

MURDA, Paula Fernanda Vasconcelos Navarro. *Políticas públicas: o controle judicial e o papel das funções essenciais à justiça*. Curitiba: Prismas, 2015.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positividade e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Verbatim, 2009.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PRATA, Lucília Alcione. Um novo locus de formação das políticas públicas de saúde: o diagnóstico da saúde pela política judiciária do Conselho de Justiça. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; TUMA, Patricia; BERTOLIN, Martins (orgs). *O direito e as políticas públicas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 248-270.

RAMOS, Elival da Silva. O direito à saúde em face da discricionariedade administrativa. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; et al (orgs). *Direito e administração pública: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 482-510.

ROCHA, Júlio César de Sá. *Direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos*. São Paulo: LTR, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Interesse Público*, n. 12, p. 91-107, out./dez. 2001.

_____. FIGUEIREDO, Mariana Filchiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). *Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SCAFF, Fernando Facury. A efetivação dos direitos sociais no Brasil: garantias constitucionais de financiamento e judicialização. In: SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel (coords.). *A eficácia dos direitos sociais*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão*. Organização e introdução por Leonardo Martins. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005. Disponível no original em: <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv033303.html>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

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

SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. *O sistema único de saúde e suas diretrizes constitucionais*. São Paulo: Verbatim, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*, 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coords.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 587-599.

_____. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

TÁCITO, Caio. *Transformações do direito administrativo*. In: TÁCITO, Caio. *Temas de direito público: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, v. 3, p. 7-16.

Judicialização da saúde: algumas considerações sobre causas e limites¹

Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho

Mestre e doutorando em Direito do Estado. Professor Substituto da Escola Paulista da Magistratura. Pesquisador vinculado ao CEDAU. Juiz de Direito em São Paulo

1. Introdução – Atualidade do problema e razão para voltarmos ao assunto

A judicialização de políticas públicas, em geral, e da Política Pública da Saúde – PSS, em particular, é tema que vem merecendo atenção cada vez maior dos estudiosos do Direito.

Nos últimos anos foram organizados inúmeros eventos acadêmicos e/ou institucionais tendo por objeto a reflexão sobre as causas e repercussões do crescente número de demandas judiciais perseguindo atendimento médico/terapêutico recusado aos pacientes no âmbito do nosso Sistema Único de Saúde – SUS.

Em recente estudo, denominado *Vinculação da Administração à Constituição – alguns apontamentos sobre o alcance do dever constitucional de o Estado garantir os serviços públicos de saúde*², tivemos a oportunidade de tecer considerações que nos parecem fundamentais sobre o alcance da adstrição do Estado à obrigação

¹ Agradeço ao prof. José Maurício Conti pela oportunidade de participar dos debates promovidos pelo núcleo Poder Judiciário: orçamento, gestão e políticas públicas. Também agradeço a Letícia Mayumi Hokama Fogaça pela leitura e comentários feitos a este estudo.

² Publicado em *Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura*, ano 16, n. 40, São Paulo: EPM, abr./jun. 2015, p. 9/20.

que lhe é imposta pelo art. 196 da CR³, destacando algumas das questões candentes acerca da matéria:

Uma série de dúvidas surgem quanto ao impacto destas ações na liberdade que teria o Executivo para disciplinar sua política pública em tal âmbito, entendida esta como conjunto de ações a serem desenvolvidas no longo prazo com o propósito de progressivamente melhorar o atendimento médico e ambulatorial oferecido à população.

Também não se sabe até que limite o direito de cada indivíduo à saúde pode ser exigido do Estado.

Uma pessoa teria direito, pelo SUS, ao melhor tratamento disponível no mercado, ou teria que se contentar com o serviço oferecido indistintamente a todos os cidadãos? Alguém que tem plano de saúde pode ser atendido pelo SUS? Em caso positivo, pode o Estado cobrar pelos serviços da seguradora? O direito a remédios se limita a listas aprovadas pelos gestores do sistema público? O Estado é obrigado a fornecer medicamentos experimentais? Não havendo disponibilidade de atendimento pela rede pública, pode o indivíduo ser atendido na privada obtendo reembolso da Administração? O serviço de saúde prestado pelo Estado deve ser necessariamente gratuito? (CUNHA FILHO, 2015, p. 14/15).

Naquela ocasião nos debruçamos sobre dois aspectos centrais do SUS: 1) se o direito à saúde insculpido no art. 196 da CR pode se resumir ao quanto previsto em listas de tratamentos formuladas pelo Executivo e 2) se a gratuidade de acesso ao sistema também alcança pessoas que, por seus meios próprios, podem custear seu atendimento em serviços médico/hospitalares privados (o que envolve, evidentemente, a titularidade de apólices de planos de seguro saúde).

Segundo o raciocínio desenvolvido naquele estudo, a previsão na Carta Política de 1988 da garantia de saúde a todos como um dever do Estado impõe a este mais do que um singelo ônus de organizar uma rede de serviços que, em abstrato, dê cobertura às enfermidades que possam vir a acometer brasileiros e estrangeiros residentes no país⁴.

³ Art. 196 da CR – “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”.

⁴ Para ficarmos, nesta breve referência, com a literalidade dos destinatários dos direitos (individuais e coletivos) descritos no art. 5º caput c.c. art. 6º da CR, sem ingressar na polêmica seara sobre se estrangeiros não residentes no país teriam acesso incondicionado ao SUS e, em caso positivo, se ainda poderiam, como fazem os brasileiros e estrangeiros residentes aqui, valer-se do Judiciário para que lhes seja garantido terapias e remédios não previstos no rol estabelecido pelo Poder

Apesar de ser um direito social, na linha de farta doutrina e de remansosa jurisprudência, nossa posição foi no sentido de o art. 196 da CR ter sim uma dimensão individual, habilitando uma pessoa a formular, com base no seu estado de saúde em concreto, pretensão em juízo para que lhe seja fornecido o medicamento que, embora não constante das listas do SUS, seja atestado como imprescindível para superação de enfermidade que compromete sua saúde física ou mental.

Em outras palavras, nosso entendimento foi pela injuridicidade de o Poder Público buscar defender uma omissão, devidamente situada no tempo e espaço quanto à prestação de atendimento à saúde, com base exclusivamente na sua prerrogativa de disciplinar, em termos genéricos, como funcionará os órgãos competentes para realizar tal tarefa.

No que diz respeito à segunda indagação, mais polêmica, convenhamos, sustentamos que a “gratuidade” do SUS deveria ser compreendida como a isenção de pagamentos pelo acesso ao sistema por parte daqueles que não tenham condições de custear, com recursos financeiros próprios, atendimento na rede privada de assistência à saúde.

Agora voltamos novamente ao tema, a convite do professor José Maurício Conti, para desdobrarmos um pouco mais as conclusões a que chegamos alhures, explorando algumas de suas consequências.

Também enfrentaremos outros pontos mencionados na nossa reflexão anterior mas que, por seu propósito restrito, ainda não tínhamos nos pronunciado.

2. Papel do controle no delineamento da política pública de saúde – PPS

2.1. Breves notas sobre as políticas públicas como instrumento de realização do Estado Social

Uma das principais características de Estados de tipo social, como o nosso, é justamente o papel relegado às políticas públicas como instrumento de

Público em cumprimento ao comando expresso no art. 196 do texto constitucional. Segue a redação dos dispositivos mencionados: art. 5º caput: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”. Art. 6º: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

transformação da realidade com o escopo de garantia de um nível mínimo de bem-estar a todos os integrantes de uma dada comunidade⁵.

As graves distorções geradas por um sistema econômico que se pretendia perfeito na sua desregulação, como preconizado por próceres de Estados de tipo liberal, levou, como meio de se evitar rupturas sociais mais intensas, as organizações políticas a se adaptarem.

Com largas porções da sociedade marginalizadas e sujeitas a qualquer tipo de trabalho degradante como único meio de participarem do mercado de produção e consumo, a segunda metade do século XIX e a primeira do século XX foram períodos marcados por movimentos populares contestatórios, os quais resultaram, no campo jurídico, na edição de pactos políticos de compromisso, pelos quais o Estado passou a assumir um papel central na disciplina das relações de troca estabelecidas entre as pessoas com o propósito de gerar/transmitir riqueza e de prover subsistência⁶.

No âmbito da ação social do Estado, entendida esta como sua intervenção no domínio socioeconômico com a finalidade de criar condições para que todos possam ter uma vida digna, de acordo com os ditames da justiça social, insere-se a organização dos serviços públicos de saúde, objeto deste estudo.

⁵ Embora o tema das "políticas públicas" só tenha começado a despertar a atenção dos juristas nos últimos anos, em especial como reação ao arcabouço normativo instituído entre nós pela Constituição de 1988, importantes vozes da nossa doutrina já vinham apontando a prestação de serviços públicos como tema central no direito administrativo do Estado contemporâneo, em contraposição com a preocupação antes conferida à disciplina do poder de polícia, faceta mais marcante dos Estados liberais dos séculos XVIII e XIX. Nesse sentido, Mario Masagão, em 1926, já descava a importância da "ação social" para que o Estado cumprisse suas finalidades. "Para prover as necessidades de sua existência na terra, e para desenvolver suas faculdades, precisa o homem de condições gerais de bem-estar e aperfeiçoamento. A ordem jurídica, isto é, a ausência de injustiça, torna possível a realização da sociedade humana, mas não basta para que apareçam as aludidas condições gerais de bem-estar e aperfeiçoamento: - estas pressupõem, além disso, um estado de coisas propício ao desenvolvimento das forças e faculdades individuais" (MASAGÃO, 1926, p. 13/14). Em 1975, Caio Tácito destaca: "Os serviços prestados aos indivíduos são, presentemente, a parte mais importante da obrigação jurídico-administrativa. A subsistência ou a felicidade de grande número de pessoas está, no mundo moderno, em correlação imediata com a satisfação concreta de suas necessidades pela administração. A abstenção do poder público é uma das formas mais nocivas de violação da lei. O direito ao funcionamento dos serviços públicos se inscreve destacadamente no elenco de direitos essenciais aos cidadãos" (TÁCITO, 1975, p. 13).

⁶ Algumas referências sobre as causas e consequências da passagem do Estado liberal para o social podem ser encontradas em PIRES, Luis Manuel Fonseca. *O Estado social e democrático e o serviço público*, Belo Horizonte: Forum, 2012; e BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*, 11. ed., São Paulo: Malheiros, 2013.

⁷ Confira-se a redação do art. 170 da CR, que inaugura o título da ordem econômica e financeira em nossa Constituição: "A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre

1.2. A política pública de saúde e o papel do controle na sua implementação

No nosso *Vinculação da Administração à Constituição* (2015) descrevemos como, em nível constitucional, o SUS é arquitetado, buscando resposta para as indicações quanto à gratuidade incondicionada no acesso à rede pública de saúde e ao nível de liberdade que a Administração tem na organização da sua política pública de saúde à vista do quanto previsto no art. 196 da Carta Política.

Se a Constituição afirma que a saúde é direito de todos e dever do Estado, pode este singelamente estabelecer uma lista genérica de terapias e medicamentos para fins de se desincumbir da obrigação que lhe é imposta pela Lei Fundamental? Ou em razão de um indivíduo ter seu direito à saúde assegurado pela CR/88 este teria a prerrogativa de obter do Poder Público uma prestação que, dado seu real quadro clínico, possibilite sua recuperação?

Quem dará a resposta a essas perguntas são os órgãos que controlam o adequado cumprimento pela Administração do quadro normativo ao qual esta está vinculada, dentre os quais destaca-se o Judiciário, a quem cabe a palavra final não só quanto à correta interpretação da Constituição como no que concerne à aferição, em situações concretas, da ocorrência de lesões a direitos individuais e coletivos⁸.

Logo, quem vai orientar os padrões de adequação das ações governamentais de saúde são, em última instância, os juízes, em seu mister diário de apreciar lides que, lastreadas em pareceres/prescrições de profissionais da saúde, contestem a atuação administrativa em tal seara.

instituída, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei". Sobre a relação mantida entre sociedade e Estado de tipo social, confira-se a lição de Almiro do Couto e Silva: "O Estado social, entretanto, rompeu com a rígida dicotomia entre Estado e Sociedade ao atribuir ao Poder Público o papel de cooperar na formação do próprio corpo social, intervindo nas relações econômicas e sociais para aproximá-las o mais possível da justiça material" (SILVA, 2013, p. 432).

⁸ O art. 5º, XXXV da CR determina: - "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

2.2.1. Controle e gratuidade indiscriminada como fatores de risco ao bom funcionamento do SUS

A interação entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário na concretização dos serviços públicos de saúde em favor da população, embora exija harmonia e cooperação entre tais órgãos para o atingimento de pautas em comum, frequentemente ocorre, entre nós, de forma desconcertada. É certo que o desafio não é simples.

Uma Constituição programática, como a vigente no Brasil, não se contenta a descrever a realidade, garantindo o indivíduo contra os excessos da organização política. Ela impõe ao Estado, leia-se Executivo, Legislativo e Judiciário, a permanente busca por uma melhoria progressiva nas condições de vida das pessoas⁹.

Com relação ao SUS não é diferente.

Nossa rede pública de atendimento à saúde tem sérias deficiências, os recursos orçamentários para incrementá-la são escassos e as tecnologias médicas/hospitalares não cessam de evoluir, tornando praticamente impossível que o serviço público acompanhe as inovações que diariamente são incorporadas aos serviços privados organizados com o mesmo objetivo, mas mediante cobrança de elevadas somas de seus usuários.

O improvável adequado equilíbrio dessa balança ainda enfrenta outras vicissitudes.

Se, por um lado, muitas vezes falta transparência e honestidade tanto na formulação como na implementação de políticas estatais de saúde, por outro

isso é incomum carecer ao controle uma visão mais realista quanto à sustentabilidade do sistema vigiado, para não dizer menos romântica quanto à sua capacidade financeira de fazer frente a demandas cada vez mais sofisticadas por parte dos enfermos.

Assim, seja para aperfeiçoar o socorro ministrado aos cidadãos, seja para melhorar o diálogo entre órgãos de execução e de controle da atividade tida como essencial para os que vivem em nosso território, trazendo esses últimos para a condição de corresponsáveis pelo êxito ou fracasso da política pública que lhes cabe fiscalizar¹⁰.

O controle, como função¹¹, não pode se resumir a dizer o que não pode ser feito (DALLARI, 2013-B, p. 57); pelo contrário, assumindo seu papel de colaborador no bom desempenho da atividade administrativa, este deve sinalizar como seria o *fazer* de forma própria, missão que cabe sobretudo aos órgãos de fiscalização que, além de atribuição sancionatória, detêm também competência consultiva.

Além da necessidade de se revisitar a concepção do controle no âmbito da implementação da ação governamental em geral, e das políticas públicas de saúde em particular, entendemos que o ideal de acesso indiscriminadamente gratuito ao SUS também merece ser redimensionado.

Final de contas, uma prestação de serviços ou entrega de medicamentos só pode ser tida como “gratuita” caso se trate de um engajamento *pro bono* por parte dos respectivos profissionais ou então de doação de produtos pela indústria farmacêutica, posteriormente redistribuídos pelo Estado.

⁹ Apontamentos relevantes quanto ao papel do controle no bom desempenho da atividade principal da Administração Pública, que é a de perseguir a realização de pautas de interesse geral, podem ser conferidos em CONTI, José Maurício; CARVALHO, André Castro. O controle interno da Administração Pública brasileira – qualidade do gasto público e responsabilidade fiscal in *DPU* n. 37, jan./fev. 2011, p. 201/220; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O parlamento e a sociedade como destinatários do trabalho do Tribunal de Contas in SOUSA, Alfredo José de (e al.) (org.). *O novo Tribunal de Contas – órgão protetor dos direitos fundamentais*, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003, p. 33/86. Nestes estudos, observa-se a preocupação dos autores com a importância dos órgãos de fiscalização no aprimoramento da qualidade do gasto público, o que extrapola o singular parâmetro da “legalidade estrita”, ainda muito difundido entre nós.

¹⁰ Ou seja, como atividade que não é um fim em si, mas um meio para que as finalidades precípua da organização política sejam perseguidas de forma adequada pelos órgãos públicos. Nas palavras de Vitor Schirato: “(...) *ele (o controle) se destina a garantir tanto que as ações administrativas terão como objetivo a realização das funções públicas determinadas por lei, quanto que essas ações respeitarão os limites das competências fixadas em lei. Em última análise, portanto, o controle revela-se instrumento de garantia da legitimidade da ação do Estado*” (SCHIRATO, 2015, p. 30).

⁹ Dalmo Dallari, em seu *A Constituição na Vida dos Povos* (2013-A), traz rica retrospectiva sobre como surgiu a ideia de Constituição como instrumento de freio ao absolutismo monárquico e à arbitrariedade dos governantes, mas que, atendendo aos interesses da classe burguesa que ascendeu ao poder, num primeiro momento só se preocupava com a liberdade individual das pessoas, sem consideração com a real autonomia de quem não é proprietário de bens capazes de prover, com dignidade, sua subsistência (DALLARI, 2013-A, p. 99 e ss.). Essa visão da Carta Política repercutiu na demora em se aceitar seu caráter normativo próprio, independente da disciplina legal dada por cada país aos direitos dos cidadãos. Na França, por exemplo, o Código Civil de 1804 teria assumido a condição de fonte principal, senão única, do Direito. Destacamos passagem da lição: “Apesar da estreiteza dessa teorização, que acabou gerando os qualificativos “legitimismo” e “positivismo jurídico”, ela teve muitos seguidores e contribuiu para a consagração do Código Civil como lei fundamental. Uma das consequências disso foi o retardamento, por mais de duzentos anos, do reconhecimento da natureza jurídica da Constituição, que durante muito tempo foi avaliada e utilizada na França como instrumento essencialmente político, definidor de uma forma de governo oposta ao absolutismo e síntese dos valores éticos e objetivos políticos de um povo. Nessa perspectiva, não se dava eficácia jurídica aos preceitos constitucionais, que eram vistos como diretrizes recomendáveis, sem o caráter geral e obrigatório de uma lei” (DALLARI, 2013-A, p. 108/109).

Logo, o que há de ordinário no âmbito do SUS é o custeio do sistema por verbas orçamentárias, cuja fonte são impostos cobrados de toda a população por vez da exigência de taxa em face daqueles que, de modo específico e divisível, são destinatários dos respectivos obséquios¹².

É certo que a organização política tem relativa autonomia, nos termos da Constituição, para organizar o sistema universal de fornecimento de prestações médico/hospitalares aos indivíduos que se encontram em seu território.

No entanto, o que nos parece insustentável é a manutenção de um sistema notoriamente insuficiente para o atendimento a contento das necessidades básicas de amplas camadas da população, sem qualquer empenho real para ampliar sua cobertura, sob a eterna alegação de escassez de recursos financeiros.

Se faltam meios materiais para que o orçamento garanta por si o funcionamento da rede pública de saúde, é dever do gestor a busca de alternativas para superar o impasse¹³.

E uma delas é justamente uma leitura dos textos normativos de índole constitucional, legal e regulamentar pertinentes sob o prisma da proporcionalidade, tratando desigualmente os desiguais, de modo que a "universalidade" no atendimento pelo SUS seja compreendida como o dever de a respectiva rede estar disponível para toda a população, a qual, contudo, poderá ser impedida

¹² Em havendo as características da especificidade e divisibilidade em uma determinada utilidade estatal ministrada ao público, parece-nos que, sempre quando possível, deveria ser estabelecida sua cobrança de forma individualizada, de modo que os respectivos beneficiários (e não toda a população) arquem com os custos pertinentes. Esse ideal, quando compatível com o quadro normativo que rege um certo serviço, vai ao encontro do sentimento de justiça, já que atribui os ônus a quem goza dos bônus correspondentes. A noção de equidade, contudo, só se completa quando aos hipossuficientes é ofertada a gratuidade, condição para que estes tenham acesso à atividade tida por essencial à promoção da dignidade do Homem e/ou ao fortalecimento dos laços de interdependência que os membros da uma comunidade mantêm entre si.

¹³ O que, diga-se, ainda tem previsão constitucional expressa, conforme se pode conferir do §1º do art. 197 da CR – "O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes". No mesmo sentido tem-se a previsão do art. 32 da Lei 8.080/1990 – "São considerados de outras fontes os recursos provenientes de: I – (Vetado); II – Serviços que possam ser prestados sem prejuízo da assistência à saúde; III – ajuda, contribuições, doações e donativos; IV – alienações patrimoniais e rendimentos de capital; V – taxas, multas, emolumentos e preços públicos arrecadados no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS); VI – rendas eventuais, inclusive comerciais e industriais".

¹⁴ Art. 2º da Lei 8.080/90 – "A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. § 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação".

a custear seu tratamento no sistema, caso tenha condições financeiras para tanto.

Note-se que, se assim não fosse, inclusive teríamos dificuldade em aceitar a legitimidade de previsão legal que admitisse que o Estado exija de plano a legítima de reembolso de valores despendidos pelo SUS com a terapia de seus de saúde¹⁵.

Na mesma linha de raciocínio, caso alguém tenha convênio de assistência médico/hospitalar ou esteja disposto a pagar pelo serviço mantido pelo Poder público em tal âmbito, não vemos o porquê de não se admitir tratamento diferenciado entre os distintos usuários, com mais comodidade a tais pessoas, cujo uso do sistema despotaria como importante fonte de custeio para as, incremento da qualidade do atendimento básico disponibilizado sem ônus público mais carente.

E dizemos isso com tranquilidade, apesar de conhecermos a recente posição tomada pelo Colendo STF em regime de repercussão geral, ao interpretar o acesso "equânime" aos serviços públicos de saúde como aquele pelo qual todos podem gozar, sob idênticas condições, de estabelecimentos oficiais¹⁶.

Destacamos a respeito duas passagens do voto do Min. Dias Toffoli, relator do caso:

(...) o legislador constituinte estabeleceu expressamente que o atendimento público de saúde brasileiro deve pautar-se não só pela universalidade e pela integralidade do serviço, mas também pela equidade. Não estabeleceu o constituinte, no tocante a tais requisitos, exceção alguma. Portanto, no que concerne ao Sistema Único, o tratamento igualitário é uma regra que não comporta exceções (...)

¹⁵ Vale registrar que tal regra efetivamente existe em nosso sistema. Art. 32 da Lei 9.656/98 – "Serão resarcidos pelas operadoras dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, de acordo com normas a serem definidas pela ANS, os serviços de atendimento à saúde previstos nos respectivos contratos, prestados a seus consumidores e respectivos dependentes, em instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do Sistema Único de Saúde – SUS" (redação conferida ao dispositivo pela Medida Provisória n. 2.177-44/2001).

¹⁶ A matéria foi recebida pelo STF como de repercussão geral em decisão cuja ementa é a seguinte: "Direito constitucional e administrativo. Ação Civil Pública. Acesso de paciente à internação pelo SUS com possibilidade de melhoria do tipo de acomodação recebida mediante o pagamento de diferença entre valores correspondentes. Inteligência e alcance da norma do art. 196 da Constituição Federal. Matéria passível de repetição inúmeros processos. Repercussão geral conhecida" (STF, RE 581488 RG, Min. rel. Dias Toffoli, julgado em 30/08/2012). Pelas notícias publicadas do STF, o referido sistema de cobrança foi entendido como inconstitucional pela corte, em decisão (unânime) proferida 03/12/15, sendo que até o momento só é disponibilizado pelo respectivo site o voto do Min. Dias Toffoli [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE581488DT.pdf, 18/12/15, às 11:00].

Um pouco mais à frente o relator ainda pontua:

*Não se pode conceber que um atendimento público de saúde que se pretenda igualitário compreenda, dentro de si, diversas possibilidades de atendimento de acordo com a capacidade econômico-financeira do paciente, sobretudo quando esse atendimento se encontra a cargo do Estado, pensamento esse amplamente colocado pelos expositores durante a audiência pública*¹⁷

Em que pese o raciocínio acolhido pela Corte Constitucional na ocasião estar muito bem fundamentado, ousamos discordar da conclusão encampada. Afora o apelo emocional que sentenças do tipo “eliminação de privilégios” tem entre nós, que vivemos em uma sociedade ainda marcada por uma desigualdade de renda gritante experimentada por diferentes estratos populacionais, acreditamos que o profissional do Direito não possa simplesmente fechar os olhos à realidade, aderindo a discursos que, embora dotados de coerência interna, não refletem os fatos a que se dirigem e, em especial, não tem força para sobrepujá-los.

Se no âmbito da iniciativa privada vê-se com naturalidade alguém que paga mais pelo seu plano de saúde fruir de comodidades não oportunizadas àqueles que pagam menos (como, por exemplo, a possibilidade de internação em quarto individual), por que tanta resistência em se reconhecer tal relação custo/benefício também nas relações travadas entre Estado e cidadão?¹⁸

Desde que assegurada uma cobertura integral a todos que usem o SUS (o que está longe de existir, como prova a enorme quantidade de processos judiciais questionando a suficiência das terapias que este disponibiliza), qual a imoralidade em se conferir aos seus utentes tratamento mais ou menos agradável de acordo com sua capacidade/vontade de pagar a mais por este?

¹⁷ <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE581488DT.pdf>, 18/12/15, às 11:00, p. 7 e 11.

¹⁸ No que diz respeito à rede privada de atendimento à saúde, a surpresa veio justamente das gestões que passam a ser feitas por algumas empresas seguradoras no sentido de reduzir a cobertura a que estão legalmente obrigadas tomado por base os serviços insuficientes do SUS, o que, pasmem, vem encontrando ressonância na Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS. Embora a questão ultrapasse os limites deste ensaio, vale a menção a notícia, assinada por Fabiana Cambriccoli: “SUS será base para definir remédios de convênios; coberturas podem cair – agência quer usar rede pública para definir o que operadora particular cobrirá. Há críticas de entidades médicas, de pacientes e de direito do consumidor, e ações na Justiça devem aumentar; pela 1ª vez, ANS usa decisão de comissão para excluir remédio da lista” in O Estado de São Paulo, 19 de junho de 2015, p. A-17.

Evidente que sob nenhum pretexto uma distinção na prestação de serviços na rede pública de saúde poderia incidir sobre aspectos centrais de sua organização, como a prestação no acolhimento de pacientes ou no acesso destes a unidades de tratamento intensivo, por exemplo¹⁹.

Agora, se depois de uma intervenção cirúrgica o enfermo vai aguardar sua recuperação em um quarto privativo ou coletivo, tal questão, a nosso ver, pode ser legitimamente decidida de forma discricionária pelos entes responsáveis pela estruturação do atendimento, inclusive mediante a atribuição de ônus financeiro a quem pretenda gozar de tal vantagem²⁰, contrapartida que pode

¹⁹ Quanto aos riscos de que a cobrança por alguns serviços extras do SUS podem trazer para o seu funcionamento adequado em favor dos mais carentes, extremamente pertinentes as ponderações constantes do voto do Min. Dias Toffoli no RE 581.488, as quais, aliás, fundam-se em apontamentos feitos por experts ouvidos em audiência pública convocada para debater o tema. Confira-se mais esse trecho da decisão: “o risco de pacientes serem forçados a pagar a diferença para receber tratamento é real, tal qual a possibilidade, aventada pela Advocacia-Geral da União, de que, em caso de escassez de vagas, a disponibilidade para pagamento da diferença seja adotada como fator determinante na escolha daquele que será atendido. As chances de os hospitais priorizarem a assistência segundo critérios que não guardam qualquer correlação com o perigo à saúde do paciente são, instituída a diferença de classe, nada desprezíveis. Outra possível consequência nefasta e possível da adoção da “diferença de classe” seria o incentivo velado a sua institucionalização pela possível piora das condições das enfermarias e das estruturas hospitalares, de maneira a constranger os indivíduos a procurarem por condições mais dignas, ainda que pagas. Além disso, não se pode eliminar a possibilidade de ocorrer superdimensionamento dos preços das acomodações superiores, de forma a que os usuários do Sistema Único de Saúde arquem integralmente com os custos do tratamento”. <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE581488DT.pdf>, 18/12/15, às 11:00, p.15). O abuso, contudo, não pode tolher o uso, como frequentemente referido em nossa tradição jurídica (*abusus non tollit usum*). Assim, se há a possibilidade de desvios e mau manejo no sistema de cobrança por comodidades extras, isso não nos parece ser suficiente para que, *a priori*, impeça-se Executivo e Legislativo de projetarem sistema de atendimento à saúde que, de forma republicana, consiga compatibilizar a técnica com um bom serviço disponibilizados a todos indistintamente (e de forma gratuita aos hipossuficientes).

²⁰ Discricionariedade, é bom lembrar, não significa espaço de ação estatal (seja da Administração seja do Legislador) livre de motivação, condição necessária para aferição de sua razoabilidade e racionalidade. Ainda teremos mais algumas considerações a respeito em seguida, registrando-se, por ora, uma aproximação possível para a ação discricionária cunhada por autor da *Common Law*, D. J. Callaghan: “(...) qualquer servidor público no exercício de suas funções age no âmbito de uma moldura legal e princípios políticos, e esses princípios são importantes na justificação e legitimação das suas decisões. Exatamente quais são esses princípios é algo que pode variar de uma sociedade para outra e, frequentemente, corresponde a alvo de disputa; mas em geral um princípio, de particular importância em regimes democráticos, é que servidores para os quais poderes foram delegados devem responder por suas ações (*account for their actions*) perante a comunidade”. Mais à frente: “Os requisitos mais rudimentares da moralidade política são que, no exercício de poderes discricionários, servidores devem observar parâmetros de racionalidade, senso de propósito (*purposiveness*), e moralidade”. Ainda: “(...) poderes são delegados com o propósito de servir e alcançar certos fins e metas, e não importa o quão difícil possa ser identificá-los, ou então o quão vagos são os termos em que estes são afirmados, os servidores devem perseguir-los e dirigir suas ações em sua direção por meios que sejam

ser útil como fonte de receita alternativa para que a Administração possa melhorar a qualidade global de sua atividade nessa seara.

Em suma: racionalizando-se as portas de acesso ao SUS, com a restrição da graça aos que dela efetivamente necessitam e a busca de fontes alternativas de receita (como exação por comodidades extras disponibilizadas aos usuários), pensamos que a política pública de saúde poderia direcionar seus recursos aos mais carentes, desarmando, dessa forma, muitos dos críticos do papel do Judiciário na garantia de um padrão mínimo de qualidade em tal rede de atendimento²¹.

3. Causas da judicialização exacerbada da PPS

3.1. Insuficiência no atendimento

Em debates envolvendo o papel do Poder Judiciário na implementação da política pública de saúde é comum ouvir gestores reclamando da interferência excessiva dos juízes na liberdade da Administração em organizar tal sistema de atendimento. Apresentam-se gráficos da judicialização da saúde, com mapeamento das cidades onde o problema é mais frequente. Discute-se como uma atuação “ativista” de algumas Promotorias de Justiça e/ou advogados

racionalis e razoáveis” (CALLIGAN, 2011, p. 4/5) (tradução livre). Tais formulações são úteis e/ou aplicáveis para países de regime jurídico do tipo *Civil Law*? Deixaremos ao leitor a resposta, apenas recordando que o sistema de direito administrativo francês teve sua gênese nos princípios extraídos pelo Conselho de Estado dos casos concretos submetidos a sua apreciação (VEDEL, 1973, p. 66), o que certamente arrefece, pelo menos no que se refere ao Direito Público, as diferenças comumente propagadas entre os dois sistemas normativos.

²¹ As críticas à atuação do Poder Judiciário no controle da política pública de saúde são mais ou menos generalizadas na doutrina, em especial no que se refere a sua intervenção supostamente acabar privilegiando os estratos mais favorecidos da nossa sociedade (dentre tantos que apresentam essa preocupação em suas reflexões, ver RAMOS, 2013; TIMM, 2013; BAHIA/CASTRO, 2015; GASPARDO, 2015; GOUVEA, 2015; WANG, 2013; SILVA/TERRAZAS, 2011; e SCAFF, 2013). Não nos parece que essa seja a principal externalidade da atuação dos juízes em tal âmbito, sobretudo considerando que uma boa parte das demandas que aportam nos Tribunais em busca de terapias e medicamentos é patrocinada justamente pela Defensoria Pública, o que pressupõe a fragilidade econômica dos beneficiários de tais lides. Contudo, em de fato havendo o referido risco, caso se institucionalize a possibilidade de cobrança pelos serviços do SUS em face de quem possa por estes pagar (o que, repita-se, justifica o pleito de reembolso que o Estado busca fazer em face de planos de saúde), o questionamento não mais se colocaria.

especializados nessa espécie de pleito levam milhares de demandas envolvendo do medicamentos específicos e de alto custo às portas dos Tribunais.

Na sequência desses ricos encontros lançam-se dúvidas quanto à existência de quadrilhas envolvendo médicos e profissionais do Direito numa tática dirigida ao enriquecimento de pessoas inescrupulosas às custas dos cofres públicos. Após alguns suspiros da plateia, o expositor resgata o que, na sua concepção, corresponderia à Teoria da Tripartição de Poderes, e como esse pilar das Democracias ocidentais estaria, entre nós, sendo corroído por juízes de coração mole, que não sabem dizer não ao expressivo contingente de pessoas que diariamente pretendem obter judicialmente do SUS terapias não padronizadas e/ou não indispensáveis para a recuperação de sua higidez física/mental.

Tecem-se considerações sobre limites orçamentários, reserva do possível e escolhas trágicas. Defende-se que nenhum sistema público de saúde no mundo poderia suportar o que se espera do nosso. Que o Judiciário, ora convertido em uma verdadeira corte de misericórdia, estimularia o incremento do número de lides temerárias que inviabilizam o planejamento estatal em tal setor. Enfim, a cereja do bolo: encerra-se a exposição com uma casuística teratológica, com exemplos de decisões judiciais que determinaram ao Estado entregar produtos como álcool em gel, absorventes, remédios para a queda de cabelos e etc.

Risos e indignação moderada.

Será que o Judiciário é o real responsável pelo mau funcionamento do SUS?

Em que pese algumas das críticas formuladas pelos gestores merecerem reflexão por parte dos juízes, estas não atingem, a nosso ver, o cerne da questão: o SUS presta um atendimento adequado à população?

Embora a missão a que se propõe não seja nada fácil, é forçoso reconhecer que os serviços prestados pela rede pública de saúde ainda deixam muito a desejar.

O que se esquece é que não são os magistrados que decidem o que deve ou não ser fornecido pelo Poder Público a determinado paciente.

Quem toma essa decisão são os médicos (ou outros profissionais da saúde, como fisioterapeutas e nutricionistas) que prescrevem a enfermidades e/ou produtos muitas vezes não disponibilizados pela Administração, apontando-os como imprescindíveis para seu pleno restabelecimento.

Dentre os pedidos que viram ações judiciais estão exames e intervenções cirúrgicas que demoram meses, às vezes anos, para serem realizados, pleitos de medicamentos/insumos inexistente não incorporados às listas do

SUS (como insulinas rápidas) e terapias mais complexas, de altíssimo custo e/ou não aprovadas pela Anvisa.

Em havendo demora na resposta ou negativa (geralmente padronizada) por parte da repartição pública, o paciente ingressa em juízo para obtenção do bem necessário à sua melhora.

A defesa apresentada pela Procuradoria, quanto à matéria de fato, diz que o SUS oferece tratamento integral para seus usuários e que, para a hipótese, haveria tratamento alternativo ao ora requerido.

Se o pedido é veiculado via Mandado de Segurança, é tese da Advocacia Pública sustentar a inadequação do meio processual eleito, já que a demonstração da necessidade do fármaco depende de dilação probatória.

Se a parte se vale de ação pelo rito ordinário com tal propósito, chegada a fase de especificação de provas, a Fazenda afirma que as entende desnecessárias. Isso, apesar de o relatório médico juntado aos autos, devidamente fundamentado quanto à insuficiência de outras terapias oferecidas pela rede para a situação experimentada em concreto pelo enfermo, ser subscrito por profissional integrante do SUS, ou seja, representar/ser o Estado naquele ato²².

Como juiz, o que você faria?

Fato: apesar de se propor a uma cobertura integral no que se refere ao tratamento das diversas patologias que podem acometer os residentes em nosso

22 A atuação da Advocacia Pública na defesa da Administração nas lides em que se discute o alcance do SUS mereceria todo um capítulo à parte. A impressão é que o órgão de representação judicial do Estado é orientado, exclusivamente, a tutelar interesses financeiros da organização política, sem qualquer consideração para com as peculiaridades dos casos em que intervém. Ressalvadas raras exceções, no geral o que se verifica em tal âmbito é uma batalha de palavras vazias, que denota pouca ou nenhuma preocupação com o drama dos pacientes que, em última instância, são a própria razão de ser do aparato estatal. Assim, em casos em que se reconhece judicialmente o direito de um portador de necessidades especiais a obter acompanhamento especializado do Poder Público, por exemplo, a Procuradoria insiste que eventual pleito de transporte para viabilizar o acesso da pessoa ao serviço deveria ser feito em via autônoma, por não estar englobado no direito à saúde. A respeito, confira-se passagem de estudo de Paula Navarro Murda sobre Políticas Públicas: "Muito daquilo que designa no Poder Judiciário relativo à Fazenda Pública é reflexo da carência da população, que não foi atendida em uma necessidade básica e precisa buscar a justiça para ter seu pleito apreciado. Se a atuação do advogado público for mais efetiva, abandonando o exercício de atividade meramente processual em busca de melhor desempenho no âmbito administrativo e gestor de problemas, muitas demandas podem ser evitadas, com evidente benefício para a implementação de políticas públicas. O segundo motivo (por que a atuação da Advocacia Pública é importante para a implementação de políticas públicas) é a atuação jurisdicional em si, seja pela responsabilidade na interposição de recursos protelatórios e pela injustificada insistência em discutir matérias já pacificadas pelos tribunais, seja pelos argumentos de falta de verba pública sem o substrato probatório correspondente" (MURDA, 2015, p. 262/263).

território²³, na prática o SUS ou não se organiza de forma tão abrangente ou, quando organizado, não funciona a contento.

3.2. Dúvidas quanto à transparência e racionalidade na formulação e implementação da política

Em sendo princípio do Sistema Único de Saúde a integralidade na cobertura, ou seja, o dever de disponibilização de atendimento preventivo ou curativo, no necessário para cada caso (art. 198, II CR²⁴ e art. 7º, II da Lei 8.080/90), subentende-se que a questão do alto custo de determinado tratamento, por exemplo, não pode se colocar como óbice, *a priori*, à satisfação de demandas envolvendo tal bem jurídico.

Todavia, é impensável que a organização do SUS se dê à margem de considerações financeiras, indispensáveis para que se garanta a sustentabilidade do serviço público sob exame (RAMOS, 2013, p. 496 e ss.; SCAFF, 2013, p. 1.407 e ss.).

Neste contexto, de forma bastante oportuna, a Lei 8.080/90, com as alterações introduzidas pela Lei 12.401/11, estabeleceu alguns requisitos para incorporação de novas tecnologias às listas de atendimento dos órgãos e entidades que compõe a rede pública de saúde, com a criação de uma comissão técnica para análise dos pedidos (art. 19 – Q da Lei 8.080/90).

A Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS – CONITEC²⁵ deve, em sua análise, levar em conta não só a eficácia dos novos tratamentos, como critérios de ordem econômico-financeira que, sob um prisma de custos-benefícios, justifiquem a decisão pelo seu fornecimento nos postos de saúde²⁶.

23 Assim é definida legalmente a assistência integral que deve nortear as ações do SUS: Art. 7º da Lei 8.080/90 – "As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal obedecendo ainda aos seguintes princípios: I – universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência; II – integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema; (...)".

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

25 <http://conitec.gov.br> [20/12/15, às 23:00].

26 Art. 19-Q da Lei 8.080/90, com a redação dada pela Lei 12.401/11, estabelece: "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

Os trabalhos desse órgão, como não poderia deixar de ser, devem ocorrer de forma processualizada²⁷, com possibilidade de participação da sociedade civil, de gestores e da comunidade científica no processo (art. 19-Q da Lei 8.080/90²⁸), sendo que o resultado do cumprimento das etapas previstas para sua atuação deve inexoravelmente redundar em uma decisão motivada e que, obviamente, seja aderente à moldura constitucional estabelecida para a tutela do direito à saúde em nosso país.

Logo, não só a ampla defesa e o contraditório devem ser assegurados no rito tendente à inclusão de novos medicamentos e procedimentos no SUS (art. 5º, LV²⁹), como a decisão da comissão deve enfrentar todas as alegações e evidências produzidas pelos seus intervenientes, racionalmente esclarecendo-se o porquê da escolha feita.

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 domiciliares, ambulatoriais ou hospitalares, quando cabível”.

²⁷ Sobre o tema da processualidade no exercício da função administrativa ver MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*, 2. ed., São Paulo: RT, 2008; e SCHIRATO, Vitor Rhein. O processo administrativo como instrumento do Estado de Direito e da Democracia in MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor R. (org.). *Atualismos do processo administrativo*, São Paulo: RT, 2010, p. 95L.

²⁸ Art. 19-R da Lei 8.080/90 (alterada pela Lei 12.401/11): “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 – (VETADO); 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”.

²⁹ Art. 5º, LV da CR – “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Embora o termo “litigante” talvez não seja o mais adequado para designação dos intervenientes no processo administrativo no âmbito do CONITEC, a disposição constitucional aplica-se perfeitamente ao rito sob exame, no qual qualquer interessado no respectivo resultado pode participar (art. 9, II da Lei 9.784/99).

Imagina-se que, quando “popularizado”³⁰, o referido mecanismo pode aprimorar bastante os protocolos do serviço público de saúde, agregando transparência e racionalidade na formulação da política pública para o setor, dados que naturalmente aumentarão a deferência dos órgãos de controle, em especial do Judiciário, quanto a decisões tomadas pelos gestores com amparo em tais programas³¹.

Além do cuidado com a produção das regras gerais e abstratas a reger a conduta da Administração na prestação de tais serviços, é fundamental que haja preocupação com a forma pela qual essas normas serão implementadas pelos servidores públicos³².

E neste aspecto podemos testemunhar que houve avanços.

Quando começamos a atuar nas Varas da Fazenda Pública de São Paulo (2010), era comum ver processos com pedidos de medicamento instruídos com telegrama da Secretaria de Saúde com dizeres do tipo: “*seu pedido foi indeferido*”. Só. Não era dado ao cidadão conhecimento do porquê da negativa. Não se sabia se o fármaco pretendido era muito caro, se não era fornecido para sua doença ou se o paciente deveria submeter-se a tratamento alternativo prévio antes de ter acesso a nova terapia, por exemplo.

O resultado dessa maneira de agir era bastante previsível: imediata judicialização.

³⁰ O CONITEC foi instituído como órgão de assessoramento do Ministério da Saúde pela Lei 12.401/11, sendo seu decreto regulamentador de dezembro daquele ano (Decreto 7.646/11). Logo trata-se de centro de competência recentemente criado na nossa organização administrativa, cuja potencialidade para aprimoramento da política pública de saúde do país ainda deve ser bastante explorada nos próximos anos. Navegando no site do órgão é possível ter acesso relativamente fácil a análises sobre pedidos de incorporação de tecnologias no SUS. Confira-se o relatório quanto a um dos medicamentos que seguiram o rito (Everolimo – para imunossupressão em transplante hepático): http://conitec.gov.br/images/Relatorios/2015/Sociedade/RelatorioSociedade_TransplanteHepatico_Final.pdf [20/12/15, às 23:30].

³¹ *Deferência* pode ser definida como o peso que as cortes conferem a decisões tomadas por instituições não judiciais, para o que a razoabilidade da escolha examinada é um tema central. A respeito ver DALY, 2012. Quanto à produção legislativa, Richard Pae Kim defende que, em situações de penumbra sobre a constitucionalidade da opção discricionária feita pela legislador, esta deva prevalecer, adotando-se o adágio “*in dubio pro legislatore*” (KIM, 2015, p. 184).

³² Estudo recentemente publicado por Gabriela Spanghero Lotta versa justamente sobre essa face do serviço público por vezes esquecida, mas fundamental para sua efetividade. Uma das perguntas enfrentadas pela pesquisadora das Ciências Políticas é “*como fatores institucionais/organizacionais influenciam os burocratas no processo de implementação de políticas públicas?*”. Esse tema interessa ao Direito? Para descobrir ver *Burocracia e implementação de políticas públicas de saúde – os agentes comunitários na estratégia Saúde de Família*, Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2015.

Atualmente, as respostas a esses tipos de pleito geralmente vem fundamentadas, embora muitas vezes sem enfrentar de fato as razões expostas na prescrição médica apresentada pelo autor da demanda. Ilustremos: quando há um pedido de insulina rápida para tratamento de *diabetes mellitus*, a decisão da administração é sempre negativa. Não importa que o médico, quando rede pública, diga que há 10 anos vem ministrando, sem sucesso, insulina análoga ao enfermo, que este está sofrendo crises e que corre risco de morte. O responsável pela dispensação diz que o SUS dispõe de atendimento integral aos portadores de tal quadro clínico, bastando que se dirija ao posto de saúde para obtenção do medicamento padronizado.

Também são rotineiras as reclamações quanto à recusa, por parte de algumas repartições, em formalizar o indeferimento de pedidos de terapias/fármacos.

Em situações como tais, justifica-se o controle da ação administrativa pelo Judiciário?

4. Limites do controle

4.1. Espaço discricionário legítimo

Ao Judiciário, quando provocado, cabe o controle tanto da constitucionalidade das leis editadas na disciplina da política pública de saúde, como da constitucionalidade/legalidade dos atos gerais e abstratos (regulamentos) e individuais e concretos emitidos pela Administração com a finalidade de cumprimento dos comandos da Carta Política que determinam ser um dever do Estado a garantia da organização de um sistema de saúde disponível à população, observados, em especial, os princípios da universalidade, isonomia, descentralização, integralidade e participação da comunidade (arts. 196 e 198 da CF).

Quanto mais processualizado, leia-se transparente, aberto à colaboração de terceiros e motivado, for o iter adotado pelos órgãos estatais³³ na sua missão de construir os alicerces da prestação dos serviços do SUS em cada unidade da Federação, maior será a deferência dos responsáveis pela respectiva

fiscalização quanto às soluções encontradas pelo legislador e gestor com o propósito de melhor atender às pessoas.

Maior deferência, contudo, não significa que se vá aceitar qualquer resultado advindo do processo decisório estatal.

A razoabilidade/proporcionalidade das opções feitas, sempre tendo em conta a relevância do bem jurídico em jogo, ou seja, a vida dos indivíduos, que conta a própria razão de ser do Estado e da ordem jurídica, será determinante para que a política ou ato administrativo relativos ao SUS passem incólumes para que a política ou ato administrativo relativos ao SUS passem incólumes pelo crivo dos magistrados.

Dessa forma, mesmo havendo um espaço discricionário no âmbito do qual o político e o burocrata priorização certas ações dirigidas a prevenir/curar algumas doenças em detrimento de outras, estas devem não só ser justificadas racionalmente (sob a ótica de custos e benefícios), como ser sopesadas no que se refere às suas consequências para o seu destinatário, o ser humano, cuja existência não pode ser posta em risco por um mero cálculo aritmético³⁴.

Em outras palavras, tem-se que, nem a liberdade de o parlamentar fazer suas "escolhas trágicas" na alocação de recursos orçamentários (SCAFF, 2013, p. 1412 e ss.), nem a do CONITEC em eleger quais tecnologias devem ser incluídas no SUS, podem prevalecer, em abstrato, sobre a pretensão individual quanto à assistência médico/hospitalar integral que a Constituição assegura ao residente em território nacional.

O direito à saúde, com sua repercussão sob o prisma individual³⁵, exige do Estado bem mais do que mera retórica para se escusar de um atendimento prescrito como indispensável para a recuperação de um paciente.

A obrigação insculpida no art. 196 da CR impõe ao Poder Público não a manutenção de uma rede de prestação de serviços públicos de saúde qualquer, mas de uma que seja apta a assegurar aos seus usuários um padrão mínimo de qualidade, com cobertura suficiente para as doenças que possam lhes acometer.

³⁴ Como aquele presente em uma equação que, grosseiramente, seja formulada da seguinte forma: o Estado tem R\$ 1mil. Há uma disputa pelo uso desse recurso em saneamento e em terapia curativa. Se for feito o primeiro emprego, as estatísticas mostram que é possível salvar 10 vidas. Com o segundo, no máximo, é possível preservar uma. Como o orçamento é limitado e as necessidades humanas infinitas deve-se gastar tudo em saneamento? Governar seria bem mais fácil se assumíssemos lógicas numéricas como a sugerida, não?

³⁵ Sobre o tratamento do direito à saúde também como um direito individual, já desenvolvemos melhor nosso ponto de vista em *Vinculação da Administração à Constituição* (ob. cit.).

³³ Aqui nos referimos aos centros de competência não só do Executivo, como do Legislativo nas três esferas de governo, sendo importante recordar que, quanto à elaboração de leis, Estados e Municípios devem respeitar as normas gerais editadas pela União em tal esfera, em especial a Lei 8.080/90 (ver arts. 23, II, 24, XII e parágrafos; e 30, II e VII, todos da Constituição).

Tomando por base tais considerações, imaginemos duas hipóteses:

- 1) que no orçamento de determinado exercício tenham sido contemplados valores aquém do necessário para o funcionamento adequado de um hospital público especializado no tratamento de pessoas com câncer, mas com destinação de verbas em patamar bastante expressivo para a divulgação das ações de governo a serem realizadas no período;
- 2) que a incorporação de determinado medicamento não tenha sido aprovada pelo CONITEC por uma avaliação, em abstrato, de custos/benefícios representados pela medida, mas que haja pessoas de carne e osso que precisem, em dadas circunstâncias de tempo e lugar, do fármaco em tela para permanecerem vivas³⁶.

Tais decisões estatais, caso questionadas judicialmente, são sindicáveis pelo controle?

4.2. Reserva do possível e mínimo existencial

Como já pontuamos no curso desse estudo, entendemos que os órgãos de controle devem assumir seu papel de colaborador para que o controlado, no desempenho das tarefas que lhe são acometidas pela Constituição, possa adequadamente cumpri-las, tendo como foco principal o ser humano, célula do corpo ao qual pertencemos, que contribui com o seu trabalho para a formação de um patrimônio comum, o qual, portanto, tem que ser gerido pelos governantes em seu benefício.

Quando se trata de recursos públicos, pois, não estamos falando de algo infinito, já que se trata de economia fruto de esforço de todos os integrantes de nossa sociedade, extraída da disponibilidade de cada um para fins de promoção do interesse coletivo.

Por outro lado, é importante que os políticos e burocratas, que tem a incumbência de zelar pelo bom emprego do dinheiro público, tenham ciência

³⁶ Um exemplo bastante pertinente para ilustrar nossa discussão é a recusa da CONITEC em aceitar a incorporação de insulinas rápidas no SUS. Procurando informações no site quanto à insulina Asparta, que é objeto de diversos processos judiciais, só conseguimos saber que a comissão indeferiu sua inclusão na rede pública de saúde, sem que houvesse a publicação das razões para tanto. Essa falta de transparência certamente não contribui para uma maior deferência dos órgãos de controle quanto às “escolhas trágicas” defendidas pelos nossos gestores para o setor (http://conitec.gov.br/images/FichasTécnicas/insulina_Asparte_DM.pdf) [21/12/15, às 15:00].

de que, administrando o que não lhes pertence, devem prestar contas do que fazem, elegendo prioridades que se coadunem com a ordem constitucional em vigor³⁷.

Logo, se existe uma reserva do possível³⁸, existe igualmente um dever de seriedade, de transparência e lealdade do mandatário para com o administrado. Quando um associado dessa grande empresa que é o Estado bate as suas portas em uma situação de emergência, buscando o único socorro que está ao seu alcance para continuar vivo, ele procura se valer dos laços de solidariedade mantidos com os demais indivíduos para tentar não interromper, naquele momento, sua jornada neste planeta.

Resalte-se que neste exemplo que, apesar de extremo, é rotineiro no dia a dia forense, não se está a debater mínimo existencial³⁹, mas a própria existência de alguém.

Abordagens filosóficas a parte, evidente que, dadas certas circunstâncias, esse pedido poderá ser legitimamente negado. Imaginemos as seguintes hipóteses: se apresentada uma prescrição médica não devidamente fundamentada quanto à inadequação das terapias disponíveis no SUS para o quadro clínico do paciente; ou se o medicamento requerido não tem bom prognóstico curativo; ou então se o tratamento no exterior desejado, por seus elevados custos, extrapolar em muito qualquer previsão orçamentária para pasta da saúde.

Esses motivos, em um caso concreto, certamente confeririam ao gestor uma defesa sólida na eventualidade de sobrevir questionamento judicial em face do indeferimento do pleito administrativo que lhe fora formulado.

Situação muito diferente são as recusas sistemática e indiscriminadamente feitas nos postos de saúde quanto ao fornecimento de insulinas rápidas com

³⁷ Tal vinculação do Estado à Constituição, como já referimos, constrange não só administrador, mas também o legislador. A respeito, confira-se: “*Relevante, todavia, é a constatação de que a liberdade de conformação do legislador encontra seu limite no momento em que o padrão mínimo para assegurar as condições materiais indispensáveis a uma existência digna não for respeitado, isto é, quando o legislador se mantiver aquém desta fronteira*” (SARLET, 2013, p. 1.387).

³⁸ O tema da “reserva do possível” é uma constante nos ensaios dos estudiosos que se debruçam sobre o controle judicial de políticas públicas. Muitos observam que a ideia, que entre nós assumiu significado quase exclusivo de limitação orçamentária, apareceu na jurisprudência tedesca também como uma preocupação acerca do que os indivíduos podem esperar razoavelmente do Estado. Para mais elementos sobre o assunto (e sua correlação com o mínimo existencial): MALDONADO, 2015, p. 189 e ss.; MURDA, 2015, p. 127 e ss.; MEDAUAR, 2014, p. 231 e ss.; PENNA, 2011, p. 294 e ss.; BARROS, 2008, p. 146 e ss.; CANELA JÚNIOR, 2011, p. 101 e ss.; e ARRUDA NETO, 2015, p. 152 e ss.

³⁹ Especificamente sobre o conceito de mínimo essencial, sua origem e evolução em ordens constitucionais modernas, ver SARLET, 2013.

base em assertivas genéricas de que as insulinas análogas teriam exatamente o mesmo efeito daquelas.

Será que têm mesmo?

Normalmente esses requerimentos vêm acompanhados de relatório médico pormenorizado, às vezes subscrito por profissional do próprio SUS, dizendo o porquê, à vista do histórico do paciente, aquele é o tratamento que lhe é mais indicado, sob risco de grave dano ao seu quadro clínico e, eventualmente, até de sua morte⁴⁰.

Acreditamos que a resistência da Administração a pedidos como tais, que é reiteradamente reconhecida como ilegítima pelo Judiciário, apenas infirma sua posição em juízo, aumentando a desconfiância do julgador na apreciação de outros litígios em que a defesa apresentada pela Fazenda tenha a apreciação de

Esperamos que nos anos vindouros consigamos enfim instituir um Estado de Direito em que não seja normal a alta administração conduzir a função pública de forma incoerente e desleal para com o seu destinatário.

Se um médico do funcionalismo afirma que determinado enfermo precisa de uma terapia, este servidor, em sua manifestação, é o próprio Estado.

Não faz qualquer sentido a Fazenda, nesta hipótese, obrigar o cidadão a ter que recorrer ao Judiciário para ter seu pleito atendido, o que, não só gera risco de dano (que pode ser irreversível) pela demora inerente ao processo, como traz custos ao Estado que poderiam ser perfeitamente evitados⁴¹.

Temos que este tipo de atuação processual, na defesa exclusiva do interesse econômico-financeiro do Estado, sem preocupação com o seu resultado

prático na vida das pessoas, fere a moralidade que deveria inspirar toda a máquina pública.

Não é demais lembrar que, no âmbito da judicialização da saúde, o que não é disputa é um bem jurídico que deveria ser a prioridade absoluta da gestão política, a saber: a vida das pessoas (que, repita-se, é o que justifica a existência dessa abstração a que denominamos República).

Dessa forma, se em qualquer hipótese as assertivas do Estado deveriam ser aderentes à realidade, a não concessão de um pleito de medicamento/tratamento formulado à Administração sob a alegação de falta de recursos orçamentários é algo especialmente sério, já que de tal omissão pode advir consequências irreversíveis.

Nesse contexto, embora em pequenos Municípios até seja possível a veiculação legítima de tal escusa (MEDAUAR, 2013, p. 237), em entes federativos com orçamentos repletos de rubricas não dirigidas à realização de atividades estatais precípuas, como publicidade, não é honesto com o cidadão a negativa de serviço⁴².

Perante tal quadro, a omissão do Poder Público no que se refere à integridade dos serviços que devem ser postos à disposição da população deve ser muito bem fundamentada em dados da realidade, não bastando para legitimar sua conduta a alusão à incorporação ou não da terapia perseguida pelo paciente em suas listas de cobertura que, como referido linhas acima, ainda precisam ser aperfeiçoadas.

Sobre o tema, vale registrar que a posição do Supremo Tribunal Federal é neste exato sentido, rejeitando a possibilidade de a Administração se valer desses róis de fármacos aprovados pelo Ministério da Saúde como pretexto para elidir os compromissos que lhe são impostos pela Constituição.

⁴⁰ Com a palavra a professora Odete Medauar: "Por vezes, a justificativa de reserva do possível pela autoridade administrativa não se calca na realidade, pois recursos financeiros são canalizados para fins não essenciais para a população, embora caros ao governante; é o caso das elevadíssimas verbas empregadas em propaganda; embora seja vedada constitucionalmente a propaganda individual, a chamada publicidade institucional embute vínculo a determinado governo e político governante; para essa propaganda nunca se cogita da reserva do possível, havendo sempre "rios e rios" de verbas. O mesmo ocorre com verbas astronômicas para estádios de futebol e outros gastos relacionados com megaeventos esportivos, onde não impera a reserva do possível e rios e rios de verbas aparecem" (MEDAUAR, 2014, p. 238). Na mesma linha, também apontando o acolhimento de eventos esportivos pelo Estado como exemplos de que este, quando o deseja, encontra recursos para o desempenho de atividades que entende importantes, é a reflexão de Paula Murda: "(...) o argumento de escassez de recursos deve ser analisado com cuidado para não confundir o problema de falta de dinheiro para atender determinada política pública com a má gestão dos recursos públicos existentes ou opção política diversa da Constituição" (MURDA, 2015, p. 130/131).

⁴¹ No que se refere à imprescindibilidade do uso de insulina rápida para o tratamento de alguns casos de diabetes, observe-se o seguinte julgado, lastreado em conclusão de perícia realizada no IMESC, que é, diga-se, uma autarquia vinculada à Secretaria da Justiça e Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo: "AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Hipótese dos autos em que o Ministério Público atua em favor do adolescente, Keniel Gomes Oliveira, portador de Diabetes Mellitus tipo I (CID E10), e necessita do medicamento Insulina Glargina (Lantus) e insulinas necessárias. Artigo 196, da Constituição Federal que legitima o respeito ao direito subjetivo material à saúde, nele compreendido o fornecimento de medicamentos e insumos. Sentença mantida. RECURSO NÃO PROVIDO" (TJSP – 8ª Câmara de Direito Público – Des. Rel. Jarbas Gomes – Apelação 0002155-45.2011.8.26.0404 – data do julgamento 25/03/2015).

⁴² Sobre as externalidades decorrentes do uso do Poder Judiciário para a realização de direitos fundamentais, como os custos com hora de trabalho de servidores, ver alguns apontamentos em TIMM, 2013, p. 58 e ss. Nas palavras do autor, que defende que as ações judiciais envolvendo direito à saúde são um mecanismo de redistribuição de renda, já que neste poder não se gera riqueza: "Um sistema de redistribuição de renda que faz necessário o recurso a um tribunal é uma forma ineficiente e dispendiosa de política pública e social, pois ela faz depender a implementação de um direito de um processo longo, necessariamente custoso para a sociedade e para o indivíduo litigante. A parte (e a sociedade) tem que gastar com advogados, burocracia das cortes e com os servidores envolvidos no processo (juizes, promotores, escrivães)" (TIMM, 2013, p. 58/59).

Ilustrando tal posicionamento, confira-se:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO, DIREITO À SAÚDE. SOLIDARIEDADE DOS ENTES FEDERATIVOS. TRATAMENTO NÃO PREVISTO PELO SUS. FORNECIMENTO PELO PODER PÚBLICO. PRECEDENTES. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que, apesar do caráter meramente programático atribuído ao art. 196 da Constituição Federal, o Estado não pode se eximir do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde das cidadãs. O fornecimento gratuito de tratamentos e medicamentos necessários à saúde das soas hipossuficientes é obrigação solidária de todos os entes federativos, podendo ser pleiteado de qualquer ddes, União, Estados, Distrito Federal ou Municípios (Tema 793). O Supremo Tribunal Federal tem se orientado no sentido de ser possível ao Judiciário a determinação de fornecimento de medicamento não incluído na lista padronizada fornecida pelo SUS, desde que reste comprovação de que não haja nela opção de tratamento eficaz para a enfermidade. Precedentes. Para dissentar da conclusão do Tribunal de origem quanto à comprovação da necessidade de tratamento não previsto pelo SUS faz-se necessário o reexame dos fatos e provas constantes dos autos, providência inviável neste momento processual (Súmula 279/STF). Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. Agravo regimental a que se nega provimento (STF, 1ª Turma, Min. Rel. Roberto Barroso, RE 831.385 AgR, data do julgamento 17/03/2015).

4.3. Reembolso de atendimento emergencial privado

Quando para garantir sua existência um indivíduo procura atendimento de emergência no SUS, como uma intervenção cirúrgica ou exame preparatório para tal procedimento, e não encontra vaga, o que fazer? Seria justificável seu tratamento em regime de urgência em estabelecimento privado, com oportuno reembolso pelo SUS?

Seguindo o raciocínio exposto, considerando a relevância que essa atividade prestacional deve ter para a coletividade, pensamos que sim.

Lógico que isso só pode ocorrer a título absolutamente excepcional, adotando-se algumas cautelas para que se evitem abusos.

Uma delas é que se formalize o pedido de urgência em mais de um hospital público. Outra é que se faça, quando possível, cotação de preço do serviço a ser realizado junto a instituições privadas, da mesma forma que o particular faria se fosse custear o cuidado com seus próprios recursos.

No mais, considerando que em grandes centros mesmo os hospitais mais renomados e exclusivos buscam (e alcançam) junto ao Estado o seu reconhecimento como entidades filantrópicas para fins de tratamento fiscal mais

forneço, acreditamos que, em havendo vontade, os gestores conseguem estabelecer convênios para esse tipo de cobertura de urgência, com impacto reduzido aos cofres públicos.

A respeito também já há jurisprudência da nossa Corte constitucional:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 12.322/2010) – CUSTEIO, PELO ESTADO, DE SERVIÇOS HOSPITALARES PRESTADOS POR INSTITUIÇÕES PRIVADAS EM BENEFÍCIO DE PACIENTES DO SUS ATENDIDOS PELO SAMU NOS CASOS DE URGÊNCIA E DE INEXISTÊNCIA DE LEITOS NA REDE PÚBLICA – DEVER ESTATAL DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE E DE PROTEÇÃO À VIDA RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL – OBRIGAÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL QUE SE IMPÕE AOS ESTADOS – CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO ESTADO – DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819) – COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796) – A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDE COMPROVETER O NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197) (...). RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO (STF, 2ª Turma, Min. Rel. Celso de Mello, ARE n. 727.864, AgR/PR, data do julgamento 04/11/2014).

4.4. Terapias experimentais

Outro ponto polêmico nas demandas fundadas no art. 196 da CR que inundam os Tribunais é possibilidade de o Judiciário determinar que o Estado forneça medicamentos/terapias experimentais e/ou ainda não aprovados pela ANVISA.

Quanto a tal aspecto, entendemos que há duas situações distintas:

- 1) a existência de estudos sobre determinado princípio ativo, cujo teste já fora autorizado em seres humanos, mas com relação ao qual ainda não há evidências suficientes de sua eficácia e, portanto, aprovação por qualquer órgão governamental. Nesse caso, o paciente deve se valer das regras vigentes para esse tipo de experimento que, até por suas características, costuma ser gratuito.
- 2) haver medicamento/terapia já aprovado por órgãos governamentais de outros países reconhecidamente criteriosos quanto a tais

procedimentos, como a FDA americana, mas ainda não aceito pela ANVISA. Nesse caso, salvo a existência de reprovação expressa por parte da agência nacional, entendemos que, dependendo do perigo de morte experimentado pelo enfermo, o pleito judicial do produto pode se justificar.

Uma solução razoável para o dilema talvez fosse a que fora pensada em termos legislativos para o procedimento de incorporação de tecnologias que ocorre no âmbito do CONITEC, mas que fora vetada pela Presidência da República. Segue a redação projetada para o §2º do art. 19-R da Lei 8.080/90, mas que fora excluída do texto legal por supostamente gerar risco à saúde pública:

§ 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 tecnológico no processo, até a publicação da decisão da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS sobre a matéria⁴³.

Dada a peculiaridade do bem jurídico em tela, se há profissional da área médica que afirma, sob sua responsabilidade, que determinado medicamento, já aprovado em outros países, é indispensável para que um paciente não venha a óbito, acreditamos que eventual demora no processo de sua aprovação pela ANVISA não possa, por si só, redundar em prejuízo (ou mesmo morte) do usuário do SUS.

5. Otimização do controle – atuação do Ministério Público na coletivização de demandas judiciais

Na nossa pesquisa, ao lado dos questionamentos acerca dos efeitos perniciosos da judicialização da saúde no que se refere ao fenômeno supostamente propiciar um favorecimento das camadas mais abastadas da nossa sociedade, encontramos outro ponto bastante referido pelos estudiosos: o importante

⁴³ A mensagem de veto da Presidência ao dispositivo foi a seguinte: “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” [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/-Ato2011-2014/2011/Msg/VEP-113.htm, 20/12/15, às 23:00].

papel que as demandas coletivas podem ter para aprimorar o SUS (TIMM, 2013, p. 61/62; GASPARD, 2015, p. 430 e ss.; BAHIA/CASTRO, 2015, p. 203, p. 61/62; BARROS, 2008, p. 201 e ss.; PENNA, 2011, p. 299 e ss.; e CANELA §1º e ss.; JUNIOR, 2011, p. 150 e ss.).

Não temos dúvidas de que o ideal é, sempre que possível, a coletivização de demandas que tenham a mesma causa de pedir, de modo que o próprio sistema possa ser diretamente instado a se adaptar ao entendimento dos Tribunais sobre determinada matéria.

Além disso, em uma demanda coletiva há a possibilidade de uma instrução probatória mais ampla da que se faz possível (na prática) em milhares de lides individuais, inclusive questionando-se a repercussão orçamentária da incorporação de uma nova tecnologia no SUS.

Neste tipo de processo também há uma maior facilidade de abertura do rito à participação de terceiros interessados em seu deslinde, que podem ser ouvidos na condição de *amicus curiae*, intervenção que tem o potencial de enriquecer significativamente o debate envolvendo os argumentos prós e contra o pleito formulado perante o Judiciário.

Finalmente, ganha-se em termos de isonomia no que se refere ao resultado da lide (em caso de procedência, a demanda favorece pessoas em situação análoga à descrita nos autos, não prejudicando os pleitos individuais já apresentados⁴⁴) e em economia de recursos públicos, já que a atuação de um só juiz substitui a de muitos magistrados, evitando-se, ainda, dispersão jurisprudencial.

⁴⁴ Quanto ao regime da coisa julgada nas ações coletivas, entendidas estas como as que tutelam direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, ver art. 103 da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor – CDC), do qual destacamos parte: “Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: I – erga omnes, exceto se o pedido for julgado imprecidente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81 (direitos difusos); II – ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo imprecidência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81 (direitos coletivos); III – erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81 (direitos individuais homogêneos). § 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe. § 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de imprecidência do pedido, os interessados que não tiverem intervido no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual (...).” No que se refere às ações civis públicas propostas para a salvaguarda de direitos difusos e coletivos, tal dispositivo do CDC tem aplicação expressa em razão do que prevê o art. 21 da Lei 7.347/85.

Quanto ao manejo do instituto da ação civil pública para a tutela do direito social à saúde, há notícia do seu bom emprego no Estado de Minas Gerais, conforme relato de Alexandre Bahia e Júnior Castro, do qual destaco passagem:

Em 2008, o TJMG julgou a ApCv n. 1.0461.04.014806-0/001 (Minas Gerais), ajuizada em ação civil pública proposta pelo Ministério Público em face do Município de Ouro Preto, devido à recusa deste em realizar as cirurgias de prostatectomia e colecistectomia em três pacientes, cuja necessidade se encontrava atestada em receituário médico subscrito por agente público municipal. Em sua defesa, o Município alegou que a sentença violaria os procedimentos poderiam ser tratadas de maneira eficaz por outros meios – não havendo, portanto, violação da cláusula da reserva do possível (BAHIA/CASTRO, 2015, p. 852).

Apesar de o trecho não deixar claro se o processo referido teve por efeito uma determinação de caráter geral para que o Município passasse a autorizar tal tipo de intervenção cirúrgica, sempre que prescrita por médicos de seu sistema de atendimento, imaginamos que nestes termos é que deveria ser cogitada a coletivização de lides tendo por objeto o direito à saúde.

Assim, por exemplo, determinada Promotoria responsável por pareceres em Mandados de Segurança envolvendo medicamentos observa um grande número de pedidos acerca do mesmo produto ou então é oficiada pelo Judiciário para tomar ciência de tal fato. Revelado o interesse geral da matéria, em vez de se continuar aguardando que todos os usuários presentes e futuros do SUS tenham que ingressar em juízo para obter o mesmo provimento já deferido a dezenas ou centenas de pessoas, o M.P. pode/deve tomar a frente dessa discussão, propondo medida judicial tendente ao aprimoramento do próprio serviço público de saúde de uma dada localidade⁴⁵.

⁴⁵ O mesmo raciocínio é válido para a Defensoria Pública, cuja legitimidade para a propositura de ação civil pública na tutela de direitos difusos e coletivos das pessoas hipossuficientes também foi reconhecida pelo STF (ADI nº 3943, julgada improcedente em 07/05/2015). Assim, tal órgão ao registrar em seus atendimentos um grande número de pedidos de um mesmo medicamento ou de problemas em um mesmo hospital pode/deve se valer desse importante instrumento para melhoria do próprio atendimento prestado à população.

6 Conclusão

Neste estudo buscamos discorrer sobre algumas das causas da judicialização exercida da política pública de saúde em nosso país, bem como acerca de aspectos para o controle judicial exercido em tal âmbito.

Assumindo que o direito estampado no art. 196 da CR tem uma repercussão individual, partimos, ainda, de mais dois pressupostos a que já tínhamos alegado em reflexão anterior sobre o tema (o da não limitação do direito à saúde a listas aprovadas pelo Poder Público e o da possibilidade de cobrança pelos respectivos serviços de quem tem capacidade econômica para fazer frente à despesa).

Lançadas tais bases, tecemos considerações sobre a atual insuficiência do atendimento oferecido pelo SUS para que se alcance a integralidade de cobertura prevista constitucionalmente para o serviço e sobre como uma maior processualidade na atividade administrativa de incorporação de novas tecnologias à rede pública pode agregar transparência e racionalidade às escolhas estatais feitas nesta área e, portanto, aumentar a deferência dos órgãos de controle no que se refere a tais opções.

O desafio de ontem e hoje é conseguir que haja um real empenho do Estado em se desincumbir satisfatoriamente da missão que lhe é atribuída pela Carta Política quanto à organização de um sistema público saúde cujo funcionamento seja eficiente.

Apenas assim é que diversos aspectos ainda polêmicos sobre o funcionamento do SUS poderão ter solução adequada, sem que haja excessiva interferência do Judiciário na formulação de uma política cuja estruturação cabe ao Legislativo e Executivo, mas cujo cumprimento e aderência à Constituição são garantidos pelo Judiciário.

7 Bibliografia

- ARRUDA NETO, Pedro Thomé de. *Direito das políticas públicas*, Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; CASTRO, Júnior Ananias. O Estado democrático de direito e a efetivação dos direitos sociais: o fenômeno da judicialização da saúde in *BDA – Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo: NDJ, ano 31, n. 7, jul. 2015, p. 846/855.
- BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. *Controle jurisdicional das políticas públicas*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.
- BONNAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*, 11. ed., São Paulo: Malheiros, 2013.

