



Universidade de Brasília – UnB
Faculdade de Direito

**DIREITO À PROTEÇÃO DA SAÚDE PELA VIA JUDICIAL:
EM BUSCA DE EFETIVIDADE E EQUIDADE**

MARINA COSTA FERREIRA

BRASÍLIA
2011

Universidade de Brasília – UnB
Faculdade de Direito

MARINA COSTA FERREIRA

**DIREITO À PROTEÇÃO DA SAÚDE PELA VIA JUDICIAL:
EM BUSCA DE EFETIVIDADE E EQUIDADE**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB.

Orientador: Prof. Dr. Gilmar Ferreira Mendes

BRASÍLIA

2011

MARINA COSTA FERREIRA

**DIREITO À PROTEÇÃO DA SAÚDE PELA VIA JUDICIAL:
EM BUSCA DE EFETIVIDADE E EQUIDADE**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB, pela banca examinadora composta por:

Prof. Dr. Gilmar Ferreira Mendes (Orientador)
Universidade de Brasília – UnB

Prof. Rodrigo Mudrovitsch
Universidade de Brasília – Mestrando

MSc. José Carvalho dos Santos Filho
Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP

AGRADECIMENTOS

A apresentação da monografia acaba por simbolizar parcialmente a conclusão da graduação, uma etapa muito marcante na minha vida. Aproveito este ensejo para agradecer a todos que participaram dessa caminhada.

Ao meu Deus, o meu Senhor, Aquele que dá sentido à minha vida, e que todos os dias me faz perceber o Seu imenso amor. Aquele sobre o qual lanço a minha ansiedade e encontro paz e consolo. A Ele toda a Glória!

Aos meus pais, Júnio e Denise, pelo carinho, cuidado, paciência, incentivo e apoio incondicionais. A minha alegria é deixá-los felizes e honrá-los com as minhas atitudes. Ao meu irmão Lucas pelo estímulo, auxílio e exemplo de aluno dedicado. Sou sua fã número um! À minha família, Costa e Ferreira, que eu tanto amo o meu muito obrigada!

Aos meus amigos e amigas que sempre torceram pelo meu sucesso e me deram o suporte em todos os momentos da vida: Priscilla, Bruna, Lara, Ana Claudia, Pedro Augusto, Mariana, Paula, Luiz Henrique e Vanessa.

À Beatriz Bastide Horbach por todo auxílio e atenção! Muito obrigada pela paciência! Aproveito para agradecer ao Orientador Prof. Gilmar Mendes pela disposição e a todo o seu Gabinete onde tive o privilégio de estagiar. Foi um período de muito aprendizado e amadurecimento, de que me lembro com muita alegria.

Aos colegas de Universidade de Brasília, que compartilharam dessa caminhada e me ajudaram a chegar até aqui, em especial as meninas: Laura, Lia, Ana, Mayhumi, Ananda, Patrícia, Bárbara, Maria, Juliana, Uiara, Gabriela e Damille.

Muito obrigada!!!

“A realidade é mais complicada do que supunha.”

C. S. Lewis

RESUMO

Esta monografia envolve a pesquisa do fenômeno da judicialização desde uma perspectiva pragmática, sem descuidar dos pressupostos teóricos que o debate atrai. Busca-se investigar as vias de materialização do direito fundamental à proteção da saúde orientada pela equidade. O problema que se pretende analisar se volta à seguinte indagação: é possível afirmar que a judicialização da saúde nos moldes brasileiros tem a aptidão de contribuir para o aperfeiçoamento do sistema orientado pela equidade? Tem sido muito tematizado o potencial discriminatório da intervenção judicial, ao argumento de que privilegia um grupo restrito que tem acionado o Poder Judiciário em busca de proteção, em detrimento do restante da população. Assume-se, por outro lado, que importantes falhas na regulação de saúde e os respectivos problemas de gestão, manifestados pelas deficiências na implementação da políticas existentes, exigem que os tribunais continuem a desempenhar um papel na efetivação do direito à proteção da saúde. Cabe indagar, então, se existem mecanismos para não apenas contornar esses efeitos anti-isonômicos, mas também reorientar os resultados da atuação judicial à materialização equânime do direito à proteção da saúde. Nesse sentido, pretende-se refletir sobre as vantagens do diálogo institucional que promove, ao lado da proteção de direitos sociais, a deliberação democrática, como uma alternativa ponderada favorável ao equilíbrio entre a efetividade das disposições constitucionais, o desempenho adequado da função judicial e o processo político majoritário em matéria de direitos sociais.

PALAVRAS-CHAVE:

Direito à saúde; direitos fundamentais; judicialização; efetividade; equidade.

ABSTRACT

The present work analyzes the phenomenon of judicialization from a pragmatic perspective, without neglecting the theoretical assumptions the debate attracts. The aim is to investigate ways of realizing the fundamental right to protection of health that are oriented by equity. The problem to be investigated turns to the question: is it possible to say that judicialization of health in Brazilian pattern has the ability to contribute to the improvement of the system driven by equity? The discriminatory potential of judicial intervention has been very thematized, in the sense that it favors a small group that has triggered the judiciary for protection, to the detriment of the rest of the population. It is assumed, in the other hand, that major flaws in the regulation of health and management issues, manifested by deficiencies in the implementation of existing policies, require that courts continue to play a role in ensuring the right to protection of health. We inquire, then, if there are mechanisms not only to circumvent these anti-equality effects, but also to redirect the results of judicial action for realizing the right to equitable health protection. Accordingly, we intend to meditate on the advantages of institutional dialogue that promotes, along with the protection of social rights, democratic deliberation, as an alternative weighted in favor of the balance between the effectiveness of constitutional provisions, the proper performance of judicial function and the political process in the area of social rights.

KEY WORDS

Right to health; fundamental rights; judicialization; effectiveness; equity.

Sumário

1. Introdução	9
2. Judicialização da saúde: teoria e crítica atuais	13
2.1. Origens e estágio atual do debate	13
2.2. Contornos jurídicos do direito fundamental à proteção da saúde no Brasil	15
2.3. Estrutura sistêmica	19
2.4. Um olhar ao redor do mundo: notícias de direito comparado.....	22
2.5. Argumentos contrários à judicialização.....	27
3. Modelos teóricos de concerto institucional	30
3.1. Em busca de uma posição intermediária.....	30
3.2. Em busca do diálogo institucional.....	31
4. Perfil dos litígios e impacto das decisões judiciais em saúde: avaliando o caso brasileiro	44
4.1. Premissas teóricas e metodológicas.....	44
4.2. Estudos de impacto das decisões judiciais em matéria de saúde	47
4.3. Efetividade e equidade: desafios e estratégias	58
5. Mudanças qualitativas: a inserção do debate no cenário político-institucional e a promoção do diálogo	69
5.1. A reação do Poder Judiciário: a audiência Pública Saúde, a decisão na STA n. 175 e as recomendações do CNJ.....	70
5.2. A reação do Poder Executivo – a busca pela eficiência.....	77
5.3. A reação do Poder Legislativo: Projeto de Lei n. 4775/2010	78
5.4. A abertura ao diálogo: experiências de intersetorialidade.....	80
5.5. Perspectivas	83
6. Considerações finais	86
Referências	88
ANEXOS	95
ANEXO A - Quadro analítico elaborado por Siri Gloppen (2008)	95
ANEXO B - Projeto de Lei n. 4775/2010.	96
ANEXO C - Mensagem de veto nº 113, de 28 de abril de 2011	98

1. Introdução

Há situações e questionamentos que nos encontramos para inquietar e acompanhar talvez durante toda uma vida. Em meu segundo semestre de graduação, durante discussão em sala de aula, deparei-me com a seguinte pergunta elaborada por colega e dirigida ao Professor: como o Direito pode ajudar a combater a grave desigualdade social que temos no Brasil? Na ocasião participei do debate apenas para observar que achava a pergunta por demais desafiadora e não conseguia sequer vislumbrar uma resposta, o que julgava lamentável. De toda sorte, tampouco me recordo de ter colhido alguma resposta satisfatória, embora todos concordassem com a perplexidade e importância da reflexão.

Nesse mesmo sentido, ao longo da graduação não foram poucas as oportunidades em que me deparei com o descrédito em relação às disposições constitucionais que contemplam os direitos sociais (Constituição, art. 6^o), em especial a saúde e a educação. São rotineiramente referidos como metas dirigidas aos governantes de melhoria da situação dos mais necessitados, enquanto bandeiras eleitoralmente atrativas no cenário político, mas de materialização insatisfatória. Em outras palavras, e mesmo fora do ambiente universitário, é comum falar-se em termos de promessas eleitorais descumpridas, e não propriamente em falha de proteção jurídica.

O direito à proteção da saúde tem atraído a atenção do ambiente acadêmico ao longo dos últimos anos justamente por estar, em princípio, deslocando o debate para a arena jurídica. O reconhecimento da aplicabilidade imediata do direito fundamental à proteção da saúde por meio de comandos judiciais que determinam ao Poder Público o fornecimento de prestações materiais tem sido problematizado como possível intervenção do Poder Judiciário na esfera de atribuições que competem aos demais Poderes relativas à condução de políticas públicas.

A Constituição expressamente refere a saúde como um direito de todos (Constituição, art. 196²), que não pode convolar-se em “promessa constitucional inconseqüente”(RE 271286 AgR / RS, Rel. Min. Celso de Mello. Dj de 24.11.2000). O fato é

¹ Art. 6^o 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.

² Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

que a realidade cotidiana revela as falhas na sua concretização e ao Judiciário é proposto o desafio de conferir eficácia a esse direito, observando os limites da atuação de cada Poder e critérios de justiça que se coadunem com a ordem de valores constitucionais.

É certo que não se trata de tarefa singela. A complexidade que envolve a interpretação do direito à proteção da saúde se deve à existência de múltiplos determinantes, bem como à co-titularidade dos direitos sociais no tocante à sua concretização: a esfera coletiva e difusa coexiste com a individual. Ademais, há inegáveis desdobramentos sobre a alocação de recursos, tema costumeiramente afeto à esfera política.

A produção acadêmica a respeito tem se concentrado em aspectos teóricos acerca da legitimidade do papel desempenhado pelas cortes em um contexto democrático e em discussões abstratas sobre sua capacidade institucional. Em um plano pragmático, as principais críticas se voltam aos efeitos dessas decisões sobre a gestão administrativa, sobretudo no que se refere à condução estável e sustentável de políticas públicas.

O problema que se pretende investigar nesse quadro se volta à seguinte indagação: é possível afirmar que a judicialização da saúde nos moldes brasileiros tem a aptidão de contribuir para o aperfeiçoamento do sistema orientado pela equidade? Nesse contexto, cumpre ressaltar que a própria Constituição elege a justiça social como objetivo da ordem social (Constituição, art. 193³). Assim, a investigação se afina ao escopo constitucional de toda a ordenação jurídica relativa à seguridade social.

Por certo, o apanágio teórico merece detida análise porque permite uma crítica balizada da realidade consolidada. O escopo inicial é fornecer uma visão plural do tema. Assim, o primeiro capítulo colhe na doutrina nacional e nas contribuições de direito comparado os principais argumentos teóricos contrários à judicialização do direito à proteção da saúde. Em seguida, pretende-se apontar as fragilidades dessas assertivas, bem como as proposições favoráveis à atuação judicial.

Não obstante, o corte epistemológico da presente pesquisa privilegia o viés pragmático do problema. Portanto, a partir da leitura plural da questão e da análise de todas as críticas pertinentes, investiga-se quais as soluções aventadas pelos estudiosos da matéria em relação às estratégias jurídicas para implementação efetiva de direitos sociais. Busca-se averiguar o desenho institucional que se revele favorável à materialização especificamente do direito à proteção da saúde, com ênfase no papel a ser desempenhado pelo Poder Judiciário.

³ Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

Muitos autores têm abordado o potencial discriminatório ou anti-isonômico da intervenção judicial, ao argumento de que privilegia um grupo restrito que tem acionado o Poder Judiciário em busca de proteção, em detrimento do restante da população. Como propostas doutrinárias para contornar esse efeitos podemos citar a adoção preferencial de tutelas coletivas ou a ampliação do acesso às Cortes. A presente pesquisa pretende demonstrar que essas soluções se mostram insuficientes e mais eficaz é a inserção de mecanismos de diálogo institucional para reorientar os resultados da atuação judicial à materialização equânime do direito à proteção da saúde.

A pesquisa da literatura em direito constitucional comparado, sobretudo de origem anglo-saxã, proporcionou a aproximação com modelos teóricos que promovem, ao lado da proteção de direitos sociais, a deliberação democrática, através da interação entre órgãos e instituições dos distintos Poderes. Pretende-se refletir sobre as vantagens do diálogo institucional, na esperança de que se reconheça, ao mesmo tempo, o pleno potencial e os limites institucionais dos três poderes - num contexto de generalizada e razoável discórdia sobre o conteúdo e a prioridade a ser dada aos compromissos constitucionais - e a urgente necessidade de realizar esses compromissos.

Cumprе ressaltar, de plano, que as teorias aqui expostas se aplicam ao tema de implementação de direitos sociais e não se confundem com as propostas de diálogo institucional na seara do controle de constitucionalidade, embora ambas se voltem ao enfrentamento da objeção contra-majoritária⁴. Como a ênfase é a atuação dos magistrados, buscam-se formas de revisão judicial ativas e reflexivas que ajudem a aumentar a abrangência e a capacidade de resposta dos processos globais de deliberação, por ser essa a via para concretização do direito à proteção da saúde orientada pela equidade.

Para aplicar as premissas teóricas ao contexto brasileiro, é necessária uma avaliação concreta do perfil dos litígios em saúde. Assim, efetuou-se um mapeamento de estudos conduzidos por pesquisadores brasileiros que permite traçar algumas características. Procurou-se verificar se as complexidades suscitadas em abstrato pela literatura especializada têm conduzido a problemas reais, bem como *se e em que medida* é possível amoldar as propostas de diálogo institucional à realidade brasileira.

A sistematização e crítica dos resultados das pesquisas empíricas desenvolvidas

⁴ Como explica Paulo Gonet Branco (2010, p. 60), ao analisar o caso Canadense aplicado ao controle de constitucionalidade, " a expressão 'diálogo institucional' se refere a essa possibilidade de a legislatura responder à decisão de inconstitucionalidade, quer com a reformulação do diploma invalidado, quer com manifestação de preponderância da norma legislada sobre o juízo de inconstitucionalidade havido".

no Brasil acerca dos efeitos da judicialização pretendem demonstrar que a solução que se desenha no cenário nacional tem se voltado, de fato, a um modelo institucional que favorece a interação entre diversos órgãos e instituições de todos os Poderes, além da sociedade civil, ao invés de afirmar a exclusividade ou mesmo a supremacia do Judiciário nesta seara.

Nesse sentido, cabe apurar quais iniciativas têm tido sido bem sucedidas por todo o país. Assim, os estudos não se concentram nas atitudes de tolher, impedir ou diminuir a atuação judicial, mas em maneiras de concertar e harmonizar. O objetivo mediato é observar as mudanças e reações dos três Poderes ao fenômeno da judicialização, complementando as pesquisas empíricas que pecam por desconsiderar os seus efeitos indiretos e simbólicos. O objetivo imediato é demonstrar que essas mudanças qualitativas se harmonizam com as propostas teóricas colhidas na literatura como estratégias aptas a conduzir à materialização equânime dos direitos sociais.

O contexto prático no qual toda essa reflexão se propõe é o do Estado Constitucional. Em especial, refere-se doutrina de Peter Häberle para quem o Estado Constitucional é um arquétipo jurídico-político em que os poderes públicos se conformam e se limitam pelo direito através de princípios constitucionais formais e materiais, dentre eles, os direitos fundamentais. Fala-se em uma legitimação democrática e em um controle pluralista do poder político, bem como dos poderes sociais. Em síntese, para esse autor, o Estado constitucional é o tipo ideal de Estado próprio da sociedade aberta (*Verfassungsstaat ist idealtypisch der Staat der offenen Gesellschaft*) (HÄBERLE, 1980, p. 289 *apud* PEREZ-LUÑO, 2002, p. 82)

Esta monografia, portanto, envolve a pesquisa do fenômeno da judicialização desde uma perspectiva pragmática, sem descurar dos pressupostos teóricos que o debate atrai. Ao fim e ao cabo, busca-se investigar as vias de materialização do direito fundamental à proteção da saúde orientada pela equidade, a qual, como se pretende demonstrar, não exige – e nem é desejável que o seja – uma postura unicamente do Poder Judiciário. O respaldo das cortes é indispensável, embora muito mais relevante sejam a conscientização e compromisso pulverizados com os direitos fundamentais.

2. Judicialização da saúde: teoria e crítica atuais

2.1. Origens e estágio atual do debate

Muitos autores associam o volume de litígio em direitos sociais à sua constitucionalização, particularmente na América Latina, Leste Europeu e África. (BARROSO, 2007, p. 34-35; STRECK, 2011, p. 3). Outros sustentam que o fenômeno resulta da configuração da sociedade civil, no sentido de que a maioria dos novos precedentes em matéria de concretização de direitos sociais decorre da atuação concertada de movimentos sociais e organizações de direitos humanos (LANGFORD, 2009, p. 102).

Segundo atesta o Professor Luiz Roberto Barroso, o fenômeno da judicialização das relações sociais no Brasil desenvolveu-se no contexto de constitucionalização - na esteira da corrente neoconstitucionalista - associado ao aumento da demanda por justiça e à ascensão institucional do Judiciário (BARROSO, 2007, p. 34-35).

O marco histórico do neoconstitucionalismo no Brasil foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização. O marco filosófico seria o pós-positivismo, aqui, significando um rótulo genérico para a tentativa de aproximação entre duas correntes antagônicas - o jusnaturalismo e o positivismo - uma vez que *“busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas”*(BARROSO, 2007, p. 2-5).

Por fim, em um plano teórico, houve três transformações que ensejaram uma nova percepção relativa à aplicação do direito constitucional: i) a força normativa da Constituição; ii) a expansão da jurisdição constitucional e iii) a nova interpretação constitucional a envolver os princípios da supremacia da Constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, e o da interpretação conforme à Constituição (BARROSO, 2007, p. 5-7).

Não há uma conceituação precisa do conteúdo da linha neoconstitucionalista que reúne juristas de diversas posições jusfilosóficas e de filosofia política, mas se pode delinear alguns denominadores comuns⁵:

⁵ Segundo André Rufino do Vale (2007, p. 67), “o termo neoconstitucionalismo pode ser utilizado como fazendo referência a uma teoria, a uma ideologia ou a um método de análise do direito; ou como

“Uma teoria constitucional que, sem descartar a importância das regras e da subsunção, abra também espaço para os princípios e para a ponderação, tentando racionalizar o seu uso. Se for visto como uma concepção que, sem desprezar o papel protagonista das instâncias democráticas na definição do Direito, reconheça e valorize a irradiação dos valores constitucionais pelo ordenamento, bem como a atuação firme e construtiva do Judiciário para proteção e promoção dos direitos fundamentais e dos pressupostos da democracia. E, acima de tudo, se for concebido como uma visão que conecte o Direito com exigências de justiça e moralidade crítica, sem enveredar pelas categorias metafísicas do jusnaturalismo” (SARMENTO, 2009, p.9).

A despeito de todo o risco de excessiva ênfase na atuação do Poder Judiciário, encontro nesse paradigma um reforço às expectativas de conferir efetividade aos comandos constitucionais, em especial, os direitos sociais. Nas palavras de Daniel Sarmiento (2009, p.3), *“o neoconstitucionalismo alenta um ideário humanista, que aposta na possibilidade de emancipação humana pela via jurídica, através de um uso engajado da moderna dogmática constitucional”*. Nesse contexto, a decisão acerca do papel constitucionalmente adequado a ser desempenhado pelo Poder Judiciário aproxima a argumentação jurídica a questões de Filosofia Política, envolvendo importantes debates entre procedimentalistas e substancialistas.

A primeira corrente, representada por autores como Jürgen Habermas e Antoine Garapon, entende que o incremento do controle judicial prejudica o exercício da cidadania ativa, uma vez que envolveria uma postura paternalista. Assim, o Poder Judiciário deveria apenas garantir procedimentos para ampla deliberação democrática. A segunda corrente, adotada por Mauro Cappelletti e Ronald Dworkin, é a dos chamados substancialistas, que entendem que o Judiciário é o intérprete do justo na prática social: deve assegurar que as políticas públicas garantam a democracia e os direitos fundamentais e não interesses hegemônicos específicos (SANTOS, 2003, p. 271-272). Segundo Daniel Sarmiento (2009, p. 4) o neoconstitucionalismo se identifica mais com a corrente substancialista, que ressalta o papel do Judiciário em favor dos valores constitucionais.

O fato é que as decisões judiciais em matéria de saúde tiveram um crescimento vertiginoso nos últimos anos, atraindo as atenções para os riscos de um alegado ativismo judicial. Elas eram pouco significativas, na década anterior, mas um levantamento que vem sendo realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) constatou que hoje tramitam mais de 112 mil ações desse tipo em 20 dos 91 tribunais brasileiros. Os técnicos do CNJ estimam

designando alguns elementos estruturais de um sistema jurídico e político, um modelo de Estado de Direito. Sobre as diversas acepções do termo neoconstitucionalismo, vide: COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta; 2003, p. 75”.

que, quando concluírem o exame dos dados dos 71 tribunais que ainda não foram pesquisados, o número de ações judiciais relativas a questões de saúde ficará em torno de 500 mil⁶. No próximo tópico, examina-se como tem sido a leitura dos doutrinadores e da jurisprudência dos contornos jurídicos do direito à proteção da saúde no Brasil.

2.2. Contornos jurídicos do direito fundamental à proteção da saúde no Brasil

A inclusão do art. 196⁷ - que contempla o direito à proteção da saúde - na Constituição foi uma conquista do movimento sanitarista que desde a década de 1970 lutava pelo acesso universal aos serviços e ações em saúde, pela descentralização de seu funcionamento e administração e pela mudança de uma perspectiva curativa para a preventiva (FERRAZ, 2010, p. 33).

A estrutura do direito fundamental à proteção da saúde envolve uma dupla dimensão de direitos subjetivos individuais e elementos objetivos fundamentais. Nesse sentido, envolve decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva, com eficácia sobre todo o ordenamento, e que fornecem diretrizes para os órgãos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Além disso, num plano subjetivo, o titular pode fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades ou o direito à ação ou às ações negativas ou positivas que lhe são inerentes (SARLET, 2007, p. 166-180).

Enquanto direito fundamental, envolve uma proibição de intervenção (*Eingriffsverbote*), bem como um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Haveria, portanto, não apenas uma proibição de excesso (*Übermassverbot*), mas também uma proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*) (MENDES; BRANCO, 2011, p. 667).

Segundo uma dimensão objetiva, sobressai ainda a perspectiva dos direitos à organização e ao procedimento (*Recht auf Organization und auf Verfahren*), os quais dependem, na sua concretização, de providências estatais com vistas à criação e à conformação de órgãos e procedimentos indispensáveis à sua efetivação. (MENDES;BRANCO, 2011, p. 677). No caso da saúde, temos o exemplo das disposições do

⁶ CAVALCANTI, Hylida. Demandas de saúde passam de 112 mil em todo o país. **Agência CNJ de Notícias**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/noticias/10118-demandas-de-saude-passam-de-112-mil-em-todo-o-pais>. Acesso em 10.03.2011.

⁷ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

art. 200 da Constituição acerca das atribuições do Sistema Único de Saúde: ações de vigilância sanitária e epidemiológica e de saúde do trabalhador (inciso II); ações de saneamento básico (IV); pesquisa (V); controle de qualidade de alimentos e bebidas (VI) e proteção do meio ambiente (VIII).

Ainda que para alguns soe trivial a afirmação de que seria o direito à proteção da saúde um direito fundamental de aplicabilidade imediata (MENDES; BRANCO, 2011, p. 670-680; SARLET, 2007, p. 1-3; PIOVESAN, 2008. p. 163), cabe referir a existência de doutrina em sentido diverso. Argumenta-se que os direitos sociais não derivam da simples natureza humana do indivíduo - nota característica dos direitos fundamentais -, mas decorreriam do pertencimento a determinado grupo ou categoria, ou ainda de eventual posição nas relações sociais (TAVEIRA; TRAVASSOS, 2009, s.p.).

Os defensores dessa última corrente, de toda sorte, não afastam a justiciabilidade de tais direitos. Sustentam, sim, que a atribuição excessiva de conteúdo a ditos direitos retiraria matérias do âmbito de deliberação política democrática. Não obstante, em determinada parcelas mínimas, suas prestações podem ser imprescindíveis à realização dos direitos humanos, sofrendo uma “transsubstanciação” para a natureza jusfundamental apta a gerar direitos subjetivos aos respectivos titulares.

Em outras palavras, trata-se de considerar os direitos sociais diretrizes políticas (*policies*), segundo a doutrina de Dworkin: políticas passíveis de serem adotadas pela sociedade para o bem comum, salvo quando tocadas em um mínimo que estabeleça condições de liberdade. (TAVEIRA; TRAVASSOS, 2009, s.p.). Nesse sentido, sustenta Ricardo Lobo Torres (2003, p. 1-2):

“A jusfundamentalidade dos direitos sociais se reduz ao mínimo existencial, em seu duplo aspecto de proteção negativa contra a incidência de tributos sobre os direitos sociais mínimos de todas as pessoas e de proteção positiva consubstanciada na entrega de prestações estatais materiais em favor dos pobres. Os direitos sociais máximos devem ser obtidos na via do exercício da cidadania reivindicatória e da prática orçamentária, a partir do processo democrático”.

Assentada essa distinção, constata-se a importância de definir o que seriam essas parcelas mínimas, referidas como mínimo existencial pela doutrina, por certo um dos temas mais tormentosos dentro da hermenêutica de direitos fundamentais. O desafio se agiganta quando aliado ao problema da escassez de recursos, a denominada reserva do possível.

A interpretação do conteúdo do mínimo existencial que tem prevalecido na doutrina e jurisprudência constitucional comparada é a de um conjunto de garantias materiais para uma vida condigna, que limita a liberdade de conformação do legislador (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 192-194). Não obstante, é inviável fixar, num plano abstrato, um elenco de prestações aptas a satisfazer o mínimo existencial a ser assegurado pelo Estado, pois tal constatação demanda a análise das peculiaridades do destinatário do benefício em concreto (SARLET, 2007, p. 300). Nesse sentido, por exemplo, tem-se sustentado a necessidade de comprovação da hipossuficiência do requerente de uma determinada prestação de saúde. No Rio Grande do Sul, a Lei n. 9.908/93 já prevê a comprovação prévia da carência de recursos como pressuposto à prestação estatal de medicamentos excepcionais⁸.

Associada à defesa de reservas quanto às prestações materiais que devem ser proporcionadas pelo Estado, através da restrição àquelas inseridas em um núcleo mínimo assegurado de uma vida condigna, está a alegação de limitação dos recursos públicos. Não se pode considerar o argumento de escassez uma falácia, mas o certo é que o ônus de comprovar a falta efetiva dos recursos é do Poder Público, que não o tem feito a contento, limitando-se a referir em um plano absolutamente abstrato a “*reserva do possível*”.

Em verdade, a escassez de recursos, apontada como o principal limite fático à efetivação do direito à proteção da saúde, contempla duas perspectivas. A primeira envolve a constatação de que os recursos públicos se destinam à proteção de diversos interesses, dos quais a saúde é apenas exemplo, falando-se, nesse caso, em escassez relativa⁹. A partir do momento em que se destina determinada porção do orçamento à área da saúde, passa-se a investigar *como* os recursos devem ser alocados para atender às diversas necessidades da população (escassez absoluta) (FERRAZ; VIEIRA, 2009).

⁸ LEI Nº 9.908, DE 16 DE JUNHO DE 1993.

Art. 1º - O Estado deve fornecer, de forma gratuita, medicamentos excepcionais para pessoas que não puderem prover as despesas com os referidos medicamentos, sem privarem-se dos recursos indispensáveis ao próprio sustento e de sua família.

Parágrafo único - Consideram-se medicamentos excepcionais aqueles que devem ser usados com frequência e de forma permanente, sendo indispensáveis à vida do paciente.

Art. 2º - O beneficiário deverá comprovar a necessidade do uso de medicamentos excepcionais mediante atestado médico.

Parágrafo único - Além do disposto no "caput" deste artigo, o beneficiário deverá comprovar por escrito e de forma documentada, os seus rendimentos, bem como os encargos próprios e de sua família, de forma que atestem sua condição de pobre.

Art. 3º - O beneficiário ficará obrigado a pagar as despesas com medicamentos em qualquer tempo, desde que possa fazê-lo sem prejuízo do sustento próprio e de sua família.

⁹ Quanto à escassez relativa, é importante referir a edição da Emenda Constitucional n. 29/2000 que assegura os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde, mas que ainda carece de regulamentação.

O certo é que, em ambos os casos, há a necessidade de eleição de critérios para alocar os escassos recursos, com fundamento em princípios de justiça distributiva, que privilegiem a promoção de justiça social. No caso do direito à proteção da saúde, enquanto direito social, fala-se em um propósito compensatório no sentido de garantir a participação do povo na distribuição pública de bens (SARLET, 2007, p. 299).

Registre-se que a resistência doutrinária e mesmo jurisprudencial ao controle direto dos orçamentos pelo Judiciário oculta a realidade de que o expediente de implementação de direitos prestacionais acarreta impactos que, de toda sorte, obrigam à reorientação dos cronogramas financeiros (TAVEIRA; TRAVASSOS, 2009, s.p.). Assim, o Poder Judiciário acabou por se transformar em instrumento de pressão orçamentária ao consolidar a eficácia imediata do direito à proteção da saúde, ensejando a nova conformação de prioridades dentro da elaboração política legislativa.

Ferraz (2010, p. 41) faz interessante comparação que ilustra o problema: em 2008, o Estado de São Paulo gastou aproximadamente 400 milhões de reais para cumprir mandados judiciais que beneficiaram cerca de 35.000 pessoas. Segundo notícia veiculada pelo sítio da Fiocruz, o Ministério da Saúde anunciou um gasto de igual monta para aquisição de 13 milhões de doses da vacina pneumocócica para aplicação em crianças menores de 2 anos de idade, num total aproximado de 6 milhões de crianças. A partir de 2011, elas farão parte do calendário básico de vacinação da criança, específico para os menores de 1 ano. Depois de cinco anos do início dos novos programas de vacinação, portanto em 2015, a previsão é de que a média dessas internações por ano cairá de 54.427 para 9.185, uma redução de 83%¹⁰.

O exemplo evidencia como o mesmo montante de recursos públicos pode ter impactos absolutamente distintos. A estratégia de ação preventiva, que segundo a Constituição deve ser priorizada (art. 198, II¹¹), tem a potencialidade de alcançar grande número de beneficiários, indistintamente, com redução a longo prazo da incidência da patologias, cujos benefícios são inúmeros, dentre os quais, a diminuição do gasto com procedimentos curativos. Os mandados judiciais, por seu lado, garantem, de plano, a eficácia do direito à proteção da saúde em relação a indivíduos determinados.

¹⁰ SUS oferece duas novas vacinas para 6 milhões de crianças. Fiocruz Minas – Centro de Pesquisas René Rachou. Disponível em: <http://www.cpqrr.fiocruz.br/pt-br/noticias-gerais/sus-oferece-duas-novas-vacinas-para-6-milhoes-de-criancas>. Acesso em 10.03.2011.

¹¹ Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:(...)
II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

Há forte doutrina norte-americana que salienta a incapacidade dos tribunais de lidar com essas questões que têm impactos de natureza distributiva, linha esta adotada por autores como Rosenberg, Sunstein, Chayes e Fuller, a cujas teorias são feitas referências ao longo da presente pesquisa. Rosenberg, por exemplo, elenca algumas razões para o seu descrédito: conflitos distributivos demandam reformas sociais e não simples adjudicação; os tribunais não dispõem de meios institucionais para implementar e monitorar decisões que implicam alguma programa continuado ou política pública; o princípio da inércia coloca o Judiciário em uma posição passiva que inviabiliza a adoção de uma agenda de reforma (ROSENBERG, 1991).

A complexidade que envolve a interpretação do direito à proteção da saúde, portanto, se deve à existência de múltiplos determinantes, bem como à co-titularidade dos direitos sociais no tocante à sua concretização: a esfera coletiva e difusa coexiste e coimplica a individual (LINS, 2008, p. 9). Como asseverou Barroso (2007, p. 4), não se cogita apenas de uma colisão entre o direito à vida e à saúde e, de outro, a separação de Poderes, os princípios orçamentários e a reserva do possível; há também a colisão do direito à vida e à saúde de uns *versus* o direito à vida e à saúde de outros.

2.3 . Estrutura sistêmica

Além de positivar o direito à proteção da saúde, a Constituição estabelece todo um plexo de princípios regedores das políticas públicas de saúde. O primeiro deles é a universalidade da cobertura e do atendimento: todos têm direito à proteção da saúde, sendo dever do Estado a garantia do acesso (art. 194, I c/c art. 196, *caput*¹²).

Tem-se um sistema dual, composto pelo Sistema Única de Saúde (SUS) - cuja lógica de atuação é baseada na noção de cidadania, acesso universal e igualitário - e pela Iniciativa Privada, como atividade econômica, exemplo típico de serviço econômico de interesse geral (SOUTO, 2006, p.151). Há ainda a atuação complementar no SUS, que

¹²Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

I - universalidade da cobertura e do atendimento;

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

depende de saturação da capacidade instalada e da impossibilidade de ampliação dos serviços públicos de saúde (cf. Manual de Orientações para Contratação de Serviços no SUS 2006).

O Sistema Único de Saúde tem como diretrizes, em síntese apertada, a descentralização, a participação da comunidade através dos Conselhos de Saúde e o atendimento integral (art. 198¹³). A União, Estados e Municípios possuem competências na qualidade de gestores do SUS, mas inexistem hierarquia entre eles: os entes federados negociam e entram em acordo sobre ações, serviços, organização do atendimento e outras relações dentro do sistema público de saúde. Além disso, há coparticipação no financiamento (Constituição, art. 194, VII¹⁴ c/c art. 198, I e III).

Em relação aos princípios diretivos elencados pela Constituição, certamente a integralidade atrai as maiores controvérsias (art. 198, II), uma vez que é utilizada por muitos como argumento para a entrega de todo medicamento ou tratamento que se façam necessários. Outros salientam que se trata de uma “integralidade regulada”: deve estar dependente da obrigação do Estado de regular o sistema, em conjunto com a população, por meio dos conselhos de saúde, pois seria impossível e irracional se pensar que a integralidade seja um conceito aberto (NARDI, 2009).

O certo é que o gestor deve buscar diminuir a variação na prática clínica, garantir boas práticas na assistência e melhorar os resultados esperados. Assim, o desenvolvimento e a implantação de Protocolos Clínicos de Diretrizes Terapêuticas (PCDT) devem contribuir para assegurar que a melhor terapêutica existente e/ou disponível seja, de fato, empregada. Os PCDT são recomendações, desenvolvidas por meio de revisão sistemática da literatura existente, para dar suporte à decisão do profissional e do paciente acerca do tratamento mais apropriado, no que se refere às condutas preventivas, diagnósticas ou terapêuticas dirigidas para determinado agravo em saúde ou situação clínica (CONASS, 2007, p. 121).

Além disso, há a seleção dos medicamentos que integrarão as listas oficiais de dispensação, considerando as melhores evidências disponíveis e morbidades prevalentes,

¹³ 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;

¹⁴ Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

eficácia, efetividade, segurança e qualidade do fármaco, apresentações farmacêuticas que atendam as necessidades, comodidade posológica, custo e disponibilidade no mercado.

Tais instrumentos de gestão não podem ser encarados como mecanismos para economizar ou reduzir gastos, mas sim de utilização dos recursos de maneira racional, de maneira a ampliar a cobertura e variedade dos medicamentos (BARATA; MENDES, 2010, p. 71). Sobressai uma nova especialidade ou área de conhecimento, a economia da saúde:

“Economia da saúde pode ser definida como o estudo de como os indivíduos e sociedades exercem a opção de escolha na alocação dos escassos recursos destinados à área da saúde entre as alternativas que competem para seu uso e como esses escassos recursos são distribuídos entre os membros da sociedade. Essa definição abrange, na sua primeira parte, a questão da eficiência do sistema de saúde, ou seja, como produzir mais saúde para um todo (...) A segunda parte dessa definição aborda a questão da equidade. Ou seja, esse conjunto de serviços e produtos deve atender às expectativas de diferentes grupos de indivíduos da forma mais harmônica possível, sem privilegiar um grupo em detrimento do outro” (BOSI FERRAZ, 2010, p. 129).

A discussão acerca dos medicamentos e tratamentos que devem ser contemplados, notadamente, envolve políticos, técnicos administrativos, indivíduos e a opinião pública, os quais, respectivamente, privilegiam princípios alocativos diversos: eficiência global, eficiência local, interesse individual e justiça social. Assim, um modelo alocativo satisfatório deve conciliar os diversos atores e seus respectivos interesses (ELSTER, 2000).

Nesse contexto, o recurso à via judicial para o fornecimento de medicamentos e tratamentos padronizados não tem ensejado maiores indagações; a perplexidade se volta às ordens ao Poder Público para que entregue medicamentos que não constam das listas oficiais ou providencie tratamentos não contemplados pelas diretrizes clínicas publicadas. Nesses casos, o Judiciário brasileiro não tem conferido deferência ao processo de deliberação, que envolve diversos interesses e princípios alocativos, destinado a tornar racional a utilização dos escassos recursos. O problema é agravado diante da realidade de que predominam nessa seara a concessão de tutelas de urgência (liminares, segurança ou tutelas antecipadas) sem a prévia oitiva do gestor, que deve acatar a ordem judicial e, simultaneamente, sustentar a demanda ordinária do sistema (PEPE *et al*, 2010, p. 2406).

É interessante verificar que não se trata de um problema exclusivamente brasileiro. Um exercício de direito comparado permite identificar que praticamente todos os países enfrentam um descontentamento da população em relação às estratégias de

racionalização dos seus sistemas de saúde. No passo seguinte, colhe-se algumas notícias acerca da atuação das cortes na revisão das decisões governamentais que medeiam o equilíbrio entre acessibilidade e sustentabilidade, bem como o desafio da emergência de novas tecnologias em saúde, associada ao desejo ilimitado dos pacientes de obter toda inovação que promova algum benefício marginal.

2.4. Um olhar ao redor do mundo: notícias de direito comparado.

Um estudo demonstrou que mais de dois terços das constituições têm dispositivos que contemplam a saúde e os serviços pertinentes (KINNEY, E.D.; CLARK, B.A. *apud* FLOOD *et al.*, p. 640). Não obstante, a conotação de direito prestacional tem sido pouco acolhida pelas cortes.

Os papéis dos governantes e das cortes variam conforme o contexto, mas a aptidão dos magistrados - dirigida ao aperfeiçoamento da justiça do sistema e à redução das desigualdades pela interpretação da legislação existente - manifestamente existe em todas as jurisdições. O desejo de fazê-lo, porém, depende da medida em que eles podem ser convencidos da legitimidade do seu desempenho nessa matéria. Assim, “*os exemplos de tribunais, tendo esse papel em outras jurisdições, pode revelar-se mais do que apenas interesse acadêmico*” (FLOOD *et al.*, 2005, p. 640).

A seguir, são mencionadas breves notícias do direito comparado com ênfase no comportamento do Poder Judiciário diante da utilização de estratégias de racionamento. No caso brasileiro, indaga-se: o que fazer quando o tratamento ou medicamento demandado não consta das listas oficiais de dispensação? O Ministro Gilmar Mendes, em voto acompanhado por unanimidade pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), asseverou que a inexistência de previsão nos instrumentos de gestão (listas oficiais, protocolos e diretrizes clínicas), por si só, não pode ser utilizada para fundamentar a negativa de provisão de um medicamento ou tratamento (STA n. 175, DJe de 30.04.2010).

Em alguns países foram criadas instituições com o objetivo específico de conscientizar a população acerca da necessidade de estratégias de racionamento no desiderato de manter a sustentabilidade do sistema. É o caso neozelandês do Comitê Nacional Consultivo para a Saúde e Serviços de Apoio a Deficientes (*National Advisory Committee on Core Health and Disability Support Services*) responsável por definir uma lista “serviços

básicos” cujo acesso seria garantido dentro dos limites orçamentários. A preocupação foi tornar absolutamente público o processo decisório, bem como auxiliar a compreensão e gerar a conscientização por parte de toda a população acerca dos limites dos recursos em saúde e da necessidade de se fazer escolhas (MANNING; PETERSON, 2005, p. 683).

A imensa variedade de arranjos internos para responder ao desafio de manter a população saudável denota a inexistência de um modelo perfeito de alocação dos recursos, mesmo porque a seleção de prioridades varia conforme as peculiaridades de cada nação. Além disso, a rápida evolução tecnológica nessa seara, aliada a uma ilimitada vontade de acesso aos bens que podem salvar a vida dos beneficiários, dificulta um acompanhamento adequado por parte das burocracias administrativas.

Em estudo publicado pelo Cato Institute¹⁵ da série *Policy Analysis* - que avalia as políticas de governo e oferece propostas – foram analisados os sistemas de saúde de 13 países (França, Itália, Espanha, Japão, Noruega, Portugal, Grécia, Holanda, Grã-Bretanha, Suíça, Alemanha, Canadá e Estados Unidos) - e se constatou que praticamente todos padecem de problemas relativos ao aumento dos custos e dificuldades de acesso (TANNER, 2008).

A despeito das diferenças quanto ao grau de centralização do controle, de regulação, de divisão de custos, do papel dos seguros privados - em acordo às condições históricas, políticas e econômicas de cada nação - o autor extrai algumas lições dos países estudados, os quais possuem, em média, bom nível de desenvolvimento econômico (TANNER, 2008, p. 33-36). Verifica-se que tais assertivas nos remetem aos problemas tipicamente brasileiros.

Muitos países prometem uma cobertura universal de cuidados, mas racionam a acessibilidade, ou têm longas listas de espera para tratamento. Os sistemas universais ostensivos, em verdade, estão muito aquém da cobertura universal, e mais, deixam pelo menos um pequeno remanescente (1-2 por cento da população) desassistido (TANNER, 2008, p. 34).

O aumento dos custos é um fenômeno mundial, conduzindo a déficits orçamentários, aumentos de impostos, e/ou cortes de benefícios. Em 2004, último ano para o qual existem dados disponíveis, o aumento médio anual de gastos per capita com saúde nos

¹⁵ O Cato Institute é uma organização de pesquisa em políticas públicas dedicada aos princípios da liberdade individual, da limitação do governo, da liberdade de mercado e da paz social. Seus estudiosos e analistas realizam pesquisas independentes e apartidárias de uma ampla gama de questões políticas. Informações no sítio: <http://www.cato.org/about.php>. Acesso em 09.3.2011.

países discutidos neste estudo foi de 5,55 por cento. Os países que adotam sistemas com intenso controle do governo, concluiu a pesquisa, são os mais propensos a enfrentar longas listas de espera, as restrições sobre a escolha do médico, e outras barreiras ao atendimento (TANNER, 2008, p. 34-35).

O fato é que a insatisfação tem ensejado o recurso ao Poder Judiciário, em que se questionam as decisões sobre a cobertura de novas tecnologias (e outras decisões de definição de limites) e suas justificativas.

Em Israel, por exemplo, as cortes têm sido acionadas para decidir impugnações às decisões do governo acerca da cobertura legal dos serviços. A Lei Nacional de Seguro de Saúde israelense estabelece uma lista muito específica e detalhada dos serviços a que cada cidadão tem direito, bem como o processo para atualização dessa lista e a quantidade de recursos alocados para o sustento do sistema. Os tribunais esclarecem que a lista estabelece apenas um mínimo e têm admitido a necessidade de restrições de orçamento a partir do uso da medicina baseada em evidências. Não obstante, esses precedentes têm sido contestados diante do surgimento de novos medicamentos que não se coadunam com os critérios de custo-efetividade adotados pelos gestores, mas trazem benefícios aos pacientes (SHALEV; CHINITZ, 2005, p. 650).

A resposta da Suprema Corte israelense tem sido a de que não realizará uma segunda decisão alocativa: não irá interferir no orçamento estatal; determinará, porém, que o processo de decisão seja mais justo e uniforme. A Suprema Corte- enquanto Corte Superior de Justiça – decidiu que não há obrigação de fornecer serviços para indicações não registradas, sob pena de usurpação do mecanismo legal ou autoridade para estender o escopo da cesta básica (DBA 7-4/97 *Clalit Health Fund v. Lilly Carmel Takdin* 98 (3) 314).

Segundo Shalev e Chinitz (2005, p. 659), o apoio dos tribunais às decisões acerca da cobertura feitas pelo governo ajuda a legitimar os processos de decisão e aumentar o grau de confiança dos israelenses no sistema. Eles consideram que atender aos pleitos individuais pode nem sempre levar a um aumento geral do acesso aos serviços de saúde. Afirmam que as cortes não deveriam ser acionadas para suprir lacunas políticas que seriam mais apropriadamente preenchidas por processos democráticos que contem com assessorias técnicas especializadas.

Os tribunais canadenses também têm se demonstrado reticentes em se envolver nos processos de alocação dos recursos para o programa público denominado *Medicare*. Em

geral, os magistrados resistem a adentrar a arena política para questionar decisões governamentais ou leis (FLOOD, 2005, p. 671).

Um caso que exemplifica a postura das cortes canadenses se refere ao pleito dos pais de crianças autistas por um tratamento controverso chamado *Lovas therapy*, não previsto na legislação (Auton – *Guardian ad litem of -v. British Columbia Attorney General*, 2004 SCC 78). As instâncias inferiores ordenaram que a Província de *British Columbia* providenciasse o tratamento, mas a Suprema Corte revogou o comando. Os Ministros consideraram errônea a conclusão de que a legislação obriga o fornecimento de todos os tratamentos médicos existentes. A província, a seu critério, financia alguns serviços não-essenciais, nomeando classes de profissionais específicos, como dentistas, oftalmologistas, etc. Os terapeutas que prestam a terapia *Lovas* não foram listados (FLOOD, 2009, p. 674) .

A análise do tribunal foi centrada no elemento de discriminação. Os requerentes deveriam demonstrar evidências de discriminação pela legislação, sendo insuficiente o mero fato da exclusão parcial do programa. Seriam necessárias provas de que outros tratamentos semelhantes - sobre os quais também pairassem dúvidas sobre a eficácia - estavam previstos pela legislação para outros grupos.

No Reino Unido não há uma lista de serviços a que os pacientes têm direito e o governo tem evitado adotar um processo centralizado de decisão que limite a cobertura do Serviço de Saúde Nacional (National Health Service – NHS). As decisões têm sido delegadas a agências locais denominadas *Primary Care Trusts*, que devem balancear pressões colidentes: do Judiciário, para que não sejam muito superficiais na definição dos serviços, traçando diretrizes muito genéricas, o que é administrativamente conveniente, mas potencialmente discriminatório; das diretrizes nacionais emanadas do *National Institute for Health and Clinical Excellence* (NICE) e do governo central sobre acessibilidade; e, finalmente, da estrutura fixa do orçamento (NEWDICK, 2005, p. 660-670).

Os magistrados ingleses têm sujeitado as decisões das autoridades públicas a intenso controle segundo uma abordagem procedimental: as cortes não determinarão como os recursos devem ser alocados, pois tal decisão de cunho material incumbe às *Primary Care Trusts*, mas obrigarão a que a autoridade motive suas decisões a contento (NEWDICK, 2005, p. 660).

Um caso interessante envolveu o pleito de três pacientes por uma cirurgia de mudança de sexo, que lhes foi negada sem que os pedidos fossem analisados individualmente,

considerando a natureza e gravidade da situação, os tipos de tratamento disponíveis e os custos (Rv. *NW Lancashire HAm vs. A.D. & G*). Nesse caso, a Corte de Apelação ordenou que a autoridade de saúde reavaliasse os casos atentando para as circunstâncias do caso concreto. Ela enfrentou o problema de ausência de evidências clínicas da eficácia do procedimento, decidindo que não seria razoável excluir o tratamento sob essa pecha, sem indicar uma motivação vinculada ao caso concreto (NEWDICK, 2005, p. 662).

A Nova Zelândia é um país com baixos índices de litigiosidade em matéria de saúde. Não obstante, houve um famoso caso – *Shortland v. Northland Health Ltd.* - que chegou à Suprema Corte. Tratava-se de pleito de um homem de 63 anos de idade portador de diabetes, Rau Williams, que estava com sérios problemas renais. Ele foi admitido no *Northland Health's Whangarei Hospital* onde estava sendo submetido a um procedimento provisório de diálise, que foi interrompido com fundamento em diretrizes baseadas em evidências médicas elaboradas pela autoridade regional de saúde, responsável pelo financiamento do tratamento (MANNING; PETERSON, 2005, p. 683-690).

A família contestou em juízo a retirada de diálise, buscando uma providência cautelar para exigir de *Northland* (região administrativa da Nova Zelândia) que continuasse ou retomasse a diálise até uma decisão final. A primeira decisão da Suprema Corte rejeitou a assertiva de que Lei neozelandesa impunha ao Estado um dever de fornecer o tratamento. Como ressaltado pelo ministro Salmon, o julgamento clínico estaria além da capacidade das cortes e não deveriam ser exaradas ordens que gerassem efeitos sobre a utilização dos escassos recursos, uma vez que não tinham conhecimento das reivindicações concorrentes que sobre eles recaíam. Por outro lado, ponderou que assumir que as Diretrizes Clínicas devam ditar os resultados seria uma ilegalidade impugnável, mas uma conclusão guiada pela política existente seria lícita.

A família ingressou com novo pedido, sustentando a ilegalidade da decisão clínica por desconsiderar as peculiaridades do caso concreto. A Corte decidiu que as Diretrizes foram adequadamente utilizadas como orientação e não como determinantes da decisão final. O Ministro Salmon assumiu que o componente financeiro foi levado em conta (MANNING; PETERSON, 2005, p. 687):

“O valor das orientações ... é que elas ajudam os médicos a alocar recursos escassos em uma forma de princípios ... [A] decisão clínica feita corretamente , que inclui como elemento de decisão as considerações de alocação de recursos, constitui fundamento legal para recusar o tratamento. ... Qualquer outra conclusão, apesar das dificuldades que iria criar para a

profissão médica, iria criar desigualdades inaceitáveis em condições em relação aos outros pacientes, competindo por esses recursos”.

Ademais, a Suprema Corte apreciou o nexo de causalidade relativo ao "direito à vida" protegido pela Carta de Direitos da Nova Zelândia (*New Zealand's Bill of Rights Act 1990*): "*Williams foi irremediavelmente condenado(...) [a] decisão, feita como era de boa-fé e em conformidade com melhor juízo do médico, não foi uma decisão de privar da vida, mas sim de deixar a vida tomar seu curso natural*" (MANNING; PETERSON, 2005, p. 687).

A conclusão é de que em todos os lugares tem sido sustentado que ferramentas técnicas para racionalização deverão ser sempre complementadas por um quadro institucional que equilibre conflitos políticos inerentes às decisões alocativas de recursos para saúde (SHALEV; CHINITZ, 2005, p. 650). O desenho desse quadro institucional será objeto de estudo no capítulo seguinte.

2.5. Argumentos contrários à judicialização

Faz-se no presente tópico um breve levantamento de algumas das críticas à judicialização de direitos sociais, sem a preocupação de validá-las ou infirmá-las: o objetivo é oferecer uma visão plural do tema, antes de enveredar pela busca de uma solução que se adéque aos desafios detectados.

Os clássicos argumentos contrários à atuação do Poder Judiciário nessa seara se voltam à potencial violação ao princípio da separação de poderes e à ausência de legitimidade democrática, uma vez que juízes não são eleitos e, portanto, devem observar as deliberações do espaço político, sobretudo no que se refere à seleção de prioridades.

Além disso, a exigência de conhecimentos técnicos estranhos ao Direito recomendariam uma postura de autocontenção, pois o Judiciário careceria de capacidade institucional para lidar com problemas socioeconômicos altamente complexos. Nesse sentido, Lon Fuller (1979, p. 394-410) refere o dilema policêntrico, segundo o qual o magistrado não deve ocupar-se de assuntos que tenham repercussões drásticas para além das partes e dos fatos trazidos à cognição do tribunal.

Nessa linha, destaca-se o fato de que um tribunal não possui recursos para lidar com problemas intrincados dessa jaez: limitações de ordem procedimental, o número reduzido

de litigantes e, em geral, as poucas informações não permitem compreender a complexidade de planejamento e implementação de políticas públicas (INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, 2008, p. 92). Ademais, há dificuldades práticas do cotidiano do Judiciário como a excessiva carga de trabalho, ou a deficiente formação jurídica (SARMENTO, 2009, p.6).

Outro problema constantemente referido seria o esfriamento de outros setores da sociedade em termos de mobilização cívica. As pessoas confiam ao controle judicial tarefas cujo desempenho seria potencialmente mais satisfatório se realizado por cidadãos comuns comprometidos com os valores constitucionais. Nesse ponto, Daniel Sarmento apresenta sua crítica mais acentuada ao que chama de obsessão com a interpretação judicial que afastaria o papel de outros intérpretes como os membros do Poder legislativo, do executivo e a própria esfera pública informal:

“Trata-se de um desvio que gera consequências negativas tanto no plano descritivo como na esfera normativa. Sob o prisma descritivo, transmite-se uma imagem muito parcial do fenômeno constitucional, que não é captado em todas as suas nuances e riquezas, já que o foco se concentra apenas sobre a ação de um dentre os vários agentes importantes que povoam a seara da hermenêutica constitucional. Sob o ângulo normativo, favorece-se um governo à moda platônica, de sábios de toga, que são convidados a assumir uma postura partenalista diante de uma sociedade infantilizada” (2009, p. 6).

Segundo Sarmento (2009, p.6), no Brasil, é comum vincular-se o ativismo judicial a posições progressistas. Para ele, trata-se de falso paralelismo, pois o Judiciário pode atuar em defesa do *statu quo*, utilizando-se, inclusive, da retórica dos direitos fundamentais.

Os defensores de um papel ativo do Poder Judiciário, por outro lado, argumentam que a própria teoria democrática reúne premissas que permitem sustentá-lo. A ideia de democracia não se resumiria ao princípio majoritário: o processo político majoritário pode se mover por interesses, enquanto a lógica democrática se inspira em valores (BARROSO, 2007, p. 38).

Nesse sentido, o Professor Roberto Gargarella (2006, p 14-29) tem defendido uma concepção deliberativa de democracia. Para ele, um compromisso com a democracia não implica privar o Judiciário de atuar na proteção aos direitos sociais, pois tal postura derivaria

de algumas teorias específicas, como a teoria pluralista¹⁶, ou de leituras questionáveis acerca dos objetivos democráticos.

A concepção deliberativa de democracia requer que as decisões públicas sejam tomadas após um amplo processo de discussão coletiva, do qual participem todas as pessoas potencialmente afetadas pela decisão. Essa definição se harmoniza com a teoria elaborada por Jon Elster (ELSTER *apud* GARGARELLA, 2006, p. 34):

“A noção inclui uma decisão coletiva com a participação de todos os que serão afetados pela decisão ou os seus representantes: esta é a parte democrática. Além disso, todos concordam que inclui a tomada de decisões por meio de argumentos oferecidos *pelos* e *para* os participantes que estão comprometidos com os valores da racionalidade e da imparcialidade: esta é a parte deliberativa”.

A partir dessas assertivas, Gargarella defende que tal concepção de democracia rejeita a supremacia judicial, uma vez que todas as questões devem estar abertas à discussão em curso entre todas as partes afetadas. Por outro lado, há espaço para que os juízes recebam as reclamações de todos aqueles que se sintam preteridos pelas decisões das instituições políticas. Num plano institucional, o judiciário representaria o principal canal para que os grupos marginalizados possam se fazer ouvir. Assim, “*juízes poderiam contribuir decisivamente para ‘ativar’ e enriquecer as discussões, de maneira a favorecer à elaboração de decisões públicas mais imparciais*” (GARGARELLA, 2006, p. 28).

Nesse contexto, ressalta-se a função do Judiciário de demandar prestação de contas dos outros poderes e não de formular políticas, bem como a sua capacidade de servir como fórum para que as pessoas interajam com o Estado no que tange aos seus direitos fundamentais de forma mais ponderada (LANGFORD, 2009, p. 107).

A objeção de caráter institucional, referente à ausência de conhecimentos sobre questões econômicas e sociais relevantes, pode ser relativizada. São problemas contornáveis a partir do auxílio de órgãos ou assistências especializados, como núcleos de assessoria técnica.

Quanto ao dilema policêntrico, por certo é um dos problemas mais desafiadores. Uma visão mais abrangente do quadro político, social e econômico refoge ao alcance do magistrado vocacionado à cognição parcial. Segundo Langford (2009, p. 108), essa objeção

¹⁶ Para os democratas pluralistas, deve-se deixar tanto espaço quanto possível para a iniciativa individual. A democracia é direcionada principalmente à garantia da estabilidade política e é hostil à intervenção popular na política. Também é particularmente preocupada com a proteção de certos direitos individuais, principalmente aqueles relacionados à segurança pessoal e à propriedade privada, através de um sistema de freios e contrapesos (GARGARELLA, 2006, p. 13-14).

não tem afetado a atuação dos tribunais, mas impulsionado inovações judiciais, como o uso de princípios jurídicos claramente definidos a exemplo da razoabilidade, ou ainda a adaptação de procedimentos e de remédios judiciais.

Em um plano pragmático, verificam-se ainda dificuldades para forçar o adimplemento das decisões quando demandam alterações estruturais. Como consequência da apontada debilidade para concretizar os seus comandos, sobressai uma das críticas mais sólidas à atuação do Poder Judiciário: a impossibilidade de satisfazer à expectativa de alcançar a justiça social transformadora (LANGFORD, 2009, p. 117).

Notadamente, esses últimos questionamentos resumem o problema de pesquisa da presente monografia. O objetivo modesto é justamente apontar um caminho possível para a compreensão jurídica do direito à proteção da saúde que leva em conta o complexo, porém, necessário contexto acima discutido.

Na seção seguinte busca-se uma solução intermediária entre as posições radicais que negam completamente a ação do Poder Judiciário e as que pregam a existência de um direito subjetivo a toda e qualquer prestação de saúde. Pretende-se demonstrar que não existem apenas duas opções radicais: a colonização total da política pelo direito ou a absoluta ausência de controle jurídico em matéria de políticas públicas (BARCELLOS, 2008, p. 158).

3. Modelos teóricos de concerto institucional

3.1. Em busca de uma posição intermediária

A abordagem doutrinária, como demonstrado, tem se centrado em elementos da teoria democrática para tolher a atuação das cortes. As grandes questões, não obstante, seriam (i) onde traçar tais limitações e (ii) se inovações jurisprudenciais, procedimentais ou em relação aos remédios judiciais podem resolver essas indagações (LANGFORD, 2009, p. 102).

Em uma versão mais limitada da crítica, Cass Sunstein defende que a indagação se volta à amplitude da função judicial (SUNSTEIN *apud* TUSHNET, 2009, p. 233). O pêndulo do debate se volta a dois pólos – o político e o jurídico - assim sintetizados por Ana Paula de

Barcellos (2005, s.p.):

“Em um Estado democrático, não se pode pretender que a Constituição invada o espaço da política em uma versão de substancialismo radical e elitista, em que as decisões políticas são transferidas, do povo e de seus representantes, para os reis filósofos da atualidade: os juristas e operadores do direito em geral. (...)Se a Constituição contém normas nas quais estabeleceu fins públicos prioritários, e se tais disposições são normas jurídicas, dotadas de superioridade hierárquica e de centralidade no sistema, não haveria sentido em concluir que a atividade de definição das políticas públicas – que irá ou não realizar esses fins – deve estar totalmente infensa ao controle jurídico. Em suma: não se trata da absorção do político pelo jurídico, mas apenas da limitação do primeiro pelo segundo”

Pretende-se estudar um modelo institucional que favoreça o equilíbrio entre a efetividade das disposições constitucionais, o desempenho adequado da função judicial e o processo político majoritário em matéria de direitos sociais.

Literatura crescente em direito constitucional comparado tem se dedicado à construção de modelos teóricos que promovam, ao lado da proteção de direitos sociais, a deliberação democrática. Essa posição intermediária entre a contenção judicial e a juristocracia (*juristocracy*) tem sido denominada ativismo dialógico (*dialogic activism*): não obstante defendam a justiciabilidade de tais direitos, criticam decisões que, ao impor o cumprimento detalhado de políticas e programas, adentram o espaço destinado à deliberação democrática ocupado tradicionalmente pelos Poderes Executivo e Legislativo.

3.2 . Em busca do diálogo institucional

Inicialmente, é importante repisar que as que as teorias aqui expostas se aplicam ao tema de implementação de direitos sociais e não se confundem com as propostas do diálogo institucional na seara do controle de constitucionalidade, apesar de ambas se voltarem ao enfrentamento da objeção fundada na ausência de legitimidade do ponto de vista democrático, em atenção à separação dos poderes.

A pesquisa da literatura e dos discursos proferidos na Audiência Pública Saúde no Supremo Tribunal Federal¹⁷ permitiu a constatação de que o desafio de implementação do

¹⁷ Os discursos proferidos na Audiência Pública Saúde estão disponíveis na página do Supremo Tribunal Federal: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>. Acesso em 10.12.2010.

direito à proteção da saúde orientado pela equidade tem levado a uma ênfase na necessidade de diálogo, referindo-se: um “diálogo institucional responsável” (SARLET, 2009), a necessidade de “fomento de espaços institucionais formais de diálogo” (PEPE *et al*, 2010, p. 2412), uma “solução compartilhada” (VIEIRA; ZUCCHI, 2007), a “promoção da inter-relação” (SOUZA; SANTOS; UETA, 2010, p. 171); “espaços de consenso” (OLIVEIRA, 2009); “um tipo de concertação” (MENDES; BRANCO, 2011, p. 713); “alguma interação entre o judiciário e as instituições políticas” (INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, 2008, p. 84).

Conforme ressaltado por Sarmento (2009, p.1), tem havido acentuada produção acadêmica no cenário anglo-saxão sobre modelos teóricos que favoreçam o diálogo entre órgãos e instituições acerca da implementação de direitos sociais. Nesse contexto, preciosas são as lições da Professora Rosalind Dixon (2006), sobre as vantagens das decisões participadas, na esperança de que através de um constitucionalismo cooperativo se reconheça, ao mesmo tempo, o pleno potencial e os limites institucionais dos três poderes - num contexto de generalizada e razoável discórdia sobre o conteúdo e a prioridade a ser dada aos compromissos constitucionais - e a urgente necessidade de realizar esses compromissos.

Os defensores do diálogo institucional argumentam que, mesmo nas democracias mais desenvolvidas, os processos políticos majoritários são muitas vezes sujeitos a dois graves problemas: os pontos cegos (“*blind-spots*”) e os encargos da inércia (“*burdens of inertia*”). Neste contexto, formas de revisão judicial ativas e reflexivas terão uma importante capacidade de ajudar a aumentar a abrangência e a capacidade de resposta dos processos globais de deliberação constitucional. Assim, os resultados obtidos em sistemas em que o Judiciário adota uma postura de pura auto-contenção ficariam totalmente aquém do ideal constitucional (DIXON, 2006, p. 22).

Os pontos cegos que sobressaem no processo deliberativo democrático indicam falhas na regulamentação concretizadora de direitos (“*blind-spots of application*”), na apreciação do impacto das escolhas efetuadas (“*blind-spots of perspective*”), e na acomodação de interesses e prioridades (“*blind-spots of accommodation*”).

Quanto aos encargos da inércia (“*burdens of inertia*”), Dixon (2006, p.23) também refere três problemas: temas podem deixar de ser tratados por causa de outras prioridades que sejam imediatamente e eleitoralmente mais relevantes (“*priority-driven burdens of inertia*”); os encargos de inércia também podem surgir em face de uma questão que divida a coesão interna do partido no comando, de maneira que a realização de um

projeto gere elevados os custos para a coerência e a integridade do partido ("*coalition-driven burdens of inertia*"); e, finalmente, quando a concretização de um direito exige complexas formas de ação administrativa, há um verdadeiro potencial para produzir "encargos burocráticos da inércia ("*bureaucratic burdens of inertia*")": a realização é dificultada por uma combinação de atrasos administrativos e falta de fiscalização legislativa.

A teoria do diálogo não propõe que os tribunais devam intervir no processo político somente no caso de erro evidente ou patente irracionalidade por parte do legislador ou do executivo à luz dos entendimentos comuns quanto ao alcance e prioridade a ser dada a particulares direitos. Os tribunais têm, sim, o direito de intervir, quer coercivamente, quer comunicativamente - ou, no caso do diálogo, eventualmente em ambos os sentidos -, em circunstâncias onde há falhas discutíveis de previsão, de perspectiva, de acomodação de interesses, ou de resposta (DIXON, 2006, p. 29).

Nesse contexto, recomenda-se uma abordagem cautelosa por parte do Judiciário por dois modos, que nos remetem aos pressupostos teóricos discutidos por Tushnet (2009) a serem referidos no tópico seguinte. O primeiro é a adoção de um julgamento mais estreito *ex ante* (direitos fracos ou "*weak rights*") e o segundo é compromisso com remédios não-coercitivos ou diluídos no tempo (remédios fracos ou "*weak remedies*").

Os defensores da abordagem dialógica não negam a dificuldade adicional de materializar comandos cujo conteúdo seja mais brando, mas asseveram que quando as demandas são apresentadas por um movimento social organizado, as formas de natureza meramente declaratória são potencialmente eficazes na luta contra a forma pertinente de inércia. Se não for esse o caso, pode ser necessário utilizar remédios progressivamente mais fortes (DIXON, 2006, p. 39-40).

A abordagem dialógica estimula, ainda, a participação da comunidade, por exemplo, por meio de audiências públicas, que aprofundam a deliberação democrática e tendem a melhorar o impacto das decisões (GARAVITO, 2011, p.8). Além disso, os mecanismos de diálogo auxiliam a superação dos problemas dos magistrados com o conhecimento técnico para encontrar e implementar soluções. Isso porque essas devem ser elaboradas com alguma ingerência dos diversos setores envolvidos – autoridades públicas, líderes e membros da população beneficiada, especialistas de universidades, organizações da sociedade civil. Efeitos diretos e indiretos desse diálogo incluem o desbloqueio de processos políticos, a coordenação entre diferentes órgãos estatais e a criação de políticas públicas moldadas segundo uma linguagem de direitos.

O grau de diálogo, portanto, depende da leitura realizada pelo magistrado relativamente ao conteúdo material dos direitos e ao tipo de comando adotado. Além desses dois componentes, Garavito (2011, p. 12) chama atenção para a necessidade de monitoramento do cumprimento dos comandos judiciais.

3.2.1. Do conteúdo material dos direitos sociais.

O Professor Mark Tushnet elaborou um esquema teórico para avaliar a intensidade da intervenção judicial - nas formas forte (*strong-form review*) e fraca (*weak-form review*) -, relacionando-os com o conteúdo dos direitos sociais (2009, p. 237-247). Assim, antes de examinar os remédios judiciais apresentados pela doutrina como adequados, é importante referir as três categorias fixadas por Tushnet no que se refere ao conteúdo dos direitos sociais.

A primeira categoria envolve os direitos meramente declaratórios ou não-judicializáveis. Uma Constituição pode enumerar direitos sociais, mas excluí-los da apreciação judicial. A Constituição da Irlanda, por exemplo, contém uma lista de direitos sociais em um capítulo intitulado “Princípios Diretivos de Política Social”, cujo parágrafo introdutório dispõe que: “Os princípios de política social estabelecidos no presente artigo destinam-se à orientação geral do Oireachtas [Parlamento]. A aplicação destes princípios na confecção de leis deve ser entregue aos cuidados do Oireachtas, exclusivamente, e não deve ser cognoscível por qualquer tribunal sob qualquer uma das disposições da presente Constituição.”¹⁸

Não obstante, afirmar que direitos sociais não são judicializáveis não implica dizer que são juridicamente irrelevantes, uma vez que podem servir como ferramentas de interpretação. Uma série de casos nos anos 90 envolvendo reclamações dos pais de crianças com deficiência mental e distúrbios psicológicos acerca da ausência de educação especializada ilustra como a Suprema Corte irlandesa interpreta esse dispositivo (D.v. Minister for Educ., 2001 4 I.R. 259).

¹⁸Constituição da Irlanda:

“Directive Principles of Social Policy:

Article 45. The principles of social policy set forth in this Article are intended for the general guidance of the Oireachtas [Parliament]. The application of those principles in the making of laws shall be the care of the Oireachtas exclusively, and shall not be cognisable by any Court under any of the provisions of this Constitution”.

Algumas cortes de instâncias inferiores da Irlanda suspenderam os processos deflagrados pelos pais diante da promessa de adoção de novas iniciativas por parte do governo; em face da inércia estatal, passaram a ordenar que o Ministro da Saúde efetivasse o seu compromisso, uma vez que já havia indicado a política a ser adotada. A Suprema Corte decidiu que tais comandos positivos violavam o princípio da separação de poderes, pois não seria função do Judiciário fazer uma avaliação conjunta das muitas reivindicações concorrentes sobre os recursos nacionais em matéria de justiça. Ademais, não se trataria de administração da justiça, mas de um exame acerca da justeza com que outros órgãos do Estado tinham administrado recursos públicos (TUSHNET, 2009, p. 239-240).

Assim, dentro dessa categoria de direitos, a preocupação é a de declarar a violação das garantias constitucionais por parte do governo, sem utilizar-se de ordens de conteúdo mandamental. O mecanismo de implementação de direitos, segundo Tushnet, nesses casos, é a mobilização política da sociedade civil. Possivelmente, as instituições da sociedade civil obteriam maior êxito no tocante à materialização do direito munidas de uma declaração judicial, do que apenas com base na referência ao texto constitucional. O sucesso notadamente dependerá do peso de uma declaração judicial no cenário político específico de cada nação (TUSHNET, 2009, p. 241)

A segunda categoria se refere aos direitos materialmente fracos (*weak substantive rights*) que contemplam poucas garantias de provisões sociais. A Constituição, nesse caso, reconhece a justiciabilidade dos direitos sociais, mas confere aos órgãos políticos ampla margem de discricionariedade na definição do conteúdo de tais direitos. As cortes limitam-se a aferir a razoabilidade das políticas públicas existentes no tocante a sua execução. Além disso, o sistema decisório adotado não garante que qualquer autor receberá auxílio individualizado.

O famoso caso sul-africano *Government of the Republic of South Africa vs. Grootboom* (2000, 11, BCLR 1169) é apontado por Tushnet (2009, p. 243-244) como exemplo da aplicação dessa categoria de direitos. Um grupo de pessoas extremamente pobre morava em péssimas condições em favelas na África do Sul e havia mudado para uma área privada e desocupada, inclusa num plano para construção de casas populares. Embora incluídas como beneficiárias da política de moradia existente, não havia expectativa de obtenção da prestação a curto prazo. O dono da terra obteve uma ordem de despejo e os barracos foram completamente demolidos. As pessoas despejadas ocuparam, então, um

estádio de futebol público que não tinha sequer o mínimo - embora ainda insuficiente - que as suas instalações demolidas tinham fornecido.

O grupo despejado recorreu ao Judiciário alegando que a política governamental de moradia, como um todo, não atendia o direito constitucionalmente garantido à habitação adequada. A Constituição sul-africana dispõe que o Estado deve tomar razoáveis medidas legislativas, entre outras, dentro de seus recursos disponíveis, para alcançar a realização progressiva deste direito.¹⁹ A Corte Constitucional afirmou a justiciabilidade do direito social, mas não reconheceu a existência de um “núcleo mínimo de direitos ao abrigo” (*minimum core entitlement to shelter*). Decidiu que a Constituição requer do Estado que conceba e implemente dentro de seus recursos disponíveis um programa abrangente e coordenado para realizar progressivamente o direito de acesso a uma habitação condigna.

Os ministros não utilizaram a existência de um conteúdo mínimo como fundamento da decisão ao argumento de que não poderiam delinear tal núcleo a partir das informações disponíveis. A análise se voltou aos esforços do governo para fornecer a moradia no sentido de avaliar se foram razoáveis tendo em conta todos os recursos alocados para tal fim. A corte concluiu que um programa que exclui uma porção significativa da sociedade não poderia ser considerado razoável.

A ordem foi exarada num contexto em que existia uma política pública que precisava ser ajustada para beneficiar uma população extremamente carente. Não obstante, não foi determinado o imediato fornecimento de moradia à população desassistida. Por outro lado, o conteúdo do direito reconhecido não foi meramente declaratório, pois demandou uma alteração das prioridades do governo em alguma extensão ao ordenar a inserção de uma previsão de assistência às pessoas mais carentes. Para Cass Sunstein:

“A virtude distintiva da abordagem do Tribunal de Justiça no caso Grootboom foi o respeito das prerrogativas democráticas e do caráter limitado dos recursos públicos, associado a uma atenção especial para aqueles cujas necessidades mínimas não estão sendo atendidas, bem como a sugestão de que tais direitos podem servir, não para antecipar-se a deliberação democrática, mas para garantir a atenção democrática para interesses importantes que poderiam ser negligenciadas no debate comum, ou, ainda, para assegurar a decisão fundamentada, razoável, incluindo a definição de prioridades”(SUNSTEIN apud DIXON, 2006, p. 2).

Há quem sustente, por outro lado, que essa decisão de ater-se a uma aferição de razoabilidade no lugar de fixar um “mínimo existencial” não difere em grande medida, em

¹⁹ Constituição da África do Sul: “The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realisation of this right”.

termos de violação da separação de poderes, da estratégia de se estabelecer obrigações específicas. Esse padrão de razoabilidade se harmoniza com muitos dos parâmetros erigidos internacionalmente como um patamar mínimo²⁰. Assim, as obrigações mínimas acabariam por integrar de maneira implícita decisões que pretensamente só avaliam as motivações do governo (FOREMAN, 2005, p. 720).

A terceira categoria engloba os direitos considerados fortes (*strong substantive rights*) no sentido de que as cortes vão buscar a sua total efetividade, sem conferir especial deferência às decisões legislativas sempre que considerarem que falharam em fornecer o que a Constituição determina.

Para exemplificar essa categoria Tushnet (2009, p. 245-246) refere o caso TAC (*Minister of Health vs Treatment Action Campaign, 2002, 5, SALR 721*) analisado pela Suprema Corte da África do Sul, que envolveu o medicamento Nevirapine. Esse remédio - que inibe a transmissão do vírus da AIDS da mãe para o filho no momento do nascimento - era fornecido apenas para tratamentos experimentais pelo governo. As autoridades públicas consideravam que não existiam informações adequadas acerca dos efeitos a longo prazo do uso da droga. Além disso, seriam necessários serviços de aconselhamento médico especializado para os usuários, o que sobrecarregaria o serviço de saúde.

Um grupo sul-africano de ativistas ligados ao movimento de combate à HIV/AIDS questionava a política governamental por considerar que violava o direito ao acesso aos serviços de saúde contemplado na Constituição. O tribunal *a quo* ordenou que o governo disponibilizasse o medicamento a todos os potenciais beneficiários e que desenvolvesse um programa nacional de prevenção ou redução da transmissão do vírus da mãe para o filho, incluindo o acompanhamento médico, o fornecimento das drogas necessárias e o leite para amamentação.

²⁰Veja-se o parágrafo 43 do Comentário elaborado pelo “Committee on Economic, Social and Cultural Rights”:
Core obligations

43. In General Comment No. 3, the Committee confirms that States parties have a core obligation to ensure the satisfaction of, at the very least, minimum essential levels of each of the rights enunciated in the Covenant, including essential primary health care. Read in conjunction with more contemporary instruments, such as the Programme of Action of the International Conference on Population and Development, (28) the Alma-Ata Declaration provides compelling guidance on the core obligations arising from article 12. Accordingly, in the Committee's view, these core obligations include at least the following obligations:

(a) To ensure the right of access to health facilities, goods and services on a non-discriminatory basis, especially for vulnerable or marginalized groups, (“General Comment No. 14/2000: The Right to the Highest Attainable Standard of Health” - article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. E/C.12/2000/4, August 11, 2000).

A Suprema Corte modificou essa decisão, mas examinou detidamente as justificativas apresentadas pelo governo. Os Ministros ponderaram que, mesmo ausente qualquer aconselhamento médico especializado, a droga beneficiaria muitas mães e filhos. As autoridades públicas alertaram para o risco de desenvolvimento de um tipo resistente de vírus, a que a Suprema Corte considerou um risco que valeria a pena correr e que não passava de mera hipótese (*no more than a hypothetical issue*).

A ordem exarada foi para que o governo (i) removesse as restrições à distribuição do medicamento, (ii) permitisse e facilitasse o uso da droga quando recomendado por um médico e que (iii) fornecesse o aconselhamento especializado, se necessário. Não fixaram, portanto, a obrigação de entrega imediata da medicação, o que dificultou a materialização do comando: foram necessários vários meses de campanha e *lobby* para forçar as autoridades a agir e fornecer as drogas (BYRNE, 2009, p. 526).

Nesse ponto, considerando todas as observações acerca do conteúdo material dos direitos sociais segundo a leitura que as cortes têm feito, passa-se a examinar os remédios judiciais disponíveis segundo sua intensidade em termos de intervenção no âmbito de discricionariedade típico dos outros poderes.

3.2.2. Dos remédios judiciais adequados

Desde 1976 Abram Chayes já sustentava que a aplicação dos princípios típicos do Estado de Direito às instituições dos Estados Sociais democráticos produziu um novo tipo de litígio de interesse público a envolver instituições públicas e remédios que demandam a sua reestruturação e monitoramento a longo prazo. (CHAYES, 1976, p.1281-1316). O Professor José Reinaldo de Lima Lopes (2006, p. 230-231) também ressalta esse aspecto:

“O Novo processo de interesse público, surgido nas duas últimas décadas, é distinto do processo em que normalmente se envolvia o poder público. Uma importante diferença está no caráter multipolar ou plurilateral do conflito. A adjudicação tradicional – civil ou penal – consiste em resolução de conflitos bipolares, conhecidos na teoria dos jogos como ‘jogos de soma zero’: a vitória ou derrota é, em princípio, de uma das partes e o que uma ganha a outra perde, e vice-versa. Trata-se da velha e tradicional disputa ‘comutativa’ ou retributiva’. A função do julgador é dizer o legal ou ilegal (o certo e o errado) a respeito de um caso passado (um delito, uma relação contratual já existente, etc.). O conflito de interesse público tem um caráter distributivo, ou, na linguagem da teoria dos jogos, é um jogo de soma não-zero: resultado do jogo (ou interação) é por definição ou uma perda para

todos ou um ganho para todos. Por isto, o conflito está em ‘quanto’ ou em ‘que proporção’: cada um perde ou ganha.”

Para Sabel e Simon (2004, p. 1019), o que mudou com o passar dos anos foi a estrutura dos remédios utilizados: de uma regulação inibitória de comando e controle (*command-and-control injunctive regulation*) para uma intervenção experimentalista (*experimentalist intervention*). Em verdade, esse modelo experimentalista é apenas um exemplo das variadas formas que os mecanismos de adjudicação de direitos sociais podem assumir.

Os magistrados podem adotar uma postura de deferência ao conferir crédito à autoridade e à superioridade epistêmica dos Poderes Legislativo e Executivo. A autoridade estaria relacionada ao fato de serem eleitos e a superioridade epistêmica se refere ao acesso privilegiado a recursos técnicos e informações (YOUNG, 2011, p. 9-11). Como exemplos dessa deferência temos as atuações supramencionadas da Suprema Corte de Israel e da África do Sul no caso *Grootboom*. A crítica é a de que essa sutil reciprocidade, em se tratando de um governo incompetente, pode não assegurar a realização dos direitos sociais. No exemplo sul-africano, oito anos após a histórica decisão, em 30 de julho de 2008 morreu Irene Grootboom em um barraco, ainda à espera do Governo para atender seu direito constitucional a uma casa²¹.

Segundo uma abordagem conversacional (*conversational review*), a corte atribui ao diálogo interinstitucional a habilidade para resolver o problema de determinar o conteúdo dos direitos envolvidos. O caso *TAC* da Suprema Corte sul-africana ilustra essa postura, em que não foram ratificados os comandos de conteúdo injuntivo estabelecidos pelas cortes inferiores, mas se determinou que fossem removidas as barreiras ao fornecimento do medicamento, com ênfase na análise das motivações fornecidas pelos gestores públicos (YOUNG, 2011, p. 11-13).

É interessante referir o caso da Corte Européia de Direitos Humanos, que tem adotado de um modelo deliberativo (“*deliberative compliance model*”): criou-se diálogo entre a Corte e o Estado para arquitetar o cumprimento dos comandos judiciais, adotando remédios brandos (*soft remedies*). Quando a Corte decide um caso, ela transmite o conteúdo do comando ao Comitê de Ministros do Conselho Europeu²², que se reúne com o Estado-réu e

²¹ IOL NEWS. Heroine dies while still waiting. África do Sul, 4 de agosto de 2008. Disponível em: <http://www.iol.co.za/news/south-africa/heroine-dies-while-still-waiting-1.410968>. Acesso em 01.05.2011.

²² Órgão político composto pelos 47 representantes dos Estados-membros do Conselho Europeu.

com o departamento responsável pela execução dos comandos judiciais para decidir como a decisão deve ser executada e como evitar violações semelhantes da Convenção Europeia de Direitos Humanos no futuro, além de monitorar o cumprimento (CALI; KOCH, 2010, p.2-4).

A abordagem experimentalista (*experimentalist review*) é mais provocativa: insiste em uma diferente priorização de interesses e a entrada de novos atores na seara de deliberação. O acordo elaborado através da reunião das partes é provisório e deve ser revisitado e reavaliado ao longo do tempo. As medidas adotadas devem autorizar uma margem de discricionariedade para os destinatários dos comandos, mas, ao mesmo tempo, especificar metas a fim de viabilizar um controle do cumprimento. O terceiro elemento desse modelo de intervenção é a transparência: os planos traçados devem explícitos e públicos. Independentemente do conteúdo técnico, a principal função dos planos não é a coerção dirigida à obediência, mas o induzimento à deliberação interna e à transparência externa (SABEL e SIMON, 2004, p. 1062-1073).

Há ainda os remédios de conteúdo gerencial (*managerial review*): quando o magistrado assume a responsabilidade direta de definir os contornos precisos do direito e exara comandos de conteúdo mandamental, supervisionando a sua execução através de prazos e planos detalhados. Os remédios denominados peremptórios (*peremptory review*) estabelecem a superioridade da interpretação judicial, bem como o comando e controle de uma resposta imediata através da adjudicação do bem reivindicado. Envolvem o escrutínio rigoroso das políticas públicas, atuando para sanar eventuais violações às garantias constitucionais (YOUNG, 2001, p. 18-25).

Segundo a pesquisadora Katharine Young (2011, p. 7), essas abordagens de conteúdo gerencial e peremptório seriam da categoria dos remédios fortes (*strong review*) referida por Tushnet: injunções de caráter mandamental que expõem em detalhes o que funcionários do governo deverão fazer (TUSHNET, 2009, p. 249). A abordagem experimentalista se situaria em uma posição de intensidade intermediária. As duas primeiras posturas – a de deferência e conversacional – guardariam relação com a categoria dos remédios judiciais fracos (*weak review*).

Segundo os defensores da perspectiva dialógica, há um claro *trade-off* a ser feito entre abordagens que envolvam direitos fracos/remédios fortes ou direitos fortes / remédios fracos, em termos da eficácia das decisões judiciais no combate aos pontos-cegos e aos encargos da inércia do processo democrático. Tushnet sustenta que um comando fraco é o mecanismo mais apropriado para efetivação de direitos sociais que tenham conteúdo forte

(2009, p. 226). Os teóricos, portanto, salientam a necessidade de “enfraquecer” alguma das duas perspectivas consideradas, seja em relação ao conteúdo material, seja quanto à intensidade do remédio judicial, para o fim de alcançar o equilíbrio entre a interpretação pelo Judiciário e o processo político majoritário em matéria de direitos sociais.

Colhem-se no direito comparado exemplos de remédios judiciais brandos que privilegiam o diálogo (LANGFORD, 2009, p. 116):

(i) o maior uso de uma declaração retardatária de invalidez de um ato jurídico, por meio da qual os tribunais determinam que ocorreu uma violação, mas retardam o efeito da decisão para dar ao governo tempo para encontrar a melhor forma de reparar o defeito existente na legislação ou na política em questão (CANADÁ, *Eldridge vs. British Columbia*, 1997);

(ii) o maior uso que fazem os tribunais (e, muitas vezes, organismos internacionais) do processo judicial como espaço de diálogo com as partes, o que incluiu instigar que estas encontrem soluções antes que uma decisão final seja tomada (ÁFRICA DO SUL, *Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township And Or. vs. City of Johannesburg and Others*, 2008);

(iii) a elaboração de recomendações. Os tribunais da Índia e de Bangladesh, por vezes, têm adotado este enfoque no lugar de emitir ordens finais ordenando moradias alternativas no caso de deslocamentos forçados, embora tenham sido criticados por privar as partes de um remédio judicial efetivo de fato (BANGLADESH, *Aino Salish Kendra and others (ASK) vs. Government and Bangladesh and others*, 2001)

(iv) emissão de uma série de ordens contínuas e provisórias antes de chegar a uma ordem final (INDIA, *People’s Union for Civil Liberties vs. Union of India*, 2001; INDIA, *People’s Union for Civil Liberties vs. Union of India*, 2004)

(v) O uso cauteloso de medidas liminares pode ser uma forma de evitar a crítica que recebem as ordens judiciais mais sistemáticas de que não oferecem nada a vítimas em curto prazo (ROACH, 2008, p. 46).

É preciso ressaltar, porém, ainda num plano teórico, que há um componente dinâmico: se o remédio fraco é ineficaz, deve ser substituído por um mais intenso. Se, ainda assim, o problema não for resolvido, busca-se novas formas alternativas de intervenção menos intensa que almejem a materialização do direito (TUSHNET, 2009, p. 249; 254).

Em síntese, estas três variáveis permitem avaliar a existência de um diálogo institucional: clara afirmação da justiciabilidade do direito em questão, cujo conteúdo inclui algumas tarefas dirigidas ao Poder Público (direitos fortes), certo grau de deferência às diretrizes políticas traçadas pelos órgãos eleitos pelo povo (comandos brandos) e monitoramento de suas decisões por meio de mecanismos participatórios.

O modelo que alie esses três componentes de maneira a materializar o direito social, com os olhos voltados à promoção da equidade, varia conforme o desenho institucional específico de cada nação. No caso em exame do direito à proteção da saúde no Brasil, há que se avaliar o perfil dos litígios e o impacto que as decisões possuem sobre os demais poderes e sobre todas as camadas da população. Ressalve-se que é fundamentalmente um *trade-off* a ser feito de uma forma que seja sensível às peculiaridades constitucionais, e não em um plano totalmente abstrato (DIXON, 2006, p. 40).

Como verificado no levantamento feito no capítulo anterior, a maioria das críticas à judicialização parte justamente do pressuposto de que a atuação do Poder Judiciário é necessariamente intensa (*strong form*). Os juízes emitem ordens que fixam obrigações de prover determinado produto ou procedimento, sem especial deferência às decisões dos demais poderes acerca do conteúdo das políticas públicas, sobretudo no que se refere à padronização dos medicamentos e tratamentos, o que indica a leitura do direito à proteção da saúde como substantivamente forte.

No contexto brasileiro, no que pertine aos desafios que devem ser enfrentados pela jurisprudência, há evidências que sugerem que os encargos burocráticos são geralmente muito mais significativos do que os problemas relativos à seleção de prioridades enquanto explicações para as falhas na concretização da dimensão positiva dos direitos sociais (MENDES; BRANCO, 2011, p. 713). Em outras palavras, as inúmeras vinculações a que está sujeito o orçamento, bem como a existência de políticas públicas abrangentes, indicam que a falha se encontra no momento de implementação. Segundo Christian Curtis (2006, p. 175), nesse caso, mesmo a adjudicação individual de um bem deve ser vista como reforço – e não como ofensa – ao princípio da separação dos poderes.

Nesse ponto, resta clara a necessidade de descrever a realidade brasileira de litigância em saúde a fim de verificar se existem exemplos de adoção de mecanismos que se harmonizam com as propostas de diálogo institucional, uma vez que a literatura nacional e internacional a elas têm atribuído a qualidade de vias adequadas para a concretização de direitos sociais atenta aos limites de atuação de cada Poder. Além disso, será possível

observar como esses exemplos de remédios judiciais diferenciados podem se amoldar ao contexto nacional.

A categorização teórica, por si só, embora relevante, não conduz a uma resposta concludente acerca da questão da legitimidade democrática da função judicial, suas possibilidades e limites (FERRAZ, 2011, p.4-5). É necessário pesquisar o impacto concreto da judicialização, segundo a maneira pela qual se manifesta atualmente, para posteriormente avaliar *se e como* os seus efeitos podem contribuir para a materialização do direito à proteção da saúde, com observância dos demais preceitos constitucionais, sobretudo, a equidade. Será possível aferir, ainda, como a inserção ou reforço de mecanismos de diálogo podem auxiliar o alcance desse desiderato.

Essa análise pode ser um tanto quanto contingente, pois não considera o fenômeno da judicialização em um viés principiológico. Ela parte da distinção entre judicialização e efetiva proteção de direitos concluindo serem questões conceitualmente e politicamente distintas a ponto de se poder considerar a atuação judicial legítima, porém lamentável do ponto de vista da proteção de direitos, devido à constatação de que tem produzido efeitos deletérios no plano fático, considerada a universalidade que deve ser atendida pelo sistema de saúde (FERRAZ, 2011, p.5-7).

Por outro lado, ainda que não se confundam esses dois conceitos, é inviável considerar legítima a atuação judicial que agrava a situação em termos de tutela de direitos em uma perspectiva coletiva, pois o seu fundamento de legitimidade é justamente a aptidão para forçar o aprimoramento do sistema (FERRAZ, 2011, p. 6). Assim, em síntese, seja por motivações principiológicas/teóricas, seja por motivações de ordem prática, as respostas às indagações a respeito da judicialização, se deve ser encorajada ou rejeitada, bem como se as vias de diálogo são aptas a reorientar os seus efeitos para a concretização equânime do direito à proteção da saúde, se voltam a uma pesquisa do impacto das decisões judiciais.

É importante registrar que essa assertiva notadamente não é unânime: muitos sustentam que a judicialização não pode ser avaliada ou justificada em termos puramente instrumentais. Argumentam que, embora os dados acerca do impacto das decisões judicial sejam relevantes, eles não são conclusivos, pois a função judicial envolve valores que devem ser observados e promovidos por si sós. Em outras palavras, o Direito pode não ser importante somente por aquilo que alcança no plano fático, mas também por conta do que simbolicamente representa (CANE, 2004, p. 41).

Assim, procurando considerar ambas as críticas, examinam-se as

peculiaridades dos litígios em saúde no Brasil, a fim de averiguar como esses pressupostos teóricos nos auxiliam a avaliar o quadro brasileiro, bem como a enxergar alternativas que conduzam à materialização do direito à proteção da saúde, orientada pela equidade.

4. Perfil dos litígios e impacto das decisões judiciais em saúde: avaliando o caso brasileiro

4.1. Premissas teóricas e metodológicas

A imediata implementação do direito à proteção da saúde, por meio de determinações judiciais que ordenam ao Poder Público fornecer remédios de alto custo ou tratamentos não oferecidos pelo Sistema único de Saúde (SUS), a pacientes portadores de doenças graves tem sido elogiada ao argumento de que confere efetividade ao direito contemplado na Constituição em seu artigo 196.

Segundo FERRAZ (2011), um estudo cuidadoso dos casos suscita sincera dúvida a respeito da efetiva proteção do direito social. Seus principais argumentos podem assim ser resumidos: (i) os magistrados tendem a interpretar equivocadamente tais direitos atribuindo-lhes contornos absolutos e individualistas; (ii) tal interpretação privilegia pequeno grupo que tem acesso ao aparato judicial em detrimento do restante da população; (iii) a judicialização promove realocação de recursos a essa pequena minoria.

Atente-se, ainda, para a potencial violação ao princípio da integralidade, pois a tutela concedida a determinado paciente não beneficiará os demais portadores da patologia. Outro problema se refere ao abalo da gestão administrativa, uma vez que o atendimento deve ser imediato e, por vezes, acarreta a adoção de expedientes não oportunistas a seleção da opção economicamente mais vantajosa (PEPE *et al.*, 2010, p. 2406).

Como demonstrado em capítulo anterior, são evidentes em vários países os problemas relativos ao acesso ao serviço de saúde, bem como o desafio que se põe ao Judiciário no enfrentamento das estratégias de racionamento. Na maioria dos casos, houve resistência por parte dos magistrados em infirmar as decisões levadas a efeito pelos órgãos políticos por meio de seus instrumentos de gestão.

No Brasil, há grande acolhimento das demandas e quase nenhuma deferência às decisões alocativas externadas por meio da elaboração de Protocolos²³ ou listas de padronização de medicamentos. Por outro lado, pouco se tem explorado o grau de sucesso dessas decisões em termos de materialização global de direitos fundamentais, os efeitos sobre os sistemas e políticas de saúde, bem como as implicações econômicas e sociais.

Trata-se de omissão muito relevante, pois uma avaliação coerente, por assim dizer, realista da atuação do Poder Judiciário demanda uma análise da efetividade de suas decisões: elas têm, de fato, materializado os direitos contemplados na Constituição? Em que medida? E mais, essa concretização se harmoniza com os demais princípios constitucionais, sobretudo a equidade e a separação de poderes, voltada para a construção de uma sociedade justa e solidária?

A Professora Siri Gloppen (2008), oferece um marco teórico e metodológico para sistematizar estudos comparativos e interdisciplinares de litígios envolvendo o direito à proteção da saúde. A estrutura foi desenvolvida como parte de programa de pesquisa realizado por um grupo multidisciplinar de pesquisadores em direito, medicina, ciência política, economia, antropologia e ética, com o apoio de várias instituições parceiras²⁴.

Gloppen (2008, p. 24) aduz que a litigância tem a aptidão de fazer os governos tornarem-se responsáveis em relação às lacunas da política (*policy gaps*) e às falhas na implementação (*implementation gaps*). Isso não significa, porém, que seja necessariamente uma estratégia bem-sucedida: uma conclusão nesse sentido demanda pesquisa empírica.

Inicialmente, cabe analisar o parâmetro da aferição de sucesso em termos de responsabilização do governo. A avaliação se desdobra em três perspectivas: sucesso no tribunal, sucesso material e sucesso social. A procedência do pedido indica o sucesso no tribunal. A perspectiva material reside na extensão em que a litigância conduz à melhoria da situação dos litigantes, no que diz respeito à condição de saúde em questão. Finalmente, em

²³ Os Protocolos são recomendações, desenvolvidas por meio de revisão sistemática da literatura existente, para dar suporte à decisão do profissional e do paciente acerca do tratamento mais apropriado, no que se refere às condutas preventivas, diagnósticas ou terapêuticas dirigidas para determinado agravo em saúde ou situação clínica (CONASS, 2007, p. 121).

²⁴ O quadro foi desenvolvido como parte do programa de investigação “*Right to Health through Litigation? Can Court Enforced Health Rights Improve Health Policy and Priority Setting in Poor Countries?*” Disponível em <http://www.cmi.no/research/project/?1128=right-> financiado pelo Conselho Norueguês de Pesquisa e hospedado pela CDH. Michelsen Institute, Bergen, Noruega e conduzido por um grupo multidisciplinar de pesquisadores (em direito, medicina, ciência política, economia, antropologia e ética), e instituições parceiras, incluindo a Faculdade de Medicina da Universidade de Bergen; Programa Harvard Law School de Direitos Humanos, o Centro Avançado de Estudos Jurídicos da Universidade de Witwatersrand, e Ain o Salish Kendra (ASK), Bangladesh.

uma análise social, deve-se observar se há mudança das políticas e de sua implementação de maneira a tornar o sistema de saúde mais equânime e a beneficiar os membros das sociedades cujo direito esteja mais ameaçado ou, ao revés, se tem alocado os escassos recursos em favor de grupos já privilegiados (GLOPPEN, 2008, p. 25).

Para finalidades analíticas, Gloppen decompôs o litígio em quatro fases: estágio de formulação da demanda, estágio de adjudicação; estágio de implementação dos comandos judiciais e estágio dos resultados sociais (v. Anexo A). Em cada etapa a pesquisadora selecionou alguns problemas de pesquisa, bem como fatores considerados importantes para explicar a efetividade dos mecanismos de responsabilização. No próximo tópico, utilizando-me desse quadro analítico, busco traçar um perfil dos litígios no Brasil.

Antes, porém, cumpre referir que, em geral, esses estudos de impacto judicial realçam os julgamentos e procedimentos judiciais. Não obstante, a depender do tipo de efeito que é enfatizado, podem ser classificados em dois grupos. Um grupo de autores, adotando uma perspectiva neorealista, tende a concentrar a atenção nos efeitos diretos sobre aqueles que devem atender o comando e sobre os eventuais beneficiários. Em termos metodológicos, tais estudiosos realizam pesquisas quantitativas que medem os efeitos materiais diretos das decisões e tendem a concordar com Rosenberg (1991), o qual, no caso americano, defendia que enxergar nas Cortes uma via para mudança social seria uma esperança vazia (*hollow hope*)(GARAVITO, 2011, p. 9-11).

Por outro lado, autores inspirados pela relação construtivista entre direito e sociedade sustentam que a transformação social não é gerada tão-somente por eventuais mudanças na conduta daqueles diretamente envolvidos no caso, mas também quando produzem transformações indiretas nas relações sociais, ou quando alteram a percepção dos atores sociais e legitimam a visão de mundo dos litigantes (GARAVITO, 2011, p. 9). As estratégias de pesquisa são mais abrangentes para incluir técnicas qualitativas que captam esses efeitos simbólicos e indiretos, além de dados quantitativos. São exemplos as entrevistas com autoridades públicas, ativistas e membros da população beneficiada, para averiguar o impacto das decisões em suas percepções.

Os efeitos, portanto, podem ser diretos ou indiretos, materiais ou simbólicos. Os efeitos diretos cuidam do impacto das decisões sobre as partes envolvidas no processo e vão atentar, especialmente, para o rearranjo da política pública nos termos do comando judicial (efeito material) ou da definição e percepção do problema como violação de um direito (efeito simbólico).

Já os efeitos indiretos se referem a todo tipo de conseqüências, ainda que não tenham sido objeto de decisão judicial, e afetarão diversos atores sociais, não necessariamente vinculados ao caso concreto. São exemplos a formação de coalizão entre ativistas para influenciar a implementação da decisão e obter outras tutelas reputadas exigíveis (efeitos materiais) e a transformação da opinião pública sobre a urgência e gravidade do problema (efeitos simbólicos) (GARAVITO, 2011, p. 11-12).

Assim, enquanto os neorealistas centram a sua análise nos efeitos materiais diretos, os construtivistas consideram todos os efeitos sobremencionados. Não é difícil concluir que um julgamento pode ser considerado ineficaz para os primeiros e positivamente impactante para os últimos.

Os estudos de impacto judicial, por conseguinte, demandam um alargamento teórico e metodológico do campo de visão: além dos efeitos diretos e materiais das ordens das cortes, há que se atentar para os efeitos simbólicos e indiretos. Garavito (2011, p. 7) elenca alguns exemplos desses efeitos: a caracterização dos problemas sócio-econômicos como questões de direitos humanos, o fortalecimento da capacidade institucional estatal, assim como a promoção de deliberação pública e pesquisa coletiva por soluções acerca da complexa distribuição de recursos.

Assentadas essas premissas, pode-se empreender uma análise crítica das pesquisas existentes acerca da litigância em matéria de saúde, com ênfase no aspecto da equidade em saúde.

4.2. Estudos de impacto das decisões judiciais em matéria de saúde

O Professor Octavio Luiz Motta Ferraz²⁵ publicou estudo em que sistematiza os resultados de pesquisas conduzidas no Brasil acerca do fenômeno da litigância em matéria de saúde²⁶. As pesquisadoras Vera Lúcia Edais Pepe, Tatiana de Aragão Figueiredo, Luciana

²⁵ Pesquisador da Universidade de Warwick (Reino Unido), integrante de projeto internacional financiado pela Fundação Ford e liderado pelo Professor Oscar Vilhena da Fundação Getúlio Vargas sobre a justiciabilidade dos direitos fundamentais nas Supremas Cortes da Índia, Brasil e África do Sul.

²⁶ São estas as pesquisas referidas pelo autor: FERREIRA, Camila Duran. O Judiciário e as Políticas de Saúde no Brasil: o Caso AIDS. 2004, 50 f. Monografia (Concurso IPEA 40 anos) – IPEA, [Brasília]. 2004. Disponível em: <http://getinternet.ipea.gov.br/SobreIpea/40anos/estudantes/monografiacamila.doc>. Acesso em: 17 mai. 2010; MESSEDER, A. M.; OSÓRIO-DE-CASTRO, C. G. S; LUÍZA, V. L. Mandados judiciais como ferramenta para a garantia do acesso a medicamentos no setor público: a experiência do Estado do Rio de Janeiro, Brasil. Cadernos de Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 525-534, 2005; VIEIRA, Fabiola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. Revista Saúde Pública [online], v. 41, n. 2, p. 214-222, 2007. [cited 2008-06-19]; SCHEFFER, M.; SLAZAR, A. L.; GROU, K. B. (2005), *O Remédio via Justiça: um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/Aids no*

Simas, Claudia Garcia Serpa Osorio-de-Castro, Míriam Ventura (2010) realizaram estudo recente que envolveu a revisão e análise das pesquisas disponíveis no contexto brasileiro com ênfase na interferência do fenômeno da judicialização sobre o ciclo da Assistência Farmacêutica, em universo mais abrangente que a pesquisa de Ferraz, mas que conduziu a conclusões semelhantes²⁷. Foram considerados artigos, dissertações e teses brasileiras

Brasil por meio de ações judiciais. Série Legislação nº 3. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Programa Nacional de DST e Aids. Brasília: Ministério da Saúde; MARQUES, SB ; DALLARI, SG. (2007). *A garantia do direito à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo*. Revista de Saúde Pública / Journal of Public Health, São Paulo, v. 41, n. 2, p. 101-107; WANG, Daniel Wei Liang. *Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. In: *eScholarship Repository, University of Califórnia*. <http://repositories.cdlib.org/bple/alacde/050207-16>; BORGES, Danielle da Costa Leite. *Uma análise das ações judiciais para o fornecimento de medicamentos no âmbito do SUS: o caso do Estado do Rio de Janeiro no ano de 2005*. Rio de Janeiro, 2007. Dissertação (Mestrado) - Programa de Mestrado em Saúde Pública da Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca (ENSP)/FIOCRUZ. Disponível em: <<http://bvssp.cict.fiocruz.br/lildbi/docsonline/3/3/1233-borgesdclm.pdf>>; ROMERO LC. Judicialização das políticas de assistência farmacêutica: o caso do distrito federal. Brasília: Consultoria Legislativa do Senado Federal; 2008; Pereira, Januria Ramos ; Santos, Rosana Isabel dos ; Nascimento Junior, Jose Miguel do ; Schenkel, Eloir Paulo . Análise das demandas judiciais para o fornecimento de medicamentos pela Secretaria de Estado da Sa?de de Santa Catarina nos anos de 2003 e 2004. *Ciencia e Saude Coletiva* (Impresso), v. 15, p. 3551-3560, 2010; HOFFMAN, F.; BENTES, F. Accountability for Economic and Social Rights in Brazil. In: GAURI, V.; BRINKS, D. (Org). *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2008, p. 100-145; BARBOSA, M., “O STF e a política de fornecimento de medicamentos para tratamento de AIDS/HIV,” in D. Coutinho and A. Vojvodic (eds), *Jurisprudência Constitucional: Como decide o STF?* . São Paulo: Malheiros, 2009), pp. 335–350.

²⁷ Eis as pesquisas mencionadas pelo estudo: 1. Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Programa Nacional de DST e Aids. O remédio via Justiça: um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/aids no Brasil por meio de ações judiciais. Brasília: Ministério da Saú-de; 2005. 2. Messeder AM, Osorio-de-Castro CGS, Luiza VL. Mandados judiciais como ferramenta para garantia do acesso a medicamentos no setor público: a ex- periência do Estado do Rio de Janeiro, Brasil. *Cad Saude Publica* 2005; 21(2):525-534. 3. Santos CC, Guimarães LG, Gonçalves SA. Estratégias para reorganização e otimização das atividades destinadas ao fornecimento de medicamentos demanda- dos judicialmente contra a Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal [monografia de especialização]. Brasília (DF): Faculdade de Ciências da Saúde, Universidade de Brasília; 2006. 4. Vieira FS, Zucchi P. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. *Rev. Saude Publica* 2007; 41(2):214-222. 5. Lopes LC, Barberato Filho S, Polimeno NC, Costa AC, Naffah Filho M, Correa MC, Osorio-de-Castro CGS. Medicamentos antineoplásicos e ações judiciais: contribuição para o modelo de assistência farmacêutica no SUS. In: *Relatório de resultados dos projetos de pesquisa - Seminário PPSUS-SP*. São Pau- lo; 2008. 6. Machado MAA. Acesso a medicamentos via Poder Judiciário no estado de Minas Gerais [dissertação]. Belo Horizonte (MG): Faculdade de Farmácia, Universidade Federal de Minas Gerais; 2010. 7. Barcelos PC. Perfil de demandas judiciais de medica- mentos da Secretaria de Estado da Saúde do Espírito Santo: um estudo exploratório [dissertação]. Rio de Janeiro RJ): Instituto de Medicina Social, Universidade do Estado do Rio de Janeiro; 2010. 8. Figueiredo TA. Análise dos medicamentos fornecidos por mandado judicial na Comarca do Rio de Janeiro: A aplicação de evidências científicas no processo de tomada de decisão [dissertação]. Rio de Janeiro (RJ): Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca. Fundação Oswaldo Cruz; 2010. 9. Pessoa NT. Perfil das solicitações administrativas e judiciais de medicamentos impetradas contra a Secretaria de Saúde do estado do Ceará [dissertação]. Fortaleza (CE): Universidade Federal do Ceará; 2007. 10. Boing AC. Política e Constituição: a judicialização do acesso a medicamentos em Santa Catarina [disserta- ção]. Itajaí (SC): Universidade do Vale do Itajaí; 2008. 11. Bomfim RLD. Agenda única de saúde: a busca do acesso universal e a garantia do direito à proteção da saúde [tese]. Rio de Janeiro (RJ): Instituto de Medicina Social, Universidade do Estado do Rio de Janeiro; 2008. 12. Marques SB, Dallari SG. Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. *Rev. Saude Publica* 2007; 41(1):101-107. 13. Andrade EIG. A judicialização da saúde e a Política Nacional de Assistência Farmacêutica no Brasil: gestão da clínica e medicalização da justiça. *Rev Med Minas Gerais* 2008; 18(4 Supl. 4):S46-S50. 14. Chieffi AL, Barata RB. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. *Cad Saude Publica* 2009; 25(8):1839-1349. 15. Angell M. A verdade sobre os laboratórios

elaboradas desde 2000 presentes nas bases LILACS, SciELO, nos bancos de teses da CAPES, localizadas no Portal Domínio Público ou cedidas pelos respectivos autores/orientadores. Investigaram especificamente a relação entre o uso da via judicial para fornecimento de medicamentos e a gestão da Assistência Farmacêutica no SUS, que tem desafiado o gestor a adotar uma postura diferenciada capaz de responder às ordens judiciais, conter o aumento dos litígios em saúde e preservar os princípios e diretrizes do SUS.

No tópico seguinte, são sistematizados os resultados dessa pesquisa, tendo como referencial o mencionado modelo teórico proposto por Siri Gloppen, a fim de traçar um perfil dos litígios em saúde no Brasil que permita avaliar como as propostas teóricas para materialização equânime do direito à proteção da saúde podem se amoldar ao contexto nacional. Nem todos os problemas de pesquisa elencados por Gloppen (2008) podem ser satisfatoriamente respondidos, pois as pesquisas não foram orientadas por esse marco teórico, mas a sistematização dos resultados permite extrair algumas características relevantes do fenômeno.

a) Estágio de formulação da demanda

No primeiro estágio, de elaboração do pedido, Gloppen (2008, p. 26) faz uma bipartição da análise entre litigantes e pedidos. Em relação aos litigantes elenca as seguintes perguntas: quem litiga? O que motiva litígio? Qual é a estrutura de oportunidade dos litigantes? De que recursos os litigantes dispõem?

farmacêuticos. Como somos enganados e o que podemos fazer a respeito. Rio de Janeiro: Record; 2007.20. Oliveira MA, Bermudez JAZ, Osorio-de-Castro CGS. Assistência farmacêutica e acesso a medicamentos. Rio de Janeiro: Fiocruz; 2007. 16. Pereira JR, Santos RI, Nascimento Junior JM, Schenkel EP. Análise das demandas judiciais para o fornecimento de medicamentos pela Secretaria de Estado da Saúde de Santa Catarina nos anos de 2003 e 2004. Cien Saude Colet [periódico na Internet] 2007. [acessado 2009 jan 20]. Disponível em: http://www.abrasco.org.br/cienciasaudecoletiva/artigos/artigo_int.php?id_artigo=1320 17. Sant’Ana JMB. Essencialidade e Assistência Farmacêutica: um estudo exploratório das demandas judiciais individuais para acesso a medicamentos no estado do Rio de Janeiro, 2009 [dissertação]. Rio de Janeiro (RJ): Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca, Fundação Oswaldo Cruz; 2009. Romero LC. Judicialização das políticas de assistência farmacêutica: o caso do distrito federal. Brasília: Consultoria Legislativa do Senado Federal; 2008. Sartório MJ. Política de medicamentos excepcionais no Espírito Santo: a questão da judicialização da demanda [dissertação]. Porto Alegre (RS): Universidade Federal do Rio Grande do Sul; 2004. 18. Borges DLC. Uma análise das ações judiciais para o fornecimento de medicamentos no âmbito do SUS: o caso do Estado do Rio de Janeiro no ano de 2005 [dissertação]. Rio de Janeiro (RJ): Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca, Fundação Oswaldo Cruz; 2007. 19. Pepe VLE, Ventura M, Sant’ana JMB, Figueiredo TA, Souza VR, Simas L, Osorio-de-Castro CGS Caracterização de demandas judiciais de fornecimento de medicamentos “essenciais” no Estado do Rio de Janeiro, Brasil. Cad Saude Publica 2010; 26(3):461-471. 20. Leite SN, Pereira SMP, Silva P, Nascimento Jr. JM, Cordeiro BC, Veber AP. Ações Judiciais e Demandas Administrativas na Garantia do Direito de Acesso a Medicamentos em Florianópolis-SC. Rev. Direito Sanit. 2009; 10(2):13-28. 21. Pereira JR. Análise das demandas judiciais solicitando medicamentos encaminhados à diretoria de assistência farmacêutica da secretaria de estado da saúde de Santa Catarina nos anos de 2003 e 2004 [dissertação]. Florianópolis (SC): Universidade Federal de Santa Catarina; 2005.

Em todas as pesquisas mencionadas no tópico anterior constatou-se que a maioria das ações são individuais – Hoffman e Bentes (2008) apontaram 98% de demandas individuais. A base legal referida é o direito à proteção da saúde contemplado na Constituição e o fundamento de fato é a necessidade da droga ou tratamento atestado por um profissional regularmente habilitado.

Quanto ao perfil dos litigantes, verifica-se que não há homogeneidade nas variadas regiões do país, o que afasta conclusões seguras acerca do perfil socioeconômico dos requerentes, embora sirva para desconstruir afirmações genéricas acerca da prevalência de um determinado tipo de assistência jurídica ou da origem das prescrições médicas. Refiro alguns estudos que ilustram essa afirmação.

Vieira e Zucchi²⁸ (2007) constataram que em 54% dos casos o autor foi representado por advogado particular e, ao justapor os endereços dos reclamantes com o mapa da exclusão/inclusão social da cidade de São Paulo (um mapa que divide a cidade em função dos níveis de privação de seus habitantes), concluíram que 63% dos reclamantes em sua amostra vivem nas áreas com menor grau de exclusão. A assistência por advogado particular também prevaleceu em Santa Catarina (PEREIRA et al, 2010)²⁹ e no Estado de Pernambuco (MARÇAL, 2008)³⁰.

Messeder *et al* (2000) encontraram resultados distintos no Rio de Janeiro: houve prevalência da assistência judiciária gratuita por meio da Defensoria (53,5%). Na pesquisa realizada no Estado do Espírito Santo³¹, a grande maioria das ações também foi patrocinada pela Defensoria Pública Estadual (77,2%).

Segundo PEPE *et al* (2010, p. 2409), nos estados de Minas Gerais, Santa Catarina e Espírito Santo, a maior parte das receitas médicas, onde foi possível identificar sua origem, foi oriunda de serviços privados. No município de São Paulo, em Brasília e nos estados do Rio de Janeiro e Ceará predominaram as prescrições de médicos do SUS.

FERRAZ (2010, p. 39) refere-se ao o tipo de assistência jurídica, isto é, se é pública ou privada, e à origem da prescrição médica que lastreia o pedido como indicadores

²⁸ Objeto de pesquisa: 170 processos contra o Estado de São Paulo demandando medicamentos em 2005. Análise textual e quantitativa.

²⁹ Objeto de pesquisa: 622 processos ajuizados contra o Estado de Santa Catarina em 2003 e 2004 para obtenção de medicamentos. Análise textual e quantitativa.

³⁰ Objeto de pesquisa: todas as ações judiciais que entraram na Superintendência de Assistência Farmacêutica de Pernambuco no ano de 2008, em um total de 205 ações judiciais.

³¹ Objeto de pesquisa: 360 ações judiciais no Período de janeiro a setembro de 2009 contra a Secretaria de Estado da Saúde do Espírito Santo, tendo como objeto o fornecimento de medicamentos. Análise textual e quantitativa.

indiretos do nível socioeconômico dos litigantes . Não obstante, o próprio autor assume que os dados apenas sugerem o perfil socioeconômico, pois o patrocínio público da causa não implica necessariamente que a parte esteja nas camadas mais carentes da sociedade. E mais, pacientes com boas condições sociais por vezes procuram o sistema publico tão-somente visando à obtenção de uma receita que aumentará a chance de procedência de sua demanda judicial.

Os indicadores diretos seriam a residência, a receita e o nível educacional. O autor relata pesquisas que utilizaram métodos que alcançaram esses dados (FERRAZ, 2010, p. 40):

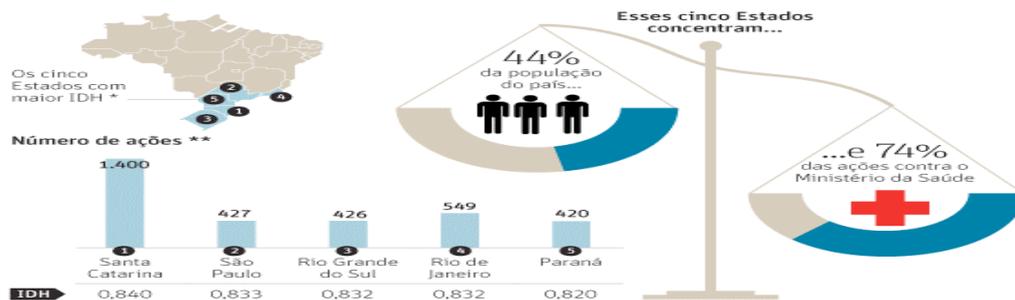
“Em estudo mais recente, Ana Rita Barata Chieffi usou o Índice de Vulnerabilidade Social de São Paulo (que divide a cidade em seis áreas homogêneas) e descobriu que 74% dos requerentes vivem em três áreas com menor vulnerabilidade social. Fernanda Terrazas, confirmou estes resultados através de entrevistas com uma amostra aleatória de 160 demandantes no estado de São Paulo. Mais de 70% declararam que viviam em sua própria casa e mais de 58% declararam que viviam em domicílios com renda superior ao salário mínimo per capita. Uma percentagem significativa dos entrevistados tinham renda bem acima desse nível, com rendimentos 2-5 vezes o salário mínimo e 11,8% com relato de uma renda superior a cinco salários mínimos. Talvez o mais impressionante, mais de 80% da amostra de Terraza “havia completado ensino secundário ou superior, enquanto que em 2006, apenas 39,2% da população do estado havia concluído esse nível de educação”.

Em estudo mais recente referido pelo Professor Ferraz acerca das condenações em matéria de saúde contra a União, constatou-se que 85% dos 4,343 processos que tramitaram entre 2005 e 2009 originaram-se dos estados do Sul e Sudeste, embora a população dessas regiões represente 56,8% da população total do país. As regiões mais carentes do Norte e Nordeste representam apenas 7,5% desse total de processos, com peso de 36% da população nacional.

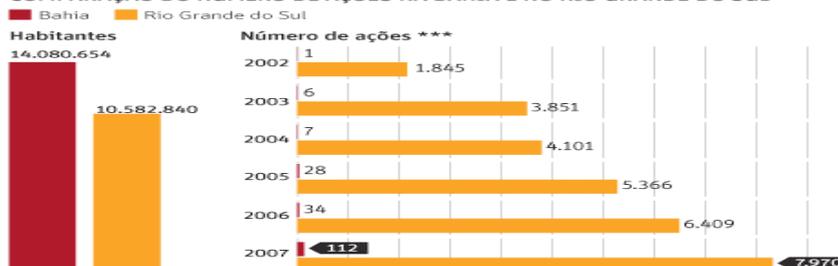
Se considerado o parâmetro de desenvolvimento humano das ONU (IDH), a discrepância assume contornos ainda mais nítidos: 93,3% dos casos envolvem condenações aos 10 estados com maior IDH, ao passo que os demais 17 estados englobaram, juntos, somente 6,7% dos processos (FERRAZ, 2011, p. 16). Confira-se ilustração veiculada pelo jornal “A Folha de São Paulo” em 24.7.2010: ³²

³² AÇÕES por remédios caros favorecem ricos, diz estudo. São Paulo, 24 de julho de 2010. **Folha de S. Paulo**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/772062-acoes-por-remedios-caros-favorecem-ricos-diz-estudo.shtml>>. Acesso em 10 de fevereiro de 2010.

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E A DESIGUALDADE



COMPARAÇÃO DO NÚMERO DE AÇÕES NA BAHIA E NO RIO GRANDE DO SUL



* Excluindo o Distrito Federal ** Em âmbito federal até 2008 *** Em âmbito estadual
Fontes: PNUD 2009, Ministério da Saúde, Secretarias de Estado da Saúde da Bahia e do Rio Grande do Sul

Para Ferraz a conclusão aparente que se pode extrair é a de que, ao menos na maioria dos Estados, grande parte dos requerentes vem de grupos socioeconômicos de privilégio relativo dentro do perfil da população brasileira, ou seja, aqueles que já estão em melhor situação em termos de educação, renda, riqueza e saúde. O autor admite, porém, que uma confirmação da hipótese demandaria a pesquisa de mais indicadores relacionados às questões de oportunidades de acesso e à disponibilidade de recursos (FERRAZ, 2009, p. 22).

Esses dados aproveitam à crítica que se põe no que se refere às ações individuais quanto à possível quebra de igualdade ao criar uma casta daqueles que dispõem de condições de demandar, seja por advocacia privada, seja pela defensoria pública, em relação aos que não têm acesso ao Poder Judiciário por falta de informação ou instrumentalização (não instalação da Defensoria Pública em alguns Estados).

Ademais, as barreiras formais relativas ao acesso a um comando judicial tendem a ser reduzidas quando comparadas às limitações materiais, pois *“mesmo quando a assistência jurídica gratuita está disponível e as custas judiciais são dispensadas (algo que não é difícil de conseguir no sistema do Brasil), a consciência dos direitos e da força da organização não são fáceis de ser encontrados nos grupos socioeconômicos mais carentes”* (FERRAZ, 2009, p. 22).

Quanto aos pedidos em si, os problemas de pesquisa são: o que os litigantes demandam? Quais os fundamentos legais e de fato dos pedidos?

A maioria das pesquisas concluiu que as demandas envolvem uma obrigação de fornecimento de medicamento ou tratamento - 85% dos casos (Hoffman e Bentes, 2008³³) - e se baseiam em uma única prescrição médica acostada aos autos (PEPE *et al*, 2010).

Segundo levantamento de PEPE *et al*, a maioria dos estudos costumava apontar uma prevalência de requisição de medicamentos contemplados nas listas oficiais, a revelar falha de gestão (MESSEDER *et al*, 2005; SANTOS *et al*, 2006; PEREIRA *et al*, 2010; ROMERO, 2008). Por outro lado, pesquisas mais recentes indicam que predominam os medicamentos não padronizados (SANT'ANA *et al*, 2010; MACHADO, 2010; BARCELOS, 2010; FIGUEIREDO, 2010). Para os pesquisadores tal quadro levanta a hipótese de que o aperfeiçoamento da gestão da Assistência Farmacêutica - por meio da pressão exercida pela litigiosidade em matéria de saúde - tende a concentrar o tipo de demanda nos medicamentos não fornecidos pelo SUS, especialmente os de alto custo (PEPE *et al*, 2010, p. 2410).

b) Estágio de adjudicação

No segundo estágio referido por Gloppen (2008, p. 29), também há duas etapas de investigação: as características dos tribunais e dos julgamentos em si. Na primeira análise, sobressaem as seguintes questões: em que tipo de juízo ocorrem os julgamentos? Quão acessível é o juiz?

As pesquisas indicam a existência de processos envolvendo direito à proteção da saúde em todas as instâncias ordinárias e extraordinárias. As vias utilizadas têm sido o Mandado de Segurança, as Ações Ordinárias e, em menor número, as Ações Civis Públicas.

Em termos de acessibilidade, a instalação de Defensorias Públicas em quase todo país tem franqueado a chegada dos pleitos ao Judiciário. Cabe referir a atuação diligente do Ministério Público em defesa de direitos transindividuais e individuais indisponíveis. Os custos da litigância, por sua vez, não se constituem em óbice intransponível ante a concessão dos benefícios da justiça gratuita aos requerentes, nos termos da Lei nº 1.060/50.

No que pertine aos julgamentos, as indagações são: o magistrado tem aceitado ou rejeitado o caso? Os tribunais têm mantido a decisão? Que tipo de ordem é exarada? Qual é a base jurídica da decisão/acórdão? Como o tribunal tem lidado com os conhecimentos técnicos?

³³ Objeto de pesquisa: 7.400 casos apreciados nos Tribunais do Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Goiás, Bahia e Pernambuco e no STJ e STF entre 1995 e 2004. Análise textual e quantitativa.

Ferraz ressalta que esse é o estágio com resultados mais homogêneos nas pesquisas conduzidas no Brasil. A esmagadora maioria dos pedidos tem sido julgada procedente, o que estaria relacionado a uma estrutura de oportunidade para a litigância. Ferraz (2009, p. 24) apresenta uma tabela que resume o resultado das pesquisas analisadas:

<u>Procedência dos pedidos</u>	
Pesquisadores – objeto pesquisado	Percentual de pedidos julgados procedentes
DURAN FERREIRA <i>et al</i> (2004) – 144 decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo envolvendo pedidos de medicamento para HIV/AIDS.	85%
LEITE BORGES (2007) - 2.245 processos ajuizados contra o Estado do Rio de Janeiro em 2005 para obtenção de medicamentos.	97%-90% de total procedência e 7% de parcial procedência
MARQUES E DALLARI (2007) - 31 processos ajuizados contra o Município de São Paulo na primeira instância de 1997 a 2004 para obtenção de medicamentos	90,3%
HOFFMAN E BENTES (2008) - 7.400 casos apreciados nos Tribunais do Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Goiás, Bahia e Pernambuco e no STJ e STF entre 1995 e 2004	82%
BARBOSA (2008) – 48 decisões do Supremo Tribunal Federal envolvendo medicamentos para HIV/AIDS	100%

Tabela 1: FERRAZ (2009, p. 24)

As decisões têm predominantemente conteúdo mandamental, com referência à implementação direta do dispositivo constitucional relativo ao direito à proteção da saúde, e poucas menções a legislação infraconstitucional. As reivindicações coletivas e mais estruturais continuam a ser um fenômeno marginal.

Em relação aos aspectos técnicos, observou-se que muitas decisões limitavam-se a referir o teor do art. 196 e ordenar a entrega de tudo o quanto foi pedido na inicial, sem declinar detalhes acerca da prestação de saúde requerida, ausente qualquer menção aos instrumentos de gestão do Ministério da Saúde, ou ao quadro clínico do paciente.

Não obstante, a partir da realização da Audiência Pública, o Supremo Tribunal Federal tem buscado estabelecer critérios para orientar a análise judicial dos casos concretos envolvendo o direito à proteção da saúde que levam em conta aspectos técnicos do problema. Além disso, em atendimento à Recomendação do Conselho Nacional de Justiça, têm sido instalados núcleos de assistência técnica compostos por médicos e farmacêuticos para auxiliar

os magistrados em face de indagações de natureza clínica que sejam relevantes para a decisão.

c) Estágio de implementação dos comandos judiciais

O terceiro estágio denominado “implementação” envolve problemas ligados à responsabilização dos agentes envolvidos: quem são as autoridades responsáveis? Quem são os beneficiários dos pronunciamentos judiciais? Em que grau as autoridades têm cumprido o seu dever? Quais são os mecanismos de coerção? Em que grau as políticas de saúde têm mudado?³⁴

Em geral, a autoridade apontada como coatora é a Secretária de Saúde estadual/municipal ou o próprio ente federado (união, estado, município e distrito federal)³⁵. A autoridade atende ao comando, que beneficia diretamente o paciente e a companhia farmacêutica que produz o insumo ou medicamento.

Alguns críticos da judicialização ressaltam o problema das fraudes em ações para beneficiar laboratórios. Em 2008, nove pessoas foram presas em Marília (interior de São Paulo) sob a acusação de forjar receitas médicas para obrigar, por meio de ações judiciais, a Secretaria de Estado da Saúde a comprar remédios para tratamento de psoríase (doença inflamatória da pele). O problema é que os medicamentos prescritos não tratavam da psoríase e, de acordo com o Governo estadual, três pacientes chegaram a contrair tuberculose com a medicação inadequada.³⁶

Ademais, registre-se dado minimamente curioso: pelo menos nove entidades brasileiras de defesa de doentes são financiadas por fabricantes de remédios, revela um estudo da ONG (organização não-governamental) americana Essential Action³⁷.

Segundo apontado na pesquisa “*O Remédio via Justiça: um estudo sobre o acesso*

³⁴ É necessário repisar que nem todos os problemas de pesquisa elencados por Gloppen (2008) podem ser satisfatoriamente respondidos, pois as pesquisas não foram orientadas por esse marco teórico, mas a sistematização dos resultados permite extrair algumas características relevantes do fenômeno.

³⁵ A União, Estados e Municípios possuem competências na qualidade de gestores do SUS, mas inexistem hierarquia entre eles: os entes federados negociam e entram em acordo sobre ações, serviços, organização do atendimento e outras relações dentro do sistema público de saúde. Além disso, há coparticipação no financiamento (Constituição, art. 194, VII c/c art. 198, I e III). A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido da responsabilidade solidária dos entes federativos.

³⁶ ISKANDARIAN, Carolina. FRAUDE com medicamentos pode chegar a R\$ 200 milhões, diz governo. **Globo Notícias (G1)**. Notícia de 01/09/2008. Disponível em : <http://g1.globo.com/Noticias/SaoPaulo/0,,MUL744251-5605,00-FRAUDE+COM+MEDICAMENTOS+PODE+CHEGAR+A+R+MILHOES+DIZ+GOVERNO.html>. Acesso em 10.02.2011.

³⁷ COLLUCI, Claudia; WESTIN, Ricardo. Indústria farmacêutica financia ONGs. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 18 de maio de 2008. Disponível em : <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff1805200801.htm>. Acesso em 10.02.2011.

a novos medicamentos e exames em HIV/Aids no Brasil por meio de ações judiciais”³⁸, a conduta do Poder Público no tocante ao cumprimento das decisões varia por todo o Brasil. Em Florianópolis a prestação jurisdicional é muito célere e é costumeira a fixação de um prazo médio de 5 dias para o cumprimento, sob pena multa no montante de R\$ 1.000 (mil reais). Nos estados do Rio de Janeiro, Pernambuco e o Distrito Federal, por outro lado, são registrados muitos atrasos. O estudo indica, ainda, que nesses locais são muito raras as imposições efetivas de multas e outras sanções, as quais são apenas indicadas em caso de descumprimento; quando há a comunicação do descumprimento, o juízo não costuma aplicar de imediato a penalidade, preferindo oficiar ou intimar novamente o réu para que cumpra a determinação (SCHEFFER *et al.*, 2005, p. 123-125).

Uma dificuldade recorrente é a busca de mecanismos que forcem o cumprimento do comando. Um remédio drástico é a prisão do agente público responsável, comumente o Secretário de Saúde. Outras possibilidades agitadas são a imposição de multa diária ou o bloqueio do montante necessário para o adimplemento do comando. Ocorre que tais expedientes tendem a agravar o quadro de escassez de recursos e causar ainda mais embaraço à gestão administrativa.

Houve casos em que foram deferidos parcialmente pela Presidência do Supremo Tribunal Federal pedidos de suspensão de algumas decisões quanto à fixação de multa diária por descumprimento da ordem de entrega de prestações de saúde (SL 228, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 14/10/2008; STA 344, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 25/08/2009; STA 347, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 16/09/2009; STA 69, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 25/09/2006; SL 114, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 21/09/2006).

A respeito do bloqueio de verbas, a Presidência do Supremo Tribunal Federal suspendeu a determinação de bloqueio do valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) nas contas do Município de Pelotas/RS, para garantir a realização do procedimento cirúrgico de redução do estômago determinado nos autos de ação ordinária. O Ministro Relator consignou que “*o bloqueio do valor em questão poderá impedir a realização de outras ações municipais, fundamentais para a população do Município de Pelotas, pondo em risco, de forma desnecessária e injustificada, a ordem pública e a economia municipal*” (SL 254, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 25/08/2008).

Finalmente, no que se refere a mudanças nas políticas públicas em si, Ferraz

³⁸ Objeto de pesquisa: 404 decisões de 9 tribunais regionais, do STJ e do STF envolvendo medicamentos para o tratamento de HIV/AIDS. Análise textual e quantitativa.

assume que é a área menos explorada pelos pesquisadores brasileiros, juntamente com os resultados para a sociedade, que estão intimamente ligados. Existem informações pulverizadas, mas nenhum estudo sistemático.

Não obstante, o autor refere o caso dos medicamentos para o tratamento de HIV/AIDS como um estudo que indica a incorporação de drogas nas listas de dispensação elaboradas pelo Estado como resposta às demandas judiciais, e também administrativas, como o exemplo do medicamento Raltegravir no Estado de São Paulo (FERRAZ, 2009, p. 26).

d) Resultados sociais

O último estágio de análise se volta ao impacto da decisão sobre o requerente: como a situação tem se alterado em relação ao litigante? Como os recursos são realocados? De onde vêm os recursos? Como o resultado afeta o direito a saúde em uma perspectiva global? O resultado fortalece o sistema de saúde? (GLOPPEN, 2008, p. 31).

O litigante, via de regra, tem se beneficiado do comando judicial. Todavia, não existem estudos que se voltem aos impactos indiretos da litigância: tanto em relação aos potenciais beneficiários que não são partes na ação, bem como potenciais prejudicados pela ausência de recursos realocados no atendimento de mandados judiciais (FERRAZ, 2009, p. 26).

Há igualmente pouca informação empírica e sistemática disponível em relação aos impactos financeiros de tal litigação. Não obstante, há algumas conclusões preliminares resultantes de uma pesquisa multidisciplinar coordenada pelo Instituto Christian Michelsen, da qual participam Ottar Maestad (Diretor do Instituto), Octavio Ferraz (Universidade de Warwick), Alicia Ely Yamin (Universidade de Harvard), Ole Norheim (Universidade de Berga) e Siri Gloppen (Universidade de Berga). Eles estudaram o fenômeno da judicialização em países como África do Sul, Índia, Brasil, Colômbia, Argentina e Costa Rica. Evidências preliminares indicam variação significativa na análise dos custos, seja através de realocação de recursos orçamentários, seja pelo aumento de receitas adicionais ou, ainda, reduções nos quadros de fraudes, desperdícios e ineficiência (MAESTAD *et al*, 2010, p. 1-2).

No Brasil, Colômbia e Argentina, os dados indicam que as demandas individuais têm beneficiado, sobretudo, a classe média. Assim, uma mudança a longo prazo no quadro socioeconômico, que contribua para a equidade do sistema, no sentido de fortalecimento do direito à proteção da saúde a nível coletivo, vai depender da resposta das autoridades públicas

aos múltiplos julgamentos individuais consistente na universalização de um dado tratamento (MAESTAD *et al*, 2010, p. 1-2).

Não obstante, universalizar um tratamento requerido em juízo pode se revelar inviável e implicar maior inequidade. Vieira (2008) expõe um exemplo que ilustra o problema: admitindo que o SUS trate um quarto das pessoas portadoras de hepatite C com o medicamento *interferon peguilado* (versão mais moderna e mais cara do que a padronizada), o que envolve um universo de 0, 25% da população brasileira, o gasto representaria 64% do orçamento total do Ministério da Saúde de 2006 para o tratamento de apenas uma patologia.

4.3. Efetividade e equidade: desafios e estratégias

O Modelo Brasileiro de litigância seria caracterizado, em síntese, pela prevalência das demandas individuais acerca de tratamentos curativos e de alto grau de acolhimento de seus pleitos.

Ferraz sustenta que essa extrema litigância em matéria de saúde nos moldes brasileiros agrava o estado já precário do Sistema de Saúde nacional, elencando duas razões: (i) uma interpretação do direito a saúde que ignore limites orçamentários só pode ser sustentada em detrimento da universalidade do sistema, isto é, apenas parcela da população tem acesso a recursos ilimitados e (ii) a minoria que tem acesso as cortes não é a que carece dos bens de saúde mais básicos (FERRAZ, 2010, p. 34).

Bruce Porter (2010, p. 9-11) sugeriu que na avaliação da eficácia do mecanismo de aplicação dos direitos sociais, devemos primeiro nos perguntar o que estamos tentando alcançar com reivindicações de direitos sociais e avaliar as opções de execução contra esses os objetivos e propósitos. No caso do direito à proteção da saúde, enquanto direito social, fala-se em um propósito compensatório no sentido de garantir a participação do povo na distribuição pública de bens (SARLET, 2007, p. 299). A igualdade de oportunidades, portanto, é um uma importante via de análise da implementação de direitos sociais.

O compromisso com a equidade está expresso em cada inciso do art. 3º que elenca os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de

discriminação. Uma proposta equânime, portanto, parece se voltar à priorização daqueles que mais necessitam, segregados e negligenciados.

Ora, assentado que o parâmetro de aferição do grau de sucesso da atuação judicial seria a promoção do direito à proteção da saúde orientada pela equidade, em um contexto de justiça social, resta definir o conteúdo desse parâmetro aplicado à realidade brasileira.

A primeira distinção que deve ser feita se volta aos conceitos de equidade e igualdade. Como pontuado por Amartya Sen, “*a violação da equidade em saúde não pode ser julgada meramente em termos de desigualdade. (...) Particularmente sério enquanto injustiça é a falta de oportunidade para o alcance de bons níveis de saúde*”, por motivos alheios a sua vontade, como discriminação ou pobreza (FERRAZ, 2010, p. 36). Assim, as desigualdades se convolam em inequidades quando são evitáveis, desnecessárias e injustas (DAHLGREN; WHITEHEAD *apud* FERRAZ, 2010, p. 37).

É claro que a definição do que seja contornável, dispensável e injusto é objeto de extrema controvérsia. Portanto, é mais comum a aproximação dos conceitos de igualdade e equidade, sobretudo porque as pessoas tendem a priorizar a saúde, sendo as desigualdades, via de regra, fundadas em elementos que estão fora de seu controle.

O aumento de litígios pode incorrer em um efeito regressivo na distribuição de bens públicos por meio de dois mecanismos: a desigualdade entre beneficiários e a desigualdade no domínio político (FERRAZ, 2010, p. 37).

O primeiro mecanismo se refere à situação em que o acesso aos tribunais se torna dispositivo de racionamento. Constata-se que se os benefícios são apenas nominalmente garantidos a todos, aqueles que recorrem ao Judiciário garantem a sua participação, seja por preferência nas filas, seja pela exclusão dos demais. A desigualdade no domínio político ocorre quando o aumento de litígios força a inserção de benefício dirigido a um determinado grupo na agenda política, tornando o Poder Judiciário mais um canal político de captura de interesses.

Ferraz (2009, p. 27-30) ilustra a aplicação prática desses dois mecanismos ao caso dos medicamentos para o tratamento de HIV/AIDS no Brasil. A maior parte dos estudos atribui ao movimento em defesa dos portadores de tal patologia a deflagração do aumento dos litígios em saúde no início dos anos 1990 (SCHEFFER, *et al.*, 2005, p. 30-31).

A força do movimento pode ser facilmente percebida, dado o número de ONGs dedicadas à defesa de seus direitos, a singularidade da edição de uma lei federal que dispõe

sobre a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do HIV e doentes de AIDS (Lei 9.313/1996) e o crescimento exponencial dos gastos do Ministério da Saúde com a implementação do Programa, que eram de R\$14 milhões em 1996 e em 2004 atingiam a cifra de 621 milhões de reais (cfe. informação extraída do Portal informativo do Ministério da Saúde sobre AIDS e outras doenças sexualmente transmissíveis: <http://www.aids.gov.br/>).

A pressão das ONGs sempre desempenhou papel fundamental na garantia da política de universalização do acesso ao tratamento de HIV/AIDS no Brasil, inclusive através da assistência jurídica que fornecem aos doentes. É o que se extrai das falas dos ativistas da luta contra AIDS Jorge Beloqui do Grupo de Incentivo a Vida e Mário Scheffer do Grupo pela Vida/SP (TEIXEIRA, J. e BELOQUI, M. *apud* SCHEFFER, *et al.*, 2005, p. 30-31):

“As decisões da Justiça para garantia de medicamentos fora do consenso terapêutico realmente não podem ser validadas para todos os pacientes. Mas não podemos admitir que as ações sejam genericamente desqualificadas e taxadas de irresponsáveis (...) **Foram estas ações judiciais individuais, movidas pelas ONGs em nome dos pacientes, que garantiram ou pelo menos “apressaram” a chegada de diversos medicamentos** (...) (...) Jamais abriremos mão de recorrer ao Ministério Público e à Justiça. **As ações judiciais são instrumentos de ativismo e de exercício de cidadania**; ao lado da garantia de legislações específicas; dos espaços de controle social; da defesa da produção de genéricos e da quebra das patentes; das manifestações públicas e outras formas legítimas de pressão”.

O Programa brasileiro para AIDS é conhecido e elogiado em todo o mundo. Não obstante, verificam-se algumas perplexidades: como um país que tem se tornado exemplo no combate à disseminação do vírus HIV tem se deparado anualmente com notícias de surto de dengue e dezenas de mortes ocasionadas pela doença³⁹? O autor Paulo Lotufo (2001, 94), referido pelo estudo de Ferraz (2009, p. 30) propõe uma resposta:

“Para nós, médicos brasileiros e pesquisadores da área médica, a resposta é muito fácil. AIDS é uma doença que tem afligido as pessoas com prestígio nos círculos reais do poder brasileiro. (...) Até o início da década de 1990, na cidade de São Paulo, a incidência de casos de Aids continua a ser maior entre pessoas ricas do que entre os pobres. Como a disseminação da Aids se tornou uma ameaça para as profissões referidas, foi fácil para pressionar o Ministério da Saúde, Secretarias Estaduais de Saúde, e outras autoridades para aumentar o orçamento para controle e tratamento da AIDS, incluindo por vezes uma mudança de recursos de outros programas. Os resultados têm sido maravilhosos, mas as perguntas ainda não foram respondidas”.

³⁹ BRASIL tem 24 cidades em risco de surto de dengue e 154 em alerta, diz Ministério da Saúde. Notícia de 06.12.2010. **Jornal O Globo**. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/pais/mat/2010/12/06/brasil-tem-24-cidades-em-risco-de-surto-de-dengue-154-em-alerta-diz-ministerio-da-saude-923199322.asp>. Acesso em 10.02.2011.

A crítica que pode ser feita às conclusões de Ferraz se volta à constatação de que não se pode atribuir à judicialização, isoladamente, a instalação desse quadro. Ela é mais uma variável que pode provocar reações das instituições estatais: em verdade, estas são produtos de variadas e diversas pressões e influências, sobre as quais as Leis, em geral, e as decisões judiciais, em particular, bem como o papel desempenhado pelos movimentos sociais são apenas exemplos (CANE, 2004, p. 34). Fala-se em um agnosticismo do impacto (*impact agnoticism*), segundo o qual há séria dúvida acerca da aptidão para colher dados suficientes que conduzam a uma conclusão segura acerca da influência da judicialização (SUNKIN, 2004, p.8). Nesse sentido o discurso do Professor Ingo Sarlet (2009, p. 6-7) na Audiência Pública Saúde:

“O efeito discriminatório ou anti-isonômico da intervenção judicial tem sido reiteradamente tematizado sob vários ângulos. Isso é um vasto campo problemático e é conectado com outras tantas discussões. Alguns argumentos correntes: se exclui quem não aciona o Poder Judiciário, seja por falta de conhecimento, seja por falta de instrumentalização, falta de Defensoria Pública implantada em vários Estados, falta de Defensores e assim por diante.

A judicialização beneficia os mais abastados e os mais espertos, é o famoso efeito carona referido pela doutrina *‘Free Rider Effect’* de que se obtém pela Justiça aquilo que não se obteria pelo SUS. Atender via judicial, foi tematizado aqui, prejudica necessariamente outros. [...]. **Parece-me que a pergunta preliminar que aqui tem que se fazer em relação a todas as questões é outra: é o Poder Judiciário o causador principal dessa discriminação, desse efeito anti-isonômico? Essa é a pergunta. A resposta me parece que é um sim, mas em parte; mas seguramente não o sim em toda a sua integralidade.”**

Dentro desse contexto, pergunta-se: se alguma influência há no que se refere à distribuição de recursos, como contornar os potenciais efeitos regressivos da judicialização? A solução não parece ser simplesmente o encolhimento da atuação do Poder Judiciário, sob pena de se consolidar um quadro de nivelamento pela ausência de acesso. Muitas ações versam sobre serviços já contemplados pelas políticas de saúde; nesse caso, a exclusão, em primeiro plano, não é causada pelo Judiciário. Assim, como asseverou o Professor Ingo Sarlet (2009, p. 6), “o direito à proteção da saúde não é o direito de igual acesso à falta”.

Muitos sustentam que os efeitos regressivos da judicialização podem ser contornados pela adoção preferencial de tutelas coletivas. Outra hipótese que se menciona seria a ampliação do acesso às Cortes. A presente pesquisa pretende demonstrar que essas propostas se mostram insuficientes e muito mais eficaz é a inserção de mecanismos de

diálogo para reorientar os resultados da atuação judicial à materialização equânime do direito à proteção da saúde.

Os defensores da via das ações coletivas alegam as vantagens da presença de legitimados ativos representativos e da visão privilegiada do contexto geral das políticas públicas discutidas, de maneira a avaliar as dimensões da necessidade e a disponibilidade financeira como um todo. Além disso, os efeitos serão *erga omnes*, nos termos definidos pela legislação, preservando a igualdade e universalidade no atendimento da população (LIMBERGER, p. 4; LOPES, p. 206; BARROSO, 2007; ORDACGY, 2009; MASCARENHAS, 2009; BARCELLOS, 2008).

Fala-se em *co-titularidade social* dos direitos sociais de maneira que a sua proteção deveria se dar de forma coletiva, difusa ou individual homogênea, sem exclusão da possibilidade de haver, residualmente, proteção individual nos casos de ameaça ao mínimo existencial (LINS, 2008, p. 3-4). Nesse sentido propõem, uma “*hierarquização das tutelas voltadas à implementação dos direitos sociais, privilegiando-se a tutela coletiva face à individual, tida como meramente residual*”. Tal proposta de priorização da tutela coletiva dos direitos sociais em relação à individual é, notadamente, proposta doutrinária (LINS, 2008, p.11).

As notícias do direito comparado relativas a mudanças fundamentais nos sistemas de saúde correspondem, via de regra, a tutelas coletivas. A Colômbia, por exemplo, é um país, como o Brasil, marcado pela intensa desigualdade de distribuição da renda e pelo elevado número de ações judiciais de caráter individual em matéria de saúde. Segundo Yamin e Parra-Vera (2009, p. 147), entre 1999 e 2005 foram ajuizadas 328.191 *tutelas* (ação que se assemelha ao nosso Mandado de Segurança) envolvendo pleitos individuais que foram julgados procedentes em 80% dos casos. A decisão da Corte Constitucional colombiana no caso da *Tutela n. 760*⁴⁰ (Rel. Manuel José Cepeda Espinosa, julgado em 31/07/2008) apresenta um interessante contraste com a situação brasileira.

Por sua própria iniciativa, a Corte Constitucional decidiu agregar um grande número de pedidos individuais (imediatos e específicos) de acesso ao seguro de saúde e tomar uma decisão de caráter estrutural. O argumento foi que a proteção do acesso aos seguros de saúde, numa base individual, estava distorcendo as prioridades do sistema de saúde porque as

⁴⁰ Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-760-08.htm>. Acesso em 11.03.2011.

pessoas que mais precisavam de acesso ao seguro de saúde não sabiam que poderia ir ao tribunal para obter proteção (YAMIN; PARRA-VERA, 2009, p. 147-149).

Nessa decisão, a Corte reafirmou que o Judiciário pode determinar o acesso aos bens e serviços de saúde em termos de eficácia direitos fundamentais, ainda quando existam impactos financeiros significativos. Além disso, indicou que os tribunais podem criativamente definir seu papel no estabelecimento de prioridades em saúde. Diferentemente da Corte sul-africana nos casos *TAC* e *Grootboom*, o Tribunal distinguiu entre um núcleo mínimo essencial do direito à proteção da saúde, que seria imediatamente executável, e outros elementos que seriam objeto de uma implementação progressiva, tendo em conta as limitações de recursos.

Esse tipo de demanda intitulada de “estrutural”(Garavito, 2011, p. 3) afeta grande número de pessoas e implica a atuação coordenada de diferentes órgãos do governo. Como se trata de fenômeno determinado por inúmeras variáveis – estratégias dos litigantes após a decisão, reações do governo e o papel da corte no momento da implementação – faz-se um corte para considerar o desempenho dos magistrados no que se refere ao enfrentamento de pedidos que desafiam a lógica de racionamento e priorização traçada pelo Poder Público.

Como já referido, no Brasil, temos absoluta prevalência das demandas individuais. Para FERRAZ (s.d., p. 2), essa desproporção entre pleitos individuais e coletivos se deve à dificuldade de execução dos comandos judiciais de caráter genérico. O problema se desdobra no cumprimento da decisão em si pelo Poder Público (execução específica) e na habilidade do juiz de traduzir a tutela abstrata do direito à proteção da saúde em um remédio prático e factível, que demanda conhecimentos técnicos (execução genérica). Ferraz analisa três variáveis (políticas, sociais e legais) que podem indicar os reais motivos dessas dificuldades, bem como se tais embaraços podem ser superados (FERRAZ, s.d.,p. 4-7).

Os fatores políticos se referem ao aparato estatal e ao sistema político em si. Primeiramente, atente-se para o fato de que o rol de legitimados com atuação em juízo voltada à tutela coletiva costuma ser reduzido, além de configurar mais uma atribuição em um rol de responsabilidades relacionados a outras áreas como educação, moradia etc. Trata-se de ações muito complexas que exigem disponibilidade, muita pesquisa e estudo, os quais demandam comparativamente mais dedicação do que seria necessária para a elaboração de um pleito individual.

O perfil do Judiciário também pode influenciar o quadro: quanto menores a deferência e as concessões aos órgãos políticos, maior a possibilidade de comandos que

desbordem dos lindes individuais. A extensão das implicações orçamentárias e financeiras constitui, por outro lado, fator de resistência ao implemento de comandos genéricos, uma vez que tendem a ser maiores nos casos de tutelas coletivas.

Existem variáveis relacionadas à sociedade civil, que se referem à atuação de organizações não-governamentais e movimentos sociais em geral. A estrutura e o grau de coesão dessas entidades podem ser decisivos para o sucesso de uma demanda coletiva. No Brasil, temos os exemplos de ONGs atuantes nos casos de HIV e diabetes.

No nível legal, o primeiro óbice pode ser relacionado à ausência de remédios processuais adequados à tutela coletiva. Tal argumento não procede no contexto do sistema jurídico normativo brasileiro que contempla a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, que se destinam a proteção de interesses coletivos, difusos ou individuais homogêneos (Constituição, art. 5º, LXX e art. 129, III⁴¹).

Outra dificuldade se volta à fiscalização do adimplemento do comando, que, em verdade, depende da provocação da parte acerca da inércia estatal. Um exemplo dessa situação ocorreu no Estado do Ceará, em que se constatou que a primeira ordem da Justiça obrigando o poder público a garantir o acesso ao serviço de saúde relativo aos leitos de UTI aconteceu em outubro de 2001. Na época, a Promotoria de Justiça da Fazenda Pública ajuizou Ação Civil Pública pedindo à Justiça que determinasse que o Estado resolvesse o problema da falta de leitos de UTI em um prazo de 90 dias. Em 2007, portanto, seis anos após as determinações judiciais, o problema ainda não havia sido resolvido, principalmente no que se refere a leitos de terapia intensiva adulto, pediátrico ou neonatal.⁴²

Ainda na seara legal, talvez o ponto mais sensível se refira justamente aos mecanismos de coerção ao cumprimento da ordem exarada pelo magistrado, como já referido. Como consequência da apontada debilidade para concretizar os seus comandos, sobressai uma das críticas mais sólidas à atuação do Poder Judiciário: a impossibilidade de satisfazer à expectativa de alcançar a justiça social transformadora. Segundo Langford (2009, p. 121),

⁴¹Art. 5º- LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

a) partido político com representação no Congresso Nacional;

b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: (...)

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

⁴² CRISE na Saúde Pública: ações judiciais não são cumpridas pelo Poder público. Notícia de 12.11.2007. **Página do Tribunal de Justiça do Ceará.** Disponível em: <http://www.direito2.com.br/tjce/2007/nov/12/crise-na-saude-publica--acoes-judiciais-nao-sao-cumpridas>.

cada vez mais defensores de direitos humanos percebem que a implementação de decisões pode exigir tanto ou mais trabalho do que o esforço de obter uma decisão favorável.

Se por um lado é muito acolhida na seara doutrinária a utilização da via coletiva, os casos concretos têm desafiado a jurisprudência, conforme o seu comando seja brando ou incisivo. Nesse sentido, a Presidência do Supremo Tribunal Federal, em momento posterior à realização da Audiência pública, suspendeu decisões judiciais que ordenavam ao Poder Público fornecer prestações de saúde de maneira absolutamente genérica, sem qualquer deferência aos contornos das políticas públicas existentes.

Houve dois casos em que foram suspensas decisões que obrigavam os Estados da Bahia (STA 378, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 22/04/2010) e de Tocantins (SL 256, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 20/04/2010), a custear as despesas de transporte, alimentação e pernoite para todas as pessoas que necessitassem de tratamento fora do seu domicílio e para seus acompanhantes residentes, respectivamente, em Juazeiro/BA e na Comarca de Araguaína/TO, além das pessoas indicadas nas iniciais das Ações Cíveis Públicas. As suspensões foram deferidas no ponto em que determinaram o custeio das despesas a todos os usuários do SUS nas regiões mencionadas, mas indeferida em relação aos pacientes arrolados nas iniciais das Ações Cíveis Públicas, que concretamente demonstram sua hipossuficiência, bem como a necessidade do tratamento e do deslocamento.

O Ministro Presidente considerou existente a ocorrência de grave lesão à ordem pública, na medida em que se determinou genericamente a concessão de custeio das despesas, exigindo-se, para tanto, apenas a comprovação da necessidade do referido benefício, o que não se coadunaria com a Portaria MS/SAS n.º 55, bem como não contemplaria os critérios dos respectivos Manuais Estaduais de Tratamento Fora de Domicílio, instrumentos de gestão que dispõem sobre a rotina do Tratamento Fora de Domicílio no Sistema Único de Saúde. Nesse sentido, pode-se dizer que abrandou o comando exarado para conferir certa deferência às diretrizes políticas traçadas pelo Poder Público.

Percebe-se que a adoção da via coletiva, por si só, não tem o condão de resolver o problema de implementação equânime de direitos sociais. Nesse sentido também é a conclusão da Comissão Internacional de Juristas (2008, p. 85): os casos que envolvem impactos coletivos e massivos, reformas estruturais, omissões absolutas, políticas que não se afinam ao dever legal ou deficiente organização de um serviço, exigem uma abordagem ainda mais cuidadosa por parte do Judiciário. Salientam os estudiosos que algum tipo de interação

com as instituições políticas será necessária a fim de viabilizar um comando suficientemente flexível para que as autoridades políticas possam atender todas as expectativas envolvidas.

Verifica-se, portanto, que é extremamente relevante a inserção de mecanismos de diálogo, especialmente de monitoramento, a fim de otimizar as possibilidades de concretização. Muitas vezes a ordem para que se elabore um plano de ação estratégica, de forma conjunta, cuja implementação seja acompanhada mediante a fixação de prazos acordados e apresentação de relatórios, pode ser um expediente de sucesso. Outra estratégia pode ser o monitoramento do impacto de um provimento liminar previamente à decisão de mérito. E não se trata de algo absolutamente inédito na jurisprudência brasileira. Relato a seguir um caso que ilustra essa assertiva.

O Ministério Público ingressou com Ação Civil Pública para determinar à Universidade Federal do Paraná e à União, respectivamente, a contratação temporária de funcionários e a alocação de recursos financeiros para efetivação de certame público para a prestação de serviços na unidade de Transplante de Medula Óssea do Hospital de Clínicas. Uma vez concedida a medida liminar, a União ingressou com pedido de suspensão perante a Presidência do Supremo Tribunal Federal, que concedeu o pedido liminar, tão-somente para suspender a execução da multa diária fixada por descumprimento da ordem judicial.

Interessante notar que o então Presidente Ministro Gilmar Mendes, cuidou de trazer aos autos mais informações. Foram emitidos ofícios ao Reitor da Universidade Federal do Paraná e ao Diretor-Geral do Hospital de Clínicas da Universidade Federal do Paraná, para que se manifestassem: sobre a decisão liminar impugnada, indicando quais são as atuais condições de funcionamento do Hospital, qual é a real situação da Unidade de Transplante de Medula Óssea, quais são os outros tratamentos realizados pelo Hospital e em que condições estão sendo realizados e quais são as conseqüências da medida liminar para o funcionamento e para a administração do Hospital como um todo e para a Unidade de Transplante de Medula Óssea especificamente (SL 254, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 25/08/2008).

A outra via para garantia de que as decisões judiciais promovam um mínimo existencial aos hipossuficientes em vez do absoluto máximo a uma minoria privilegiada seria ampliação do acesso ao Judiciário. Ferraz desconstrói essa alternativa diante da constatação de que o verdadeiro problema é o vácuo de vontade política e consenso normativo no sentido de que os direitos sociais deveriam ensejar a mudança do cenário social em termos de concentração de riquezas, isto é, deveriam estar voltados à realização de justiça social (FERRAZ, s.d. p. 20-21):

“Insistir que os tribunais devem adotar um papel afirmativo no julgamento dos direitos sociais, a fim de proteger os pobres é, portanto, injustificado. Embora defensores dos direitos sociais (como eu) possam querer erradicar a pobreza e a desigualdade das nossas sociedades, isso depende fortemente da vontade política de mudar radicalmente o *ethos* desigual que fundamenta a estrutura atual de tributação regressiva e orienta as despesas com as políticas do Estado, não das improváveis vontade e capacidade dos tribunais para fazê-lo. Nós deveríamos gastar mais tempo e esforço tentando mudar esse *ethos* do que colocar nossa fé em litígio direitos sociais”.

No mesmo sentido o Professor José Reinaldo de Lima Lopes (2006, p. 192) sustenta que os tribunais não estão preparados para conduzir reformas sociais: eles somente podem servir para mediar disputas, ou ainda como arena pública para os debates.

Essa postura de considerar uma esperança vazia a caracterização da atuação judicial como um canal para mudança social (ROSENBERG, 1991) - mesmo com o franqueamento do acesso à justiça - embora pertinente, não pode ser extremada. Tampouco se pode depositar todas as expectativas na litigância enquanto estratégia de implementação de direitos sociais.

A abordagem dialógica, como se demonstrou, busca justamente uma posição intermediária, concluindo ser imprescindível um compromisso interinstitucional. A judicialização, por si só, não tem o condão de assegurar a realização equânime do direito à proteção da saúde e a promoção de justiça social. A concertação dos Poderes tem a aptidão de fazê-lo, a partir de um compromisso pulverizado com os direitos fundamentais, além de privilegiar a deliberação democrática. É nesse sentido que a discussão se volta ao *ethos* político, como ressaltado por Ferraz, e assume especial relevo as iniciativas de intersetorialidade.

O interessante é perceber que os efeitos indiretos e simbólicos da própria judicialização impulsionaram a inserção de mecanismos de diálogo institucional, ainda que descolados dos processos judiciais. Um exemplo foi a quebra da inércia institucional: vários órgãos estatais têm se movimentado para tentar solucionar o problema (*unlocking effect*). Quanto a esse impacto, também observa-se um componente de coordenação entre diversos setores do cenário político-jurídico, sobretudo entre as Defensorias Públicas, as Procuradorias Estaduais, as Secretarias de Saúde, Ministério Público e Poder Judiciário.

Pode-se citar, ainda, o compromisso do Ministro da Saúde de atualização e revisão dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêutica, a realização de Fóruns em todo o

Brasil para debater a questão, a instalação de Núcleos de Assessoria Técnica aos magistrados, bem como de estruturas de monitoramento das demandas judiciais no desiderato de aperfeiçoar o sistema e evitar o recurso ao Poder Judiciário.

Nesse sentido, antes de desabonar a judicialização por afetar a equidade do sistema, que é o problema de pesquisa analisado, é preciso investigar com seriedade as mudanças qualitativas que se constituem em desdobramentos do fenômeno. Tais constatações implicam uma releitura otimista do dilema policêntrico, segundo o qual não seriam apropriadas repercussões para além das partes e dos fatos trazidos à cognição do tribunal.

Segundo Foreman (2005, p. 719), em certa medida, o argumento de que a adjudicação de direitos sociais tem consequências policêntricas é confirmado na África do Sul. Todavia, isso não é necessariamente ruim. Para além de assegurar o acesso a um serviço de saúde crítico, a decisão do Tribunal no caso *TAC* quebrou o bloqueio numa luta social onde os debates políticos tinham falhado consistentemente em conseguir resultados satisfatórios. A decisão não só diretamente assegurou a implementação de um plano nacional, mas também a adicionou pressão pública sobre o governo para iniciar um plano nacional de medicamento anti-retrovirais, que foi anunciado mais de um ano depois.

No caso colombiano, a judicialização, segundo Yamin e Parra-Vera (2009, p. 148), tem conduzido a mudanças na elaboração das políticas públicas, do orçamento, bem como na execução das leis. Citam como exemplo acórdãos do Tribunal que levaram à inclusão de testes de carga viral para HIV na rotina das políticas públicas de saúde (*Tutela-654/2004*); ou quando o Tribunal considerou os cortes orçamentários propostos como um retrocesso inadmissível, e forçou a revisão do orçamento.

Desta feita, não se pode deixar de criticar assertivas que não atentem para mudanças outras que numa perspectiva mais alargada possam estar conduzindo à promoção do direito à proteção da saúde e ao aperfeiçoamento do sistema. Há que se ressaltar o papel de descortinamento do problema levado a efeito pela atuação judicial. Tais mudanças qualitativas do cenário brasileiro serão detidamente analisadas no último capítulo.

Diante de tantos desafios, a solução parece estar se encaminhando para adoção de estratégias inovadoras que envolvem os diversos atores envolvidos nas demandas de saúde, sem implicar um encolhimento severo da atuação judicial. Ao revés, em um ciclo virtuoso, o aperfeiçoamento do sistema impulsionado pela judicialização teria como consequência justamente a redução dos índices de litigiosidade.

5. Mudanças qualitativas: a inserção do debate no cenário político-institucional e a promoção do diálogo

O capítulo anterior evidenciou que as críticas de cunho pragmático pecam por desconsiderar os efeitos indiretos e simbólicos da judicialização num espectro mais alargado do cenário jurídico-político nacional. Neste último capítulo, são apresentados resultados de uma pesquisa acerca das reações dos diversos atores inseridos nesse contexto a fim de ampliar o espectro da crítica.

Nesse ponto, adentra-se um campo de pesquisa conhecido como estudos de impacto judicial (*judicial impact studies*): uma abordagem sócio-científica do papel das cortes. Constatase uma carência de estudos empíricos acerca do impacto do controle judicial sobre o aparato burocrático, não somente no Brasil (HERTOGH; HALLIDAY, 2004, p.4).

Nesta monografia é adotada uma postura denominada pelos pesquisadores do impacto das decisões judiciais de positivista: a partir de um dado julgamento, no caso, o julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal da STA n. 175 (Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 30.04.2010), são documentadas e observadas as mudanças de comportamento – se é que existem – dos poderes da União. Onde tal alteração é observada e uma relação de causalidade pode ser traçada, conclui-se pela existência de impacto (HERTOGH; HALLIDAY, 2004, p.269).

A análise do caso da STA n. 175 é atrativa, para o presente propósito, muito mais pelo julgamento em si, do que pelo comando nele exarado, pois o real interesse se volta ao impacto e influência dos parâmetros ali traçados. Assim, a ênfase é nos fundamentos que aproveitam enquanto diretrizes para atuação do Poder Judiciário. Pretende-se demonstrar, ainda, que no Brasil os Poderes Executivo e Legislativo não parecem estar reagindo com repulsa ao posicionamento assumido pelo Supremo Tribunal Federal.

Mas o que seria propriamente esse impacto das decisões judiciais? Trata-se de assertiva abstrata; não se pode dizer, por certo, que inexistam repercussões das decisões judiciais, mas como mensurá-las? Repise-se a realidade de que as reações das instituições estatais correspondem ao produto de variadas e diversas pressões e influências, sobre as quais as Leis, em geral, e as decisões judiciais, em particular, são apenas exemplos. Ademais, pode-

se discordar se a mudança resulta do desempenho da função judicial a contento ou se decorre de um efeito colateral indesejado e inesperado (CANE, 2004, p. 34).

Nessa seara a cautela deve, portanto, ser redobrada. Fala-se novamente no agnosticismo do impacto (*impact agnoticism*), em que sobressai a dúvida acerca da aptidão para colher dados suficientes que conduzam a uma conclusão segura. Há dois problemas conceituais quanto a esse aspecto: o impacto de quê e o impacto sobre o quê. A primeira pergunta se refere às demandas judiciais, aos julgamentos, às normas, valores e princípios envolvidos. A segunda pergunta engloba vários outros questionamentos como quais setores da administração; qual o contexto organizacional e os tipos de impacto (SUNKIN, 2004, p.8).

O primeiro passo, portanto, é contextualização do problema com referência aos objetivos e funções da atuação do Poder Judiciário. Foi o que se pretendeu nos capítulos anteriores. Neste ponto, busca-se aliar o diagnóstico em concreto do fenômeno da judicialização do Brasil (capítulo 4) às soluções teóricas para a implementação de direitos sociais (capítulo 3) através da observação das reações dos Poderes da União. O objetivo mediato é observar as mudanças e reações das instituições ao fenômeno da judicialização. O objetivo imediato é avaliar se essas atitudes se harmonizam com as propostas teóricas colhidas na literatura como indicativas do sucesso da litigância dos direitos sociais.

Toda essa cautela não seria de grande valia se o propósito fosse meramente descritivo. Todavia, defende-se que estudos empíricos subjacentes formam uma agenda avaliativa que pode ajudar a fundamentar e melhorar os sistemas e práticas legais.

5.1. A reação do Poder Judiciário: a audiência Pública Saúde, a decisão na STA n. 175 e as recomendações do CNJ

No dia 17.03.2010, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Suspensão de Tutela Antecipada n. 175 (Rel. Min. Gilmar Mendes) expressamente apreciou o fenômeno da judicialização da saúde. A Presidência da Corte, desde a criação do Sistema único de Saúde, vinha se deparando com a crescente demanda da sociedade por uma efetiva concretização do direito à proteção da saúde contrastada às alegações do Poder Público de grave lesão à ordem, à economia e saúde públicas decorrentes de decisões judiciais que determinaram o fornecimento de remédios de alto custo ou tratamentos não oferecidos pelo SUS.

Diante da complexidade e relevância da questão submetida a sua apreciação, foi convocada Audiência Pública pelo então Presidente, Min. Gilmar Mendes, no desiderato de colher dados e experiências importantes para o julgamento dos pedidos de suspensão que versam sobre direito à proteção da saúde. A sua realização agregou legitimidade democrática à atuação do Tribunal, sobretudo porque passaram a constar dos fundamentos das decisões em contracautelas subsídios extraídos das falas e textos enviados pelos especialistas para a Suprema Corte. Trata-se de mecanismo que reconhece a importância do diálogo - cujo papel destacamos em capítulo anterior - e privilegia uma visão abrangente do fenômeno.

Com base nas informações obtidas na Audiência Pública, a Suprema Corte tem buscado estabelecer critérios que deveriam orientar a análise judicial dos casos concretos envolvendo o direito à proteção da saúde. Assim, o estudo das decisões da Presidência, desde a criação do SUS, permite observar a crescente preocupação com a concretização desse direito pela via judicial que deve ser balizada por alguns parâmetros, sob pena de interferência no âmbito de atribuições de outros poderes.

A questão central discutida no acórdão buscou definir *se, como e em que medida* o direito constitucional à saúde se traduz em um direito subjetivo público a prestações positivas do Estado, passível de garantia pela via judicial. Retomando os pressupostos teóricos de Tushnet, pode-se dizer que o conteúdo do direito reconhecido não foi absolutamente forte, como erroneamente muitos têm sustentado, pois se assumiu um direito subjetivo a uma política pública de saúde e não a todas as prestações de saúde existentes. Extrai-se do acórdão o seguinte trecho:

“A dimensão individual do direito à proteção da saúde foi destacada pelo Ministro Celso de Mello, relator do AgR-RE n.º 271.286-8/RS, ao reconhecer o direito à proteção da saúde como um direito público subjetivo assegurado à generalidade das pessoas, que conduz o indivíduo e o Estado a uma relação jurídica obrigacional. (...)”

Não obstante, esse direito subjetivo público é assegurado mediante políticas sociais e econômicas, ou seja, **não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize. Há um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde”**.

O comando exarado, por outro lado, foi forte no sentido de manter a obrigatoriedade do Poder Público de entrega da medicação. Esse específico ponto tem conduzido ao equívoco de muitos ao defenderem que o STF decidiu que todas as pessoas

devem ter acesso ilimitado às prestações de saúde. A simples leitura do inteiro teor do acórdão afasta qualquer confusão, pois evidencia que a decisão pelo fornecimento do medicamento foi precedida da análise do registro do medicamento, do quadro clínico da paciente, dentre outros critérios que contemplam as diretrizes fornecidas pelos gestores públicos.

As pesquisadoras PEPE *et al* (2010, p. 2410-2411), a partir dos dados colhidos em vários estudos, elaboraram um fluxo para a análise das demandas judiciais na tomada de decisão sobre fornecimento de medicamentos, que se harmonizam com os critérios elencados na decisão prolatada nos autos da STA n. 175 (Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 30.04.2010). Assim, sistematizando o resultado dessa abrangente pesquisa e os subsídios do acórdão do STF, elaborou-se um esboço do fluxo decisório.

Trata-se de exemplo da cautela e seriedade com que temas afetos ao direito à proteção da saúde devem ser tratados, pois a microlitigação favorece ao subjetivismo judicial se não houver um sério compromisso por parte dos magistrados quanto aos critérios que privilegiem as decisões de outros poderes acerca dos contornos das políticas públicas. Muitas decisões limitam-se a referir o teor do art. 196 da Constituição e ordenar a entrega de tudo o quanto foi pedido na inicial, sem declinar detalhes acerca da prestação de saúde requerida, ausente qualquer menção aos instrumentos de gestão do Ministério da Saúde, ou ao quadro clínico do paciente.

Nesse contexto, por exemplo, é necessário distinguir as noções de eficácia plena e exigibilidade direta dos direitos fundamentais da categoria de direito líquido e certo subjacente ao ajuizamento de Mandado de Segurança (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 219). Há costumeira e equivocada equiparação entre tais ideias, de maneira que a prescrição de um medicamento ou tratamento tem sido considerada prova apta a provar a existência do direito à adjudicação individual de um bem. Por certo há que se oportunizar a contestação dessa prescrição, uma vez que esta pode se revelar desnecessária ou pode existir alternativa mais econômica ou eficiente.

O primeiro passo é verificar o registro do medicamento no país. Acaso inexistente, cabe indagar da segurança sanitária do remédio e investigar alternativa terapêutica disponível e segura, bem como adequada ao caso. Se o medicamento está registrado, deve-se analisar a indicação terapêutica para qual foi realizado, a fim de evitar a prescrição e uso *off*

*label*⁴³, sempre arriscado. Assim, nessa hipótese, novamente é interessante examinar com cautela a segurança da entrega da medicação e a existência de alternativa terapêutica disponível.

Uma vez registrado para a terapia adequada ao caso do paciente, passa-se a analisar se o medicamento consta das listas oficiais, verificando, inclusive, se a indicação no Protocolo Clínico de Diretrizes Terapêuticas coincide com a prescrição médica. Se não for compatível, o julgador deverá analisar a motivação para a não inclusão: atraso na incorporação aos protocolos ou inexistência de evidências científicas que justifiquem a inclusão. O julgador deve ponderar se - nos casos em que haja alternativa terapêutica ofertada pelo Estado - essa é incompatível ou ineficaz em relação ao caso do paciente.

Além disso, a ausência de registro na ANVISA/MS ou de indicação em bula (*off-label*) e a existência de alertas na Farmacovigilância (efeitos colaterais conhecidos) podem indicar que se trata de “experiência terapêutica” a que não se pode obrigar que o Poder Público financie (BARATA; MENDES, 2010, p. 75).

Por outro lado, a ausência de registro do fármaco não é critério absolutamente fatal, pois pode existir aprovação por órgãos de reconhecida competência em outros países, diante de possível morosidade na concessão do registro pela ANVISA (SOUZA; SANTOS; UETA, 2010, p. 171). O fornecimento do medicamento ou tratamento tampouco deve ser recusado apenas com a informação de que o paciente não atende aos critérios estabelecidos nos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas. Devem ser expostos os objetivos de um protocolo, e, quando for o caso, a não indicação para uso do medicamento, quer seja por falta de eficácia ou por ausência de evidências que fundamentem sua utilização (CONASS, 2007, p. 165).

Considerando (i) presentes evidências científicas relativamente ao medicamento requerido para a indicação prescrita, (ii) inexistente, inadequada ou comprovadamente

⁴³ Segundo a ANVISA: “cada medicamento registrado no Brasil recebe aprovação da Anvisa para uma ou mais indicações, as quais passam a constar na sua bula, e que são as respaldadas pela Agência. O registro de medicamentos novos é concedido desde que sejam comprovadas a qualidade, a eficácia e a segurança do medicamento, sendo as duas últimas baseadas na avaliação de estudos clínicos realizados para testá-lo para essas indicações. (...) Uma vez comercializado o medicamento, enquanto as novas indicações não são aprovadas, seja porque as evidências para tal ainda não estão completas, ou porque a agência reguladora ainda as está avaliando, é possível que um médico já queira prescrever o medicamento para um seu paciente que tenha uma delas. Podem também ocorrer situações de um médico querer tratar pacientes que tenham uma certa condição que, por analogia com outra semelhante, ou por base fisiopatológica, ele acredite possam vir a se beneficiar de um determinado medicamento não aprovado para ela. Quando o medicamento é empregado nas situações descritas acima está caracterizado o uso *off label* do medicamento, ou seja, o uso não aprovado, que não consta da bula”. ANVISA. Como a Anvisa vê o uso *off label* de medicamentos. Brasília, 23 de maio de 2005. Disponível em http://www.anvisa.gov.br/medicamentos/registro/registro_offlabel.htm. Acesso em 08.3.2011.

ineficaz a alternativa terapêutica ofertada pelo Estado, o julgador decidirá a demanda ponderando o risco resultante da ausência de ensaios clínicos regularmente aprovados pelo órgão brasileiro responsável que atestem eficácia e segurança, e a possibilidade de êxito do tratamento.

Um grupo de médicos elaborou uma lista de questões que o juiz deveria ver respondidas pelo médico prescritor, antes de deferir uma sentença, particularmente uma liminar (DEL NERO; CLARK; VIANNA, 2010, p. 126):

“i. Qual a melhor evidência (prova) existente que essa conduta vai beneficiar o paciente? Existe algum estudo randomizado ou revisão sistemática que recomende a conduta em questão?

a. Observe se uma revisão sistemática da literatura (às vezes chamada meta-análise) ou um estudo randomizado é citado ou se são estudos de baixa qualidade ou opiniões de especialistas.

b. Veja se os resultados e a conclusão do estudo citado são condizentes com a conduta proposta (não é incomum que o médico cite um estudo sobre o assunto, com conclusões diferentes do que ele alega).

ii. Qual o benefício clínico que o paciente vai obter, de acordo com os estudos? Qual o tamanho médio desse benefício, mostrado nos estudos, comparado com outras alternativas de tratamento?

a. Observe se o benefício é estabelecido em termos de ganhos de sobrevivência, cura ou qualidade de vida, ou se é de resultados intermediários, como controle de exames, redução de tumores etc.

b. Peça informações sobre quanto o ganho será, em comparação com as alternativas existentes (algumas vezes o ganho é muito pequeno em relação ao risco).

iii. Qual o custo da conduta solicitada e qual o das alternativas existentes hoje?

a. É importante considerar a questão do custo, pois a sustentabilidade do sistema pode ser colocada em risco.

b. Procure pesar o custo com o benefício alegado e lembre-se que novo não significa melhor.

iv. O médico prescritor terá algum ganho pecuniário com a conduta? Já recebeu alguma comissão ou vantagem do fabricante, como pessoa física ou jurídica? Haverá algum lucro na comercialização do produto prescrito? A quem esse lucro será destinado?

a. Atente para os conflitos de interesse que possam aparecer, caso eles existam, considere fortemente ouvir outra opinião e um parecer do Conselho Regional de Medicina.”

Esse fluxo decisório traçado indica um caminho a seguir, mas não supera, por si só, as dificuldades técnicas que envolvem cada juízo de ponderação referido, por exemplo, quanto à eficácia ou segurança do tratamento. Atento a essa realidade, o Conselho Nacional

de Justiça editou a Recomendação n. 31 de 30.03.2010⁴⁴, por meio da qual emitiu orientações aos Tribunais pra que adotem medidas dirigidas ao aumento da eficiência na solução das demandas envolvendo assistência à saúde. É possível observar em seu conteúdo a busca por mecanismos de diálogo institucional adaptados às peculiaridades do cenário nacional, com algum grau de deferência aos contornos das políticas públicas traçadas pelos gestores do setor.

A primeira recomendação é a de que sejam instituídos núcleos de assistência técnica compostos por médicos e farmacêuticos que auxiliem os magistrados em face de indagações de natureza clínica que sejam relevantes para a decisão. Outra recomendação se volta à instrução processual que deve contemplar relatórios médicos que descrevam com precisão a doença e a prescrição de medicamentos, além de sugerir resistência à autorização de fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA, ou em fase experimental, nos termos da lei.

Para o CNJ, os magistrados devem buscar ouvir os gestores, previamente à concessão de tutelas de urgência e preferencialmente por meio eletrônico. Se a medida concedida for abrangida por política pública existente, devem determinar a inscrição do beneficiário nos programas. No caso de requerentes que integrem programas de pesquisa experimental, a esses deve ser atribuída a continuidade do tratamento.

Por fim, a Resolução n. 31/2010 cuida da formação dos magistrados, mediante a inclusão da disciplina direito sanitário na estrutura curricular dos concursos para ingresso na carreira, bem como nos programas dos cursos de formação, vitaliciamento e aperfeiçoamento. Recomenda, ainda, a promoção de visitas dos magistrados às unidades de saúde e a realização de seminários que abordem o tema e incluam magistrados, membros do Ministério Público e Gestores.

Nos dias 18 e 19 de novembro de 2010 foi realizado o I Encontro do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde na cidade de São Paulo, promovido pelo Conselho Nacional de Justiça com o objetivo de discutir e buscar alternativas para a resolução dos conflitos judiciais existentes no setor. Por meio do Fórum, o CNJ pretende monitorar e buscar

⁴⁴ CNJ. Recomendação n. 31 de 30 de março de 2010. Publicado no DJ-e nº 61/2010, em 07/04/2010, p. 4-6

soluções práticas para os problemas que envolvem as demandas de assistência à saúde e confirmam maior celeridade aos julgamentos.⁴⁵

Ao final do encontro, foi elaborada declaração que resume as conclusões alcançadas após os debates, consubstanciadas em determinações dirigidas aos Comitês Executivos Estaduais⁴⁶: a integração pelos juízes dos Comitês, que contarão com a presença de um membro do Ministério Público (Federal ou Estadual); um da Defensoria Pública (da União ou do Estado) ou um representante da OAB; um gestor da área de saúde; e um especialista na mesma área; a apresentação de um cronograma semestral de atividades, em especial visando o atendimento da Recomendação n. 31, realizando reuniões mensais para a condução de seus trabalhos; a promoção de eventos científicos estaduais, com apoio das Escolas de Magistratura, para debates e estudos que venham a mobilizar os diversos segmentos da área da saúde, notadamente os Membros do Judiciário, do Ministério Público, Gestores e Executores de Políticas Públicas; a prestação de informações trimestrais ao Comitê Nacional sobre suas atividades, a fim de que elas possam ser consolidadas e encaminhadas à Comissão de Relacionamento Institucional e Comunicação do CNJ; a propositura de medidas concretas e normativas voltadas à prevenção e solução de conflitos judiciais, no que diz respeito às suas peculiaridades e dificuldades locais.

Propôs, ainda, ao Plenário do CNJ a edição de resolução que disponha sobre procedimentos que assegurem a efetividade do direito constitucional à saúde, a celeridade processual, a diminuição da litigiosidade, compondo uma política judiciária que gerencie as demandas da área da saúde.

Verifica-se do teor da declaração uma nítida orientação ao concerto institucional, a começar pelo perfil dos componentes dos Comitês Executivos. Além disso, há um cuidado de estimular o debate, a reunião, enfim, o pensar em conjunto no desiderato de aperfeiçoar a atuação do Poder Judiciário. Essas posturas concretizam as propostas de diálogo, ainda que não necessariamente insertas em um processo judicial, apontadas como necessárias no tocante à implementação de direitos sociais, a que nos reportamos em capítulo anterior.

⁴⁵ CNJ. Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde começa nesta quinta-feira. 17 de novembro de 2010. Reportagem disponível em: <http://www.cnj.jus.br/novoportal/noticias/10259-forum-nacional-do-judiciario-para-a-saude-comeca-nesta-quinta-feira>

⁴⁶ O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) solicitou a tribunais diversos do país que 54 juízes passem a integrar comitês gestores em seus estados, criados com o objetivo específico de acompanhar as demandas judiciais na área de saúde. Tais comitês passarão a atuar dentro dos trabalhos do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde.

5.2. A reação do Poder Executivo – a busca pela eficiência

As ordens judiciais em matéria de saúde têm repercutido de maneira imediata na gestão pública. Esse movimento do poder executivo tem como modelo a chamada “administração gerencial”. Na esteira da lição de Guido Falzone, significa superar o conceito de poder-dever de administrar, afirmado pela administração burocrática, empenhada apenas em lograr a eficácia, para estabelecer, como um passo adiante, o dever da boa administração, respaldado pelos novos conceitos gerenciais, voltados à eficiência da ação administrativa pública (MOREIRA NETO, 2003, p. 103).

Uma primeira preocupação é a sistematização das informações sobre as demandas judiciais que possa facilitar a discussão do problema e a elaboração de medidas que reduzam a litigiosidade e incrementem a racionalidade do sistema por meio da correta programação e retificação dos problemas de gestão detectados. O importante é que os dados estejam organizados e que permitam obtenção de informações gerenciais, inclusive para demonstração às Secretarias de Planejamento e Fazenda sobre a importância de recursos destinados exclusivamente para o atendimento dessas demandas (CONASS, 2007, p. 163). Em síntese, uma atuação concertada e orientada ao aperfeiçoamento do sistema tem exigido o acesso a informações atualizadas sobre as demandas judiciais pelos diversos atores e setores envolvidas na gestão do Sistema de Saúde.

No Estado do Espírito Santo, no intuito de resolver administrativamente as demandas, foram criados os indicadores de ações judiciais, por meio da alimentação de um banco de dados em planilha, de acordo com as novas decisões judiciais que vinham chegando ao setor de judicialização. Desta forma, ficavam claras as ações que deveriam ser adotadas no intuito de conter o aumento das demandas judiciais (TAVARES *et al.*, 2010, p. 13).

No Estado de São Paulo, como verificado por Silva e Terrazas (2008), foi designada uma farmácia apenas para o atendimento de demandas judiciais (FERRAZ, 2009, p. 25). A Secretaria de Saúde do Estado e a Defensoria Pública, na capital, firmaram uma parceria com a disponibilização de dois funcionários da Secretaria no prédio da Defensoria que permitiu à população receber os medicamentos necessários não localizados nos postos e hospitais de saúde sem precisar entrar com a ação na Justiça. Houve uma redução de cerca de 90% nas ações judiciais, casos que passaram a ser solucionados extrajudicialmente e de imediato com a concessão do medicamento pela Secretaria. No Rio de Janeiro foi implantada iniciativa semelhante que acarretou a diminuição das ações em 95% (ORDACGY, 2009). Tal

modelo de conciliação extrajudicial também foi implantado em Minas Gerais⁴⁷.

Novamente verifica-se que um efeito indireto da judicialização impulsionou o desenvolvimento de estratégia dos gestores para melhorar o sistema de entrega das prestações de saúde. Trata-se do ciclo virtuoso a que se referiu, segundo o qual o aperfeiçoamento do sistema impulsionado pela judicialização se movimenta no sentido de reduzir os índices de litigiosidade.

5.3. A reação do Poder Legislativo: Projeto de Lei n. 4775/2010

O Poder Legislativo tampouco ficou inerte em relação ao fenômeno da judicialização. Tramitou na Câmara dos deputados o Projeto de Lei n. 4775/2010 (v. Anexo B), de autoria do Senador Flávio Arns, que altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). O Parecer da Comissão de Seguridade Social e Família se referiu à necessidade de “*acabar com a epidemia de ações judiciais do setor de saúde, mas acabar com responsabilidade sem diminuir o acesso a novas tecnologias ou medicamentos*” (2010, p. 4). No dia 28 de abril de 2011 foi publicada mensagem de veto presidencial a alguns dispositivos do Projeto em causa e, atualmente, aguarda-se a apreciação do Congresso Nacional (Mensagem de Veto n. 113, publicado no DOU de 29.4.2011 – v. Anexo C).

O Projeto cuida especialmente da definição de “integralidade”, que se refere à dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravamento à saúde a ser tratado ou, na falta do protocolo, prevê medidas específicas. O conceito também abrange a oferta de procedimentos terapêuticos, em regime domiciliar, ambulatorial e hospitalar, constantes de tabelas elaboradas pelo gestor federal do SUS, realizados no território nacional por serviço próprio, conveniado ou contratado.

Há previsão de mudanças no tocante ao problema de defasagem dos Protocolos. A incorporação, a exclusão e a alteração de novo protocolo ou diretriz terapêutica serão efetuadas mediante a instauração de processo administrativo a ser concluído em prazo fixo,

⁴⁷PARCERIA entre defensoria pública e secretarias de saúde beneficiará usuários do SUS. **Sítio da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais**. Disponível em: <http://www.defensoria.mg.gov.br/index.php/noticias/44-dpmg/1114-parceria-entre-defensoria-publica-e-secretarias-de-saude-beneficiara-usuarios-do-sus.html>. Acesso em 10.04.2011.

cujo descumprimento obrigaria a dispensação ou a oferta do medicamento, produto de interesse para a saúde ou procedimento objeto do processo, até a publicação da decisão da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS sobre a matéria.

Essa previsão de oferta do medicamento ou tratamento em caso de demora na tramitação do processo administrativo foi objeto de veto presidencial, com fundamento no risco à saúde da população e à aplicação inadequada dos recursos disponíveis, em prejuízo ao atendimento do usuário, diante da ausência de análise quanto à sua eficácia, segurança, efetividade e relação custo-efetividade. É oportuno repisar que mesmo nas ações judiciais o exame desses critérios deve fundamentar as decisões que versem sobre medicamentos e tratamentos não padronizados, segundo o posicionamento adotado no julgamento da STA n. 175 (Rel. Min. Gilmar Mendes, Dj de 30.04.2010). Em uma hipótese de demora na tramitação desse procedimento, verifica-se oportuna a intervenção judicial que analise cada uma dessas variáveis.

Além disso, também foi objeto de veto o dispositivo que estabelece que o impacto econômico da incorporação do medicamento, produto ou procedimento às tabelas do SUS não poderia motivar o indeferimento da sua incorporação ou o deferimento da sua exclusão das tabelas. O fundamento é o de que o afastamento do critério de custo-efetividade perpetrado pelo dispositivo pode acarretar prejuízo ao atendimento da população, além de inviabilizar a negociação com fornecedores visando a redução dos custos, com a conseqüente otimização e racionalização da aplicação dos recursos públicos. Trata-se de postura que assume a necessidade inerente de fixar estratégias de racionamento.

O Parecer da Comissão de Seguridade Social e Família faz menção expressa às iniciativas do Poder Judiciário, a demonstrar que a litigância em matéria de saúde tem inserido o tema na agenda política:

“Chegou a tal ponto a urgência deste projeto que o Conselho Nacional de Justiça publicou a RECOMENDAÇÃO No 31, DE 30 DE MARÇO DE 2010, que Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde.

Na audiência pública número 4, realizada pelo Supremo Tribunal Federal o juiz Ingo Sarlet, do Fórum Regional do Partenon em Porto Alegre (RS), afirmou: “o problema da judicialização da Saúde está na falta de regulação, se houvessem normas que estipulassem as devidas atribuições aos entes federados e aos gestores públicos teríamos uma cobrança mais adequada e um processo administrativo mais rápido”.

Assim, verifica-se que o Projeto não se afasta muito das balizas fixadas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Suspensão de Tutela Antecipadas n. 175, bem como das questões que emergiram das discussões. Isso indica que o diálogo que se buscou através da Audiência Pública e que forneceu os subsídios para a eleição de critérios para a tomada de decisões judiciais permitiu acessar as mesmas indagações e dificuldades que sobressaíram no âmbito das Casas Legislativas. Tal quadro ratifica a assertiva teórica de que mecanismos dialógicos reforçam a legitimidade democrática: ao fim e ao cabo, o processo democrático alcançou conclusões homogêneas.

.5.4. A abertura ao diálogo: experiências de intersectorialidade

Nesse ponto, refiro algumas notícias de experiências de intersectorialidade que têm sido implementadas no país, evidenciando que o compromisso com um tema tão delicado tem se pulverizado em todos os entes da Federação e envolvido os mais diversos órgãos.

Em ofício encaminhado ao Presidente do Supremo Tribunal Federal em outubro de 2009, o Ministro da Saúde noticiou a instalação do Comitê Interinstitucional de Resolução Administrativa de Demandas da Saúde, constituído por acordo de cooperação técnica firmado entre a Defensoria Pública da União no Estado do Rio Grande do Norte – DPU/RN, a Procuradoria da União no Estado do Rio Grande do Norte – PU/RN-AGU, a Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Norte – PGE/RN, a Procuradoria Geral do Município de Natal – PGMN/RN, a Secretaria de Estado da Saúde Pública – SESAP/RN e a Secretaria Municipal de Saúde do Natal – SMS/Natal, a partir de iniciativa da Advocacia-Geral da União. O CIRADS objetiva a análise prévia das demandas que chegam à Defensoria Pública, e o Ministério da Saúde tem contribuído, caso a caso, com a elaboração de parecer técnico, que é enviado à Procuradoria da União, para apresentação nas reuniões ordinárias ou extraordinárias da Comissão (MENDES; BRANCO, 2011, p. 715).

O sítio do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul noticiou⁴⁸ a celebração de convênio para criação e implantação de Câmara Técnica em Saúde que subsidiará a justiça estadual com informações técnicas nas demandas relativas ao fornecimento de medicamentos, exames, internações e tratamentos clínicos e/ou cirúrgicos em face do Sistema Único de Saúde.

No Fórum Central do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro funciona o Núcleo de

⁴⁸ TJ assina convênio para criação da Câmara Técnica em Saúde. **Sítio do TJMS**. Notícia de 26/01/2011. Disponível em: <http://www.tjms.jus.br/noticias/materia.php?cod=18670>. Acesso 10.03. 2011.

Assessoria Técnica com uma equipe de profissionais de saúde do Estado, tendo a finalidade de dar suporte técnico aos juízes das Varas da Fazenda Pública, onde tramitam ações judiciais com pedidos de medicamentos.⁴⁹

No Piauí foi firmado Termo de Cooperação Técnica assinado pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Piauí, a Secretária de Saúde, o Presidente da Fundação Municipal de Saúde e os Conselhos Regionais de Medicina, Odontologia, Farmácia e Nutrição, com o intuito de fornecer subsídios técnicos aos magistrados nas ações que tenham por objeto compelir o Estado do Piauí ou o Município de Teresina ao fornecimento de medicamentos, próteses, insumos para a saúde, exames, diagnósticos, tratamento médicos e insumos nutricionais⁵⁰.

Em Ribeirão Preto e Araquara, as ações judiciais passam por um crivo técnico antes de serem julgadas. O juiz encaminha por via eletrônica a uma comissão multidisciplinar ofício instruído de formulário preenchido pela parte autora da ação, solicitando emissão de parecer em determinado prazo (SOUZA;SANTOS;UETA, 2010, p. 171-172).

A Superintendência dos Projetos Inovadores do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) promoveu uma reunião para instituir e iniciar os trabalhos do Comitê de Suporte Técnico-Consultivo às Decisões Judiciais na área de saúde. Este deverá integrar membros da 3ª Vice-Presidência, da Corregedoria-Geral de Justiça, do Ministério Público Federal e Estadual, da Fazenda Pública Estadual e Municipal, da Secretarias de Saúde, do Colegiado dos Secretários Municipais de Saúde de Minas Gerais, da Superintendência de Assistência Farmacêutica do Estado, da Advocacia Geral da União e do Estado, da Defensoria Pública da União e do Estado, da Diretoria de Economia do Ministério da Saúde, da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB-MG), da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e de instituições de pesquisa, do Conselho Municipal de Saúde e do Conselho Federal de Medicina⁵¹.

No Estado do Espírito Santo, no ano de 2007, quando foi lançada a Política de Assistência Farmacêutica e a Relação de Medicamentos Essenciais e Excepcionais

⁴⁹ TJ do Rio e Secretaria de Saúde do Estado ampliam serviços do Plantão Médico. **Sítio d TJRJ**. Notícia de 03/09/2009. Disponível em: <http://srv85.tj.rj.gov.br/publicador/exibirnoticia.do?acao=exibirnoticia&ultimasNoticias=16248&classeNoticia=2&v=2>. Acesso em 10.03.2011.

⁵⁰ ASSINADO o termo de criação do Grupo Técnico de Apoio nas questões da Saúde. Notícia de 28/02/2011. Disponível: <http://www.tjpi.jus.br/site/modules/noticias/Noticia.mtw?id=1969>. **Sítio do TJPI**. Acesso em 10.03.2011.

⁵¹SUPORTE técnico a decisões em saúde. **Sítio do TJMG**. Notícia de 20/07/2010. Disponível em:<http://www.tjmg.jus.br/anexos/nt/noticia.jsp?codigoNoticia=20561>. Acesso em 10.03.2011.

(REMEME), a Gerência Estadual de Assistência Farmacêutica (GEAF) estruturou também o setor de judicialização da Secretaria Estadual de Saúde do Espírito Santo. Há duas linhas telefônicas exclusivas para atendimento a Defensores Públicos, Promotores, Procuradores e membros do Poder Judiciário.

Este setor tem como finalidade atender as demandas judiciais, assim como orientar e fornecer subsídios sobre questões relacionadas a medicamentos, tais como acesso, disponibilidade, indicação, eficácia e segurança. Tem por objetivo garantir que os medicamentos disponibilizados sejam de boa qualidade, tenham eficácia comprovada em evidências científicas e sejam previstos nos Protocolos e Diretrizes Clínicas do Ministério da Saúde e nas normas da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) (TAVARES *et al.*, 2010, p. 12).

No Espírito Santo, foi criado, ainda, um Fórum Intersetorial de Assistência Farmacêutica (Decreto nº 1956-R, de 07.11.2007), integrado por membros do Poder Executivo Estadual (SESA), Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo (PGE), Defensoria Pública Estadual, Poder Executivo Municipal – Conselho de Secretários Municipais de Saúde do Estado do Espírito Santo (COSEMS) –, Poder Judiciário Estadual, Usuários (Conselho Estadual de Saúde) e Ministério Público Estadual. Seriam propostas permanentes do Fórum: o termo de pactuação com o Poder Judiciário, orientando o encaminhamento prévio para perícias em Centros de Referência, a criação de Varas Especializadas em Ações de Saúde para atender as macro-regiões, termo de pactuação com os Municípios para assumirem a sua responsabilidade, e o termo de pactuação com as Defensorias Públicas para que estas ajuízem as demandas observando as competências e os protocolos (TAVARES *et al.*, 2010, p. 14).

No âmbito do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, ao longo do ano de 2011 será realizado Curso Multiprofissional de Tomada de Decisões em Saúde Baseada em Evidências. O curso é resultado de pesquisa em processos no Judiciário sobre direito à proteção da saúde. Busca capacitar e qualificar membros do MPDFT, além de profissionais da área de saúde da Instituição, para conhecer a metodologia da medicina baseada em evidências de modo a dispor de conhecimento para aplicação de práticas que permitam a aproximação do bem jurídico saúde com o Direito. O objetivo do curso é a integração de saberes médicos e jurídicos de maneira transparente e democrática no desenvolvimento do direito à proteção da saúde com base nas melhores evidências científicas disponíveis na literatura médica mundial, que favoreça e direcione as decisões judiciais no

que de fato funciona e é mais seguro e econômico para os pacientes e para a população em geral. Segundo os organizadores do curso “*o entrelaçamento das duas áreas envolverá medicina baseada em evidências e direitos fundamentais*”⁵²

Essa breve notícia de iniciativas que promovem a intersetorialidade evidencia os desdobramentos de uma nova postura de todos os setores da sociedade em relação ao fenômeno da judicialização, sobretudo, após a discussão levada a efeito no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Além disso, consubstancia a manifestação mais nítida da adoção de mecanismos de diálogo institucional para o fim de aperfeiçoar a materialização equânime do direito à proteção da saúde.

5.5. Perspectivas

O estudo das mudanças qualitativas no cenário nacional evidenciou a adoção de algumas vias de diálogo, indo ao encontro de tudo quanto exposto em um plano teórico acerca do concerto institucional adequado à implementação de direitos sociais. Assim, completou-se a análise dos desdobramentos dos litígios em saúde no plano fático, bem como se observou a aplicação de pressupostos teóricos sugeridos pelos partidários de uma abordagem dialógica dos direitos sociais, que vai além dos lindes de um processo judicial.

Reunindo todas essas informações, algumas conclusões podem ser extraídas acerca do papel adequado a ser assumido pelos magistrados no enfrentamento das questões envolvendo direito à proteção da saúde, sobretudo no que diz respeito às estratégias de racionamento, uma vez que sintetizam o ponto de tensão entre as atribuições típicas dos Poderes Executivo e Legislativo e a atuação judicial.

Verificou-se que a postura de todos os poderes tem se alterado com a finalidade de aperfeiçoamento do sistema. Como a ênfase da presente pesquisa é o papel a ser desempenhado pelos magistrados, pode-se dizer que tivemos um primeiro quadro de julgamentos sem critério, que, via de regra, implicavam a adjudicação individual de um bem. Não havia na maioria dos Estados uma estrutura instalada apta a fornecer os dados técnicos eventualmente necessários. Sobressaíam como conseqüências regulares dos litígios a

⁵² CURSO multiprofissional em saúde baseada em evidências para a tomada de decisões no Direito. **Portal da Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**. Disponível em : <http://www.fesmpdft.org.br/weventos/weventoDetalhe.asp?id=202> . Acesso em 30.03.2011.

potencial inobservância das filas existentes, bem como os efeitos distributivos negativos, por sua vez, reforçados pelo acesso desigual à justiça.

Como visto no capítulo anterior, a preferência da doutrina pelas demandas coletivas, por si só, não resolve o problema. Se não houver a mesma cautela de observar as políticas públicas existentes e o risco de abalo da gestão administrativa, pode-se mesmo dizer que o problema se agrava, uma vez que o impacto de uma tutela coletiva é potencialmente maior.

O fato é que a judicialização do direito à proteção da saúde ganhou tamanha importância teórica e prática que, em 5 de março de 2009, o então Ministro Presidente do STF convocou Audiência Pública. Após ouvir os depoimentos prestados pelos representantes dos diversos setores envolvidos, entendeu-se ser necessário redimensionar a questão da judicialização do direito à proteção da saúde no Brasil. A ênfase foi na construção de um critério ou parâmetro para a decisão em casos nos quais se discute, primordialmente, o problema da interferência do Poder Judiciário na esfera dos outros Poderes (STA 175, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 30.04.2010).

Recomendou-se uma maior cautela através da exposição de parâmetros para as decisões, indicando uma maneira de orientar os magistrados a observar o aspecto coletivo do problema. Há que se afastar o risco da "rotinização" da intervenção dos tribunais como intermediários na prestação de serviços de saúde. Nesse sentido pontuou o Professor Sarlet (2009, p.3) na Audiência Pública Saúde:

“É necessário superar a era dos extremos, tanto a rejeição da mera programaticidade é necessária quanto também rejeitar e controlar o famoso “pediu-levou”, não importa quem pediu, o que pediu, as conseqüências da decisão. A busca, portanto, de uma conciliação entre a dimensão subjetiva, individual e coletiva do direito à proteção da saúde e a dimensão objetiva da saúde como dever da sociedade e do Estado, e de como a judicialização deve ser sensível a ambas as dimensões”.

À luz dessas assertivas, no contexto brasileiro, há que se afastar a abordagem simplista que apenas enxerga a possibilidade de comandos judiciais fortes ou defende a não-justiciabilidade dos direitos sociais com base em objeções extraídas da teoria democrática e da falta de capacidade institucional dos magistrados. Observa-se, em vez disso, que as importantes falhas institucionais na regulação de saúde e os respectivos problemas de gestão, juntamente com deficiências no estabelecimento de prioridades, além de bloqueios políticos, exigem que os tribunais continuem a desempenhar um papel na efetivação do direito

à proteção da saúde.

Tal papel, no entanto, não pode ser limitado ao estilo tradicional bilateral de litígios e exige novas intervenções corretivas, como as defendidas pelos partidários da abordagem dialógica. Analisando o caso brasileiro, a inserção do auxílio das assessorias técnicas - resultantes de parcerias de todos os setores envolvidos com as patologias do Sistema de Saúde - capazes de analisar criticamente os instrumentos de gestão e ensejar decisões judiciais mais balizadas, exemplifica uma abertura ao diálogo. O Judiciário assume, assim, que as estratégias de racionamento não estão infensas a controle, mas tampouco podem ser desprezadas: são importantes e necessárias, consubstanciando uma postura de certo grau de deferência às diretrizes traçadas pelos demais poderes.

A utilização da via judicial promoveu o descortinamento do problema e ensejou a sua inserção no debate político-institucional. Observou-se um movimento de praticamente todos os setores da sociedade em busca de soluções. O primeiro passo foi dado. A caminhada segue em busca de um aperfeiçoamento da atuação de todos, e não apenas dos magistrados, orientada à materialização do direito à proteção da saúde, com os olhos voltados à equidade e à justiça social.

Como se afirmou, a postura de considerar uma esperança vazia a caracterização da atuação judicial como um canal para mudança social, embora pertinente, não pode ser extremada. Tampouco se pode depositar todas as expectativas na litigância enquanto estratégia de implementação de direitos sociais. A abordagem dialógica, como se demonstrou, busca justamente uma posição intermediária, concluindo ser imprescindível um compromisso interinstitucional

Tem-se que tomar o cuidado de não isolar os atores sociais, mas colocá-los em concerto, sem pretender excluir ou desabonar a intervenção judicial: é necessário um compromisso interinstitucional intransigente e irrestrito com a realização do direito à proteção da saúde para todos.

Se todo o fenômeno da judicialização remonta à referência do direito à proteção da saúde no texto constitucional, associado à doutrina da efetividade de suas disposições, pode-se concluir que é desejável, nesse sentido, que a Constituição seja “invasora”, adentrando os espaços de consenso para condicionar tanto a legislação como a jurisprudência e o estilo doutrinário, a ação dos atores políticos, assim como as relações sociais (GUASTINI, 2003, *apud* VALE, 2007, p. 69).

6. Considerações finais

Courts are, at the end of the day, never an instrument of total societal revolution . . . never a substitute for direct political action. – Upendra Baxi (2000, p. 161)

A origem do fenômeno da judicialização crescente em direito à proteção da saúde no Brasil tem sido tradicionalmente relacionada à sua inserção no texto constitucional associada à doutrina da efetividade dos direitos sociais, como indicadora do reforço de sua qualificação enquanto direito fundamental, que não pode convolar-se em “promessa constitucional incosequente” (RE 271286 AgR / RS, Rel. Min. Celso de Mello. Dj de 24.11.2000).

Essa visão um tanto quanto atrativa acerca da posição das cortes, desde que infensa a qualquer parâmetro, não pode ser aceita acriticamente. Há um viés de mistificação. Recomenda-se cautela, mas não ceticismo. Há espaço para que os tribunais atuem contra as patologias do processo político na elaboração e implementação das estratégias racionalizadoras do sistema.

Pode-se dizer que o Judiciário cumpriu seu papel de rompimento com doutrinas e posturas que não enxergavam na Constituição uma normatividade capaz de incidir diretamente sobre a realidade social. Não obstante, busca-se um modelo institucional que favoreça uma solução estável a longo prazo, com a realização ótima dos recursos e a materialização do direito à proteção da saúde com os olhos voltados à justiça social.

Procurou-se colher na acentuada produção acadêmica anglo-saxã modelos teóricos que favorecem o diálogo entre órgãos e instituições acerca da implementação de direitos sociais. Assim, verificou-se, num plano teórico, que através de um constitucionalismo cooperativo pode se reconhecer, ao mesmo tempo, o pleno potencial e os limites institucionais dos três poderes e a urgente necessidade de realizar os compromissos constitucionais.

Todavia, num plano pragmático, o modelo apto a materializar equitativamente o direito à proteção da saúde, varia conforme o desenho institucional específico de cada nação. Portanto, buscou-se dissecar o quadro brasileiro de litígios em matéria de saúde, para investigar as possibilidades e limites da função judicial.

Antes, porém, realizou-se um exercício de direito comparado a fim de verificar quais problemas são tipicamente brasileiros e quais dificuldades são inerentes a essa temática.

Ficou claro que estratégias de racionamento - tipicamente traçadas e implementadas pelos Poderes Legislativo e Executivo - são absolutamente necessárias. Além disso, evidenciou-se que praticamente todos os países enfrentam um descontentamento da população em relação às estratégias de racionalização dos seus sistemas de saúde.

Em seguida, a análise detida do contexto brasileiro evidenciou a reprodução dessa insatisfação, que tem ensejado o recurso ao Poder Judiciário diante da negativa de uma prestação não padronizada pelo Poder Público. Verificou-se a prevalência de demandas individuais, bem como o reduzido número e as dificuldades de implementação de comandos de índole coletiva. Foi referida toda a crítica relativa à potencial promoção de inequidade por meio dos comandos judiciais que desconsideram a dimensão global do sistema de saúde, bem como as limitações orçamentárias e financeiras. Por outro lado, ressaltou-se que tais conclusões não cuidam dos efeitos indiretos e simbólicos da judicialização que podem corresponder a mudanças sistêmicas relevantes para a materialização do direito à proteção da saúde.

A ênfase estrita no alegado papel político assumido pelos tribunais possivelmente oculta uma realidade implícita e pouco explorada: as decisões não só refletem as mudanças nas sociedades, mas, por vezes, produzem mudanças políticas e sociais. Observaram-se mudanças qualitativas no cenário jurídico-político impulsionadas, sobretudo, pela eleição de critérios para atuação judicial resultante da realização da Audiência Pública Saúde e veiculados pela decisão na STA n. 175 (Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 30.4.2010), bem como pela Recomendação n. 31 do Conselho Nacional de Justiça.

Assim, há evidências de um quadro misto no que se refere ao impacto das decisões judiciais em saúde no Brasil: se por um lado elas forçam um aumento da responsabilidade governamental e abrem caminho para benéficas mudanças sistêmicas, por outro, se desprezados determinados parâmetros, podem exacerbar as inequidades existentes. Intentou-se demonstrar que, nesse contexto, a inserção de mecanismos de diálogo institucional tem a aptidão de reorientar os efeitos da atuação judicial para a concretização equânime do direito à proteção da saúde.

A materialização do direito à proteção da saúde resulta, por certo, não apenas da atuação eficaz do Poder Judiciário, cujo respaldo é absolutamente relevante, mas de um momento de conscientização e compromisso pulverizado com os direitos fundamentais. É nesse sentido que a discussão se volta ao *ethos* político e assumem especial relevo as iniciativas de intersectorialidade.

Referências

- AÇÕES por remédios caros favorecem ricos, diz estudo. **Folha de São Paulo**, 24 de julho de 2010. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/772062-acoes-por-remedios-caros-favorecem-ricos-diz-estudo.shtml>>. Acesso em 10.03.2011.
- ÁFRICA DO SUL, **Constituição da África do Sul de 1996**, Seção 26, §2º. Disponível em: <http://www.info.gov.za/documents/constitution/1996/96cons2.htm#27>. Acesso em 20.03.2011.
- ASSINADO o termo de criação do Grupo Técnico de Apoio nas questões da Saúde. **Sítio do TJPI**. Notícia de 28/02/2011. Disponível: <http://www.tjpi.jus.br/site/modules/noticias/Noticia.mtw?id=1969>. Acesso em 20.03.2011.
- BARATA, Luiz Roberto B.; MENDES, José Dínio Vaz M. Uma proposta de política de assistência farmacêutica para o SUS. In: BLIACHERINE, A.C; SANTOS, J.S. (Orgs.). **Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010.
- BARCELOS, PC. **Perfil de demandas judiciais de medicamentos da Secretaria de Estado da Saúde do Espírito Santo**: um estudo exploratório [dissertação]. Rio de Janeiro RJ): Instituto de Medicina Social, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2010.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de direito administrativo** n. 240, 2005.
- _____. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. **Revista da Defensoria Pública**, Ano 1, n. 1. São Paulo: Escola de Defensoria Pública do Estado de São Paulo, jul./dez. 2008.
- BARROSO, Luis Roberto. Da falta efetividade à judicialização excessiva: direito à proteção da saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para atuação judicial. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, n. 46, p. 34, nov./dez. 2007.
- _____. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no. 9, março/abril/maio, 2007.
- BAXI, Upendra, "The avatars of Indian judicial activism," In: VERMA, S. K.; KUSUM (eds), **Fifty years of the Supreme Court of India: Its grasp and reach**. New Delhi: Oxford University Press, 2000.
- BOSI FERRAZ, Marcos. Economia da saúde e sua inserção no sistema da saúde. In: BLIACHERINE, A.C; SANTOS, J.S. (Orgs.). **Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. "Experiências no Controle de Constitucionalidade – O Diálogo Institucional Canadense e a Constituição Brasileira de 1937". **Revista Direito Público**; Vol. 1, No 31 (2010): DPU Nº 31 – Jan-Fev, 2010
- BRASIL tem 24 cidades em risco de surto de dengue e 154 em alerta, diz Ministério da Saúde. Notícia de 06.12.2010. **Jornal O Globo**. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/pais/mat/2010/12/06/brasil-tem-24-cidades-em-risco-de-surto-de-dengue-154-em-alerta-diz-ministerio-da-saude-923199322.asp>. Acesso em 10.02.2011.
- BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Artigos 196 a 200. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22.4.2009.
- _____. **Mensagem de veto n. 113, de 28 de abril de 2011**: razões de veto, por contrariedade ao interesse público, do Projeto de Lei no 7.445, de 2010 (no 338/07 no Senado Federal). Brasília, Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Msg/VEP-113.htm>. Acesso em: 4.05.2011.
- _____. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Regulação, Avaliação e Controle. **Manual de Orientações para Contratação de Serviços de Saúde no SUS**. Disponível em: http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/manual_Contrata2.pdf. Acesso em 15.01.2011.

_____. **Parecer do Relator**, Dep. Darcísio Perondi (PMDB-RS), pela aprovação do Projeto de Lei n. 4475/2010, e pela rejeição das emendas apresentadas na Comissão de Seguridade Social e Família. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=482490>. Acesso em 10.01.2011.

_____. **Projeto de Lei n. 4475/2010**. Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Autor: Senador Flávio Arns (PSDB/PR). Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=479943>. Acesso em 10.01.2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 271286 AgR/RS**. Relator Ministro Celso de Mello. Acórdão publicado no Diário de Justiça Eletrônico de 24.11.2000. Por unanimidade, a Turma negou provimento ao agravo regimental. 2a. Turma, 12.09.2000.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Liminar n. 114**. Relatora Ministra Ellen Gracie. Decisão monocrática publicada no Diário de Justiça Eletrônico de 21.09.2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Liminar n. 228**. Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Decisão monocrática publicada no Diário de Justiça Eletrônico de 14.10.2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Liminar n. 254**. Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Decisão monocrática publicada no Diário de Justiça Eletrônico de 25.08.2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Liminar n. 256**. Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Decisão monocrática publicada no Diário de Justiça Eletrônico de 20.04.2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Tutela Antecipada n. 69**. Relatora Ministra Ellen Gracie. Decisão monocrática publicada no Diário de Justiça Eletrônico de 25.09.2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Tutela Antecipada n. 175**. Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Acórdão publicado no Diário de Justiça Eletrônico de 30.04.2010. O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, Ministro Gilmar Mendes (Presidente), negou provimento ao recurso de agravo. Plenário, 17.03.2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Tutela Antecipada n.344**. Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Decisão monocrática publicada no Diário de Justiça Eletrônico de 25.08.2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Tutela Antecipada n. 347**. Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Decisão monocrática publicada no Diário de Justiça Eletrônico de 16.09.2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Tutela Antecipada n. 378**. Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Decisão monocrática publicada no Diário de Justiça Eletrônico de 22.04.2010.

BYRNE, Ian, "Enforcing the Right to Health: Innovative Lessons from Domestic Courts," In: CLAPHAM, A. ROBINSON,(eds.), **Realizing the Right to Health** . Zurich : Rüffer & Rub, 2009.

CALI, Basak. KOCH, Anne. Enforcing civil and political rights: lessons from Europe. In: SYMPOSIUM ON ENFORCEMENT OF ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS JUDGMENTS: TOWARDS A THEORY AND PRACTICE. **Anais eletrônicos**. Bogotá, Colombia , 6-7 de maio de 2010. Disponível em: http://www.escri-net.org/actions_more/actions_more_show.htm?doc_id=1156638&parent_id=1156637. Acesso em 10.01.2011.

CANE,Peter 'Understanding Judicial Review and Its Impact'. In HERTOIGH, M; HALLIDAY, S. (orgs.).**Judicial Review and Bureaucratic Impact: International and Interdisciplinary Perspectives** . Cambridge: Cambridge University Press, 2004. (p. 15-43).

CAVALCANTI, Hylda. Demandas de saúde passam de 112 mil em todo o país. **Agência CNJ de Notícias**. Notícia de 8.11.2010. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/noticias/10118-demandas-de-saude-passam-de-112-mil-em-todo-o-pais>. Acesso em 10.03.2011.

CHAYES, A. The Role of the Judge in Public Law Litigation. **Harvard Law Review**, v. 89, 1976 p. 1281-1316.

CHINITZ, David; SHALEV, Carmel. The Role of the Courts in Israeli Health Care Policy. **The Journal of Law, Medicine e ethics** vol. 33, 2005. p. 650-660.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Tutela nº 760/08**. Autor: Luz Mary Osorio Palacio y Otros. Demandado: Colpatria Eps y Otros. Relator Manuel José Cepeda Espinosa, La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, julgado em 31/07/2008. Disponível em: <http://corte-constitucional.vlex.com.co/vid/-43476921#ixzz1OyG54PWt>.

COLLUCI, Claudia; WESTIN, Ricardo. Indústria farmacêutica financia ONGs. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 18 de maio de 2008. Disponível em : <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff1805200801.htm>. Acesso em 10.02.2011.

COURTIS, Christian. Judicial Enforcement of Social Rights: Perspectives from Latin America. In: GARGARELLA, R. DOMINGO, P.; ROUX, T. (Eds.). **Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?**. Aldershot/Burlington: Ashgate, 2006.

CONSELHO Nacional de Justiça. **Recomendação n. 31 de 30 de março de 2010**. Publicado no DJ-e nº 61/2010, em 07/04/2010, p. 4-6

CONSELHO Nacional de Secretários de Saúde. Assistência Farmacêutica no SUS / Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Coleção Progestores – Para entender a gestão do SUS**, 7– Brasília : CONASS, 2007.

CRISE na Saúde Pública: ações judiciais não são cumpridas pelo Poder público. **Página eletrônica do Tribunal de Justiça do Ceará**. Notícia de 12.11.2007. Disponível em: <http://www.direito2.com.br/tjce/2007/nov/12/crise-na-saude-publica--acoes-judiciais-nao-sao-cumpridas>. Acesso em: 10.04.2011.

CURSO multiprofissional em saúde baseada em evidências para a tomada de decisões no Direito. **Portal da Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**. Disponível em : <http://www.fesmpdft.org.br/weventos/weventoDetalhe.asp?id=202> . Acesso em 30.03.2011.

DEL NERO, CR.; CLARK, Otávio; VIANNA, Denizar. Medicina baseada em evidências como ferramenta para as decisões judiciais. In: BLIACHERINE, A.C; SANTOS, J.S. (Orgs.). **Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010.

DIXON, Rosaline. *Creating dialogue about socio-economic rights: strong v. Weak-form judicial review revisited*. Center For Human Rights And Global Justice Working Paper. **Economic, Social And Cultural Rights Series** n. 3, 2006.

ELIAS, Paulo Eduardo. **Uma visão do SUS. SUS – o que você precisa saber sobre o Sistema único de Saúde**. São Paulo: Associação Paulista de Medicina, 2004, v.1.

ELSTER, Jon . **Local Justice**. Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

FEELEY, M. Hollow Hopes, Flypaper, and Metaphors: Review of ‘The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?’ by Gerald N. Rosenberg. **Law & Social Inquiry**, v. 17, n. 4, 1992, p. 745-760.

FERRAZ Octavio. The right to health in the courts of Brazil: Worsening health inequities?. **Health and Human Rights: An International Journal**, North America, Vol. 11, n. 02, 2010.

_____. Harming the Poor Through Social Rights Litigation: Lessons from Brazil. In: SEMINÁRIO 2011 TEXAS LAW REVIEW SYMPOSIUM SOBRE CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO. **Anais eletrônicos**. University of Texas School of Law, Eidman Courtroom, 4 de Março de 2011. Disponível em: <http://www.texasrev.com/events/symposium>. Acesso em 10.03.2011.

_____. Right to Health Litigation in Brazil, an Overview of the research. In: CONGRESSO “RIGHT TO HEALTH THROUGH LITIGATION? CAN COURT ENFORCED HEALTH RIGHTS IMPROVE HEALTH POLICY?”. **Anais eletrônicos**. University Torquato di Tella, Buenos Aires, April 2009. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1426011. Acesso em 10.03.2011.

_____. Right to health litigation in Brazil: Why are collective suits so hard to enforce. Disponível em: http://www.escri-net.org/usr_doc/Ferraz_-_Implementing_the_Right_to_Health_in_Brazil.pdf. Acesso em 14 mar. 2011. Não paginado.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta and VIEIRA, Fabiola Sulpino. Direito à proteção da saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante. **Dados Revista de ciencias sociais**, vol.52, n.1, 2009, pp. 223-251.

FIGUEIREDO, TA. Análise dos medicamentos fornecidos por mandado judicial na Comarca do Rio de Janeiro: A aplicação de evidências científicas no processo de tomada de decisão [dissertação]. Rio de Janeiro (RJ): Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca. Fundação Oswaldo Cruz; 2010.

FLOOD, Colleen M. Just Medicare: The Role of Canadian Courts in Determining Health Care Rights and Access. **The Journal of Law, Medicine e ethics** vol. 33, 2005 (p. 669-680).

FLOOD, Colleen M.; GABLE, Lance; GOSTIN, Lawrence O. Introduction Legislating and Litigating Health Care Rights around the World. **The Journal of Law, Medicine e ethics**, vol. 33, 2005.

FOREMAN, Lisa. Ensuring Reasonable Health: Health Rights, the Judiciary, and South African HIV/AIDS policy. **The Journal of Law, Medicine e ethics** vol. 33, 2005

FÓRUM Nacional do Judiciário para a Saúde começa nesta quinta-feira. Notícia de 17 de novembro de 2010. **Portal do CNJ**. Disponível em: <http://wwwh.cnj.jus.br/novoportal/noticias/10259-forum-nacional-do-judiciario-para-a-saude-comeca-nesta-quinta-feira>. Acesso em 10.01.2011.

FULLER, L. The Forms and Limits of Adjudication. **Harvard Law Review**, v. 92, p. 353-409, 1979.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista de. **A Judicialização do Direito à proteção da saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial: critérios e experiências**. BDJur, Brasília, DF, 24 mar. 2008. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/16694>. Acesso em 11.04.2011.

GARAVITO, César R. Beyond the Courtroom: the impact of judicial Activism on Social and Economic Rights in Latin America. In: SEMINÁRIO 2011 TEXAS LAW REVIEW SYMPOSIUM SOBRE CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO. **Anais eletrônicos**. University of Texas School of Law, Eidman Courtroom, 4 de Março de 2011. Disponível em: <http://www.texasrev.com/events/symposium>. Acesso em 10.03.2011.

GARGARELLA, R. 2006. Theories of Democracy, the Judiciary and Social Rights. In: _____; DOMINGO, P.; ROUX, T. (Eds.). **Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?**. Aldershot/Burlington: Ashgate, p. 13-34.

GLOPPEN, Siri. Litigation as a Strategy to hold Governments Accountable for Implementing the Right to Health. **Health and Human Rights** vol. 10 no. 2, 2008.

_____. **From health claims to outcomes: Framework to analyze what drives the litigation process**. In: Health and Human Rights vol. 10 no. 2, 2008. P. 26, il.

HEROINE dies while still waiting. **Iol News**. África do Sul, 4 de agosto de 2008. Disponível em: <http://www.iol.co.za/news/south-africa/heroine-dies-while-still-waiting-1.410968>. Acesso em 01 de maio de 2011. Acesso em 7.01.2011.

HERTOGH, M. HALLIDAY, S. **Judicial Review and Bureaucratic Impact: International and Interdisciplinary Perspectives**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

HOFFMAN, F.; BENTES, F. Accountability for Economic and Social Rights in Brazil. In: GAURI, V.; BRINKS, D. (Org). **Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2008, p. 100-145

INDIA. **Constituição da Índia**. Artigo 37. Disponível em: <http://www.indiankanoon.org/doc/237570/>. Acesso em 23.03.2011.

INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS. **Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights: Comparative experiences of justiciability**. ICJ: Geneva, 2008.

IRLANDA. **Constituição da Irlanda de 1937**, art. 45. Disponível em: <http://www.taoiseach.gov.ie/upload/static/256.htm>. Acesso em 20.03.2011.

ISKANDARIAN, Carolina. FRAUDE com medicamentos pode chegar a R\$ 200 milhões, diz governo. **Globo Notícias (G1)**. Notícia de 01/09/2008. Disponível em : <http://g1.globo.com/Noticias/SaoPaulo/0,,MUL744251-5605,00-FRAUDE+COM+MEDICAMENTOS+PODE+CHEGAR+A+R+MILHOES+DIZ+GOVERNO.html>. Acesso em 10.02.2011.

LANGFORD, Malcolm. Judicialização dos direitos econômicos, sociais e culturais no âmbito nacional: uma análise socio-jurídica. **Sur, Rev. int. direitos humanos**, São Paulo, v. 6, n. 11, Dec. 2009 .

LIMBERGER, Temis. O dogma da discricionariedade administrativa: a tensão instaurada entre os poderes judiciário e executivo devido as políticas de saúde no Brasil. **Revista de Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 11, n. 57, set. 2009.

LIMBERGER, Temis. SALDANHA, Jania M. L. O direito a saúde e sua efetividade: o debate democrático perante o Supremo Tribunal Federal. **Revista de Interesse Público**. Belo Horizonte, ano 12, n. 64, nov. 2010.

LINS, Liana C. A tutela inibitória coletiva das omissões administrativas: em enfoque processual sobre a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais. **Revista Direito do Estado** n. 12, Rio de Janeiro: Renovar/Instituto Idéias, out-dez 2008, p. 223-261

LOPES, José Reinaldo de Lima. Brazilian Courts and Social Rights: A Case Study Revisited. In: GARGARELLA, R. DOMINGO, P.; ROUX, T. (Eds.). **Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?**. Aldershot/Burlington: Ashgate, 2006.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos sociais: teoria e prática**. São Paulo: Editora Método, 2006. P. 230-231.

LOTUFO, Paulo Andrade. Coffee, samba, football and... social inequalities: reflections on mortality in São Paulo, Brazil. *São Paulo Med. J.*, vol.119, n.3, 2001.

MAESTAD, O. FERRAZ, O., YAMIN, A.E., NORHEIM, O.F., GLOPPEN, S. How does litigation affect health financing? **The World Health Report: Health Systems Financing – The Path to universal coverage**. Technical Brief Series – Brief No 15. World Health Organization, 2010.

MACHADO MAA. **Acesso a medicamentos via Poder Judiciário no estado de Minas Gerais** [dissertação]. Belo Horizonte (MG): Faculdade de Farmácia, Universidade Federal de Minas Gerais; 2010

MANNING, Joanna. PATERSON, Ron. “Priorization”: Rationing Health Care in New Zealand. **The Journal of Law, Medicine e ethics** vol. 33, 2005 (p. 681- 697).

MARÇAL, Khelle K. De S. **O fenômeno da judicialização da Assistência Farmacêutica: um estudo de caso da Secretaria Estadual de Saúde de Pernambuco em 2008**. Recife, 2010. Disponível em: <http://www.pos.ufs.br/farmacia/>. Acesso em 10.03.2011.

MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de A. **Discurso proferido na Audiência Pública da Saúde**. Supremo Tribunal Federal [online]. 7 maio de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>. Acesso em 10.12.2010.

MEDEIROS, M. **Princípios de Justiça na Alocação de Recursos em Saúde**. Brasília: Ipea, 1999. (Texto para discussão n. 687)

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**, 13. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MESSEDER, A. M.; OSÓRIO-DE-CASTRO, C. G. S; LUÍZA, V. L. Mandados judiciais como ferramenta para a garantia do acesso a medicamentos no setor público: a experiência do Estado do Rio de Janeiro, Brasil. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 525-534, 2005;

NAÇÕES UNIDAS. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. **General Comment No. 3: The Nature of States parties obligations**. U.N. Doc. E/1991/23, annex III at 86, 1990.

NARDI, Antônio Carlos Figueiredo. **Discurso proferido na Audiência Pública da Saúde**. Supremo Tribunal Federal [online]. 7 maio de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>. Acesso em 10.11.2010.

NEWDICK, Christopher. Accountability for Rationing - Theory into Practice. **The Journal of Law, Medicine e ethics** vol. 33, 2005

OLIVEIRA, Marina Helena Barros de. **Discurso proferido na Audiência Pública da Saúde**. Supremo Tribunal Federal [online]. 7 maio de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>. Acesso em 10.12.2010.

ORDACGY, André da Silva. **Discurso proferido na Audiência Pública da Saúde**. Supremo Tribunal Federal [online]. 7 maio de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>. Acesso em 10.12.2010.

PARCERIA entre defensoria pública e secretarias de saúde beneficiará usuários do SUS. **Sítio da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais**. Disponível em: <http://www.defensoria.mg.gov.br/index.php/noticias/44-dpmsg/1114-parceria-entre-defensoria-publica-e-secretarias-de-saude-beneficiara-usuarios-do-sus.html>. Acesso em 10.04.2011.

PEPE, Vera Lúcia Edais et al. A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica. *Ciênc. saúde coletiva*, vol.15, n.5, 2010 pp. 2405-2414.

PEREIRA, Januria Ramos ; Santos, Rosana Isabel dos ; Nascimento Junior, Jose Miguel do ; Schenkel, Elair Paulo . Análise das demandas judiciais para o fornecimento de medicamentos pela Secretaria de Estado da Saúde de Santa Catarina nos anos de 2003 e 2004. **Ciencia e Saude Coletiva (Impresso)**, v. 15, p. 3551-3560, 2010;

Pérez Luño, Antonio-Enrique. La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional. **Série de Teoria Jurídica y Filosofia del derecho**, n. 23, Bogotá/ Colombia, 2002, p. 57

PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: **Revista da Defensoria Pública**, Ano 1, n. 1. São Paulo: Escola Escola de Defensoria Pública do Estado de São Paulo, jul./dez. 2008.

PORTER, Bruce. In defense of soft remedies (sometimes): enforcing principles remedies to systemic social rights claims in Canada. In: SYMPOSIUM ON ENFOCEMENT OF ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS JUDGMENTS: TOWARDS A THEORY AND PRACTICE. **Anais eletrônicos**. Bogotá, Colombia , 6-7 de maio de 2010. Disponível em: http://www.escri-net.org/actions_more/actions_more_show.htm?doc_id=1156638&parent_id=1156637. Acesso em 10.03. 2011.

RIO GRANDE DO SUL. **Lei 9.908 de 16.6.1993**. Dispõe sobre o fornecimento de medicamentos excepcionais para pessoas carentes e dá outras providências. Disponível em : http://www.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100099.ASP?Hid_Tipo=TEXT0&Hid_TodasNormas=14687&hTexto=&Hid_IDNorma=14687. Acesso em 11 de março de 2011.

ROMERO LC. Judicialização das políticas de assistência farmacêutica: o caso do distrito federal. Brasília: Consultoria Legislativa do Senado Federal; 2008

ROSENBERG, Gerald N. **The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?** Chicago: University of Chicago Press, 1991.

SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds. **Harvard Law Review** N. 1016, 2003-2004

SANTOS, Maria Lourido dos. Políticas públicas (econômicas) e controle. **Revista de Informação Legislativa** 158:265-278. Brasília: Senado Federal, abr./jun., 2003.

SANTOS, CC, Guimarães LG, Gonçalves SA. **Estratégias para reorganização e otimização das atividades destinadas ao fornecimento de medicamentos demanda- dos judicialmente contra a Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal** [monografia de especialização]. Brasília (DF): Faculdade de Ciências da Saúde, Universidade de Brasília; 2006

SARLET, I. W.; FIGUEIREDO; M.F. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à proteção da saúde: algumas aproximações. **Revista da Defensoria Pública**, Ano 1, n. 1. São Paulo: Escola Escola de Defensoria Pública do Estado de São Paulo, jul./dez. 2008.

SARLET, Ingo W. **A Eficácia dos direitos fundamentais**. 7ªed. Rev. Atual. E ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007, p.407

_____. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à proteção da saúde na constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no. 11, setembro/outubro/novembro, 2007.

_____. **Discurso proferido na Audiência Pública da Saúde**. Supremo Tribunal Federal [online]. 7 maio de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>. Acesso em 10.07.2010.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Biblioteca Digital **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.Aspx?idConteudo=56993>. Acesso em: 1.02.2011.

SCHEFFER, M.; SLAZAR, A. L.; GROU, K. B. (2005), **O Remédio via Justiça: um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/Aids no Brasil por meio de ações judiciais**. Série Legislação nº 3. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Programa Nacional de DST e Aids. Brasília: Ministério da Saúde

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo regulatório**. Rio de Janeiro: 2ªa ed. Lumen Júris. 2006.

SOUZA, Hórtis. SANTOS, José S. Dos; UETA; Julieta. A influência da gestão do sistema de saúde na utilização da via judicial para acesso a produtos e serviços. In: BLIACHERINE, A.C; SANTOS, J.S. (Orgs.). **Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010.

STRECK, Lenio L. A interpretação do direito e o dilema acerca de como evitar juristocracias: a importância de Peter Häberle para superação dos atributos (Eigenschaften) solipistas do Direito. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, ano 4, 2010/2011.

SUNKIN, Maurice. Conceptual issues in researching the impact of judicial review on government bureaucracies. in Hertogh, M.; Halliday, S (orgs.). **Judicial Review and Bureaucratic Impact: International and Interdisciplinary Perspectives**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. (p. 43-76)

SUPORTE técnico a decisões em saúde. **Sítio do TJMG**. Notícia de 20/07/2010. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/anexos/nt/noticia.jsp?codigoNoticia=20561>. Acesso em 10.03.2011.

SUS oferece duas novas vacinas para 6 milhões de crianças. **Fiocruz Minas – Centro de Pesquisas René Rachou**. Disponível em: <http://www.cpqrr.fiocruz.br/pt-br/noticias-gerais/sus-oferece-duas-novas-vacinas-para-6-milhoes-de-criancas>. Acesso em 10.03.2011.

TANNER, Michael. The Grass Is Not Always Greener: a look at National Health Care Systems Around the world. **Policy Analysis**, n. 613, março de 2008.

TAVARES, G. R. P.; SILVA, D. M.; BARCELOS, P.C.; RIBEIRO, C.; MOREIRA, G.L. A. Diagnóstico das ações judiciais direcionadas à Secretaria da Saúde no Espírito Santo.. In: III CONGRESSO CONSAD DE GESTÃO PÚBLICA, Painel 09/035, 2010, Brasília, DF: Consad, 2010. **Anais eletrônicos**. Disponível em: http://www.repositorio.seap.pr.gov.br/arquivos/File/Material_%20CONSAD/paineis_III_congresso_consad/painel_9/diagnostico_dasacoes_judiciais_direcionadas_a_secretaria_de_estado_da_saude_do_espirito_santo.pdf. Acesso em 3.06.2011.

TAVEIRA, Christiano de Oliveira; TRAVASSOS, Marcelo Zenni. O controle das leis orçamentárias à luz dos direitos humanos: reflexões teóricas e análise jurisprudencial aplicadas sobre o direito à proteção da saúde. **Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP**, Belo Horizonte, ano 8, n. 92, ago. 2009. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=62158>. Acesso em: 8.11.2010.

TJ assina convênio para criação da Câmara Técnica em Saúde. **Página eletrônica do Tribunal de Justiça do Mato Grosso**. Notícia de 26/01/2011. Disponível em: <http://www.tjms.jus.br/noticias/materia.php?cod=18670>. Acesso em 10.03.2011.

TJ do Rio e Secretaria de Saúde do Estado ampliam serviços do Plantão Médico. **Página Eletrônica da Secretaria de Saúde do Estado do Rio de Janeiro**. Notícia de 03/09/2009. Disponível em <http://www.saude.rj.gov.br/imprensa-noticias/366-sesdec-e-tj-ampliam-convenio-que-permitiu-criacao-de-nucleo-de-assessoria-tecnica-no-tribunal>. Acesso em 10.03.2011.

TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: Ingo Wolfgang Sarlet (Org.) **Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 13. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

TUSHNET, Mark. **Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law**. Princeton: Princeton University Press, 2009.

VALE, André R. Aspectos do Neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. RBDC n. 09, jan./jun. 2007 P. 67-77.

VASCONCELOS, Wagner e LOPES, Claudia Rabelo Lopes. Quando o remédio pode virar veneno. **Radis, comunicação em saúde**. N. 43, março de 2006. Rio de Janeiro

VIEIRA, F.S. Ações judiciais e o direito à proteção da saúde: reflexão sobre a observância aos princípios do SUS, **Revista de Saúde Pública**, 42 (2), 2008.

YAMIN, A.; PARRA-VERA, O. How Do Courts Set Health Policy? The Case of the Colombian Constitutional Court. **PLoS Medicine**, v. 6, n. 2, 2000.

YOUNG, Katharine. A Typology of Economic and Social Rights Adjudication: Exploring the Catalytic Function of Judicial Review. **International Journal of Constitutional Law (ICON)**, 2011. Disponível em : <http://icon.oxfordjournals.org/content/early/2011/02/10/icon.moq029.full>. Acesso em 20.04.2011.

ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. **Revista Saúde Pública [online]**, v. 41, n. 2, p. 214-222, 2007.

ANEXOS

ANEXO A - Quadro analítico elaborado por Siri Gloppen (2008)

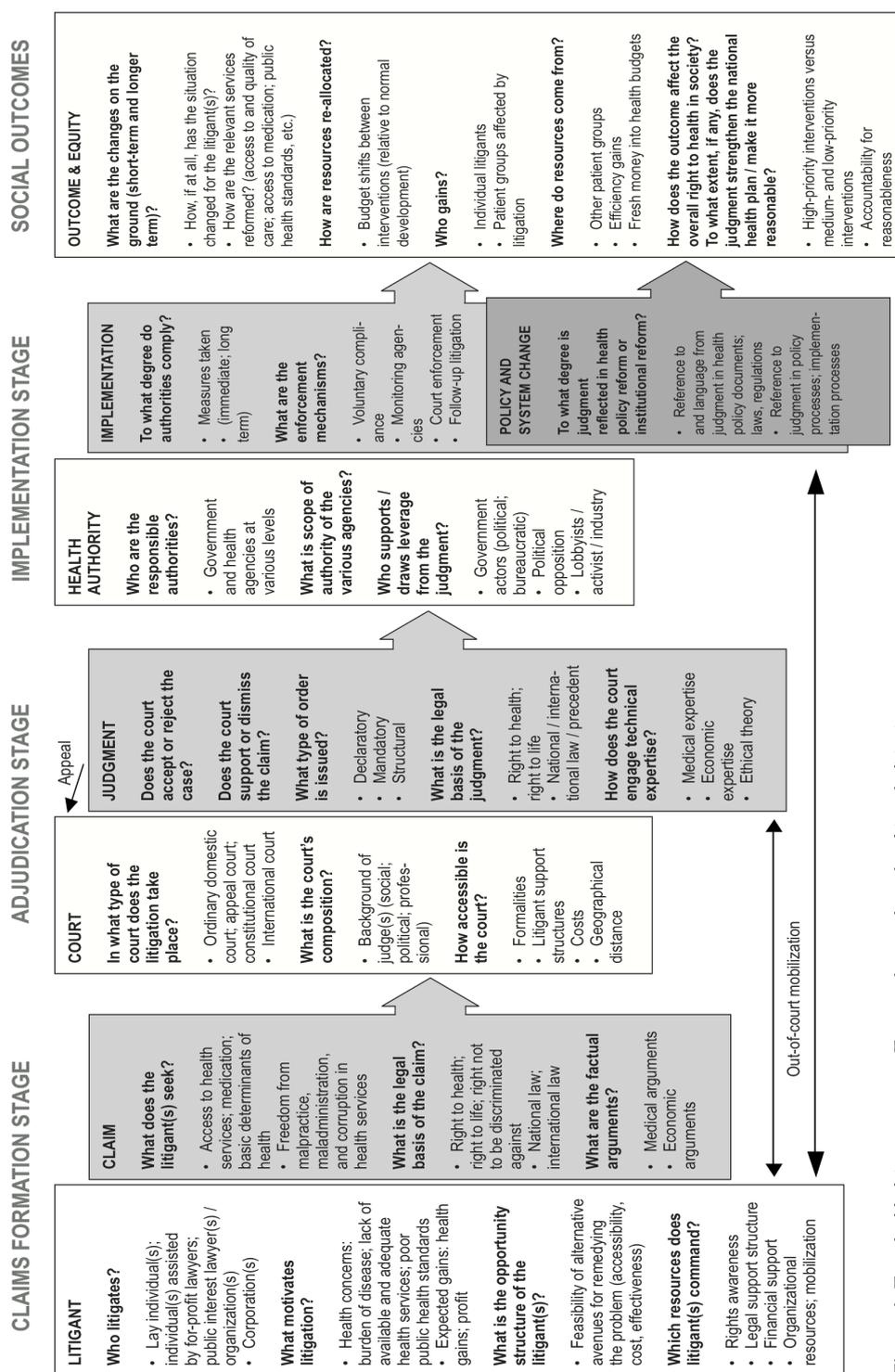


Figure 1. From health claims to outcomes: Framework to analyze what drives the litigation process

ANEXO B - Projeto de Lei n. 4775/2010.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1o O Título II da Lei no 8.080, de 19 de setembro de 1990, passa a vigorar acrescido do seguinte Capítulo VIII:

“CAPÍTULO VIII DA ASSISTÊNCIA TERAPÊUTICA E DA INCORPORAÇÃO DE TECNOLOGIA EM SAÚDE Art. 19-M.

A assistência terapêutica integral a que se refere a alínea *d* do inciso I do art. 6o consiste em:

I – dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado ou, na falta do protocolo, em conformidade com o disposto no art. 19-P;

II – oferta de procedimentos terapêuticos, em regime domiciliar, ambulatorial e hospitalar, constantes de tabelas elaboradas pelo gestor federal do Sistema Único de Saúde (SUS), realizados no território nacional por serviço próprio, conveniado ou contratado.

Art. 19-N. Para os efeitos do disposto no art. 19-M, são adotadas as seguintes definições:

I – produtos de interesse para a saúde: órteses, próteses, bolsas coletoras e equipamentos médicos;

II – protocolo clínico e diretriz terapêutica: documento que estabelece critérios para o diagnóstico da doença ou do agravo à saúde; o tratamento preconizado, com os medicamentos e demais produtos apropriados, quando couber; as posologias recomendadas; os mecanismos de controle clínico; e o acompanhamento e a verificação dos resultados terapêuticos, a serem seguidos pelos gestores do SUS.

Art. 19-O. Os protocolos clínicos e as diretrizes terapêuticas deverão estabelecer os medicamentos ou produtos necessários nas diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde de que tratam, bem como aqueles indicados em casos de perda de eficácia e de surgimento de intolerância ou reação adversa relevante, provocadas pelo medicamento, produto ou procedimento de primeira escolha.

Parágrafo único. Em qualquer caso, os medicamentos ou produtos de que trata o **caput** deste artigo serão aqueles avaliados quanto à sua eficácia, segurança, efetividade e custo-efetividade para as diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde de que trata o protocolo.

Art. 19-P. Na falta de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, a dispensação será realizada:

I – com base nas relações de medicamentos instituídas pelo gestor federal do SUS, observadas as competências estabelecidas nesta Lei, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Tripartite;

II – no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, de forma suplementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores estaduais do SUS, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Bipartite;

III – no âmbito de cada Município, de forma suplementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores municipais do SUS, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada no Conselho Municipal de Saúde.

Art. 19-Q. A incorporação, a exclusão ou a alteração, pelo SUS, de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, são atribuições do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS.

§ 1o A Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS, cuja composição e regimento são definidos em regulamento, contará com a participação de 1 (um) representante indicado pelo Conselho

Nacional de Saúde e de 1 (um) representante, especialista na área, indicado pelo Conselho Federal de Medicina.

§ 2o O relatório da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS levará em consideração, necessariamente:

I – as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo, acatadas pelo órgão competente para o registro ou a autorização de uso;

II – a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível.

Art. 19-R. A incorporação, a exclusão e a alteração a que se refere o art. 19-Q serão efetuadas mediante a instauração de processo administrativo, a ser concluído em prazo não superior a 180 (cento e oitenta) dias, contado da data em que foi protocolado o pedido, admitida a sua prorrogação por 90 (noventa) dias corridos, quando as circunstâncias exigirem.

§ 1o O processo de que trata o **caput** deste artigo observará, no que couber, o disposto na Lei no 9.784, de 29 de janeiro de 1999, e as seguintes determinações especiais:

I – apresentação, pelo interessado, dos documentos e, se cabível, das amostras de produtos, na forma do regulamento, com informações necessárias para o atendimento do disposto no § 2o do art. 19-Q;

II – notificação do Ministério Público Federal;

III – realização de consulta pública que inclua a divulgação do parecer emitido pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS;

IV – realização de audiência pública, antes da tomada de decisão, se a relevância da matéria justificar o evento.

§ 2o O descumprimento dos prazos estabelecidos no **caput** deste artigo obriga a dispensação ou a oferta do medicamento, produto de interesse para a saúde ou procedimento objeto do processo, até a publicação da decisão da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS sobre a matéria.

Art. 19-S. O impacto econômico da incorporação do medicamento, produto ou procedimento às tabelas do SUS não poderá motivar o indeferimento da sua incorporação ou o deferimento da sua exclusão das tabelas, salvo quando a doença ou o agravo à saúde para cuja promoção, proteção ou recuperação o medicamento, o produto ou o procedimento se destinar estiver plena e expressamente contemplada em protocolo clínico e em diretrizes terapêuticas específicas.

Art. 19-T. São vedados, em todas as esferas de gestão do SUS:

I – o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento, produto e procedimento clínico ou cirúrgico experimental, ou de uso não autorizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa);

II – a dispensação, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na Anvisa.

Art. 19-U. A responsabilidade financeira pelo fornecimento de medicamentos, produtos de interesse para a saúde ou procedimentos de que trata este Capítulo será pactuada na Comissão Intergestores Tripartite”.

Disponível em: http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=479943

ANEXO C - Mensagem de veto nº 113, de 28 de abril de 2011.

Senhor Presidente do Senado Federal,

Comunico a Vossa Excelência que, nos termos do § 1º do art. 66 da Constituição, decidi vetar parcialmente, por contrariedade ao interesse público, o Projeto de Lei nº 7.445, de 2010 (nº 338/07 no Senado Federal), que “Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS”.

Ouvido, o Ministério da Saúde manifestou-se pelo veto aos seguintes dispositivos:

Inciso II do § 1º do art. 19-R da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, alterado pelo art. 1º do projeto de lei:

“II - notificação do Ministério Público Federal;”

Razões do veto

“Os procedimentos definidos nos demais incisos do artigo, como a realização de consulta e de audiências públicas, asseguram a possibilidade de participação da sociedade, especialmente do Ministério Público, sem prejuízo das demais prerrogativas legais e constitucionais asseguradas a este órgão.”

§ 2º do art. 19-R da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, alterado pelo art. 1º do projeto de lei:

“§ 2º O descumprimento dos prazos estabelecidos no caput deste artigo obriga a dispensação ou a oferta do medicamento, produto de interesse para a saúde ou procedimento objeto do processo, até a publicação da decisão da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS sobre a matéria.”

Razões do veto

“A incorporação de medicamentos, produtos e procedimentos no âmbito do Sistema Único de Saúde é precedida de análise quanto à sua eficácia, segurança, efetividade e relação custo-efetividade, conforme previsto no parágrafo único do art. 19-O do próprio projeto. Sua oferta no Sistema, antes da conclusão da análise pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS, pode representar riscos à saúde da população e a aplicação inadequada dos recursos disponíveis, em prejuízo ao atendimento do usuário.”

Os Ministérios da Saúde e da Fazenda manifestaram-se, ainda, pelo veto ao seguinte dispositivo:

Art. 19-S da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, alterado pelo art. 1º do projeto de lei:

“Art. 19-S. O impacto econômico da incorporação do medicamento, produto ou procedimento às tabelas do SUS não poderá motivar o indeferimento da sua incorporação ou o deferimento da sua exclusão das tabelas, salvo quando a doença ou o agravo à saúde para cuja promoção, proteção ou recuperação o medicamento, o produto ou o procedimento se destinar estiver plena e expressamente contemplada em protocolo clínico e em diretrizes terapêuticas específicas.”

Razões do veto

“A incorporação de medicamentos, produtos e procedimentos no âmbito do Sistema Único de Saúde é precedida de análise quanto à sua eficácia, segurança, efetividade e relação custo-efetividade, conforme previsto no parágrafo único do art. 19-O do próprio projeto. A exclusão deste último critério pode acarretar prejuízo ao atendimento da população, além de inviabilizar a negociação com fornecedores visando a redução dos custos, com a conseqüente otimização e racionalização da aplicação dos recursos públicos.”

Essas, Senhor Presidente, as razões que me levaram a vetar os dispositivos acima mencionados do projeto em causa, as quais ora submeto à elevada apreciação dos Senhores Membros do Congresso Nacional.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Msg/VEP-113.htm