilitar a tomada de decisões dos magistrados e minimizar a atual situação da Saúde Pública. Esse convênio surge numa boa hora, pois vêm com o propósito de dar mais praticidade e objetividade as decisões da justiça com o embasamento técnico que a área exige”.¹³

Sendo assim, para se evitar que o magistrado adentre em terreno alheio à sua formação profissional, a proposta de criação de câmaras com profissionais qualificados e especializados na área de saúde para prestar assessoramento técnico se mostra como um dos meios mais eficazes para solucionar a problemática da judicialização da saúde (SIMÕES, 2013).

7.3 Enunciados interpretativos do Conselho Nacional de Justiça

O Conselho Nacional de Justiça vêm cada dia mais fomentando alternativas para a questão da judicialização da saúde, com a análise e incentivo de uma política judiciária de saúde, que envolve não somente a atuação das instituições judiciárias, mas também das instituições políticas e participativas (ASENSSI, 2013).

Em 2010, devido ao grande número de processos judiciais, o CNJ publicou a Resolução nº 31 que tinha como objetivo orientar os tribunais na adoção de medidas que subsidiassem os magistrados para dar maior celeridade e eficiência às decisões que envolvessem a questão da saúde. A exposição de motivos da Recomendação explicita as razões de sua edição, dentre elas vê-se: (ASENSSI, 2013).

¹³ Disponível em:

<<http://www.jucern.rn.gov.br/Conteudo.aspTRAN=ITEM&TARG=48523&ACT=null&PAGE=null&PARM=nulI&LBL=NOT%C3%8DCIA>>

“- o grande número de demandas envolvendo a assistência à saúde em tramitação no judiciário e o representativo dispêndio de recursos públicos decorrentes desses processos judiciais;

- a carência de informações clínicas prestadas aos magistrados a respeito dos problemas de saúde enfrentados pelos autores dessas demandas;

- as reiteradas reivindicações dos gestores para que sejam ouvidos antes da concessão de provimentos judiciais de urgência e a necessidade de prestigiar sua capacidade gerencial, as políticas públicas existentes e a organização do sistema público de saúde.”

Tendo em vista essa problemática o CNJ incentivou que os Tribunais, entre outras medidas, celebrassem convênios que objetivassem disponibilizar apoio técnico composto por médicos e farmacêuticos que auxiliassem nas tomadas de decisões, emitindo pareceres técnicos sobre as questões a eles submetidas. Além disso, estabeleceu que os magistrados:

“- procurem instruir as ações, tanto quanto possível, com relatórios médicos, com descrição da doença, inclusive CID (Classificação Internacional de Doenças), contendo prescrição de medicamentos, com denominação genérica ou princípio ativo, produtos, órteses, próteses e insumos em geral, com posologia exata;

- evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela Anvisa, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei;

- ouçam, quando possível, preferencialmente por meio eletrônico, os gestores, antes da apreciação de medidas de urgência.”

Ainda no ano de 2010, foi publicada a Resolução nº 107, que instituiu o Fórum Nacional do Judiciário que tem como objetivo monitorar a resolução das demandas de assistência à saúde. Entre as atribuições dadas ao FNJ, pode-se destacar a elaboração de estudos que visem propor medidas concretas para o aperfeiçoamento, reforço e efetividade dos processos judiciais, além de ponderar sobre a prevenção de novos conflitos em matéria de saúde. Esta Resolução ainda prevê a possibilidade de os Tribunais celebrarem acordos de cooperação técnica com órgãos ou entidades públicas ou privadas para o cumprimento de suas atribuições (ASENSSI, 2013).

Mais recentemente nos dias 14 e 15 de maio de 2014 o CNJ realizou a I Jornada Nacional da Saúde que tinha como objetivo discutir os problemas inerentes à judicialização da saúde. O evento contou com a participação de

representantes do Poder Judiciário, do Ministério da Saúde e da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). No total foram apresentados quarenta e cinco enunciados interpretativos sobre o Direito à saúde, que devem servir para subsidiar os magistrados em demandas sobre a questão. Dentre os vários enunciados, alguns em destaque chamam a atenção, vejamos:¹⁴

ENUNCIADO N.º 26 É lícita a exclusão de cobertura de produto, tecnologia e medicamento importado não nacionalizado, bem como tratamento clínico ou cirúrgico experimental.

ENUNCIADO N.º 28 Nas decisões liminares para o fornecimento de órteses, próteses e materiais especiais – OPME, o juiz deve exigir a descrição técnica e não a marca específica e/ou o fornecedor, em consonância com o rol de procedimentos e eventos em saúde vigentes na ANS e na Resolução n. 1956/2010 do CFM, bem como a lista de verificação prévia sugerida pelo CNJ.

ENUNCIADO N.º 29 Na análise de pedido para concessão de tratamento, medicamento, prótese, órtese e materiais especiais, os juízes deverão considerar se os médicos ou os odontólogos assistentes observaram a eficácia, a efetividade, a segurança e os melhores níveis de evidências científicas existentes. Havendo indício de ilícito civil, criminal ou ético, deverá o juiz oficiar ao Ministério Público e a respectiva entidade de classe do profissional.

ENUNCIADO N.º 30 É recomendável a designação de audiência para ouvir o médico ou o odontólogo assistente quando houver dúvida sobre a eficiência, a eficácia, a segurança e o custoefetividade da prescrição.

ENUNCIADO N.º 31 Recomenda-se ao Juiz a obtenção de informações do Núcleo de Apoio Técnico ou Câmara Técnica e, na sua ausência, de outros serviços de atendimento especializado, tais como instituições universitárias, associações profissionais, etc.

Outro enunciado que chama a atenção é o de nº 03 que recomenda ao cidadão informar-se sobre a disponibilidade de atendimento ou outros serviços antes de acionar a justiça. Essas atitudes simples, quando observadas, ajudam a evitar que situações que poderiam ser facilmente resolvidas fiquem à espera de uma decisão judicial.

Felipe Dutra Assensi, ponderando sobre a questão diz:

14

Disponível

em:

<http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENARIA_15_5_14_r.pdf>

“A necessidade de celeridade das decisões, a relação direta com o direito à vida, a complexidade do que significa tratamento e prevenção são elementos que diferenciam o direito à saúde dos demais direitos sociais, e a política judiciária de saúde tem procurado considerar isto.”

Considerando as políticas judiciárias pode-se dizer que as medidas adotadas pelo CNJ constituem verdadeiros avanços institucionais do judiciário.

8 Conclusão

Ao longo dos anos o Brasil passou por várias experiências de reforma de seus ideais, visando sempre uma postura de maior envolvimento do Estado com os problemas sociais. E foi com esse intuito que a Constituição Federal de 1988 abre o seu artigo 196 com as palavras: “A saúde é um direito de todos e um dever do Estado”. Vê-se nitidamente o compromisso do Estado em garantir a todos os cidadãos o pleno direito à saúde. De forma inédita, a nossa Constituinte trouxe a dignidade da pessoa humana como o valor maior do Estado, sendo o núcleo constitucional em torno do qual giram os demais. Sendo assim, pode-se concluir que a saúde é um verdadeiro direito fundamental social sem o qual não se imagina possível uma vida digna. É um direito universal que abrange não somente os brasileiros, mas também os estrangeiros residentes ou não em nosso território.

O direito à saúde deve ser encarado como um direito social subjetivo que se apresenta como uma prestação positiva a ser implementada pelo Estado. Sendo assim, é plenamente possível tutelar o direito à saúde de forma judicial caso o Estado não promova as prestações materiais essenciais à sua completa realização. E é neste cenário que surge a questão da judicialização da saúde.

A discussão se o Poder Judiciário, na figura dos Juízes de Direito, podem ou não concretizar os direitos fundamentais proferindo decisões contra o Poder Público, não se demonstra a mais preocupante. Seria muito melhor que não houvesse a necessidade de intervenção do Poder Judiciário para a efetivação dos direitos sociais, notadamente o direito à saúde. Mas infelizmente esta não é a realidade no Brasil. O argumento mais utilizado pela Administração Pública é a escassez de recursos para investir nas garantias fundamentais, a mais conhecida reserva do possível. Ou seja, a efetividade dos direitos sociais estaria condicionada à existência de recursos, o que, diga-se de passagem, nunca existem. Entretanto, não cabe à Administração Pública escolher entre concretizar ou não os direitos fundamentais e neste contexto o indivíduo que se vê privado do seu direito à saúde pode acionar o Poder Judiciário para análise e solução da questão.

Entretanto, o excesso de judicialização e o seu crescimento desenfreado trarão sérias consequências ao equilíbrio orçamentário do país. É necessária que haja um equilíbrio entre a consecução dos direitos fundamentais e das políticas públicas previstas. Sendo assim, é de grande valia as propostas apresentadas neste trabalho, pois através delas pode-se alcançar melhor efetividade das decisões judiciais e ao mesmo tempo minimizar a busca pelo Judiciário para resolução da escassez existencial sofrida pela saúde. Neste sentido deve-se buscar por uma diminuição da quantidade das demandas judiciais sem que o exercício do direito à saúde fosse prejudicado. Tudo isso deve se coadunar com as necessárias melhorias do SUS, buscando sempre por um sistema público saúde de qualidade, pois com isso cria-se a perspectiva de que no futuro não seria mais necessário usar da prerrogativa da judicialização da saúde.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FREITAS, Riva Sobrado; VECCHIA, Felipe Dalla. **Estado Democrático de Direito: Aspectos Constitucionais da Judicialização da Saúde e Princípio da Igualdade**. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM. Disponível em <[http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs-](http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs-2.2.2/index.php/revistadireito/article/view/7046/4260#.U1AS7fldX-4)

[2.2.2/index.php/revistadireito/article/view/7046/4260#.U1AS7fldX-4](http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs-2.2.2/index.php/revistadireito/article/view/7046/4260#.U1AS7fldX-4)> Acesso em: 04 abril 2014.

BRASIL, Ministério da Saúde Fundação Nacional da Saúde. **Cronologia Histórica da Saúde Pública**. Disponível em <<http://www.funasa.gov.br/site/museu-da-funasa/cronologia-historica-da-saude-publica/>> Acesso em 07 abril 2014.

BRAZ, K. V.; MONTENEGRO, S. **Efetivação do Direito à Saúde e Concessão de Medicamentos Via Ação Judicial**. *Publicações da Escola da AGU*, Brasília, n. 4, p. 40-55, 2010.

JÚNIOR, Milton. Saúde Sob o Olhar Clínico da Justiça. **CFM-Revista de Humanidades Médicas**, Brasília, v. 3, p. 26-35, set./dez. 2013.

ABREU, Thiago Elias Mauad de. Apontamentos Para Uma Contribuição aos Limites da Judicialização da Saúde Pública. **Revista Jurídica da Advocacia Geral do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 9, n1/2, p. 107-121, jan./dez. 2012.

MACHADO, F. R. S. Contribuições ao Debate da Judicialização da Saúde no Brasil. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 9, nº2, p. 73/91, jul./out. 2008.

ASENSI, F., D. **Judicialização e Conselho Nacional de Justiça: perspectivas e desafios**. In: NOBRE; M., A., de B.; SILVA, R., A., D., da (Coord.). O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde. 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. P. 85-110.

NOBRE, M., A., de B. **Da denominada “judicialização da saúde”: pontos e contrapontos”**. In: NOBRE; M., A., de B.; SILVA, R., A., D., da (Coord.). O CNJ

e os desafios da efetivação do direito à saúde. 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. P. 375-388.

SAKURAI, S., N.; JÚNIOR, R., T.; GREMAUD, A., P. **Emenda Constitucional nº 29/2000: influência sobre a execução orçamentária dos Estados e municípios brasileiros em saúde.***In*: BLIACHERIENE, A., C.; SANTOS, J., S. (Coord.). *Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial*. 1. Ed. São Paulo: Atlas, 2010. P. 1-15.

CYRILLO, D., C.; CAMPINO, A., C., C.; **Gastos com a saúde e a questão da judicialização da saúde.***In*: BLIACHERIENE, A., C.; SANTOS, J., S. (Coord.). *Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial*. 1. Ed. São Paulo: Atlas, 2010. P. 27-41.

BARATA, L., R., B.; MENDES, J., D., V.; **Uma proposta de política de assistência farmacêutica para o SUS.***In*: BLIACHERIENE, A., C.; SANTOS, J., S. (Coord.). *Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial*. 1. Ed. São Paulo: Atlas, 2010. P. 60-78.

CR., D., N.; CLARK, O.; VIANNA, D.; **Medicina baseada em evidências como ferramenta para as decisões judiciais.***In*: BLIACHERIENE, A., C.; SANTOS, J., S. (Coord.). *Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial*. 1. Ed. São Paulo: Atlas, 2010. P. 119-127.

SOUZA, H., A., de; SANTOS, J., S., dos; UETA, J.; **A influência da gestão do sistema de saúde na utilização da via judicial para acesso a produtos e serviços.***In*: BLIACHERIENE, A., C.; SANTOS, J., S. (Coord.). *Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial*. 1. Ed. São Paulo: Atlas, 2010. P. 162-177.

GANDINI, J., A., D.; BARIONE., S., F.; SOUZA, A., E., de; **Judicialização do direito à saúde: prós e contras.***In*: BLIACHERIENE, A., C.; SANTOS, J., S. (Coord.). *Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial*. 1. Ed. São Paulo: Atlas, 2010. P. 255-276.

SANTOS, A., W., E., dos; **A judicialização das políticas públicas e o princípio da reserva do possível.** *In*: CASTRO, D., S., L (Coord.). Direito Público. Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada, 2012.

BARRETO, A., P., P., L.; **Da judicialização do direito à saúde e seus impactos na administração pública.** *In*: CASTRO, D., S., L (Coord.). Direito Público. Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada, 2012.

PEREIRA, F., de A. **O poder judiciário e as demandas de saúde.** *In*: CASTRO, D., S., L (Coord.). Direito Público. Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada, 2012.

SARLET, I., W. **A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde.** *In*: NOBRE; M., A., de B.; SILVA, R., A., D., da (Coord.). O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde. 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. P. 145-175.

LOPES, L. C.; BARBERATO-FILHO, S.; COSTA, A. C.; OSORIO-DE-CASTRO, C. G. S. **Uso Racional de Medicamentos Antineoplásicos e Ações Judiciais no Estado de São Paulo.** Revista Saúde Pública. Disponível em: <http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/judicializacao-da-saude/wp-content/uploads/2011/11/Lopes_2010.pdf> Acesso em 05 de janeiro de 2015.

VIEIRA, F. S.; **Ações Judiciais e direito à saúde: reflexão sobre a observância aos princípios do SUS.** Revista Saúde Pública. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-89102008000200025&script=sci_arttext> Acesso em: 05 de janeiro de 2015.

DINIZ; D.; Discurso apresentado na audiência pública da saúde realizada pelo STF, no dia 07 de maio de 2009, que tinha como assunto: **A assistência farmacêutica do SUS.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Debor_a_Diniz.pdf> Acesso em 06 de janeiro de 2015.

CAMPELLI, M. G. R.; CALVO, M. C. M.; **O Cumprimento da Emenda Constitucional nº 29 no Brasil.** Disponível em:

<<http://www.scielo.br/pdf/csp/v23n7/12.pdf>> Acesso em 22 de dezembro de 2014.

CHAVES, A. F.; **Novas Abordagens do Orçamento Público.** Disponível em: <http://www.orcamentofederal.gov.br/educacao-orcamentaria/premio-sof-de-monografias/iii-premio-sof/Tema_2_Adriana_1_lugar.pdf> Acesso em 23 de dezembro de 2014.

BRASIL, Ministério da Saúde. **Sistema de Planejamento do SUS.** Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/caderno2_planejasus_2ed.pdf> Acesso em 07 de janeiro de 2015.

MACHADO, P. S. X.; **O Direito à Saúde e a Responsabilidade Linear dos Entes Federados.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Direito_a_Saude__Responsabilidade_linear.pdf> Acesso em 07 de janeiro de 2015.

CHIEFFI, A. L.; BARATA, R. C. B.; **Ações judiciais: estratégia da indústria farmacêutica para introdução de novos medicamentos.** Revista de Saúde Pública. Disponível em: <http://cebes.com.br/site/wp-content/uploads/2014/04/ac_oes_judicaisi_RSP.pdf> Acesso em 15 de janeiro de 2015.

SANTOS, J. S.; BLIACHERIENE, A. C.; UETA, J.; **A via judicial para o acesso aos medicamentos e o equilíbrio entre as necessidades e desejos dos usuários, do sistema de saúde e da indústria.** Disponível em: <http://myrtus.uspnet.usp.br/pesqfdrp/portal/noticias/artigo_via_judicial_medicamentos.pdf> Acesso em 15 de janeiro de 2015.

BRASIL, **Conselho federal de Medicina.** Processo Consulta. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/pareceres/CFM/2012/6_2012.pdf> Acesso em 19 de janeiro de 2015.

SIMÕES; A., E., O.; **Câmaras Técnicas como suporte às decisões judiciais em saúde pública: tendências e vulnerabilidade no cenário da judicialização do fornecimento de medicamentos.** Disponível em: <<http://dSPACE.bc.uepb.edu.br:8080/jspui/bitstream/123456789/2784/1/PDF%20->

%20Andrezza%20Eliab%20Oliveira%20Sim%C3%B5es.pdf> Acesso em 21 de janeiro de 2015.

ASCOM/SESAP. Junta Comercial do RN. **Decisões judiciais na área da saúde contarão com assessoramento técnico.** Disponível em: <<http://www.jucern.rn.gov.br/Conteudo.asp?TRAN=ITEM&TARG=48523&ACT=null&PAGE=null&PARM=null&LBL=NOT%C3%8DCIA>> Acesso em 02 de fevereiro de 2015.

AGROS; Instituto UFV de Seguridade Social. **Judicialização da saúde é esclarecida em enunciados do CNJ.** Disponível em: <<http://www.agros.org.br/institucional/noticia/judicializacao-da-saude-e-esclarecida-em-enunciados-do-cnj>> Acesso em 02 de fevereiro de 2015.

Enunciados aprovados na I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça em 15 de maio de 2014 – São Paulo. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENRIA_15_5_14_r.pdf> Acesso em 05 de fevereiro de 2015.

WEBER; Thadeu. **A ideia de um “mínimo existencial” de J. Rawls.** Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-512X2013000100011&script=sci_arttext> Acesso em 10 de março de 2015.

SARLET; I., W.; FIGUEIREDO; M., F.; **Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações.** Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html> Acesso em 10 de março de 2015.

SOUZA, L., D., F., de. **Reserva do possível e o mínimo existencial: embate entre direitos fundamentais e limitações orçamentárias** . In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 116, set 2013. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13621&revista_caderno=4>. Acesso em 02 de abril de 2015.