

# JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE PELA VIA DO ACESSO AO SUS

*Maria Isabel De Matos Rocha<sup>1</sup>*

## 1) INTRODUÇÃO

O direito à saúde surge enunciado na Constituição Federal do Brasil de 1988 como “direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.” Trata-se de um direito fundamental social que deve ser garantido por políticas públicas, e estas são regidas por um arcabouço principiológico presente na Constituição Federal e na Lei n. 8.080, de 19/09/1990 (que criou o Sistema Único de Saúde). A base do financiamento do Sistema Único de Saúde é pública (artigo 195 da Constituição Federal), e opera-se com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

A Emenda Constitucional n. 29/2000 acrescentou dois novos parágrafos ao artigo 198 da Constituição, assegurando percentuais mínimos a serem destinados à saúde, pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. A finalidade é de dar maior estabilidade para os recursos de saúde, consolidando um mecanismo de cofinanciamento das políticas de saúde pelos entes da Federação e de fato ela redundou em breve espaço de tempo em maior grau de concretização desse direito, com maior destinação de recursos para as ações de saúde.

Todavia, em breve tempo, a implementação do SUS passou a enfrentar a problemática de crescente e preocupante judicialização, em virtude de alegado descumprimento desse dever pelos órgãos estatais competentes. E as demandas pela intervenção do Poder Judiciário passaram a pressionar o Poder Executivo, para fornecer ações reparadoras de saúde, com especial peso da demanda por fornecimento de fármacos<sup>2</sup>. Essa demanda vem gerando distorções preocupantes quanto à prescrição de procedimentos, equipamentos e fármacos divergentes dos padronizados e aprovados pelo SUS. Tais pedidos introduzem um ingrediente de insegurança e instabilidade no planejamento de políticas públicas que atendem milhões de pessoas em um sistema padronizado que não se pode limitar a ações reparadoras, mas deve incluir as ações preventivas também.

---

<sup>1</sup> Desembargadora do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul; Mestre em Direito Civil (Ciências Jurídico-Civilísticas) pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (UC), Portugal; Pós-Graduada *Lato Sensu* em Direito e Antropologia Filosófica, pela Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal (UNIDERP), MS; Graduada em Letras (Português-Inglês) pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS), MS.

<sup>2</sup> Tendo como pano de fundo a pressão da indústria farmacêutica sobre os prescritores (em maioria médicos de clínica privada), uma vez que está inserida na lógica de mercado.

Importante assinalar que o acesso universal e igualitário de que trata o artigo 196 da Constituição Federal inclui como corolário obediência ao princípio da gratuidade para o cidadão, estabelecido pelo artigo 43 da Lei Federal n. 8.080/90, o que significa que é o poder público que arca com os ônus do custeio dessas ações de saúde.

Visando a compreensão da temática da racionalização dos recursos limitados do SUS perante a universalização do direito à saúde e conseqüente demanda, têm ocorrido debates que envolvem o sistema público de Saúde e o Poder Judiciário, aproximando profissionais das áreas de Saúde e do Direito que buscam: 1) a compreensão mútua das premissas científicas nas quais ambas as ciências transitam; 2) a atuação articulada do Judiciário como sistema de garantia de Direitos com o Poder Executivo encarregado das Políticas Públicas e da gestão das ações de Saúde, de forma a conciliar os interesses públicos de eficácia e eficiência no fornecimento de ações, com o direito fundamental do cidadão à saúde.

O presente trabalho relata estes diálogos entre o Poder Executivo como planejador e gestor das políticas e ações de saúde da comunidade e dos cidadãos em particular e o Poder Judiciário como garantidor do acesso do cidadão a ações de saúde e os graduais consensos alcançados.

## **2) O CONTEÚDO DO DIREITO À SAÚDE GARANTIDO PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS).**

A dimensão continental do Brasil só por si fala do desafio de proporcionar à população ações integrais de saúde, de forma universal e igualitária. É uma população de cerca de 194 milhões de habitantes, espalhada por 8,5 milhões de quilômetros quadrados, em 5 macrorregiões políticas, em 5.565 municípios, alguns situados em locais de muito difícil acesso. O sistema SUS implementa ações de saúde mediante atuação descentralizada que envolve o Ministério da Saúde e as Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde com a participação e controle da sociedade mediante instâncias colegiadas (conferências e conselhos de saúde) e utilizando-se a ferramenta dos Fundos.

Necessário então precisar o conteúdo do direito à saúde e o conteúdo do correspondente dever do Estado. A Lei n. 8.080/1990 aborda estas duas vertentes da questão: o direito à saúde e o âmbito de atuação do SUS, quando no artigo 2º dispõe que: “a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”<sup>3</sup> e no seu § 1º dispõe que “o dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no

---

<sup>3</sup> Repete o conceito do artigo 196 da Constituição Federal.

estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”. A lei especifica a abrangência da atuação do SUS detalhando ações e serviços de saúde que ele garante.<sup>4</sup>

A questão essencial é delimitar o conteúdo do direito social à saúde, e definir em quais limites se pode exigir do Estado essa prestação do dever de proporcionar esse direito aos cidadãos. REZENDE (in Bliacheriene e Santos, 2010, p. 222 e seguintes) lembra que a saúde tem sido conceituada numa construção social e histórica, desde a ideia simplista de “ausência de doença” até chegar a mais abrangente concepção adotada pela Organização Mundial de Saúde, como um conceito mais positivo de “estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doença ou enfermidade”.

Como lembra BUSS (2000), citado por REZENDE (2012, p. 231), há vários determinantes gerais sobre as condições de saúde (padrão adequado de alimentação, nutrição, habitação, saneamento, boas condições de trabalho, oportunidade de educação, ambiente físico limpo, apoio social a família e indivíduos, estilo de vida responsável e um espectro adequado de cuidados de saúde), por isso a promoção da saúde também se faz mediante ações direcionadas a mudanças nessas condicionantes, visando minimizar seu impacto na saúde pública, como reconhece a Organização Mundial de Saúde.<sup>5</sup> Na promoção da saúde constata-se o papel protagonista dessas determinantes gerais sobre as condições de saúde, como alertam BUSS (2000)<sup>6</sup> e BATISTELLA (2012).

---

<sup>4</sup> Estão elencados no artigo 6º, *in verbis*: a execução de ações de vigilância sanitária; de vigilância epidemiológica; de saúde do trabalhador; e de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica; a participação na formulação da política e na execução de ações de saneamento básico; a ordenação da formação de recursos humanos na área de saúde; a vigilância nutricional e a orientação alimentar; a colaboração na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho; a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção; o controle e a fiscalização de serviços, produtos e substâncias de interesse para a saúde; a fiscalização e a inspeção de alimentos, água e bebidas para consumo humano; a participação no controle e na fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; o incremento, em sua área de atuação, do desenvolvimento científico e tecnológico; a formulação e execução da política de sangue e seus derivados. A lei estabelece ainda como objetivos do sistema de saúde (artigo 5º): a identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde; a formulação de política de saúde destinada a promover, nos campos econômico e social, a observância do disposto no § 1º do art. 2º desta lei; a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas.

<sup>5</sup> Em março de 2005, a OMS criou a Comissão sobre Determinantes Sociais da Saúde (Commission on Social Determinants of Health – CSDH), com o objetivo de promover - em âmbito internacional - uma tomada de consciência sobre a importância dos determinantes sociais na situação de saúde de indivíduos e populações e sobre a necessidade de combater as iniquidades por eles geradas. Cf. a respeito: <http://www.determinantes.fiocruz.br/> e [http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/saudeedeterminantessociais\\_artigo.pdf](http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/saudeedeterminantessociais_artigo.pdf).

<sup>6</sup> Por isso vem ocorrendo a superação do modelo biologicista, medicalizante e prescritivo na reorganização do [modelo de atenção](#) à saúde, que hoje ainda é voltado às ações curativas e assistenciais. Porém um conceito demasiado amplo de saúde pode gerar a transposição da questão do âmbito restrito das políticas de saúde para outros setores. Lefèvre e Lefèvre (2004), citados por Carlos Batistella (2012) alertam para esse perigo: ao afirmar que a saúde é responsabilidade de todos os setores (habitação, emprego, renda, meio ambiente etc), a perspectiva da intersetorialidade esvaziaria a ação específica do setor saúde em detrimento de ações políticas globais com alto grau de generalidade.

Analisaremos a legislação do Brasil visando uma aproximação ao conceito legal do direito a saúde correlacionado com as ações de saúde garantidas pela lei que criou o SUS. O artigo 5º da Lei n. 8.080/1990 afirma que o papel do SUS é a assistência mediante as ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde e o artigo 3º dissipa as últimas dúvidas que pudessem existir sobre a amplitude do conceito de saúde, quando estabelece que a saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País. E a legislação não fica pela enunciação de direitos, mas também prevê ações direcionadas a intervir nesses condicionantes, quando no parágrafo único do mesmo artigo estabelece que “dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, destinam-se a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.”

O Brasil decididamente adotou a missão de definir, implementar e avaliar políticas e programas que possam interferir nessas determinantes.<sup>7</sup> Todavia o peso dessas condicionantes no conceito amplo de saúde não significa que elas foram integradas no conceito do núcleo essencial de ações de saúde de financiamento prioritário do SUS. Isso ficou bem claro na recente LC n. 141 /2012, que excluiu expressamente as despesas que dizem respeito a muitas dessas determinantes do rol das ações de saúde a serem financiadas por receitas vinculadas obrigatoriamente.<sup>8</sup> Concluimos que no Brasil a Constituição de 1988 e o legislador ordinário conferiram alcance significativamente amplo ao conceito de saúde, nele incluindo as citadas condicionantes<sup>9</sup>, mas deixaram de fixar o núcleo básico do sistema (o conjunto de ações e serviços públicos) a ser mantido com os recursos do piso constitucional, e assim as ações do SUS consideradas de saúde integram um campo mais delimitado, sobretudo aquelas que são financiadas por destinações obrigatórias de receitas.

A definição desse núcleo básico vai-se mostrar relevante quando as primeiras divergências de entendimento conduziram à judicialização de tal questão, e isto ocorreu quando os

---

<sup>7</sup> Para identificá-las, o Brasil criou a Comissão Nacional dos Determinantes Sociais da Saúde, visando produzir conhecimentos sobre estas questões (CNDSS, 2008). Esses dados podem implementar decisões, como por exemplo a do Programa de Saúde da Família (PSF), que é uma das mais importantes estratégias nessa direção.

<sup>8</sup> Assim dispõe a LC n. 141 /2012, art. 4º: Não constituirão despesas com ações e serviços públicos de saúde, para fins de apuração dos percentuais mínimos de que trata esta Lei Complementar, aquelas decorrentes de: I - pagamento de aposentadorias e pensões, inclusive dos servidores da saúde; II - pessoal ativo da área de saúde quando em atividade alheia à referida área; III - assistência à saúde que não atenda ao princípio de acesso universal; IV - merenda escolar e outros programas de alimentação, ainda que executados em unidades do SUS, ressaltando-se o disposto no inciso II do art. 3º; V - saneamento básico, inclusive quanto às ações financiadas e mantidas com recursos provenientes de taxas, tarifas ou preços públicos instituídos para essa finalidade; VI - limpeza urbana e remoção de resíduos; VII - preservação e correção do meio ambiente, realizadas pelos órgãos de meio ambiente dos entes da Federação ou por entidades não governamentais; VIII - ações de assistência social; IX - obras de infraestrutura, ainda que realizadas para beneficiar direta ou indiretamente a rede de saúde; e X - ações e serviços públicos de saúde custeados com recursos distintos dos especificados na base de cálculo definida nesta Lei Complementar ou vinculados a fundos específicos distintos daqueles da saúde.

<sup>9</sup> Artigo 196 da Constituição Federal e artigo 3º da Lei n. 8.080/1990.

gestores do SUS passaram a reclamar a ponderação de outros aspectos legais aos quais está sujeita a Administração Pública (e assim as ações do SUS). MARRARA e NUNES (2010, p. 82 e 84) falam na “indefinição conceitual dos direitos sociais e do direito à saúde”, e no seu conteúdo por demais aberto, que precisaria ser balizado por especificação legislativa no tocante às prestações devidas pelo Estado, já que, segundo SARLET (2001), a Constituição não definiu essas prestações de saúde devidas pelo Estado. MARRARA e NUNES (2010), citando RAMOS (2005), afirmam que essas prestações deveriam resguardar o nível de um mínimo vital para proteger a vida humana. Justificam que a Constituição não pode ter sua eficácia injustificadamente negada, porém as prestações devidas “não podem ser vistas como tudo ou qualquer coisa que se destine a gerar bem-estar físico, mental e social a cada indivíduo, sob pena de distorcer todo o conjunto de políticas públicas”. Segundo estes autores (2010, p.85):

“Entre esses dois parâmetros, a interpretação mais equilibrada, sob o ponto de vista lógico e teleológico do art. 196, conduz à conclusão de que o direito à saúde gera um direito a prestações básicas e vitais, e não a quaisquer prestações que possam ter por resultado, direto ou indireto, próximo ou remoto, uma melhoria do bem-estar individual. As prestações estatais serão, pois, concedidas conforme a delimitação das políticas de saúde pelo Executivo e pelo Legislativo em respeito aos princípios constitucionais em geral.”

E em nota importante assinalam:

“O desenvolvimento de políticas de saúde não se encontra balizado apenas pelos princípios constantes dos arts. 196 ss da Carta Magna. Na verdade, outros princípios que regem a atividade legislativa e administrativa também merecem consideração, entre eles os objetivos maiores do Estado, previstos no art. 3º da Constituição, os princípios da administração pública, previstos no art. 37, caput, e os princípios da ordem econômica, previstos no art. 170.”

Ao concluir, afirmam que o direito à saúde previsto no artigo 6º da Constituição não significa o reconhecimento de qualquer tipo de direito subjetivo, pois existe um “núcleo essencial do direito à saúde”, e o desdobramento desse direito depende da atuação do Legislativo e do Executivo, devendo o Judiciário intervir nas situações de negação de eficácia ao mínimo necessário à saúde.

### 3) **O FINANCIAMENTO DO SISTEMA DE SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL**

O que ficou exposto nos encaminha para a percepção do resultado previsível: ocorreu a judicialização da questão da garantia do direito às prestações de saúde. O Judiciário, instado a mediar o conflito, abandonou a inicial posição de distanciamento (que considerava as normas relativas ao direito à saúde como normas programáticas) para chegar a um forte ativismo, impondo ao Estado o modo como deveria ser concretizado este direito. Os casos mais frequentes de

intervenção judicial são os de concessão de medicamentos e oferecimento de leitos hospitalares e internações.<sup>10</sup> As políticas gerais realizam a macro-justiça (Legislativo e Executivo fazem escolhas alocativas de recursos de modo que algumas pessoas serão atendidas e outras não, com base em critérios políticos) e o Judiciário faz a justiça do caso concreto às partes determinadas e obedece à isonomia (deve valer para todos que estão ou possam vir a estar em situação similar). Pela repetição de casos, pode gerar pressão para política pública específica (a demanda constante pode gerar oferta da política).<sup>11</sup>

A judicialização ocorreu na medida das omissões do Legislativo ou do Executivo, para afirmar a eficácia plena desse direito e sua aplicação imediata, independentemente de qualquer norma regulamentadora (CF, art. 5º, § 1º), e assim fez na defesa dos indivíduos que não tinham acesso à atuação política necessária para influenciar nas políticas públicas. Claro que isso gerou e gera consequências econômico-financeiras de graves proporções, pois as prestações estatais positivas custam caro. Todos os direitos demandam custos para sua efetivação, os direitos de defesa, indiretamente, os direitos sociais, diretamente. Na verdade, todo o direito é prestacional, e gera despesa, pois implica custos em estruturas para que funcione.

O direito à saúde, segundo o caráter predominante de sua natureza, é um direito prestacional ou de promoção, demanda regulamentação e prestação, tanto a prestação em sentido estrito (p. ex. o direito ao tratamento em hospitais, e a medicamentos) como em sentido amplo (como o direito à edição de leis que regulamentem o Sistema Único de Saúde). É um direito social prestacional, promove igualdade e solidariedade, com redistribuição dos recursos existentes. Realiza-se por meio de políticas públicas, orientadas pelo princípio estruturante de solidariedade social. E isso nos conduz a refletir sobre uma questão prática relevante: quanto custa efetivar o direito à saúde? E se ele for buscado pela via judicial?

O pleito de milhões de pessoas trouxe um ônus financeiro adicional e inesperado aos gestores públicos obrigados a cumprir ordens judiciais, pois esses custos não estavam previstos nas políticas públicas. Os processos judiciais passaram a ser local de contraposição de direitos individuais em face da esfera de elaboração de políticas públicas e ao espaço de gestão de recursos financeiros escassos.

Para se entender o peso financeiro das ordens judiciais, vale comentar sobre o universo de ações de saúde do SUS e seu custo, e como se processa no dia a dia a execução financeira dessas ações, mesmo sem a pressão de ordens judiciais. Estamos falando de um universo grandioso de muitos milhões de procedimentos e atendimentos médicos a cada ano, chegando a

---

<sup>10</sup> Decisão do STJ: RT 750/221.

<sup>11</sup> Nos anos 90 se assistiu a um ativismo judicial (na maioria das ações o Estado pedia o fornecimento de medicamentos para AIDS, mas, após o fornecimento gratuito, isso se estendeu a outras doenças).

mais de um bilhão por ano no caso de procedimentos de atenção primária à saúde. Dados impressionantes foram recolhidos pelo Grupo de Trabalho da Saúde do Ministério Público Federal e de sua Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão e estão divulgados em Manual sobre o Financiamento da Saúde e sobre a efetivação dos princípios constitucionais de funcionamento do SUS e o financiamento da saúde (2008).<sup>12</sup>

No Manual consta que, considerando a população brasileira de 2006 estimada em 186,7 milhões, o gasto total com saúde, por brasileiro/ano, foi de R\$ 936,00 em 2006. Trata-se de recursos financeiros consideráveis, pois o SUS tem sua ação estendida a mais de 5,8 mil hospitais, 60 mil unidades ambulatoriais e 500 mil leitos (entre públicos e privados contratados) e a cada ano financia, em média, 12 milhões de internações, 1,4 bilhão de procedimentos ambulatoriais, 44 milhões de consultas especializadas e 250 milhões de consultas básicas.

O financiamento deste sistema gigantesco de atendimento se faz mediante a alocação dos recursos federais, em cinco blocos que mostram a variedade da atuação do SUS.<sup>13</sup> Cada um desses blocos contempla variadas ações, e localizamos em quase todos eles a questão do fornecimento de medicamentos, que responde por grande parte dos pleitos judiciais.<sup>14</sup>

A saúde tem merecido políticas mais atentas e recursos mais direcionados, redundando em resultados melhores nos indicadores de saúde, sobretudo na última década. O Financiamento da Saúde Pública recebeu apoio considerável com a Emenda Constitucional 29/2000, que visou elevar o patamar do gasto federal com saúde e elevar a participação dos demais entes públicos no financiamento do SUS. Para os Estados o percentual destinado à saúde passou a ser de 12% da receita de impostos e transferências e para os Municípios o percentual passou a ser de 15%.

SAKURAI, TONETO JÚNIOR e GREMAUD (2010, p. 5-9) analisaram os dados do Sistema de Informações sobre Orçamentos Públicos em Saúde (SIOPS) do Ministério da Saúde<sup>15</sup>

<sup>12</sup> Ali se informa sobre os serviços prestados em 2004, 2005 e 2006 pelo SUS pelos três entes da Federação: 1 bilhão de procedimentos de atenção primária à saúde em 2006; 132 milhões de atendimentos de alta complexidade em 2006; 12 milhões de internações hospitalares (mais de 80% de todas as internações do País); 2 milhões e 600 mil partos e 660 mil cesarianas em 2006; 74,34 milhões de vacinas aplicadas em 2006; 300 milhões de exames laboratoriais em 2006; atuação de 24,6 mil equipes de Saúde de Família em 4,9 mil municípios, em 2005; atuação de 208 mil Agentes Comunitários de Saúde em 5,2 mil municípios em 2005; todas as ações de vigilância epidemiológica contra as endemias e epidemias; todas as ações de vigilância sanitária de alimentos; programas de controle de todas as endemias, como a tuberculose, malária, dengue, hanseníase, Aids, mal de Chagas e outras; realização de 85% dos procedimentos de alta complexidade e custo no País. transplantes realizados em 2006 – 14,5 mil; diárias de UTI em 2004 – 2,4 milhões; cirurgias cardíacas em 2005 – 83 mil; tomografias em 2004 – 1,06 milhão; neurocirurgias, ressonância, medicina nuclear e outros. Administração do “plano” (“clientela” – Censo de 2006 – 186,7 milhões de brasileiros – toda a população). Fonte: MS-SPO – MS-Siops – ANS – IBGE-POF (estudo Gilson Carvalho).

<sup>13</sup> Os blocos de financiamento para o custeio são: atenção básica/primária; atenção de média e alta complexidade; vigilância em saúde; assistência farmacêutica; gestão do SUS.

<sup>14</sup> O Bloco da Assistência Farmacêutica só por si contém vários componentes: o Componente Básico da Assistência Farmacêutica; o Componente Estratégico da Assistência Farmacêutica; o Componente Medicamentos de Dispensação em caráter excepcional e o Componente de Organização da Assistência Farmacêutica.

<sup>15</sup> Disponível em: <http://siops.datasus.gov.br>.

para relatar os impactos da citada Emenda Constitucional na execução orçamentária de Estados e Municípios em saúde, entre os anos 2002 e 2008, concluindo que os gastos dos Estados com saúde tiveram aumentos significativos nessa década, com convergência dos valores aos índices definidos pelo governo, chegando à casa dos 13% em 2008. O mesmo se observou com os gastos dos Municípios, e nestes uma diminuição de heterogeneidade entre Municípios de Estados diferentes. Concluíram que os municípios de praticamente todas as unidades da Federação apresentaram em 2008 valores superiores aos observados no início da década.

Recentemente adveio a Lei Complementar n. 141 de 13/01/2012, que regulamentou o § 3º do artigo 198 da Constituição Federal, que estabeleceu os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde e fixou essas receitas mínimas para a saúde.<sup>16</sup> A lei veio restringir o financiamento de Despesas de Saúde, excluindo algumas despesas de saúde de serem computadas no piso constitucional. A regulamentação da EC n. 29/00 não buscou apenas fixar (ou revisar) os percentuais de vinculação de recursos do setor e estabelecer critérios de rateio e de fiscalização, mas pretendeu também reduzir a subjetividade quanto à definição das “ações e serviços de saúde” para fins de piso constitucional, com a fixação das ações financiáveis com a vinculação constitucional.

Trata-se de dois aspectos fundamentais, pois o estabelecimento do percentual mínimo de aplicação garante recursos mínimos, mas é relevante a definição de “quais ações e serviços públicos” serão considerados para cumprimento da EC n. 29/2000. A lei complementar detalha no artigo 3º quais serão as ações merecedoras de financiamento por serem as despesas essenciais para a manutenção do Sistema Único<sup>17</sup> e afasta outras despesas desse financiamento, de modo expreso,

<sup>16</sup> Artigo 5º: A União aplicará, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, o montante correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, apurado nos termos desta Lei Complementar, acrescido de, no mínimo, o percentual correspondente à variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB) ocorrida no ano anterior ao da lei orçamentária anual. (...) § 2º Em caso de variação negativa do PIB, o valor de que trata o caput não poderá ser reduzido, em termos nominais, de um exercício financeiro para o outro. Art. 6º Os Estados e o Distrito Federal aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 12% (doze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o [art. 155](#) e dos recursos de que tratam o [art. 157](#), a [alínea “a” do inciso I](#) e o [inciso II do caput do art. 159, todos da Constituição Federal](#), deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios. Art. 7º Os Municípios e o Distrito Federal aplicarão anualmente em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 15% (quinze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o [art. 156](#) e dos recursos de que tratam o [art. 158](#) e a [alínea “b” do inciso I do caput](#) e o [§ 3º do art. 159, todos da Constituição Federal](#). (...) Art. 8º O Distrito Federal aplicará, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 12% (doze por cento) do produto da arrecadação direta dos impostos que não possam ser segregados em base estadual e em base municipal.

<sup>17</sup> O artigo 3º define quais são as despesas com ações e serviços públicos de saúde para efeito da apuração da aplicação dos recursos mínimos aqui estabelecidos, remetendo à observância das disposições do [artigo 200 da Constituição Federal](#), do [artigo 6º da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990](#), e do art. 2º desta Lei Complementar. Essas ações serão: I - vigilância em saúde, incluindo a epidemiológica e a sanitária; II - atenção integral e universal à saúde em todos os níveis de complexidade, incluindo assistência terapêutica e recuperação de deficiências nutricionais; III - capacitação do pessoal de saúde do Sistema Único de Saúde (SUS); IV - desenvolvimento científico e tecnológico e controle de qualidade promovidos



em seu artigo 4º. Vê-se assim a relevância desse conceito de saúde e de abrangência das ações de saúde garantidas pelo SUS, pois o financiamento dessas despesas significa uma parte expressiva das receitas públicas. A propósito, vale citar o entendimento do Manual sobre Financiamento da Saúde do MPF (2008). Apesar de anterior à LC n. 141/2012, que expressamente referendou nesses termos, no artigo 4º o Manual afirmava que não se podem entender como ações de saúde algumas que têm a ver com condicionantes de saúde, tal como acima elencadas.<sup>18</sup> Esta nova legislação abre portas a questões ainda mais complexas, pois haverá necessidade de fixar regras, diretrizes e condições para identificação das despesas a serem consideradas para fins do piso constitucional. Se esta questão já é complexa, imagine-se como se complica ainda mais perante a judicialização.

#### **4) A JUDICIALIZAÇÃO DO ACESSO À SAÚDE COMO FATOR QUE INTERFERE NA VERTENTE FINANCEIRA DA POLÍTICA DA SAÚDE**

O desenvolvimento da medicina só por si já é gerador de maiores gastos com a adoção de novas tecnologias e incorporação de novos tratamentos e fármacos. Mas recentemente a situação se agravou, do ponto de vista dos gastos, com a judicialização da saúde. Os impactos deste fenômeno são quantificados por NUNES (2010, p. 145):

“Dados do Ministério da Saúde mostram que os custos com medicamentos liberados, por essa via, cresceram no último triênio mais de 500%. Em 2005, foram 387 ações, enquanto em 2008 foram 2006 ações, e assim o orçamento da Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde, destinado a

---

por instituições do SUS; V - produção, aquisição e distribuição de insumos específicos dos serviços de saúde do SUS, tais como: imunobiológicos, sangue e hemoderivados, medicamentos e equipamentos médico-odontológicos; VI - saneamento básico de domicílios ou de pequenas comunidades, desde que seja aprovado pelo Conselho de Saúde do ente da Federação financiador da ação e esteja de acordo com as diretrizes das demais determinações previstas nesta Lei Complementar; VII - saneamento básico dos distritos sanitários especiais indígenas e de comunidades remanescentes de quilombos; VIII - manejo ambiental vinculado diretamente ao controle de vetores de doenças; IX - investimento na rede física do SUS, incluindo a execução de obras de recuperação, reforma, ampliação e construção de estabelecimentos públicos de saúde; X - remuneração do pessoal ativo da área de saúde em atividade nas ações de que trata este artigo, incluindo os encargos sociais; XI - ações de apoio administrativo realizadas pelas instituições públicas do SUS e imprescindíveis à execução das ações e serviços públicos de saúde; e XII - gestão do sistema público de saúde e operação de unidades prestadoras de serviços públicos de saúde.

<sup>18</sup> Cita-se o Manual: “Também não se podem considerar como ações e serviços públicos de saúde os gastos públicos com os chamados fatores determinantes e condicionantes da saúde pelo art. 3º da Lei n. 8.080/1990, pois, se condicionam a saúde, com ela não se confundem. Ademais, prevalecendo o entendimento de que tais fatores se confundem com ações e serviços públicos de saúde para fins de implementação da Emenda Também não se podem considerar como ações e serviços públicos de saúde os gastos públicos com os chamados fatores determinantes e condicionantes da saúde pelo art. 3º da Lei n. 8.080/1990, pois, se condicionam a saúde, com ela não se confundem. Ademais, prevalecendo o entendimento de que tais fatores se confundem com ações e serviços públicos de saúde para fins de implementação da Emenda Constitucional n. 29/2000, haverá um completo esvaziamento da reserva constitucional estabelecida em favor do direito à saúde, pois entre os fatores condicionantes encontram-se praticamente todos os direitos sociais, de modo que o orçamento destinado à saúde serviria, a prevalecer tal entendimento, a todas as políticas sociais do governo. A toda evidência, política de geração de emprego e renda, política habitacional e investimentos em escolas não são ações e serviços públicos de saúde. Não obstante, assim como a alimentação, também o trabalho, a renda, a moradia e a educação estão elencados como fatores condicionantes da saúde.”

atender a sentenças judiciais, aumentou cerca de 30 vezes, indo de R\$ 2,5 milhões em 2005 para R\$ 67,6 milhões em 2008, sendo que, somente até maio de 2009, foram liberados mais de R\$ 58,5 milhões dos recursos para esse fim. Tal fenômeno conta com defensores e críticos e entre estes, obviamente, está o poder público, apontando como queixas a priorização do tratamento individualizado em detrimento do coletivo, os valores mais altos pagos por medicamentos comprados visando atender a demandas individuais e o desrespeito a consensos e protocolos terapêuticos.”

O alto custo dos medicamentos pedidos em ações judiciais causa distorção nos recursos orçamentários do SUS, sobretudo em pequenos municípios que veem seus orçamentos fragilizados.

Também deve se reconhecer que, apesar de o acesso universal ser um direito, certas decisões privilegiando certos indivíduos não respeitam plenamente o princípio de equidade na sua vertente vertical, que seria o tratamento desigual de indivíduos em situações de saúde distintas. É que, à luz dos princípios constitucionais, há de se concluir que as populações empobrecidas e mais vulneráveis a danos à saúde merecem prioridade nas políticas de saúde. Isto deriva da Constituição Federal quando enuncia os seguintes princípios: “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, “erradicar a pobreza e a marginalização”, “reduzir as desigualdades sociais e regionais”, “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.<sup>19</sup>

Perante os princípios da redistribuição da renda, da solidariedade orçamentária para inclusão social e da gratuidade,<sup>20</sup> ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana, o fornecimento de produtos e serviços a pessoas que não estão em situação de exclusão social é capaz de desequilibrar essa desejada equidade. SOUZA, SANTOS e UETA (2010, p. 166) citam estudo de MARQUES e DALLARI (2007) que analisaram processos judiciais para fornecimento de medicamentos nos anos de 1997 a 2004 e concluíram que o Estado de São Paulo foi condenado em 96,4% dos casos, o que mostra tendência generalizada do Poder Judiciário de atender aos pedidos dos pacientes. Costuma dizer-se que saúde não tem preço, mas ela tem custo, e custo alto. A judicialização da questão traz ao meio jurídico uma noção desse custo e do impacto do fenômeno.

NUNES (2010, p. 145) relata dados do Ministério da Saúde que mostram crescimento dos custos com medicamentos fornecidos pela via judicial: cresceram no último triênio mais de 500%<sup>21</sup>, o que preocupa, pois, mesmo sendo relevante a questão dos fármacos, não devem as ações de saúde se reduzir a esse segmento, se a promoção da saúde supõe variadas e amplas ações em

<sup>19</sup> Artigo 1º, inciso III, e artigo 3º e incisos I a IV da Constituição Federal.

<sup>20</sup> Artigo 208, inciso I da Constituição Federal.

<sup>21</sup> Relata que em 2005 foram 387 ações enquanto em 2008 foram 2006 ações, e assim o orçamento da Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde, destinado a atender a sentenças judiciais, aumentou cerca de 30 vezes, indo de R\$ 2,5 milhões em 2005 para R\$ 67,6 milhões em 2008, sendo que, somente até maio de 2009, foram liberados mais de R\$ 58,5 milhões dos recursos para esse fim.

diversificadas vertentes. A judicialização focada neste ponto pode ser desequilibradora quando privilegia a assistência farmacêutica reparadora, curativa.

DEL NERO CR, OTAVIO CLARK e DENIZAER VIANNA (2012, p. 121) assinalam que as decisões judiciais que desconsiderem o aspecto financeiro arriscam a viabilidade do sistema<sup>22</sup>. Os autores comentam que as escolhas entre alternativas envolvem *trade-offs*, já que optar por gastar mais em alguma coisa nos deixa com menos para gastar em outra, como tal os *trade-offs* são consequência da escassez e limitação dos recursos na sociedade, exigindo as melhores escolhas. Para isso é necessário ter informações, pois as escolhas determinarão a distribuição de riquezas na sociedade. A decisão judicial, quando por vezes substitui uma opção de política de saúde, deveria fazer isso baseada em completas informações médicas e ponderações econômicas, o que nem sempre é feito, sobretudo em decisões antecipadas. Esta problemática existe em todo o mundo: os países discutem hoje os seus sistemas de saúde para garantir-lhes qualidade mínima, acesso com mínima restrição e com custo máximo suportável pela sociedade.

As demandas cresceram com a transição demográfica, a melhoria de condições de vida, as crescentes opções de tratamentos cada vez mais sofisticados, o aumento da expectativa de vida, a proporção crescente de idosos (usuários crônicos do sistema), a transição epidemiológica com novas doenças (como doenças cardiovasculares, câncer), demandando que os serviços atendam grupos diversificados sem privilegiar um em detrimento de outro. Isto gerou a necessidade de avaliação de tecnologias em saúde que inclui a análise dos custos econômicos envolvidos.

Fundamentos igualitarista e solidário, fundamentos racionalizadores e poupadores de custos, construções tecnocráticas ou sociais, enfoque em cidadania ou em grupos vulneráveis, são algumas das influências sociais, políticas e culturais que compõem os conflituosos elementos ideológicos e conceituais que estão presentes na formulação da política central de governo, e todos eles têm subjacente a questão da avaliação econômica em saúde, que é o estudo de estratégias ou intervenções que comparem seus custos e seus ganhos de saúde. Não há dificuldade na escolha quando uma tecnologia ou intervenção custa menos e proporciona maior ganho do que outra, mas muitas vezes há que optar por um “ganha-perde” (produz-me mais saúde com mais recursos, ou

---

<sup>22</sup> Os autores citaram como exemplo uma decisão judicial em 2005 que obrigou o Estado de São Paulo a pagar por um medicamento importado de alto custo para um paciente com câncer de pulmão, e o juiz alegou que o custo de R\$ 23.000,00 não teria o poder de pôr em risco o sistema e determinou em decisão liminar o fornecimento. Porém, o fato é que, se fosse oferecido a todos os pacientes com câncer de pulmão no Estado, o medicamento redundaria em despesa de R\$ 159.000.000,00, que equivaliam ao dobro do repasse do Ministério da Saúde para atenção básica à saúde, e, por outro lado, o medicamento teve antes da liminar, o registro negado no Brasil, por não ser melhor que um placebo.

produz-se menos saúde com menor custo), o que implica analisar se o ganho adicional compensa a perda adicional, em cada caso.<sup>23</sup>

Assim, a decisão do Poder Judiciário é um controle que exige conhecimento do contexto das políticas públicas, e atenção à questão levantada pelos gestores da saúde sobre a possibilidade de decisões judiciais gerarem desequilíbrios orçamentários e de gestão.

Não se pode simplistamente e seria inócuo concluir se a judicialização foi ou é um mal, já que ela é algo que deriva do sistema constitucional e como tal se sustenta. Não se pode demonizar a judicialização, pois, por um lado, o Judiciário não pode negar a resposta judicial, e, por outro lado, as demandas mostraram fragilidades e distorções do funcionamento do SUS e a resposta do Judiciário acabou gerando maior oferta da política de saúde, perante tais deficiências do SUS. (como a falta de atualização de medicamentos dispensados gratuitamente, a demora do registro de medicamentos no órgão de fiscalização nacional, e indefinição dos destinatários do serviço de saúde, a dificuldade de identificação do ente federativo responsável pela prestação).

MARRARA e NUNES (2012, p. 87-89) asinalam como pontos positivos da judicialização: 1) ela concretiza o direito social garantindo a prestação; 2) controla e desestimula o mau funcionamento do Estado, coibindo erros, ilegalidades, omissões, desorganização, 3) coíbe a falta de investimentos no setor; 4) impede o retrocesso social, garantindo direitos já conquistados.

Eles também citam pontos negativos: 1) o prejuízo à macrojustiça (desenvolvimento pelo conjunto de políticas) causado pela microjustiça (justiça do caso concreto), 2) a substituição de decisões técnicas do Poder Legislativo e Executivo por decisões judiciais superficiais e por vezes até monocráticas (embora isto possa ser minimizado por uma boa instrução judicial); 3) o desrespeito à reserva do possível e ao orçamento (que, porém, há de ser limitado pela necessidade de se garantirem direitos subjetivos mínimos do cidadão); 4) a violação da harmonia entre os poderes.

## 5) CAMINHOS PARA EQUACIONAMENTO DOS DIREITOS EM JOGO E A CONSTRUÇÃO DE VIAS DE SOLUÇÃO

A judicialização surge com maior acuidade perante a questão financeira do custo envolvido em ações de saúde, já que a negativa ou omissão de fornecimento de ações e serviços na esfera administrativa pode ter subjacentes os reflexos econômicos envolvidos. A judicialização trouxe contributos importantes, apontando hoje critérios que ajudam na busca do equilíbrio dos

---

<sup>23</sup> Para maior informação sobre a questão, vale ler o capítulo “Economia da Saúde e sua inserção no sistema de saúde”, de Marcos Bosi Ferraz (In: BLIACHERIENE, A. P.; SANTOS, J. S. (Org.) *Direito à Vida e à Saúde: Impactos Orçamentário e Judicial*. São Paulo: Atlas, 2010. Capítulo 10, p. 128-142).

Poderes, norteando para um ideal de redução da judicialização de políticas, com a valorização de outros caminhos para realizar o direito à saúde.

Relevante nesse sentido foi a recente decisão do STF na Suspensão de Segurança 3.941, em março de 2012, que aponta critérios para o julgamento de demandas individuais de fornecimento de medicamentos<sup>24</sup>, exigindo exame da situação do cidadão e apreciação da motivação do Estado para a não oferta de bem, ou serviço de saúde. O primeiro critério demanda verificar se a prestação estatal já consta das políticas públicas do SUS ou não; caso positivo, o Judiciário apenas determinará cumprir-se essa política, em face da omissão; caso negativo, será preciso verificar-se se há omissão legislativa ou administrativa ou se há vedação legal. E o segundo critério impõe avaliar a motivação para não se fornecer a prestação, com relevância para a justificação ligada à medicina baseada em evidências.

A este propósito, cumpre comentar sobre a controvérsia quanto à “reserva do possível” contraposta à “intangibilidade do mínimo existencial”, que se agudiza nos casos das chamadas “escolhas trágicas”. Quanto a isso já possuímos decisões do STF privilegiando a garantia constitucional do mínimo existencial, que representa emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana.<sup>25</sup>

SOUZA, SANTOS, UETA (2010, p.172-173) apontam parâmetros a considerar na apreciação das demandas judiciais: 1) a prescrição do medicamento por princípio ativo (atendendo a determinação da Lei 9.787/99 de indicar a DCB ou a DCI<sup>26</sup>); 2) a existência de registro do medicamento na Anvisa; 3) a pertinência da prescrição no tratamento do paciente; 4) a inserção nas listagens dos Programas de assistência farmacêutica do SUS; 5) a adoção do instrumento processual

<sup>24</sup> SS 3.941/DF – Distrito Federal, Rel. Mins. Gilmar Mendes, j. em 23-3-2012, DJe 057, pub. 30-3-2010.

<sup>25</sup> Cf. a propósito decisão do STF no ARE 639337 AgR / SP - SÃO PAULO, AG.REG. no Recurso Extraordinário com agravo, Relator Min. CELSO DE MELLO, Julgamento em 23/08/2011, pela Segunda Turma. **O acórdão aborda a controvérsia pertinente à “reserva do possível relacionada com a intangibilidade do mínimo existencial”, na chamada questão das “escolhas trágicas”, derivada do conflito entre a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional e a implementação de direitos sociais constitucionais podem resultar contextos de antagonismo que impõem ao Estado, superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes. O Poder Público, perante esse dilema causado pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, é chamado a verdadeiras “escolhas trágicas”, mas o STF orienta que deve fazê-lo em decisão governamental fundada na dignidade da pessoa humana, respeitando a intangibilidade do mínimo existencial. A cláusula da reserva do possível não poderá assim – diz o STF – ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição pois a garantia constitucional do mínimo existencial é emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. O STF conceitua o “mínimo existencial”, que resulta da Constituição (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), em um complexo de prerrogativas cuja concretização garantirá condições adequadas de existência digna à pessoa e o acesso a prestações positivas que assegurem plena fruição de direitos sociais básicos, entre eles o da saúde.**

Ainda nesta decisão, o STF proclamou o princípio da proibição do retrocesso em tema de direitos fundamentais de caráter social, evitando que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela sociedade, significando que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, não devem depois ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado.

<sup>26</sup> Denominação Comum Brasileira e Denominação Comum Internacional.

adequado, analisando a adequação ou não das vias de ação civil pública ou do mandado de segurança assim como o deferimento de tutelas antecipadas e liminares.

Os mesmos autores lembram a importância da colaboração dos setores especializados da área médica e farmacêutica neste desiderato e a utilidade de os gestores promoverem a instalação de câmaras especializadas para dar suporte ao Judiciário, de comitês interinstitucionais para subsidiar a solução das demandas judiciais, bem como relatam acordos de cooperação entre Defensorias e Procuradorias Gerais de vários Municípios e Estados.<sup>27</sup>

Nos últimos anos, perante as reivindicações dos gestores para que fossem ouvidos antes da concessão de provimentos judiciais de urgência e perante o seu pleito sobre a necessidade de prestigiar sua capacidade gerencial e as políticas públicas existentes, o tema mereceu maior atenção, chegando a ser discutido na Audiência Pública n. 4, realizada pelo Supremo Tribunal Federal para discutir as questões das demandas judiciais por prestações de saúde. Como um dos resultados dessa mobilização, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) emitiu a Recomendação n. 31, de 30/03/2010, com sugestões direcionadas a tribunais, aos operadores do direito e às Escolas de Magistrados.

Dentre elas, destaca-se a celebração de convênios pelos tribunais para disponibilizar apoio técnico composto por médicos e farmacêuticos para auxiliar os magistrados em demandas judiciais relativas à saúde; a orientação das corregedorias aos magistrados para: - instruírem as ações com relatórios médicos, com descrição da doença, inclusive CID, contendo prescrição de medicamentos, com denominação genérica ou princípio ativo, produtos, órteses, próteses e insumos em geral, com posologia exata; - evitarem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA, ou em fase experimental - ouvirem preferencialmente por meio eletrônico, os gestores, antes da apreciação de medidas de urgência; - verificarem perante a Comissão Nacional de Ética em Pesquisas (CONEP), se os requerentes fazem parte de programas de pesquisa experimental dos laboratórios, caso em que estes devem assumir a continuidade do tratamento; - incluírem a legislação de direito sanitário como matéria no programa de direito administrativo dos concursos para ingresso na magistratura; - promoverem visitas dos magistrados aos Conselhos Municipais e Estaduais de Saúde, bem como às unidades de saúde pública ou conveniadas dispensários de medicamentos e a hospitais habilitados como Unidades ou Centros de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia (UNACONs ou CACONs).

---

<sup>27</sup> Eles relatam exemplo da Vara de Fazenda Pública de Araraquara (SP) que se socorre de uma Comissão de Análise de Medicamentos e outros Insumos, para onde o juiz encaminha ofício com formulário solicitando emissão de parecer técnico. Eles relatam ainda iniciativas do Ministério da Saúde para implantar comitês interinstitucionais para subsidiar a solução das demandas judiciais,

Também consta recomendação para as Escolas de Magistratura <sup>28</sup> incluírem o direito sanitário nos programas dos cursos de formação, vitaliciamento e aperfeiçoamento de magistrados e promovam seminários para estudo do tema, congregando magistrados, membros do ministério público e gestores, para propiciar maior entrosamento sobre a matéria.

O Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul implantou a Câmara Técnica em Saúde – CATES<sup>29</sup>, como uma instância colegiada, de natureza consultiva, com finalidade de assessorar o Poder Judiciário Estadual, com informações técnicas, nas demandas relativas ao fornecimento de medicamentos, exames, internações e demais tratamentos em face do Sistema Único de Saúde (SUS). A entidade tem composição definida no convênio entre o Estado do Mato Grosso do Sul, Município de Campo Grande e o Tribunal de Justiça do Estado, e são basicamente profissionais da área de saúde que têm mandato por dois anos, podendo ser reconduzidos.

A sua atribuição é manifestar-se previamente em todas as ações judiciais distribuídas perante o Poder Judiciário Estadual, onde se demande prestações de saúde em face do Sistema Único de Saúde (SUS). A CATES tem dinâmica de trabalhos muito ágil, visando a celeridade, funcionalidade e eficácia, com uso de meios eletrônicos de comunicação, dando respostas em prazos curtos e funcionando inclusive em plantões forenses<sup>30</sup>.

O Parecer Técnico da CATES será assinado por pelo menos 02 (dois) membros do CATES, um dos quais médico, exceto nos plantões quando apenas um dos membros poderá assiná-lo. Ele deverá ser elaborado de acordo com critérios da Medicina Baseada em Evidências, entendendo-se esta como aquela que integra as melhores evidências de pesquisa em relação à enfermidade do paciente. O regulamento estabelece que as deliberações da CATES deverão abordar, no mínimo, os seguintes pontos: 1) informações sobre a enfermidade ou problema de saúde, com indicação do CID que acomete o requerente da ação judicial; 2) tratamentos possíveis e tratamentos realizados; 3) informações sobre o(s) medicamento(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; 4) tratando-se de medicamento, deverá referir-se também a classe medicamentosa do fármaco e seu registro na ANVISA; 5) se há risco iminente à vida do paciente; 6) se o paciente está

---

<sup>28</sup> A Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (ENAMAT) e as Escolas de Magistratura Federais e Estaduais.

<sup>29</sup> A Portaria n. 288, de 26/01/2011 aprovou o Regimento Interno da CATES.

<sup>30</sup> O seu funcionamento ocorre da seguinte forma: distribuída a ação, uma cópia desta será automaticamente remetida à CATES, de forma eletrônica ou documental; recebida a ação na CATES, o servidor administrativo auxiliar, organizará a distribuição dos serviços, verificando a matéria e volume afeto a cada membro, salvo os períodos de plantão, em que a ação será remetida ao profissional plantonista; o membro da CATES terá um prazo de até 5 (cinco) dias para emitir o Parecer Técnico, salvo os casos em que a Comissão ou Membro considerar urgente, com risco à vida do paciente; concluído o Parecer Técnico, este deverá ser remetido, imediatamente, por meio físico ou eletrônico, ao Juiz da causa.

sendo atendido pela rede pública de saúde local ou se a procurou anteriormente; 7) 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; 8) indicar, quando possível, qual o ente público responsável pelo atendimento do paciente, segundo as normas do Sistema Único de Saúde (SUS); e por fim exarar conclusão favorável ou desfavorável ao pedido.

A CATES tem subsidiado decisões judiciais com vários méritos: permite maior segurança, sobretudo quanto à necessidade e/ou urgência ou não de deferir tutelas antecipadas e garante uma maior agilidade na tramitação das ações judiciais, pois o parecer é preliminar logo no início da ação e o juiz não precisará buscar informações com as partes para decidir a tutela antecipada.

## 6) CONCLUSÃO

O fortalecimento da saúde como um bem público, dadas as exponenciais demandas das pessoas a gerarem imensos inerentes desafios financeiros, vai exigir o que já foi chamado de “edificação de uma utopia social igualitária”, demandando rede organizada com gestão democrática e participativa com flexibilidade de fluxos entre os vários níveis do sistema (ASSIS; SANTOS; JESUS; PEREIRA. 2010, p. 247-248). Citando FLEURY (1997), dizem estes autores que “não se cria igualdade por lei, ainda que não se consolide a igualdade sem a lei”. Claro que é desejável que a sociedade possa construir um sistema de atendimento à saúde satisfatório e que prescindia cada vez mais da intervenção judicial, mas, enquanto o sistema não for perfeito (e certamente nunca será), ocorrerá maior ou menor judicialização da questão.

A possibilidade de concretização do direito à saúde pela via judicial decorre do modelo constitucional brasileiro e tem inegável mérito para corrigir omissões do Poder Público na efetivação de tal direito e das políticas públicas existentes, sobretudo perante falhas do SUS como a falta de atualização de listas de medicamentos, a demora no processo de registro de medicamentos no órgão nacional, a indefinição ou dificuldades de identificação do ente responsável pela prestação, a baixa oferta de serviços na média e alta complexidade, a burocracia com pontos de estrangulamento que dificultam a mobilidade e o acesso da população aos vários níveis da rede.

Porém, os gestores da saúde alertam que essa atividade judicial implementadora de preferência deveria ficar aquém de uma atuação baseada no chamado “ativismo judicial extremo” que possa chegar ao ponto de representar real criação de políticas públicas.<sup>31</sup> Tal perigo parece

---

<sup>31</sup> A judicialização deriva do modelo constitucional como papel do Judiciário enquanto o chamado “ativismo judicial” representa atitude que expressa uma opção proativa do Juiz expandindo o sentido da norma constitucional.



palpável quando analisado o peso financeiro da implementação de decisões judiciais direcionadas à satisfação de prestações de saúde. Também existe o perigo de que tal intervenção porventura promova desigualdade de oportunidades no acesso à efetivação do direito, privilegiando indivíduos melhor posicionados em sociedade e com mais acesso a acionar judicialmente, atendendo suas demandas individuais com desequilíbrio de atenção à saúde de muitos milhares anônimos e indiferenciados entre os mais desprotegidos, sobretudo (pois, a judicialização do acesso à saúde tem sido promovida primordialmente pelas populações mais ricas dos Estados mais ricos).

Há que se reconhecer que, num contexto social de menor desigualdade e população com maior cidadania, a realização dos direitos sociais poderia ficar muito mais na dependência de uma desejável e profícua participação política da população do que numa atuação significativa dos tribunais. Nesse contexto, a difícil equação entre as necessidades ilimitadas e os recursos públicos limitados se enfrentaria idealmente com mínimo recurso à judicialização.

Porém, não é esse o panorama do Brasil, em que o papel dos direitos sociais ainda é questão diretamente ligada ao combate à pobreza, e no qual a garantia da dignidade da pessoa humana, traçada pelo constituinte, está intimamente ligada a esses direitos sociais, que representam verdadeiros instrumentos de inclusão social, muito mais do que em países centrais, nos quais já se atingiu um patamar mínimo de justiça social. No Brasil, grupos periféricos, mais necessitados e aliados da discussão política, sem voz nos espaços de poder, podem não ter força política suficiente para influenciar políticas e somente terão condições de se fazer ouvir mediante o processo judicial. A produção judiciária do direito pode ser altamente democrática, pois é próxima ao cidadão.

Todavia isso não significa minimizar a necessidade de um diálogo interinstitucional em que o Judiciário seja sensível a observar o peso de aspectos econômicos e a relevância de critérios técnicos para subsidiar suas decisões, pois é inegável que a construção dos direitos tem de ter uma estrutura econômica e orçamentária que os sustente. Por isso até mesmo juízes não podem ignorar que a lei, “não importa seu nível hierárquico ou a devoção que lhes emprestem os governantes, não consegue remover a escassez” (AMARAL, 2001). Por isso não são bem vindas intervenções judiciais extravagantes, emocionais, alarmistas, pois elas se mostram em tese capazes de desorganizar a continuidade dos serviços e de comprometer a destinação correta dos escassos recursos públicos, se não ponderarem a prudente avaliação dos direitos em jogo.

Não se trata aqui de endossar um discurso neoliberal de enxugamento das estruturas do Estado destinadas à prestação de serviços e desenvolvimento de políticas, paralelo à retórica de que direitos sociais custam caro. Claro que todos os direitos implicam despesas públicas, e o processo de concretização dos direitos de segunda geração é de implantação sempre onerosa, mas isto não

justifica omissão das políticas e das ações. O que se exige é que o Poder Judiciário observe critérios como a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida e a proporcionalidade para sua efetividade e considere a disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas essas prestações reclamadas, ou as justificações quanto a dificuldades de equilibrar essa equação.

A mesma Constituição que garante o direito à saúde veda a execução de despesa não prevista na lei orçamentária. As normas precisam ser executáveis na via do orçamento público, visando à justiça social, mediante balanço de escolhas dramáticas num universo de recursos financeiros escassos e limitados. Administrar e legislar supõe avaliar alternativas, operando uma complexa rede de *trade offs* na elaboração e gerenciamento dos orçamentos. No tema do direito à saúde, na prática surgem questões delicadas de escolha alocativa de recursos, decisões sobre “quanto disponibilizar e a quem atender”, “vamos gastar dinheiro com qual direito?”, por exemplo. Neste campo das trágicas escolhas, há quem defenda que a reserva do possível age como uma “excludente de ilicitude” da conduta estatal em face da impossibilidade de conduta diversa, pois o que há de se observar é a proporcionalidade (aquilo que o indivíduo pode razoavelmente esperar da sociedade), não se podendo exigir do Estado e da sociedade algo fora dos padrões do razoável, do adequado, do necessário e do estritamente proporcional.

Porém, há sim um dever do Estado de observar padrão mínimo de realização, perante a proibição de atuação insuficiente. A proteção do núcleo ou conteúdo essencial do direito fundamental significa a garantia de um padrão mínimo necessário à vida com dignidade de cada ser humano, que independe de ponderação e é intangível a qualquer intervenção, pois tem a ver com necessidades sem as quais não é possível ‘viver como gente’. Para definir tal padrão exige-se uma visão não reducionista, pois os direitos sociais não têm a finalidade de preservar só o “mínimo existencial”, pelo contrário, eles apontam para eficácia progressiva de proporcionar o máximo possível. O desafio é concretizar estes princípios na prática do dia a dia dos legisladores do sistema de saúde e dos gestores da saúde em suas decisões administrativas, assim como no dia a dia das decisões dos tribunais.

A política tendencialmente proporciona e realiza bens da comunidade unida por vínculos de solidariedade e reciprocidade, enquanto a decisão judicial faz uma escolha que privilegia um indivíduo que se separou da comunidade para exigir um direito. Por isso a ponderação judicial deve observar critérios de proporcionalidade, adequação, necessidade, razoabilidade e racionalidade, verificação da relação custo-benefício, análise da adequação meio – finalidade. Os tribunais são chamados a interpretar pela ampliação ao máximo do núcleo ou conteúdo essencial do direito, ponderando as circunstâncias específicas de cada caso.

Os direitos sociais (que, de regra, exigem uma prestação positiva – de fazer – por

parte do Poder Público) demandam uma delimitação no caso concreto para definir aquilo que o indivíduo pode razoavelmente esperar e exigir da sociedade, sobretudo quando o direito é o direito à saúde, definido no Brasil como de acesso universal e igualitário a ações de saúde. E essa delimitação por vezes há de ocorrer com recurso à via judicial.

Em suma, quer se trate de atuação de Poder Legislativo, Executivo ou Judiciário, o desafio é lidar com escolhas respeitando os princípios constitucionais, tudo isso, como diria Guimarães Rosa, “lidando com país de pessoas, de carne e sangue, de mil e tantas misérias... Tanta gente — dá susto se saber — e nenhum se sossega: todos nascendo, crescendo, se casando, querendo colocação de emprego, comida, saúde, riqueza, ser importante, querendo chuva e negócios bons... De sorte que carece de se escolher...”<sup>32</sup>

No caso do Poder Judiciário, deve ser reconhecido e afirmado seu poder de interpretar pela ampliação ao máximo do núcleo ou conteúdo essencial do direito à saúde, sobretudo perante alegações do princípio da reserva do possível sem demonstração de justo motivo objetivamente aferível, notadamente quando dessa conduta governamental negativa puder resultar nulificação ou até mesmo aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamento. Assim sempre o exigirá o respeito ao princípio fundamental do respeito à dignidade humana.

## 7) REFERÊNCIAS

- AMARAL, Gustavo. Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ASSIS, Marluce; SANTOS...(et al) . A expressão saúde, organização da rede de serviços e cuidado integral do SUS: descompassos entre o marco normativo e a legitimidade social. In: BLIACHERIENE, A. P.; SANTOS, J. S. (Org.) **Direito à Vida e à Saúde: impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010.
- BATISTELLA, Carlos. Abordagens Contemporâneas do Conceito de Saúde. In: *O território e o processo saúde-doença*, . (Coleção Educação Profissional e Docência na Saúde: a formação e o trabalho do Agente Comunitário de Saúde). Disponível em: <<http://www.epsjv.fiocruz.br/pdtsp/index.php>>. Acesso em 18 de set. 2012.
- BLIACHERIENE, Ana Paula; SANTOS, José Sebastião dos. (Org.) **Direito à Vida e à Saúde: impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2012.

<sup>32</sup> *Grande Sertão: Veredas*.

- . Gavronski, Alexandre Amaral...[et al.] **Financiamento da saúde**: Grupo de Trabalho “Saúde” ESMPU: Brasília, 2008. (Manuais de atuação ESMPU; v. 4). Disponível em <http://www.esmpu.gov.br/linha-editorial/manuais-de-atuacao>. . Acesso em:
- BUSS, Paulo Marchiori. Promoção da saúde e qualidade de vida. **Ciência e Saúde Coletiva** 5 (1): p.163-177, 2000.
- . Comissão Nacional sobre Determinantes Sociais da Saúde. **As Causas Sociais das Iniquidades em Saúde no Brasil**. . Rio de Janeiro: Ed. Fiocruz, 2008.
- DEL NERO, CR; CLARK, Otávio; VIANNA, Denizar. Medicina baseada em evidências como ferramenta para as decisões judiciais. In: BLIACHERIENE, A. P.; SANTOS, J. S. (Org.) **Direito à Vida e à Saúde: impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010.
- FERRAZ, Marcos Bosi. Economia da saúde e sua inserção no sistema da saúde. In: BLIACHERIENE, A. P.; SANTOS, J. S. (Org.) **Direito à Vida e à Saúde: impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010. cap. 10, p. 128-142.
- HEINEN, Juliano. O custo do direito à saúde e a necessidade de uma decisão realista: uma opção trágica. In **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, 2009.
- MARRARA, Thiago; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. Reflexões sobre o controle das políticas de saúde e de medicamentos. In: BLIACHERIENE, A. P.; SANTOS, J. S. (Org.) **Direito à Vida e à Saúde: impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010. cap. 6, p.79-96.
- NUNES, Altacílio Aparecido. A avaliação econômica de fármacos e outras tecnologias em saúde instrumentalizando o poder público e judiciário para a tomada de decisão: potencialidades e limitações. In: BLIACHERIENE, A. P.; SANTOS, J. S. (Org.) **Direito à Vida e à Saúde: impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010m Capítulo 11, p. 143-161.
- RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. O direito fundamental à saúde na perspectiva da Constituição Federal. In **Revista de Direito Administrativo e Constitucional – RDAC**, n 22, out. 2005.
- REZENDE, Nanci Figueirôa. A amplitude da expressão saúde no marco normativo brasileiro. In: BLIACHERIENE, A. P.; SANTOS, J. S. (Org.) **Direito à Vida e à Saúde: impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010. Capítulo 17, p. 222-236.
- SAKURAI, Sérgio Nahuriko; TONETO JÚNIOR, Rudinei; GREMAUD, Amaury Patrick. Emenda Constitucional nº 29/2000: influência sobre a execução orçamentária dos Estados e municípios brasileiros em saúde. In: BLIACHERIENE, A. P.; SANTOS, J. S. (Org.) **Direito à Vida e à Saúde: impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010.
- SARLET. Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Interesse Público**, n. 12, 2001.

SOUZA, Hórtis Aparecido; SANTOS, José Sebastião dos; UETA, Julieta. A influência da gestão do sistema de saúde na utilização da via judicial para acesso a produtos e serviços. In: BLIACHERIENE, A. P.; SANTOS, J. S. (Org.) **Direito à Vida e à Saúde: impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010.