



“A necessidade de justificação ética e fática dos argumentos trazidos ao debate sobre judicialização da saúde no Brasil”

por

Teresa Robichez de Carvalho Machado

Tese apresentada com vistas à obtenção do título de Doutor em Bioética, Ética Aplicada e Saúde Coletiva.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Debora Rodrigues Diniz

Rio de Janeiro, julho 2015.



Esta tese, intitulada

“A necessidade de justificação ética e fática dos argumentos trazidos ao debate sobre judicialização da saúde no Brasil”

apresentada por

Teresa Robichez de Carvalho Machado

foi avaliada pela Banca Examinadora composta pelos seguintes membros:

Prof. Dr. Roger Raupp Rios

Prof. Dr. Fernando Ramalho Ney Montenegro Bentes

Prof.^a Dr.^a Marisa Palacios da Cunha e Melo de Almeida Rego

Prof. Dr. Sergio Tavares de Almeida Rego

Prof.^a Dr.^a Debora Rodrigues Diniz – Orientadora

Catálogo na fonte
Instituto de Comunicação e Informação Científica e Tecnológica
Biblioteca de Saúde Pública

M149n Machado, Teresa Robichez de Carvalho
A necessidade de justificação ética e fática dos argumentos
trazidos ao debate sobre judicialização da saúde no Brasil. /
Teresa Robichez de Carvalho Machado. -- 2015.
94 f.

Orientador: Debora Rodrigues Diniz
Tese (Doutorado) – Escola Nacional de Saúde Pública Sergio
Arouca, Rio de Janeiro, 2015.

1. Função Jurisdicional. 2. Direito à Saúde. 3. Serviços de
Saúde. 4. Setor Público. 5. Orçamentos. 6. Alocação de Recursos.
7. Brasil. I. Título.

CDD – 22.ed. – 362.10981

RESUMO

RESUMO

A judicialização da saúde pode ser entendida como o movimento de busca da concretização de direitos relacionados à saúde do indivíduo com a intervenção do Poder Judiciário. Este trabalho analisará alguns fatores desse processo por meio da junção de três artigos, intitulados “A judicialização da saúde no Distrito Federal, Brasil”, “Judicialização da saúde: analisando a audiência pública no Supremo Tribunal Federal” e “Revisão da bibliografia nacional sobre judicialização da saúde e contribuições da Teoria de Justiça de Norman Daniels”. Serão ainda apresentados: (i) o instrumental teórico utilizado como fundamento para as discussões propostas nos artigos; (ii) os dados levantados em um estudo de caso na 2ª Vara de Fazenda Pública Privativa do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios; e (iii) o material obtido na audiência pública convocada pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Como conclusão dos artigos, podemos afirmar a importância da convocação de audiência pública pelo STF para assimilar informações, possibilitar o debate e trazer à discussão diversos posicionamentos e setores envolvidos na questão da saúde pública no Brasil, além de chamar atenção para a discussão do conceito de necessidade. Uma segunda conclusão aponta para a ausência de base empírica para fundamentar algumas afirmativas postas como certas no debate nacional. Por fim, uma terceira conclusão, obtida com os dados bibliográficos analisados, revela a insuficiência ética do argumento de limitação orçamentária para a negativa do oferecimento de bens ou serviços de saúde.

Palavras-chave: judicialização da saúde, direito à saúde, serviço público de saúde, necessidades, orçamento público, alocação de recursos.

ABSTRACT

The 'judicialization' of health can be understood as the search for the implementation of health rights of the individual through the intervention of the judiciary. This thesis examines the process of judicialization of health in Brazil by combining three articles, entitled 'The judicialization of health in the Federal District, Brazil', 'Judicialization of health: analyzing the public hearing in the Supreme Court', and 'Review of the Brazilian literature on the judicialization of health and contributions of the theory of justice of Norman Daniels'. The following points will be presented: (i) the theoretical basis that founded the discussions in the articles; (ii) the data collected in the 2nd Public Private Finance Court of the Court of Justice of the Federal District and Territories; and (iii) the material obtained from the public hearing convened by the Supreme Court. As a conclusion of the articles, we can affirm the importance of convening public hearings by the Supreme Court in order to assimilate information, to enable the debate and to bring to discussion different positions and sectors involved in the issue of public health in Brazil, as well as to draw attention to the debate over the concept of need. A second conclusion points to the lack of empirical basis to support some assertions taken for granted in the national debate. Finally, a third conclusion, drawn from the bibliographic data analyzed, reveals the ethical insufficiency of the budget constraint argument to deny goods or health services.

Keywords: judicialization of health, right to health, public health service, needs, public budget, resource allocation.

SUMÁRIO

PRÓLOGO	5
PARTE I: INTRODUÇÃO	8
1.1 Contextualização	8
1.2 Metodologia	13
PARTE II: INSTRUMENTAL TEÓRICO	15
2.1 A importância ética da saúde na literatura internacional.....	15
2.2 A judicialização no Brasil	21
2.1.1 Audiência pública do Supremo Tribunal Federal sobre judicialização da saúde	25
2.1.2 Revisão da bibliografia nacional sobre judicialização da saúde.....	47
2.1.3 Estudo de caso empírico: levantamento de dados na 2ª Vara de Fazenda Pública Privativa do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios	55
2.3 Teoria dos casos difíceis	61
2.4 Saúde, um caso difícil: entre necessidade e gosto dispendioso	66
2.5 Caso brasileiro: judicialização de uma necessidade, gosto dispendioso ou desorganização da política?	71
PARTE III: CONCLUSÃO	78
REFERÊNCIAS	84
ANEXO 1 – ARTIGO A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO DISTRITO FEDERAL, BRASIL	Erro! Indicador não definido.
ANEXO 2 – ARTIGO JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: ANALISANDO A AUDIÊNCIA PÚBLICA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	Erro! Indicador não definido.
ANEXO 3 – DECLARAÇÃO DE APROVAÇÃO PARA PUBLICAÇÃO PELA REVISTA DE DIREITO SANITÁRIO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO	Erro! Indicador não definido.
ANEXO 4 – ARTIGO REVISÃO DA BIBLIOGRAFIA NACIONAL SOBRE JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E CONTRIBUIÇÕES DA TEORIA DE JUSTIÇA DE NORMAN DANIELS	Erro! Indicador não definido.

PRÓLOGO

Esta tese consistirá na junção de três artigos, conforme previsão do artigo 50, § 1º do Regulamento do Programa de Pós-Graduação em Bioética, Ética Aplicada e Saúde Coletiva (PPGBIOS) — Mestrado e Doutorado por associação entre a Universidade Federal do Rio de Janeiro, a Fundação Oswaldo Cruz, a Universidade do Estado do Rio de Janeiro e Universidade Federal Fluminense. O referido parágrafo estabelece que o trabalho final de curso poderá ter o formato tradicional ou o de apresentação de artigos científicos. Para a obtenção do grau de doutor, são necessários três artigos, devendo pelo menos dois deles estar aceitos por periódicos. No caso deste trabalho, os três artigos já foram aprovados, sendo que dois deles já foram publicados e o terceiro aguarda publicação.

O primeiro artigo foi intitulado “A judicialização da saúde no Distrito Federal, Brasil” e publicado na *Revista Ciência & Saúde Coletiva*.¹ Esse artigo discute as tendências do Poder Judiciário perante a judicialização do direito à saúde, por meio de um estudo de demandas judiciais cíveis por acesso à assistência em saúde no Distrito Federal. Por judicialização do direito à saúde, entende-se a judicialização de variadas prestações de saúde. Trata-se de um estudo exploratório, descritivo, longitudinal, com uso de técnicas mistas de levantamento e análise dos dados coletados no Distrito Federal (DF). Foram analisadas 385 ações, o que corresponde a 87% dos casos de judicialização da saúde do período entre 2005 e 2010 que alcançaram a 2ª Vara de Fazenda Pública Privativa do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT). Os resultados indicam que o principal bem judicializado é o acesso à unidade de tratamento intensivo (UTI, 66%), seguido por medicamentos (16%) e assistência médica (14%). A quase totalidade dos processos é apresentada por defensor público (95%), com receitas e indicações médicas oriundas do serviço público de saúde (85%). Em cerca de 8% dos casos, há comprovante de renda no processo, com predominância dos valores em torno de R\$ 500,00. Os resultados da pesquisa desafiam algumas teses dominantes no debate nacional, em particular a alegação de que a judicialização é um fenômeno das elites e de que o bem judicializado são os medicamentos. Os dados não

¹ Diniz D, Machado TRC, Penalva J. A judicialização da saúde no Distrito Federal, Brasil. *Ciênc. Saúde Coletiva* [internet] 2014 [acesso em 13 jun. 2015];19(2):591-8. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232014000200591&lng=en&nrm=iso.

têm pretensões generalizantes, mas apontam que o fenômeno da judicialização da saúde tem diferentes aspectos englobados pelo mesmo conceito (Anexo 1).

O segundo artigo tem como título “Judicialização da saúde: analisando a audiência pública no Supremo Tribunal Federal” e foi publicado pela *Revista Bioética* nº 22, em 2014.ⁱⁱ O artigo defende que a audiência pública convocada em 2009 pelo Supremo Tribunal Federal (STF) sobre judicialização da saúde objetivou possibilitar o debate dos diversos setores envolvidos na busca por soluções judiciais. O referencial teórico de Nancy Fraser iluminou a análise da audiência, em que se notou a ausência de falas sobre necessidades e a concentração da discussão em três focos: dispensação de medicamentos, alocação de recursos e função e interligação entre os três poderes. Para Fraser, o discurso político sobre necessidades abrange três momentos: (i) estabelecimento ou negação do *status* político de uma necessidade; (ii) interpretação da necessidade e poder de defini-la; e (iii) satisfação da necessidade. Conclusivamente, percebe-se a importância de que o debate sobre necessidades na área de saúde, incluindo o aspecto da judicialização, não se restrinja aos aspectos jurídicos, administrativos ou terapêuticos elencados por Fraser, mas busque avançar na definição e satisfação das necessidades identificadas pelos diversos setores sociais (Anexo 2).

O terceiro artigo foi aprovado para publicação pela Revista de Direito Sanitário da Universidade de São Paulo, conforme declaração encaminhada por correspondência eletrônica de 14 de maio de 2015, e tem como título “Revisão da bibliografia nacional sobre judicialização da saúde e contribuições da Teoria de Justiça de Norman Daniels” (Anexo3). De acordo com o artigo, a temática judicialização da saúde gera discussão em várias áreas de conhecimento, com contribuições, em especial, de juristas, médicos e gestores públicos. Pela diversidade dos atores envolvidos, a gama de temas tratados é farta. Algumas teses destacam os argumentos positivos da judicialização da saúde, outras defendem a necessidade de estabelecer critérios ou limitações à atuação judicial. Outros estudos, ainda, ressaltam preocupações com as possíveis consequências negativas desse processo. O artigo faz uma revisão bibliográfica e adota o instrumental teórico de Norman Daniels, o qual propõe uma reflexão sobre as necessidades de saúde e o modo como podemos atendê-las, sua importância moral e sua consideração de desigualdade como injusta. A conclusão é de que algumas das teses defendidas no debate nacional não se sustentam perante os dados apresentados. À luz do pensamento

ⁱⁱ Machado TRC. Judicialização da saúde: analisando a audiência pública no Supremo Tribunal Federal. *Rev. Bioét.* [internet] 2014 [acesso em 13 jun. 2015];22(3):561-8. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422014000300020&lng=en&nrm=iso.

de Daniels sobre a teoria da justiça voltada às questões de saúde, extrai-se do debate brasileiro que não há muitos conflitos quanto à importância moral especial do tema; porém, há um silêncio quanto à reflexão sobre quando uma desigualdade de saúde pode ser considerada injusta. Propõe-se, por fim, que a teoria de Daniels acrescenta dois importantes pontos ao debate nacional: a necessidade de abordar os problemas de saúde dentro de uma reflexão maior sobre políticas públicas e a necessidade de que a fixação de limites para o suprimento de demandas de saúde se encaixe em uma política pública que vise melhor atender à população, não sendo uma simples avaliação de custo-benefício (Anexo 4).

PARTE I: INTRODUÇÃO

1.1 Contextualização

A judicialização da saúde no Brasil tem sido tema recorrente em diversas áreas de conhecimento. Juristas, médicos, cientistas políticos e gestores públicos têm visto esse fenômeno como crescente e buscam analisá-lo levantando seus aspectos positivos e negativos. A busca por amparo no Poder Judiciário não é tema exclusivo da área de saúde, mas, por ser esse um assunto de tamanha relevância e expressão numérica e orçamentária, a judicialização nesse caso tem gerado maiores debates.

No âmbito internacional, diversas correntes que lidam com teorias de justiça incluem em suas análises alguma questão envolvendo a saúde, seja para fundamentar a importância ética do tema, seja para examinar a alocação de recursos e a disponibilização de bens sociais. Apesar de não ser especificamente o objeto deste trabalho, a síntese de algumas dessas teorias nos fornecerá uma base importante para a discussão sobre judicialização. As teorias de justiça devem definir quais características do mundo servem de fundamento para julgar decisões e sociedades como justas ou injustas. São trazidos exemplos atuais que relacionam a saúde à noção de capacidade e oportunidade, bem como a clássica análise quanto à justiça distributiva. Nesta introdução, serão abordadas noções gerais de Sridhar Venkatapuram, Amartya Sen, Yvonne Denier e Ronald Dworkin.

No entendimento de Venkatapuram, a saúde deve ser vista não apenas em seu aspecto biológico, mas sim como uma das capacidades humanas, fazendo parte do conjunto de oportunidades e atividades de um indivíduo. Para o referido autor, o foco em bens só protege os funcionamentos de saúde durante alguns períodos no curso da vida. Para Amartya Sen, o fundamental para a ideia de justiça é que podemos ter um forte senso de injustiça com base em fundamentos diferentes, sem, contudo, concordarmos que um fundamento específico seja a razão dominante para o diagnóstico da injustiça. Sua perspectiva focada em realizações também facilita a compreensão de prevenir injustiças manifestas no mundo em vez de buscar o que é perfeitamente justo.

Yvonne Denier indica dois aspectos a serem analisados: o sujeito do acesso e o objeto do acesso. O primeiro aspecto é considerado menos controverso, haja vista que a igualdade de acesso aos bens e serviços de saúde é o parâmetro utilizado. Assim, defende-se de que todos com iguais necessidades médicas terão acesso a iguais recursos

de saúde. A observação a ser feita é que há uma necessidade de identificação inicial de a que produtos de cuidados de saúde os cidadãos devem ter acesso ao longo da vida para saber quais bens e serviços devem ser disponibilizados no sistema de saúde adotado pela sociedade. Finalizando esse aspecto, Denier sustenta que a importância moral dos cuidados de saúde é poder ser auferida pela maneira e na medida em que os cuidados cooperam para a igualdade de todos no que se refere à capacidade.

O segundo ponto, relativo ao objeto de acesso e sintetizado na pergunta “acesso ao quê”, gera o debate a respeito da racionalização de recursos na área de cuidados em saúde. Para a autora, a legitimidade de decisões que utilizem como argumento o racionamento de recursos apenas poderá ser obtida por meio de um processo aberto para o estabelecimento de limites ou para a exclusão de determinados bens ou serviços relativos ao cuidado de saúde. Denier então sugere como uma solução teórica a noção de seguro prudente de Ronald Dworkin para enfrentar a questão da escassez de recursos. Com esse ideal de justiça trazido por Dworkin, seria possível corrigir deficiências de um modelo de assistência à saúde baseado apenas no livre mercado.

Enquanto no cenário internacional percebemos uma forte tendência de justificar eticamente a importância da saúde, em nível nacional verifica-se que essa é uma noção amplamente aceita sem grandes dificuldades ou tentativas de fundamentação. No Brasil, a importância da saúde é uma afirmativa dada juridicamente e bem recebida pelos operadores e pensadores. No âmbito jurídico brasileiro, a saúde é protegida pelo ordenamento constitucional como um direito fundamental garantido a todos os indivíduos que se encontram no território nacional. O artigo 196 inicia a seção com a afirmativa de que *“a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”*.¹ Diante dessa previsão constitucional, o Poder Judiciário brasileiro tem sido cada vez mais demandado por garantir a efetivação desse direito, gerando uma série de discussões a respeito da adequação da via, dos limites a serem impostos ao próprio direito e da melhor forma de utilização dos recursos públicos.

O Supremo Tribunal Federal (STF), órgão máximo do Poder Judiciário, utilizou-se da ferramenta audiência pública. O debate livre e participativo dos diversos setores envolvidos — médicos, gestores públicos, acadêmicos e usuários do Sistema Único de Saúde (SUS) — permite que entendimentos diferentes, muitas vezes conflitantes, sejam defendidos e analisados no intuito de possibilitar reflexão conjunta sobre determinado tema, com transparência e legitimidade. Inicialmente convocada apenas para 27 e 28 de

abril de 2009, a audiência pública sobre judicialização da saúde no SUS ocorreu em 27, 28 e 29 de abril e em 4, 6 e 7 de maio de 2009. Foi uma experiência importante para o debate democrático a respeito do direito à saúde, com a presença de gestores públicos, profissionais da área médica, juristas, professores e usuários do SUS. Entretanto, a discussão concentrou-se em três assuntos principais: a dispensação de medicamentos; a alocação de recursos; e a função e interligação entre os três poderes.

A judicialização da saúde é um tema constante na literatura nacional, não só na área jurídica como também na área da saúde; portanto, leva a uma extensa gama de material a ser analisado. Essa variedade de visões e documentos justificou a realização, nesta pesquisa, de um levantamento bibliográfico nacional, que não ratificou algumas das teses defendidas na audiência pública. Verificou-se, ainda, se as afirmações trazidas na audiência mantinham coerência com os dados empíricos apresentados e qual era o alcance desses dados em um território tão vasto como o Brasil. Para tanto, foi proposto um estudo de caso. Esse estudo consistiu em um levantamento feito na 2ª Vara de Fazenda Pública Privativa do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), cuja atribuição é julgar os feitos em que o Distrito Federal figura como parte interessada. O DF conta com oito varas de Fazenda Pública, e a distribuição dos processos ocorre de maneira aleatória entre as unidades. A análise dos dados cobriu o período de maio de 2005, data do primeiro processo sobre saúde que alcançou a vara, a setembro de 2010, quando se deu início ao trabalho de campo. A pesquisa em profundidade foi realizada no universo de 385 processos, o que corresponde a 87% dos processos sobre o tema da saúde julgados pela 2ª Vara de Fazenda Pública Privativa do TJDFT no período de 2005 a 2010.

O estudo de caso trouxe importantes informações a respeito da judicialização da saúde: (i) 89% dos processos levantados concentram-se nos 3 (três) últimos anos da pesquisa (2007-2010); (ii) a faixa etária dos demandantes varia de recém-nascidos a idosos acima de 80 (oitenta) anos; (iii) 85% dos processos têm origem em receituário da rede pública de saúde e 95% advêm da defensoria pública; (iv) 7% dos demandantes comprovam renda na petição inicial e, desses, 70% atestam renda inferior a R\$ 999,00; (v) 66% das ações têm como pedido a internação em uma vaga em UTI na rede privada de saúde e apenas 15% dos processos demandam a aquisição de medicamentos; (vi) há uma concentração do diagnóstico em doenças de caráter agudo, representando 78% dos casos; (vii) 95% dos processos utilizam o argumento do direito à saúde como fundamentação, seguido de risco de vida e risco de dano irreparável ou de difícil reparação (76% e 52%); (viii) em 70% dos casos, a decisão liminar é favorável ao

requerente, e a negativa ocorre em apenas 8% dos processos; (ix) em 38% das negativas, a decisão judicial baseia-se na ausência de documentos que comprovem a urgência da solicitação, e somente em 2 casos (6%) é utilizado o argumento de custo do medicamento e/ou reserva do possível para não conceder a liminar.

Todos esses dados, apesar de *per si* já trazerem elementos importantes para reflexão, devem ser analisados à luz de teorias e ponderações que possibilitem propor caminhos e ações no tocante ao tema estudado. Ao falar em limites orçamentários, alocação de recursos públicos e alto custo de determinados procedimentos e bens, surgem ponderações sobre sopesamento de direitos, essencialidade dos pedidos e políticas públicas eficazes.

No que se refere ao instrumental teórico, inicia-se com a noção de casos difíceis sob a concepção de Dworkin. O Poder Judiciário enfrenta questões que exigem uma interpretação mais complexa do sistema jurídico. A doutrina americana denomina esses casos como *hard cases*, para os quais a simples subsunção de uma regra não é admissível, pois há diversas soluções legais possíveis ou mesmo casos em que nenhuma solução parece encontrar amparo do sistema normativo. As reflexões de Dworkin sobre os casos difíceis levam à conclusão de que, mesmo neles, utilizando os princípios como parâmetro, pode-se obter uma única resposta correta para a lide proposta.

Outro ponto que demanda uma análise teórica é a questão da necessidade. Para tanto, serão utilizadas algumas considerações de Nancy Fraser, que propõe em seus estudos questões relacionadas a reconhecimento, necessidades e participação. Um primeiro reconhecimento necessário para sua teoria de justiça relaciona-se com as demandas por igualdade social e reconhecimento da diferença. Esse reconhecimento é considerado como solução para a injustiça social e não para o atendimento de uma necessidade humana comum.²⁵ As perguntas colocadas são sobre o que deve ser arcado com recursos públicos, quais são as necessidades dos grupos sociais, quem as define e, por fim, se as políticas sociais adotadas atendem a essas necessidades.²⁶

A teoria de Norman Daniels aborda três fatores importantes. Primeiro, qual é a importância moral especial da saúde. Segundo, quando uma desigualdade de saúde pode ser considerada injusta. E terceiro, como podemos atender às necessidades de saúde se não conseguimos atender a todas as necessidades.²⁷ Daniels ressalta que mesmo pessoas razoáveis podem discordar sobre o peso de cada necessidade listada e sobre a forma de gerir os recursos escassos. Parte-se então para a busca de um procedimento justo de decisão sobre a alocação de recursos quando não há consenso sobre as disputas. Algumas condições são imprescindíveis, por exemplo: publicidade de justificativas,

possibilidade de revisão das mesmas em razão de novos argumentos, responsabilização dos decisores pela razoabilidade de suas decisões e garantia de que esses requisitos são uniformemente aplicados.²⁷ Daniels afirma a importância de demonstrar que as limitações de acesso a bens ou serviços se enquadram em uma política pública estabelecida de modo a satisfazer as necessidades de saúde de sua população em um contexto de restrições orçamentárias.²⁸

Conclusivamente, enquadramos o tema da judicialização da saúde como um *caso difícil*. Não há uma saída simples. Não temos espaço atualmente para negar a possibilidade de que demandas sociais sejam analisadas e efetivadas pelo Poder Judiciário, mas ao mesmo tempo temos a obrigação de analisar as críticas quanto ao limite e à necessidade de regramento para essa atuação. Essa solução demandará uma reflexão democrática sobre o papel dos três poderes e sobre a construção e implementação das políticas públicas, especialmente quando envolverem bens tão essenciais como a saúde. Há que ser feita também uma reflexão ética sobre o conceito de necessidade, sobre o que deve ser garantido com recursos públicos e sobre que grau de priorização a sociedade brasileira espera ver refletida nas ações governamentais. Todo esse caminho, apesar de árduo, é possível de ser trilhado desde que sejam conjugados esforços no sentido de discutir, organizar, pensar e propor alternativas de financiamento público para a área de saúde que vão além da negativa por uma mera repetição de argumentos orçamentários. A crescente judicialização da saúde deve ser vista como uma demanda social a ser enfrentada pelos gestores públicos, a quem cabe a resposta mais coerente com o ordenamento jurídico vigente, as necessidades sociais e a disponibilidade orçamentária.

1.2 Metodologia

Conforme já relatado, esta tese será apresentada na forma de três artigos, com o acréscimo de uma conclusão que sistematizará os resultados. A metodologia adotada será específica para cada artigo. A intenção geral é identificar os argumentos propostos no debate internacional e, em especial, no contexto nacional sobre judicialização da saúde, bem como verificar sua sustentação ética, por meio da análise das teses existentes sobre justiça distributiva, e fática, por meio de estudos empíricos. O primeiro artigo abordará noções sobre algumas das teorias de justiça relacionadas à saúde. O segundo fornecerá um panorama sobre a judicialização da saúde no nosso país, buscando as falas constantes da audiência pública convocada pelo STF e da bibliografia nacional levantada. Ainda nesse artigo, será empreendido um estudo de caso com o intuito de verificar se as teses defendidas encontram respaldo empírico. O terceiro artigo oferecerá o instrumental teórico necessário à discussão do tema quanto a três aspectos: a teoria dos casos difíceis, a saúde como um caso difícil que diferenciará as noções de necessidade e custo dispendioso e a análise do caso brasileiro como uma necessidade, um custo dispendioso ou um reflexo da desorganização da política.

O primeiro artigo trará o levantamento de dados feito na 2ª Vara de Fazenda Pública Privativa do TJDF, analisando processos de maio de 2005, quando houve a primeira ação sobre saúde dentro da 2ª Vara, até setembro de 2010, quando foi iniciado o trabalho de campo. A distribuição de processos ocorre de maneira aleatória entre as oito varas de fazenda pública do Distrito Federal. Foi conduzido um estudo exploratório, descritivo e longitudinal, com uso de técnicas mistas de levantamento e análise dos dados por estudo de caso no Distrito Federal. Dos 533 processos cuja distribuição indicava o tema saúde, foram eliminados 90 por erro de indexação e não foi possível a análise de 58 por razões diversas, sendo as mais comuns a posse do processo pelo advogado, a tramitação em regime de urgência ou a análise pelo Ministério Público. Ao final, foram estudados 385 processos, o que corresponde a 87% dos casos de judicialização da saúde entre 2005 e 2010 que alcançaram a 2ª Vara. Por serem processos públicos, não houve necessidade de submeter o projeto de pesquisa à revisão por um comitê de ética em pesquisa vinculado ao Sistema CEP/Conep.

O segundo objeto de identificação das discussões e de redação de artigo foi a audiência pública convocada em 2009 pelo presidente do STF à época, ministro Gilmar Mendes, para subsidiar o julgamento de processos que discutiam a concretização do

direito à saúde (art. 196 da Constituição Federal) por meio do oferecimento de medicação e tratamento pelo Poder Público. Foram analisados os documentos disponibilizados pelo tribunal: (i) a ata de convocação da audiência, (ii) a relação de habilitados, (iii) as notas taquigráficas das manifestações, (iv) a listagem da legislação considerada como correlata ao tema, (v) a bibliografia e jurisprudência e (vi) a relação das contribuições da sociedade civil.

O terceiro artigo focará na pesquisa bibliográfica. Foi feito um levantamento da literatura nacional buscando a identificação dos discursos e das teses mais frequentemente adotadas. Os artigos científicos constituíram uma importante fonte de pesquisa, haja vista que, pela atualidade do tema, ainda não há uma bibliografia consolidada. A bibliografia pesquisada versa, principalmente, sobre judicialização, alocação de recursos e justiça distributiva. Foram buscados artigos de periódicos científicos, teses e dissertações em bases de dados nacionais e internacionais utilizando como palavras-chave: judicialização, direito à saúde, serviço público de saúde, orçamento público e alocação de recursos. Foram obtidos 235 documentos, entre eles 55 artigos internacionais, 168 artigos nacionais e 12 teses ou dissertações que, de alguma forma, tratam do tema saúde e judicialização. As teses encontradas na literatura nacional foram estudadas buscando, principalmente, seu embasamento empírico, com o intuito de verificar se os argumentos levantados no debate brasileiro encontram amparo em dados.

PARTE II: INSTRUMENTAL TEÓRICO

2.1 A importância ética da saúde na literatura internacional

A literatura internacional inicia a reflexão ética sobre o tema serviços em saúde e a utilização de gastos nessa área com a discussão a respeito da importância ética do próprio direito ou acesso aos bens e serviços de saúde. A saúde é tema de diversas teorias de justiça. Há uma preocupação prévia em colocar esse tema como constante de lista de prioridades ou objetivos sociais a serem buscados pelos poderes públicos. Como consequência são discutidos também parâmetros e critérios de alocação de recursos públicos nessa área. No âmbito nacional, a importância do tema saúde é tida como uma premissa já aceita sem grandes considerações ou justificativas sobre a relevância desse tema dentro dos anseios sociais. A problemática interna lida mais com as questões alocativas.

Um dos objetivos das teorias de justiça, em breve síntese, é avaliar ações, conceitos e políticas sociais como justas ou não. No âmbito dessa tese, serão trazidas considerações gerais de pensamentos de Sridhar Venkatapuram, Amartya Sen, Yvonne Denier e Ronald Dworkin, os quais relacionam a saúde à noção de capacidade, oportunidade, responsabilidade e a clássica análise quanto à justiça distributiva.

Um dos argumentos da literatura internacional quanto à importância de discutir eticamente o tema saúde é centrado na questão da capacidade. Nesse sentido, Sridhar Venkatapuram entende que a capacidade de ser saudável é relacionada à concepção mínima de vida humana completa.²⁹ Ele cita a teoria das capacidades de Martha Nussbaum e afirma que o indivíduo que apresenta as dez capacidades humanas centrais sugeridas pela autora detém uma vida plena de atividades e oportunidades. A saúde deve ser entendida não apenas em seu aspecto biológico, mas como uma das capacidades humanas, fazendo parte do conjunto de oportunidades e atividades de um indivíduo. O autor propõe uma mudança na própria concepção de saúde. A saúde humana vista como recurso e fundamentada no respeito pelos direitos humanos, na dignidade e na igualdade tem mais coerência e é mais adequada para avaliar os aspectos empíricos da mortalidade humana e da deficiência que o entendimento comum da saúde como ausência de doença ou como bem-estar total.

A concepção da saúde humana que Venkatapuram considera coerente é entendida como capaz de alcançar determinados objetivos vitais para adquirir e exercer um conjunto de

capacidades e funcionamentos fundamentais em uma vida de atividade e oportunidade que proporcionam a dignidade do ser humano. Essa concepção permite o alijamento do foco estreito em desigualdades de funcionamentos biológicos, preservando a demarcação entre a saúde e o bem-estar completo, relacionado com os planos de vida na sociedade contemporânea e global. O autor acrescenta ainda a observação de que não é possível a exclusão total da subjetividade nessa conceituação, ou seja, a saúde de uma pessoa não pode ser avaliada sem qualquer consideração de como o indivíduo se sente sobre seus próprios funcionamentos.

Uma crítica apresentada pelo autor refere-se ao fato de a maioria das discussões sobre justiça na área da saúde serem centradas na distribuição de serviços de saúde, estendendo-se, às vezes, para o fornecimento de bens como saneamento, água potável ou segurança alimentar. No entendimento de Venkatapuram, o foco em bens só protege os funcionamentos de saúde durante alguns períodos no curso da vida. Os indivíduos necessitam de autonomia tanto para afastar ameaças físicas evitáveis como para buscar recursos para alcançar, manter, proteger e restaurar sua saúde física e seus funcionamentos mentais. Essa necessidade de um mix de bens materiais e de condições sociais de apoio para a autonomia se reflete no modelo causal da capacidade humana. A alegação para a base social das capacidades humanas vai além da busca por um conjunto de direitos positivos, apesar de ser clara a necessidade de ações positivas nesse sentido.

Na abordagem da teoria das capacidades, da qual Amartya Sen também faz parte, as possibilidades do ser humano, e não apenas recursos e sua distribuição, são o fator de destaque. A vantagem individual é julgada pela capacidade de uma pessoa de fazer coisas que ela valoriza. O conceito de capacidade, portanto, liga-se intimamente à oportunidade da liberdade. A abordagem da capacidade, segundo Sen, está particularmente interessada em transferir esse foco sobre os meios para a oportunidade de satisfazer os fins e a liberdade substantiva para realizar esses fins arazoados. Sen inicia sua abordagem de teoria de justiça trazendo elementos de John Rawls, em especial, a noção de equidade baseada na exigência de imparcialidade.

A equidade na saúde deve ser encarada de forma mais ampla, abrangendo questões gerais de equidade e justiça, como arranjos sociais e alocações econômicas, e valorizando adequadamente o papel da saúde na vida humana. A equidade na saúde, nessa visão, não se restringe à distribuição da saúde, muito menos aos cuidados de saúde.³⁰ O primeiro aspecto diferencial é que a saúde é uma das condições mais importantes da vida humana e um elemento significativo das capacidades humanas. Sendo a falta de oportunidades um fator que

Sen considera como injustiça, a equidade na realização e distribuição da saúde é por ele incorporada em sua teoria. O autor defende ainda que a equidade na saúde não pode se preocupar apenas com a desigualdade de saúde ou os cuidados de saúde, devendo levar em conta a forma como a alocação de recursos e os arranjos sociais são tratados. Para Sen, o fundamental para a ideia de justiça é que podemos ter um forte senso de injustiça com base em fundamentos diferentes, sem, contudo, concordarmos que um fundamento específico seja a razão dominante para o diagnóstico da injustiça. Sua perspectiva focada em realizações também facilita a compreensão de prevenir injustiças manifestas no mundo em vez de buscar o que é perfeitamente justo.

Outra proposta teórica sobre o tema saúde pode ser encontrada em Yvonne Denier.³¹ A autora ressalta que o seu objetivo é explorar a ideia de cuidados de saúde como parte da estrutura básica da sociedade liberal contemporânea, isto é, como parte da estrutura que afeta profundamente as perspectivas e oportunidades de vida das pessoas. No capítulo final de seu livro, ela faz um balanço e propõe um quadro crítico juntando as várias propostas para a criação de limites aos cuidados de saúde e para as estratégias de definição de prioridades. Levanta que o debate atual na área de cuidados de saúde envolve quatro temas principais: acesso aos cuidados, racionamento e definição de prioridades, responsabilidade e cuidados de longo prazo.

No tocante à responsabilidade, Denier salienta três elementos. Em primeiro lugar, considera a responsabilidade pessoal como valor importante, haja vista que o comportamento das pessoas gera efeitos sobre sua saúde, não devendo a sociedade hesitar em sublinhar a importância do comportamento de saúde sensível. No entanto, em nome da igualdade justa de oportunidades, a sociedade deve continuar voltada para o futuro, tanto no fornecimento de incentivos para evitar comportamentos de risco como na oferta de ajuda médica. O mesmo vale, em segundo lugar, para a partilha de custos. É justo exigir mais prêmios ou impostos das pessoas que se envolvem em determinadas ações de risco que resultam em necessidades médicas mais caras. Em terceiro lugar, é injusto recusar atendimento a uma pessoa em necessidade, mesmo que seja claro que essa pessoa foi responsável por sua condição. Contribuir para a igualdade de oportunidades deve continuar a ser uma das metas morais fundamentais dos cuidados de saúde, pois só assim pode o direito humano básico de cuidados de saúde ser verdadeiramente inviolável.

Para a questão de acesso, a autora propõe dois subtemas: acesso para quem e ao quê. A primeira questão considera mais fácil e defende a igualdade de acesso para qualquer pessoa com a mesma necessidade médica. No que se refere ao questionamento de acesso, Denier

acredita que é preciso, de alguma forma, identificar os produtos de cuidados de saúde a que todos os cidadãos devem ter acesso efetivo ao longo da vida. Considera que a importância moral dos cuidados de saúde é expressa pela maneira na qual e na medida em que ela contribui para a igualdade para todos no espaço das relevantes capacidades. A pergunta acesso ao quê leva à discussão sobre racionalização de recursos na área de cuidados em saúde. A fim de garantir a legitimidade do racionamento de decisões, eles devem ser o resultado de um processo aberto para o estabelecimento de limites ou o racionamento de cuidados. E propõe como fundamento teórico substantivo para lidar com a escassez de recursos a noção de seguro prudente de Ronald Dworkin.

Em uma análise da situação da saúde pública, Dworkin compara o gasto de saúde nos Estados Unidos, considerado alto, com o de outros países no intuito de verificar quanto um país deve investir nessa área.³² Ele ressalta o caráter excludente da assistência médica em seu país e propõe a questão sobre que nível de assistência médica deve ser propiciado a todos. Dworkin expõe a proposta de plano de saúde de Bill Clinton, que previa um mínimo disponível a todos e excluía alguns procedimentos, entre eles, as cirurgias estéticas. Um ponto crítico do projeto é sua abstração da assistência médica tida como necessária e apropriada, fator de determinação pelo Conselho Nacional de Saúde. Como seria o processo de decisão desse órgão sobre a correta alocação dos recursos é objeto também de questionamento.

Um contraponto à necessidade de racionamento foca na eliminação dos desperdícios e da ganância, ligados a fatores como custos administrativos e altos salários dos profissionais médicos. Mas o autor apresenta a dificuldade hoje posta quanto à quantidade de novos tratamentos, muitos com custos altíssimos. Nesse contexto, surge a tese de custo x benefício desses novos procedimentos. Mas a questão da justiça não pode ser evitada e, na visão proposta, seria injusto restringir um tratamento médico sob o argumento de “alto custo”.

Dworkin traz então o princípio do resgate, que abrange as noções (i) de que vida e saúde são os bens mais importantes e devem prevalecer sobre os demais e (ii) de que a distribuição da assistência médica deve ser feita de forma equânime. A crítica a esse princípio refere-se à sua falta de aplicabilidade, tendo em vista que não é capaz de responder aos questionamentos propostos atualmente. Mas tem como ponto forte a visão de que a assistência médica não deve ser distribuída da forma atual, fundamentando-se no dinheiro, e sim segundo a necessidade. Porém, ainda não há a precisão necessária para resolver os conflitos postos.

Um dos problemas atuais dos Estados Unidos levantado pelo autor relaciona-se com a desvinculação entre o pagador dos custos (seguro-saúde) e o detentor do poder de escolha dos procedimentos (médicos e pacientes). O texto propõe que o seguro-saúde torna os pacientes

insensíveis ao custo no momento de decisão e que o verdadeiro preço do seguro é subsidiado pelo país. O pagamento pela pessoa apenas se dá a longo prazo, indireta e insensatamente, o que torna as despesas irracionais. Uma das alternativas a esse problema seria deixar que o mercado livre dominasse a assistência médica. Tal proposta, no entanto, é inaceitável para Dworkin, porque: (i) a injustiça na distribuição da riqueza levaria à impossibilidade do mínimo na saúde para boa parte das pessoas; (ii) haveria insuficiência de informação para que a escolha das pessoas fosse racional; (iii) seria aberta a possibilidade de discriminação e marginalização de pessoas com histórico de saúde ruim.

Para corrigir essas três deficiências, o autor aponta para um ideal de justiça chamado de “seguro prudente”. Após essa correção, que é grande, mas não impossível na visão ora analisada, a sociedade chegaria à quantia moralmente apropriada para o gasto com a assistência médica e à distribuição justa dessa assistência. Esses parâmetros de uma sociedade perfeita nos levariam a algumas diretrizes úteis para aplicação em uma sociedade imperfeita e injusta como a atual. O seguro prudente como ideal de justiça abstrata na assistência médica admite certos limites na cobertura universal, não como transigências, mas como exigências da justiça.

As decisões a respeito da distribuição de assistência médica deveriam ser baseadas nas melhores e mais recentes documentações médicas e passariam por constantes reformulações, sendo orientadas pelo padrão de prudência individual. O princípio do seguro prudente equilibra o valor estimado do tratamento médico com outros bens e riscos. O teste do seguro prudente pergunta como as pessoas gastariam com a própria assistência; além disso, insiste que a nação deveria gastar tanto quanto o indivíduo e que devemos usar a despesa agregada para garantir que todos tenham o que teríamos indivíduos estariam dispostos a arcar individualmente. Traz ainda a importância da consulta à opinião pública antes da tomada de decisão de racionamento.

O último argumento apresentado busca rebater a crítica de paternalismo de um plano geral no âmbito da assistência à saúde. Na visão de Dworkin, a comunidade comprometida com a igualdade de recursos incentiva os princípios adequados da responsabilidade individual e aceita a intervenção do governo para propiciar as circunstâncias que respeitem os juízos pessoais de necessidade e valor que os cidadãos tenham formulado nas condições adequadas, no exercício dessa responsabilidade.

As teorias, aqui apresentadas de forma sucinta, demonstram que a discussão sobre o direito à saúde ou a bens e serviços de assistência à saúde assume eticamente um papel de destaque na literatura internacional, sendo a alocação de recursos para essa área objeto de

profundas análises e propostas. Não se trata, portanto, de uma discussão meramente jurídica sobre a efetividade de um direito programático previsto na Constituição Federal de 1988, mas sim da busca pela plena realização do ser humano, por meio de um bem essencial e vinculado diretamente à capacidade, oportunidade e liberdade do indivíduo, devendo, portanto, ser objeto de políticas públicas eficazes.

2.2 A judicialização no Brasil

A saúde é protegida pelo ordenamento constitucional brasileiro como um direito fundamental garantido a todos os indivíduos que se encontram no território nacional. A palavra “saúde” é expressa 55 vezes ao longo da Constituição Federal de 1988, sendo inclusive objeto de uma seção composta por cinco artigos (Título VIII: Da Ordem Social; Capítulo II: Da Seguridade Social; Seção II: Da Saúde). Cabe, neste estudo, uma breve exposição dos principais artigos constitucionais a respeito da temática saúde.

O artigo 196 inicia a seção com a afirmativa de que *“a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”*.¹ O direito à própria saúde é uma inovação no texto nacional. Nos textos constitucionais, apenas 24 países estabelecem a saúde como direito.ⁱ As Constituições asseguram o direito a serviços ou cuidados de saúde em 47 países,ⁱⁱ garantem o acesso dos cidadãos à saúde em 3 países,ⁱⁱⁱ tratam dos direitos de proteção e promoção à saúde em 24 países^{iv} e fazem previsões sobre a saúde pública e seu funcionamento em 43 países.^v

O artigo 197 expressamente prevê a relevância pública das ações e dos serviços de saúde, estabelecendo ainda que cabe *“ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”*.¹ Esse reconhecimento, em âmbito constitucional, da importância social da saúde é um dos aspectos que será ressaltado posteriormente nesta tese. No debate brasileiro, não temos conflitos quanto à aceitação jurídica e ética da importância moral do direito à saúde.

O SUS é previsto, no artigo 198, como uma rede regionalizada e hierarquizada para a prestação de ações e serviços públicos de saúde, à luz das 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; e (iii) participação da comunidade. Os parágrafos desse artigo preveem o financiamento do SUS e percentuais mínimos a serem aplicados por todos os entes da Federação na área de saúde. Frise-se que, segundo o § 3º, é imperiosa a reavaliação, por meio de lei complementar, dos seguintes pontos: (i) percentuais de aplicação obrigatória; (ii) critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde e destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e

dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais; e (iii) normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal.

Após algumas previsões expressas no artigo 199 sobre a participação privada na assistência à saúde, o artigo seguinte, de número 200, retoma o tema SUS, elencando uma série, não exaustiva, de atribuições: (i) controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; (ii) executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; (iii) ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; (iv) participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; (v) incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação; (vi) fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; (vii) participar do controle e da fiscalização da produção, do transporte, da guarda e da utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; e (viii) colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Além da larga normatização constitucional, o SUS foi objeto de regulamentação por diversos dispositivos. Em nível legal, citam-se as Leis de nº 8.080, de 19 de setembro de 1990,^{vi} e de nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990.^{vii} Como norma regulamentar, temos o Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011, que trata da regulamentação da Lei nº 8.080/1990. E, em nível infralegal, temos as Portarias nº 2.203, de 1996,^{viii} e 373, de 2002,^{ix} e a Resolução nº 399, de 2006.^x

Ligia Bahia, Nilson Costa e Cornelis van Stralen ressaltam que a participação política inicialmente observada no movimento sanitário brasileiro pós-abertura política deu espaço à centralização das decisões no Poder Executivo, inclusive na proposição de textos legais, que muitas vezes focaliza as discussões em aspectos meramente burocráticos e administrativos da organização dos serviços de saúde.² Nesse cenário inicialmente positivo de normatização, surge a necessidade de controle dessa concentração em apenas um dos poderes republicanos. A atuação judicial traz então, para esses autores, uma gama de aspectos mais abrangentes (apesar de ainda muito focados no custo da dispensação de medicamentos), como participação e controle social; melhoria do SUS e democratização das relações entre seus atores; e necessidade de rediscussão da competência e autonomia dos entes federativos na área da saúde, em especial dos municípios e estados.

Para Luiz Vianna, Marcelo Burgos e Paula Salles, o contexto internacional decorrente da Segunda Guerra Mundial e do Estado social gerou, entre outros efeitos nos sistemas jurídicos, questionamentos sobre a inércia do Poder Judiciário e aumento da presença judicial em aspectos sociais e políticos.³³ Essa atuação do Judiciário na efetivação de direitos e na implementação de políticas públicas é conhecida como judicialização. A influência do contexto mundial, combinada com a promulgação da Constituição de 1988, tornou a judicialização no Brasil mais frequente a partir da década de 1990.³⁴

Luís Roberto Barroso entende que o processo de constitucionalização decorre da irradiação de valores constitucionais pelo sistema jurídico e pelas relações sociais. Consequência desse processo é a jurisdição constitucional, que abrange a aplicação direta da Constituição a determinadas questões. No Brasil, a jurisdição constitucional é exercida de forma ampla, desde os juízes estaduais aos ministros do STF. Como razões para a expressiva judicialização das questões políticas, o autor levanta a constitucionalização, o aumento da demanda por justiça e a ascensão institucional do Judiciário.³⁵ Nesse contexto jurídico e social, ganhou importância o STF, órgão máximo do Judiciário brasileiro, que recebeu, com a Constituição de 1988, a função de guarda do texto constitucional,^{xi} afirmando inclusive a adequação constitucional de lei ou ato normativo federal ou estadual por meio das ações declaratórias de constitucionalidade (ADC) e ações diretas de inconstitucionalidade (Adin). Entre outros mecanismos processuais de decisão, surgiu a figura das audiências públicas.

A audiência pública é coerente com a visão democrática de Estado, na qual a voz dos cidadãos deve ser considerada quando da tomada de decisão. O debate livre e participativo dos diversos setores envolvidos permite que entendimentos diferentes, muitas vezes conflitantes, sejam defendidos e analisados no intuito de possibilitar reflexão conjunta sobre determinado tema, com transparência e legitimidade. O ajuntamento entre a argumentação pública e as demandas de decisões sociais participativas é basilar não apenas para o desafio prático de tornar a democracia mais efetiva como também para o embasamento de uma ideia de justiça social nas exigências da escolha social e da equidade.³⁶

Essa prática, regulamentada pela Lei nº 8.625/93, é comumente adotada no Ministério Público por meio da convocação constante da participação popular em audiências públicas em assuntos correlatos à sua atuação.³⁷ A Lei nº 9.784/99, a qual regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, prevê a audiência pública como instrumento a ser utilizado na tomada de decisões no âmbito federal.³⁸ As primeiras normas que trouxeram o instituto ao Poder Judiciário brasileiro foram as Leis nº 9.868/99 e nº 9.882/99. Aquela dispõe

sobre o processo e o julgamento da Adin e da ADC perante o STF, e esta trata do processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

Segundo informações constantes do sítio eletrônico do STF, a primeira audiência pública realizada pelo tribunal ocorreu em 20 de abril de 2007 e foi convocada pelo ministro Ayres Britto, na função de relator da Adin nº 3.510, que impugnava dispositivos da Lei nº 1.105/2005, a Lei de Biossegurança.^{xii} Entretanto, a regulamentação do instituto ocorreu apenas em 2009, com a Emenda Regimental 29/2009. Nessa regulamentação, consta a previsão do procedimento a ser adotado. Não é necessária a inscrição para assistir à audiência pública e, no STF, o número de espectadores é limitado à capacidade do local. Há ainda a obrigatoriedade de que a audiência seja transmitida pela TV Justiça e pela Rádio Justiça.^{xiii} Cabe ao ministro que presidir a audiência selecionar as pessoas que serão ouvidas, divulgar a lista dos habilitados, determinar a ordem dos trabalhos e fixar o tempo de que cada um disporá para se manifestar (art. 154, parágrafo único, III, do RISTF).³⁹ O objetivo da audiência pública é esclarecer questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante, debatidas no âmbito do tribunal. Busca-se ouvir pessoas com experiência e autoridade na matéria analisada pelo STF e especialistas em questões técnicas, científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas (artigos 13, XVII, e 21, XVII, do RISTF).^{xiv}

Constam no sítio eletrônico do STF dezesseis audiências realizadas até o momento de redação desta tese, tendo como temas: (i) pesquisas com células-tronco embrionárias (20/4/2007); (ii) importação de pneus usados (27/6/2008); (iii) interrupção de gravidez — feto anencéfalo (26 e 28/8/2008 e 4 e 16/9/2008); (iv) políticas de ação afirmativa de acesso ao ensino superior (3, 4 e 5/3/2010); (v) lei seca — proibição da venda de bebidas alcoólicas nas proximidades de rodovias (7 e 14/5/2012); (vi) proibição do uso de amianto (24 e 31/8/2012); (vii) novo marco regulatório para a TV por assinatura no Brasil (18 e 25/2/2013); (viii) campo eletromagnético de linhas de transmissão de energia (6, 7 e 8/3/2013); (ix) queimadas em canaviais (22/4/2013); (x) regime prisional (27 e 28/5/2013); (xi) judicialização do direito à saúde (27, 28 e 29/4/2009 e 4, 6 e 7/5/2009); (xii) financiamento de campanhas eleitorais (17 e 24/6/2013); (xiii) biografias não autorizadas (21 e 22/11/2013); (xiv) Programa Mais Médicos (25 e 26/11/2013); (xv) alterações no marco regulatório da gestão coletiva de direitos autorais no Brasil (17/3/2014); e (xvi) internação hospitalar com diferença de classe no SUS (26/5/2014).

2.1.1 Audiência pública do Supremo Tribunal Federal sobre judicialização da saúde

Inicialmente convocada apenas para 27 e 28 de abril de 2009, a audiência pública sobre judicialização da saúde ocorreu no STF de 27 a 29 de abril e em 4, 6 e 7 de maio de 2009. O presidente do STF, ministro Gilmar Mendes, iniciou as discussões ressaltando a importância do tema e da realização daquela audiência pública, a primeira após a regulamentação da Emenda Regimental 29. Segundo ele, a intenção era dar voz às pessoas com experiência e autoridade no tópico SUS e, com a participação dos diversos setores da sociedade, buscar soluções para os problemas da saúde e sua judicialização. Para o presidente do STF, outra justificativa para a audiência era a amplitude do tema, pois todos são afetados pelas decisões judiciais que buscam a efetivação do direito à saúde; além disso, a judicialização dos direitos à saúde ganhava tamanha importância prática porque envolvia não só os operadores do direito como também os gestores públicos, os profissionais da área e a sociedade civil. O relator informou que a presidência do STF havia recebido mais de cento e quarenta pedidos de participação. Quanto às consequências jurídicas das discussões, ressaltou que as considerações apresentadas poderiam ser utilizadas de forma geral pelos diversos órgãos do Poder Judiciário e para a instrução de qualquer processo no STF. O ministro elencou então alguns dos processos que envolveram questões relativas à eficácia do artigo 196 da Constituição Federal naquele tribunal:

(i) Agravo Regimental de Suspensão de Tutela Antecipada nº 223, sobre procedimento experimental não aprovado por órgão regulador, no qual o Plenário manteve a decisão que determinou o pagamento das despesas pelo estado de Pernambuco mesmo sem a aprovação do procedimento;

(ii) Pedido de Suspensão de Liminar nº 228, no qual foi necessário sopesar o direito dos cidadãos às vagas nas unidades de tratamento intensivo (UTIs) e as consequências para a ordem pública da decisão que determinava suas instalações — a decisão manteve a determinação de que a União, o estado do Ceará e o município de Sobral transferissem todos os pacientes necessitados de atendimento em UTI para hospitais públicos ou particulares e iniciassem as ações tendentes à instalação e ao funcionamento de dez leitos adultos, dez leitos neonatais e dez leitos pediátricos. A medida baseava-se no descumprimento da Portaria nº 1.101, de 2002, do Ministério da Saúde, que fixava o número de leitos por habitantes. O

STF apenas suspendeu a multa diária fixada no valor de dez mil reais, mantendo-se a decisão liminar nos seus demais termos;

(iii) Suspensão da Tutela Antecipada nº 198, cuja decisão indeferiu o pleito do estado do Paraná para suspender os efeitos de decisão que determinara o fornecimento de medicamento em mais de 1 milhão de reais anuais a uma criança portadora de doença genética rara e degenerativa. O medicamento, segundo os atestados médicos, era a única esperança de melhora para o paciente, e a suspensão do tratamento poderia comprometer seu desenvolvimento físico;

(iv) Suspensão da Tutela Antecipada nº 268, em que se indeferiu o pedido do município de Igrejinha (RS), que era obrigado a fornecer medicamento constante da lista do SUS, mas indisponível na farmácia municipal.

Ao finalizar a abertura da sessão, foram postas algumas perguntas: quais são as consequências práticas do reconhecimento da responsabilidade solidária, na qual todos — União, estados e municípios — são considerados responsáveis por fornecer determinado bem ou serviço em matéria de saúde para a estrutura do sistema e para as finanças públicas? Em relação à própria gestão do SUS e ao princípio da universalidade do sistema, prescrições de medicamentos prescritas por prestadores de serviço privados de saúde podem subsidiar ações judiciais? Ou deve ser exigido que a prescrição seja feita por médico credenciado no SUS e que o processo judicial seja precedido por pedido administrativo? Quanto ao princípio da integralidade do sistema, importa analisar as consequências do fornecimento de medicamentos e insumos sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) ou não indicados pelos protocolos e pelas diretrizes terapêuticas do SUS? Por que os medicamentos prescritos ainda não se encontram registrados? Haverá um descompasso entre as inovações da medicina e a elaboração dos protocolos e das diretrizes terapêuticas? Há realmente eficácia terapêutica nos medicamentos não padronizados que vêm sendo concedidos pelo Poder Judiciário? Esses medicamentos possuem equivalentes terapêuticos oferecidos pelo SUS, capazes de tratar adequadamente os pacientes? Há resistência terapêutica aos medicamentos padronizados? Por que muitas vezes os próprios profissionais de saúde do SUS orientam os pacientes a procurar o Poder Judiciário? São casos de omissão de política pública, de omissão da política existente, ou há outros interesses envolvidos? O estudo da legislação do SUS permitirá distinguir as demandas que envolvem o descumprimento de uma política daquelas que buscam suprir uma omissão do gestor de saúde? Como isso pode interferir na atuação do Poder Judiciário?

O presidente do STF mencionou os estudos de Amartya Sen, para quem o verdadeiro desenvolvimento encontra-se mais na melhoria da qualidade de vida do que no aumento da produção de riquezas, dependendo o desenvolvimento de um país das oportunidades oferecidas à população de fazer escolhas e exercer sua cidadania.⁴⁰ Falou, ainda, da noção de Häberle de que a Constituição Federal de 1988 poderia ser caracterizada como uma Constituição aberta, que tornava possível a sociedade aberta de Popper, ou uma Constituição suave, no sentido de Zagrebelsky, que englobava tanto a espontaneidade da vida social como a competição para assumir a direção política.⁴¹⁻⁴³ Como dito pelo ministro Gilmar Mendes quando da abertura da primeira sessão da audiência pública, *“no contexto que vivemos de recursos públicos escassos, aumento da expectativa de vida, expansão dos recursos terapêuticos e multiplicação das doenças, as discussões que envolvem o direito à saúde representam um dos principais desafios à eficácia jurídica dos direitos fundamentais”*.^{xv} À guisa de conclusão, Gilmar Mendes defendeu que *“posições radicais que neguem completamente a ação do Poder Judiciário ou que preguem a existência de um direito subjetivo a toda e qualquer prestação de saúde não são igualmente aceitáveis”*. A saída, para o ministro, seria *“uma posição equilibrada, capaz de analisar todas as implicações das decisões judiciais sem comprometer os direitos fundamentais dos cidadãos e em especial o direito fundamental à saúde”*.

Foram ouvidas 52 pessoas sobre os temas: (i) o acesso às prestações de saúde no Brasil — desafios ao Poder Judiciário; (ii) a responsabilidade dos entes da Federação e o financiamento do SUS; (iii) a gestão do SUS — legislação e universalidade do sistema; (iv) o registro na Anvisa e os protocolos e as diretrizes terapêuticas do SUS; (v) as políticas públicas de saúde — integralidade do sistema; (vi) a assistência farmacêutica do SUS. Às pessoas não habilitadas para serem ouvidas foi possibilitado o envio de documentos para um endereço eletrônico, sendo que o material enviado foi disponibilizado no portal do STF na internet.⁴⁴ Participaram da audiência pública representantes de diversos setores, como órgãos da administração pública ou gestores públicos,^{xvi} juristas,^{xvii} organizações não governamentais e usuários,^{xviii} acadêmicos^{xix} e órgãos de classe.^{xx}

A abordagem do primeiro tema, referente ao acesso às prestações de saúde no Brasil, foi iniciada pelo procurador-geral da República, Dr. Antonio Fernando Barros da Silva e Souza. Em sua fala, destacaram-se: (i) a imprescindibilidade do Poder Judiciário para a efetivação do direito à saúde nos casos concretos, tendo em vista a reiterada omissão do Estado que ocorre quando a política pública não é executada e quando ela é inadequada ou mesmo ausente; (ii) a preocupação do Ministério Público Federal com a crescente

judicialização da saúde, defendendo que, apesar do caráter individual da maioria das demandas, não se pode concluir automaticamente que seu atendimento importa em prejuízo à coletividade; (iii) a ineficiência do controle dos recursos repassados aos gestores; (iv) a finitude dos recursos para necessidades infinitas; (v) a competência comum dos entes federativos, que busca atuação conjunta com ganho de escala e evita a sobreposição de estruturas; (vi) a demanda de medicamentos, que, em regra, não é devida; e (vii) a necessidade de acompanhamento das decisões judiciais, evitando fraudes.

Seguiu-se a manifestação do advogado-geral da União, Dr. José Antonio Dias Toffoli,^{xxi} que trouxe as noções de (i) ingerência indevida do Poder Judiciário quando a judicialização envolve medicamentos e tratamentos não previstos nas políticas públicas; (ii) alteração da distribuição de recursos e formação de um sistema de saúde paralelo ao SUS, com modalidade de beneficiários preferenciais portadores de liminar; (iii) desperdício de medicamento ou seu uso inadequado como desperdício de vidas; (iv) ilegalidade, inconstitucionalidade e desproporcionalidade do bloqueio judicial de valores orçamentários; e (v) risco à organização e ao planejamento das políticas públicas, em um cenário de recursos finitos, representado pela judicialização do fornecimento de medicamentos. Dias Toffoli concluiu defendendo que deve prevalecer o direito à saúde coletivamente por meio de políticas públicas, as quais são mecanismos de escolha do Estado e envolvem as noções de integralidade, universalidade e racionalidade no uso dos recursos públicos.

O defensor público da União, Dr. Leonardo Matar, colocou como temas importantes: (i) proposta de súmula vinculante sobre responsabilidade solidária e bloqueio de recursos; (ii) não adoção do argumento da reserva do possível sem que se discuta o orçamento geral dos entes e não impedimento de intervenção judicial sob a alegação de ausência de previsão orçamentária; (iii) importância do Judiciário não só para o caso individual como também para a definição, para os governantes, dos princípios constitucionais essenciais; e (iv) coesão social: todos como integrantes de direito e não somente de deveres. Ele defendeu que a discussão deve centrar-se na melhor maneira de garantir o direito e explicou como o sistema judiciário deve intervir quando a Administração falha na prestação do serviço ou ausência de política pública. Sustentou, ainda, que argumentos contrários à garantia do direito à saúde a cada um dos brasileiros não devem ser acolhidos e que não pode ocorrer uma generalização no sentido de que a busca do cidadão por algum bem de saúde é inadequada.

A apresentação seguinte foi feita pelo Dr. Alberto Beltrame, representando o Ministério da Saúde (MS). Ele descreveu o direito à saúde como consequência da luta social pelo ideal de igualdade e equidade. Argumentou que: (i) é difícil mediar o ideal previsto na

Constituição Federal e a realidade de desigualdade social brasileira; (ii) os recursos destinados às ações de saúde são insuficientes, porém, sempre existirá um limite e, conseqüentemente, a necessidade de racionalizar sua alocação e de estabelecer prioridades; e (iii) pressões corporativas, industriais e mercantis provocam equívocos e desperdício de recursos públicos. Finalizou sua apresentação com as propostas do MS de atualização dos protocolos, melhorias da coordenação de novas tecnologias com agilidade e transparência, incrementação dos centros de referência e oferta ao Judiciário de assessoria técnica por profissionais *ad hoc* sem conflitos de interesse. Gilmar Mendes considerou que a fala do representante do MS indicava uma postura positiva quanto à judicialização, tendo em vista a indicação, pelo ministério, de medidas que poderiam ser tomadas a partir da discussão trazida na audiência pública.

O Dr. Flávio Pancieri, em nome do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), ressaltou a importância da audiência pública como legitimador democrático das decisões judiciais dentro da perspectiva de que o acordo constitucional requer constante relacionamento com os demais poderes e com a sociedade civil. Defendeu a impossibilidade de retroceder em relação a direitos sociais e a necessidade de considerar o tratamento coletivo sem esquecer o indivíduo. Propôs a discussão de condicionantes para o exercício, mas com a ressalva de que as políticas públicas não poderiam ser obstáculos à demanda quando há recusa no atendimento. Finalizou com a observação de que o Judiciário foi tido, em uma fase inicial de euforia, como salvador do Estado social e, em uma postura conservadora, como impedido de admitir qualquer um dos direitos. Na fase atual, mais crítica e criteriosa, não se defende a possibilidade do Judiciário como definidor das políticas públicas, mas como salvaguarda dos direitos dos indivíduos.

Marcos Salles, representando a Associação dos Magistrados Brasileiros, entende que, após o texto constitucional de 1988, a saúde passou a ser cada vez mais pública e coletiva. Fez as seguintes proposições: (i) legitimidade do Judiciário de assegurar políticas públicas amparadas pela Constituição; (ii) necessidade de constituição de comissões técnicas no SUS, com o fim de detectar irregularidades ou fraudes e ausência de políticas públicas nas ações de saúde; (iii) regulamentação dos recursos de saúde para evitar o subfinanciamento; e (iv) maior participação, controle social e fiscalização dos recursos públicos. Considerou então que a legitimação dos poderes ocorreria não apenas pelo voto, mas também com base na representatividade meritória e nos fundamentos e princípios constitucionais. Nesse sentido, haveria uma preocupação de que, a pretexto de corrigir distorções, se estabelecessem limites à atuação judicial, devendo ser garantida a inafastabilidade da jurisdição — o Judiciário não pode substituir o médico.

O professor e juiz Dr. Ingo Sarlet colocou como temas: (i) ações judiciais podem causar discriminação, mas não pode ocorrer a dupla exclusão administrativa e judicial; (ii) o argumento de que a judicialização beneficia a elite brasileira e de que deveria ser priorizado o atendimento apenas dos clientes do SUS não pode ser simplificado a ponto de excluir pessoas; (iii) o argumento de necessidade de esgotamento prévio da via administrativa é catastrófico, pois impõe a espera de meses pela prescrição e depois pelo atendimento; (iv) a União não gasta na área de saúde sequer o disponibilizado no orçamento, e a reserva do possível nessa circunstância é uma alegação vazia; (v) a necessária reforma do sistema orçamentário não será feita pelo Poder Judiciário, mas este tem a competência para realizar o controle preventivo do orçamento e da sua execução. Concluindo, embora o que se espere do Poder Judiciário não seja a condução da política pública de saúde, não há como esvaziar o poder do juiz no caso concreto.

Antes de finalizar a sessão, o presidente do STF deu a palavra ao ministro Carlos Alberto Direito, que demonstrou preocupação com o caso prático dos juízes de primeiro grau que enfrentam demandas urgentes e dramáticas, muitas vezes sem que haja tempo para realização de perícia. Segundo ele, o sistema tem graves distorções, mas não podemos deixar de considerar a realidade concreta da demanda. O ministro Gilmar Mendes, por sua vez, descreveu a audiência pública como uma postura de humildade do Poder Judiciário, mas afirmou que os casos de omissão ou falha do sistema devem ser resolvidos por meio do diálogo entre as instituições, sem intenção do Judiciário de usurpar as atividades do Congresso Nacional. Para Mendes, o desenvolvimento do país é intimamente relacionado à qualidade de vida de seus cidadãos pelo acesso amplo e irrestrito a bens essenciais, como saúde, educação, transporte público, saneamento básico, cultura, habitação, esporte e segurança. O Estado deve, então, envidar todos os esforços para superar os condicionamentos fáticos e tornar possível o exercício dos direitos sociais. A reserva do possível deve ser analisada também considerando o prisma da má aplicação dos recursos públicos.

O segundo tema foi a responsabilidade dos entes da Federação e o financiamento do SUS. O presidente iniciou a segunda sessão, de 28 de abril de 2012, com a citação do artigo 30, inciso VII, da Constituição Federal, que estabelece a competência comum, especificando a do município, com a cooperação técnica e financeira da União e dos estados, de oferecer atendimento em saúde à população. Essa previsão tem como consequência a consideração, pela doutrina majoritária, de que há responsabilidade solidária dos três entes para responder às demandas de saúde. Esse entendimento, combinado com o princípio da lealdade à Federação, rechaça o argumento de diversos pedidos de suspensão das liminares, segurança e tutela

antecipada de ocorrência de lesão à ordem pública na desconsideração pela decisão judicial da divisão de responsabilidades estabelecida pela legislação do SUS.

Francisco Batista Junior, presidente do Conselho Nacional de Saúde (CNS), considera o SUS como a política pública mais democrática, mais inclusiva e mais transformadora que a população brasileira conseguiu nesses últimos vinte anos. Ressaltou: (i) o avanço e a amplitude da legislação brasileira e também a dificuldade em sua implementação; (ii) a descentralização do SUS inconsequente, burocrática e sem atender aos princípios do sistema; (iii) a sobrecarga nos municípios; (iv) a omissão dos entes estaduais e federais; (v) a prevalência de uma lógica assistencialista pautada em hospitais, medicamentos e exames de alto custo; (vi) a prejudicialidade da excessiva privatização do sistema; (vii) a necessidade de criação da carreira do SUS; e (viii) a priorização da rede de atenção primária. Concluiu abordando a imprescindibilidade da regulamentação da Emenda Constitucional nº 29, com a previsão de instrumentos de fiscalização, rubricas voltadas exclusivamente para a saúde e estruturação da rede pública estatal e com a proposta de democratização da gestão, bem como de autonomia administrativa e financeira do SUS.

O representante do Conselho Nacional de Secretários de Saúde (Conasems), Dr. Antonio Carlos Figueiredo Nardi, sugeriu algumas premissas: (i) juiz de primeiro grau não tem o conhecimento técnico médico necessário para avaliar as demandas; (ii) há subfinanciamento do SUS e necessidade de regulamentação da Emenda Constitucional nº 29 e do limite prudencial da Lei de Responsabilidade Fiscal; (iii) integralidade ilimitada sem base científica, ética e orçamentária e sem compromisso com a coletividade não atende à Constituição Federal; (iv) uma rede regionalizada e hierarquizada deve garantir o acesso à integralidade regulamentada; (v) é necessário que, desde o início, o indivíduo que ingressa judicialmente passe por todo o sistema público; e (vi) existe a responsabilidade de garantir a rapidez do processo de incorporação de medicamentos e insumos na lista do SUS. E finalizou defendendo que o cidadão tem o direito de buscar seu direito, inclusive por meio de ação judicial, contudo, cabe à justiça agir racionalmente; para tanto, é preciso o fortalecimento dos mecanismos de regulação.

O consultor jurídico do MS, Dr. Edelberto Luiz da Silva, ressaltou as dificuldades no cumprimento da condenação da União e suas consequências, em especial: (i) após a remessa de recursos do orçamento da União para a unidade federativa, esta deveria cumprir o objeto da demanda judicial; (ii) o MS não administra unidade de saúde de atendimento direto; (iii) as decisões judiciais são imprevisíveis; (iv) a distância do domicílio do paciente encarece o custo direto de cada prestação jurisdicional; (v) o MS não tem a oportunidade de atender

antecipadamente o pedido do paciente porque não estabelece relação direta com ele; (vi) decisões judiciais só teriam sentido se fosse sua obrigação atender o pleito do autor na via administrativa. Finalizou com a consideração de que, diante dos artigos 196 e 198 da Constituição, as demandas judiciais por serviços de saúde devem observar as políticas públicas, em especial o princípio da descentralização, cabendo ao autor demonstrar a insuficiência dessas políticas.

O secretário de Estado de Saúde do Amazonas, Dr. Agnaldo Gomes da Costa, entende o SUS como política estatal que reconhece o direito de todos os brasileiros à saúde e à responsabilidade pactuada, compartilhada e solidária entre União, estados e municípios na sua organização e no seu funcionamento. Considera que (i) o SUS é constituído não apenas pela assistência ambulatorial e hospitalar, mas também por programas e políticas de saúde e (ii) o processo de descentralização para municípios amplia a autonomia e o poder de decisão municipal para definição de ações estratégicas no enfrentamento dos problemas e das necessidades locais. Por fim, disse que o debate incluía a discussão sobre aspectos morais e legais, seja no confronto de interesses individuais e coletivos, seja por decisões judiciais que obrigam o uso de tecnologia de eficácia duvidosa ou discutível, seja ainda pela finitude dos recursos. Propôs a produção de prova técnica em que haja manifestação das esferas de gestão do SUS que fornecerão subsídios para fundamentar a decisão judicial.

Dr. Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas, subprocurador-geral do Estado do Rio de Janeiro, observou como posição prevalente no Judiciário que qualquer pessoa tem o direito de obter, em questão de horas, todo e qualquer medicamento, insumo, exame ou tratamento, a qualquer custo e de qualquer ente e, inclusive, de todos os entes ao mesmo tempo. Ressaltou a experiência do Rio de Janeiro, que enfrentava quarenta ações de medicamentos por dia útil, o que levou à criação, com a Defensoria Pública, de uma central única para cessão de medicamentos constantes de listas mediante simples entrega de ofício. Foram disponibilizados farmacêuticos às duas varas de fazenda pública e *software* aos juízes para que tivessem acesso aos medicamentos constantes das listas. Mascarenhas rebateu o argumento do direito à vida trazido na maioria das ações que pleiteiam medicamentos, pois nem um terço dessas ações envolvem risco à vida como emergência conforme regulamentado na legislação de saúde suplementar.

O procurador-geral do Município de Cuiabá, Dr. José Antonio Rosa, parabenizou a iniciativa do STF de trazer à discussão os entes envolvidos e relatou a experiência dos municípios, citando prisões de secretários de Saúde. Considerou que é preciso manter a via judicial, mas a procura por essa deve ser apenas para aqueles casos mais urgentes que o poder

público não consegue atender; ressaltou ainda a necessidade de cautela nessa determinação, principalmente utilizando o bom senso de ouvir primeiro o gestor para que as decisões que resolvam um problema e não criem outros.

Em seguida, apresentou-se a Dra. Maria Helena Barros de Oliveira, representante da Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), que defendeu que era necessária a desmistificação do conceito de judicialização da saúde, com três ações: (i) reflexão sobre as posturas que colocam a prática do Judiciário no atendimento às demandas da sociedade, por vezes qualificadas de interventoras, em que esse poder assume a função de executor da política de saúde — papel em que, por outro lado, o SUS é descrito como ineficaz e ineficiente; (ii) criação de espaços de consenso onde possa ser desenvolvida uma cultura em direito e saúde. Segundo Oliveira, seria necessária a apropriação, por parte do Poder Judiciário, da compreensão das políticas públicas para a saúde, sendo do mesmo modo imprescindível que o Poder Executivo se apropriasse da compreensão do papel inafastável do Judiciário de aplicar o direito à saúde; e (iii) reestruturação necessária dos recursos humanos da saúde e do direito.

A contribuição seguinte foi a do Dr. André da Silva Ordacgy, defensor público da União, que considera a saúde pública não só como tratamento de enfermidades, mas também como profilaxia, prevenção, medidas e políticas públicas para o enfrentamento de doenças que possam vir a surgir. Ele tratou de duas temáticas: solidariedade passiva e reserva do possível financeira. Quanto à solidariedade passiva, propôs o sistema de compensação financeira, em que o município ou estado que arcasse com medicamentos não abrangidos em sua competência teria direito a uma compensação. Já no tocante à reserva do possível financeira, citou os gastos governamentais em propaganda, equivalentes a dez vezes o gasto com a judicialização da saúde. Concluiu defendendo que, para a Defensoria Pública, a solução seria o diálogo entre os atores, a exemplo do que ocorrera no Rio de Janeiro, por meio de câmaras prévias de conciliação.

O Dr. Adib Jatene, ex-ministro da Saúde, falou de fatores orçamentários, como insuficiência, decréscimo e tentativa frustrada de vinculação orçamentária, ressaltando que o orçamento do setor público nas três esferas de governo somadas era menor que o orçamento do setor privado, que atendia apenas 1/5 da população. Seus argumentos foram: (i) todo pleito judicial deve ser acompanhado da recusa administrativa de atendimento; (ii) demandas devem geralmente ser feitas por quem está vinculado ao sistema privado; (iii) há ações judiciais cujo pleito não se enquadra nas prioridades das políticas do SUS; e (iv) há problemas na busca por produtos de estudos experimentais ou sem registro na Anvisa. Levantou como propostas: (i) utilização dos protocolos clínicos e das diretrizes terapêuticas já existentes, com atualização

de dois em dois anos; (ii) incorporação de novas tecnologias, insumos e medicamentos por meio do aperfeiçoamento da comissão de incorporação de tecnologia do MS, com resultados conhecidos e registrados e licitados; (iii) organização da pesquisa em rede de centros de referência para estabelecer nacionalmente os resultados; (iv) criação de mecanismos para oferecer assessoria técnica em centros de referência.

O Dr. Osmar Gasparini Terra, representante dos gestores estaduais por meio do Conselho Nacional de Secretários Estaduais de Saúde (Conass), afirmou que o gestor do SUS luta pelo direito e pela busca de recursos de forma organizada e sustentável para toda a população. Ressaltou o subfinanciamento do SUS e abordou esse sistema segundo os princípios de universalidade, participação da sociedade na formulação das políticas, equidade, descentralização das ações, e racionalidade e otimização do uso dos recursos. Finalizou com a afirmativa de que o escopo de uma ação estatal deveria abranger medidas que garantissem uma oferta adequada de medicamentos em termos de quantidade, qualidade e eficácia. Segundo ele, mesmo em países que dispunham de sistema público de saúde com cobertura universal, a questão do acesso ao medicamento constituía um problema de difícil solução.

A Associação Nacional do Ministério Público de Contas foi representada por Claudia Pereira, que dividiu sua apresentação em duas partes: a questão orçamentário-legal e as ações judiciais. Pereira trouxe a informação de que o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios verificou que quase 100% das ações de judicialização eram propostas por meio da defensoria ou de escritórios-modelo de universidades. Além disso, a maioria dessas ações visava ao fornecimento de medicamentos que constavam nos protocolos da Secretaria de Estado e Saúde do Distrito Federal - SES/DF ou na Relação de Medicamentos Padronizados - REME/DF, não obtidos em razão de deficiências na gestão do sistema de compras. Pereira questionou até que ponto as normas editadas pelo SUS seriam vinculantes, considerando que, em nosso sistema, a competência preponderante de editar normas é do Poder Legislativo. Propôs que a tentativa de solucionar a questão estava condicionada a uma regulação com base em marcos legais precisos. Contudo, considerou necessária a intervenção do Poder Judiciário em situações excepcionais em que a não prestação do serviço se figurasse arbitrária.

O Dr. Vitore Maximiano, defensor público, atentou para a finitude do orçamento, mas levantou também a questão de que o orçamento na área da saúde tem sido reduzido. Citou o exemplo de ação que vinha sendo adotada no estado de São Paulo, onde a defensoria inicialmente direcionava as pessoas que buscavam recebimento de medicamento a um atendimento técnico pela Secretaria de Saúde, submetendo o pleito antes à esfera administrativa. Caso o medicamento constasse da lista oficial, o paciente recebia

imediatamente a indicação do local onde aquele medicamento estava à disposição. Em relação aos medicamentos excepcionais, era instaurado um procedimento administrativo e, estando a medicação inscrita na Anvisa, o medicamento era entregue em tempo médio de 30 a 40 dias. Maximiano pontuou como resultado positivo da parceria o atendimento da demanda do paciente e a diminuição de 150 a 180 ações por mês para 15 a 18 ações por mês. Finalizou ratificando a importância do Judiciário para questões não resolvidas pela via administrativa.

Dr. Jairo Bisol, promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, considerou a importância de os juristas compreenderem a complexa estrutura conceitual do SUS e a discussão do direito sanitário. Destacou que: (i) o princípio da universalidade do SUS implica irrestrito acesso de todos os cidadãos a um sistema público, racional e inclusor de saúde; (ii) o Estado não é hiperprestador privado de saúde e o SUS não é um megaplano de saúde dos pobres; (iii) o titular do direito à saúde é um cidadão e não um consumidor; (iv) é necessária a regulamentação da Emenda Constitucional nº 29; e (v) a natureza do direito à saúde é coletiva, o que gerava problema com a judicialização, pois a tutela que vinha sendo assegurada era apenas individual e carregava potencial desestruturante. Concluiu defendendo a impossibilidade de prevalecer a efetividade do direito à saúde coletivamente considerado, com a supressão do direito individual e das competências jurisdicionais que lhe davam garantia.

A fala seguinte coube a Paulo Ziulkoski, presidente da Confederação Nacional dos Municípios, que iniciou com a afirmativa de que o excesso das demandas judiciais na área de saúde decorria de um desconhecimento técnico a respeito das competências do município e também da proximidade deste com a população em razão da atenção básica. Colocou a reforma do pacto federativo como cerne da questão, bem como a necessidade de regulamentação do artigo 23 da Constituição Federal, a omissão e conveniência do Congresso Nacional e o subfinanciamento da saúde pela União e pelos estados.

A apresentação de Ana Beatriz Pinto de Almeida Vasconcellos, coordenadora-geral da Política de Alimentos e Nutrição do Departamento de Atenção Básica do Ministério da Saúde, tratou do campo da regulação da alimentação e nutrição do SUS, relacionando a política nacional de alimentação e nutrição com o panorama das ações judiciais que chegam ao MS. Vasconcellos citou os princípios da bioética que deveriam ser considerados quando da prescrição ao paciente. Propôs que: (i) alimentos especiais não são medicamentos; (ii) ações judiciais estão relacionadas à dispensação obrigatória de alimentos especiais para doenças de menor gravidade; (iii) prescrições de alimentos especiais estão baseadas em marca comercial, sem indicação opcional; (iv) ações judiciais apoiam-se apenas na prescrição de alimentos

especiais, sem associação desta com avaliações de saúde, como determina a boa prática da nutrição clínica.

O encaminhamento de pacientes ao exterior e o tratamento fora do domicílio foram os temas abordados por Cleusa da Vilveira Bernardo, do Departamento de Regulação, Avaliação e Controle de Sistemas da Secretaria de Atenção à Saúde do MS. Segundo ela, os tratamentos no exterior não encontram amparo legal e têm caráter experimental. Bernardo comparou o tratamento de retinose pigmentar em Cuba de 950 pacientes (com o agravante de que, posteriormente, foi verificada a ineficácia do tratamento e a piora no estado de saúde) com o tratamento da catarata, que representaria cura de 3.830 pacientes com os recursos gastos. Após as discussões quanto ao encaminhamento dos pacientes ao exterior, temos hoje apenas uma ou duas ações por ano, então as ações adotadas pelo Departamento de Regulação, Avaliação e Controle de Sistemas da Secretaria de Atenção à Saúde do MS foram exitosas. Por fim, ela apelou que o Poder Judiciário tratasse a questão dos medicamentos da mesma forma.

Alexandre Sampaio Zakir, representante da Secretaria de Segurança Pública e do Governo de São Paulo, centrou sua apresentação na judicialização da saúde como uma forma de burlar o SUS. Relatou a experiência de São Paulo e detecções de fraudes que envolveram a judicialização, em especial, a obtenção de medicamentos. Foi criado um sistema com informações das ações judiciais para mapeamento dos autores envolvidos que trouxe como dados a relação de 31.000 pessoas beneficiárias em 40.000 ações. Tais ações apresentaram identidade de advogados, médicos prescritores, dirigentes de organizações não governamentais (ONGs) e medicamentos e marcas prescritas. Uma fiscalização, por fim, originou uma investigação policial que descobriu um esquema criminoso envolvendo uma ONG, médicos e advogados e um representante comercial de laboratório.

Em 4 de maio de 2009, as apresentações versaram sobre registro na Anvisa e protocolos e diretrizes terapêuticas do SUS. A primeira manifestação, de Dirceu Raposo de Mello, diretor-presidente da Anvisa, focou no registro de medicamentos, cujo fundamento normativo é a Lei nº 6.360/76. A Anvisa é responsável pela regulação sanitária e econômica e analisa a eficácia e segurança dos medicamentos por meio de uma série de quesitos para concessão ou não do registro. A agência tem trabalhado no sentido de criar e ampliar ambiente propício ao desenvolvimento com segurança de estudos clínicos no Brasil. Mello ressaltou que a Anvisa apresenta a mesma média de tempo para registro que qualquer outra agência do mundo.

O Dr. Geraldo Guedes, representando o Conselho Federal de Medicina (CFM), levantou quatro pontos: (i) há lacunas na saúde — iniquidade de acesso, modelo burocratizado de gestão, subfinanciamento do SUS (fator mais grave) e precarização do trabalho e baixo investimento na qualificação de recursos humanos; (ii) a prescrição médica pertence ao paciente e não ao médico, portanto, não faz sentido a diferenciação entre médico do SUS e particular; (iii) medicamentos em desconformidade com os protocolos devem ser vistos com cautela, pois tendem a contrariar um consenso científico sobre a abordagem de um tratamento; e (iv) combater a escassez de recursos significa, primeiro, combater as omissões do poder público e a efetiva redistribuição dos recursos. Guedes criticou a visão utilitarista e considerou perigosa a afirmação de que, se grande parte dos recursos for gasta com a assistência a umas poucas pessoas, certamente a maioria da população sofrerá pela falta de medicamentos.

Luiz Alberto Simões Volpe, representante do Grupo Hipupiara Integração e Vida e portador de HIV e câncer, ponderou que cada pedido liminar não representa apenas um número, apenas um gasto excessivo para a saúde pública, mas vidas e famílias. O Grupo Hipupiara defendeu como cumprimento ao direito constitucional à vida que os medicamentos certificados internacionalmente pela Food and Drug Administration, nos Estados Unidos, ou pela European Medicines Agency, na Europa e, cuja necessidade seja comprovada por receitas, laudos e exames sejam disponibilizados administrativamente sem a necessidade de intervenção judicial. Volpe sugeriu a desburocratização na importação de insumos emergenciais em saúde e destacou a importância das ações de defesa de direitos e acesso à justiça desenvolvidas pela sociedade civil como estratégia de acesso a novos tratamentos. Segundo Volpe, um Estado que não garanta inter-relação entre direito à justiça e direito à saúde e à vida não é, definitivamente, um Estado de direito.

Paulo Marcelo Gehm Hoff, da Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo, do Instituto do Câncer do Estado de São Paulo e da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (USP), falou sobre a incorporação de novos medicamentos oncológicos e o SUS, à luz da experiência de seu estado. Ele centrou-se em novas medicações no SUS que têm eficácia, mas alto custo, principalmente os aprovados pela Anvisa e não constantes da lista do SUS. O custo administrativo do programa de dispensação, segundo Hoff, é de R\$ 2.500,00 por paciente, ao passo que o custo judicial é de R\$ 10.600,00. Daí a importância de conduzir estudos e, judiciosamente, mas de maneira ágil, incorporar os novos medicamentos no tratamento dos pacientes do SUS.

A Universidade Federal do Rio Grande do Sul e o Hospital de Clínicas de Porto Alegre escolheram como representante o Dr. Paulo Dornelles Picon, que destacou a importância da criação de uma boa política pública para medicamentos, especialmente na área de medicamentos excepcionais, em que foi coordenador de um grupo a partir de 2000. A Organização Mundial da Saúde recomenda que condutas não baseadas em evidência científica sejam contestadas. Picon propôs a construção de centros de referência regionais, com base na medicina baseada em evidências com a aplicação dos protocolos e com a observação criteriosa dos pacientes. Esses centros uniriam gestão, atenção qualificada com isenção de conflitos de interesse e fóruns deliberativos em que estariam presentes o Ministério Público, a Advocacia Pública, a Defensoria Pública e usuários.

O diretor do Programa da Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde, Dr. Cláudio Maierovitch Pessanha Henriques, entende que a incorporação deve ser vista como instrumento da integralidade, de uma relação articulada entre as medidas de promoção, proteção e recuperação da saúde. Há, segundo ele, diferença entre o registro da Anvisa e a incorporação para oferecimento de produtos de tecnologias pelo ministério, pelo SUS. O registro trata da segurança, eficácia e qualidade do produto. Já a incorporação contempla as condições de uso dessa tecnologia no país, naquilo que diz respeito à organização do SUS e às condições de infraestrutura desses sistemas de saúde, sendo feita uma análise, inclusive financeira, comparativa das alternativas tecnológicas para a mesma finalidade. No momento em que a tecnologia é adotada por um protocolo, o Estado passa a assumir não apenas seu uso, mas todos os riscos decorrentes das suas características caso ela não tenha sido avaliada previamente de maneira adequada, tornando imprescindível a ponderação entre a agilidade recomendada e a segurança exigida.

Janaína Barbier Gonçalves, procuradora do Estado do Rio Grande do Sul, relatou que 41% do orçamento de seu estado eram gastos com política de assistência farmacêutica, que 18,92% do orçamento da assistência farmacêutica estavam sendo administrados pelo Judiciário e que 66% dos medicamentos do elenco dos excepcionais fornecidos pela via judiciária não atendiam aos protocolos do MS. Ponderou que incumbe ao poder público trabalhar para a adoção de políticas que visem beneficiar o maior número possível de pessoas e que as competências de cada ente são previstas na Lei nº 8.080/90. Finalizou com duas proposições: (i) observadas as competências e pactuações estabelecidas no SUS, o acesso aos medicamentos na via judicial deveria se dar somente quando registrados na Anvisa e nos termos dos protocolos do MS; e (ii) o deferimento fora da lista do SUS ou sem registro na

Anvisa não constituiria regra, sempre exceção, e nunca em antecipação de tutela, mas apenas após a ampla dilação probatória.

Sueli Gandolfi Dallari, do Centro de Estudos e Pesquisas de Direito Sanitário, grupo de pesquisa da Faculdade de Direito e de Saúde Pública da USP, descreveu o direito à saúde como tema complexo que deve ser definido pelo povo. Segundo ela, ações que compõem a política de saúde se traduzem em atos normativos, mas exigem também participação popular e controle judicial em todas as fases dessa política. O que se pretende é aumentar a participação do Judiciário na garantia do direito à saúde, não a transformação do juiz em médico ou gestor público. Nesse sentido, Dallari defendeu que o juiz remeta, sempre que encontrar políticas públicas inadequadas nesse exame, imediatamente ao legislador ou ao administrador público, porque assim estará cumprindo a Constituição, que diz que o direito à saúde deve ser assegurado mediante políticas econômicas e sociais.

O procurador-geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios e presidente do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União, Leonardo Azeredo Bandara, informou a criação da Comissão Permanente de Defesa da Saúde para configurar estratégias por meio do plano nacional de atuação do Ministério Público em saúde pública. Ele acredita que: (i) a insuficiência de recursos é associada ao descumprimento massivo de investimentos mínimos pelos entes federativos (2/3 dos estados ainda não respeitam a determinação da Emenda Constitucional nº 29); (ii) dificilmente é demonstrado o impacto das ordens judiciais concessivas no orçamento do ente federativo reclamante; (iii) o esgotamento das fontes de custeio parece estar induzindo a soluções seletivas, reduzindo o conceito de universalidade e integralidade; (iv) o STF tem a responsabilidade de não permitir retrocesso do sistema; e (v) a judicialização, mais que uma causa, é um estado de coisas, sendo necessário resistir à prematura rendição às incapacidades gerenciais existentes no SUS e suas inadimplências orçamentárias. Bandara concluiu com a necessidade de assegurar a segurança técnica dos medicamentos concedidos.

As políticas públicas de saúde — integralidade do sistema foram o objeto da discussão de 6 de maio de 2009, iniciada com a fala de Maria Inez Pordeus Gadelha, que abordou a rede de atenção oncológica. Gadelha considera que um dos desafios do SUS para a questão da integralidade, da assistência ou da atenção à saúde é a sua composição majoritária por prestadores privados, apesar de esse ser um sistema de financiamento público. A integralidade, segundo ela, não é da assistência, e sim do sistema, que conjuga ações, atividades e políticas de promoção à saúde, de prevenção à doença, de terapêutica de doenças e de cuidados paliativos. Para Gadelha, deve ser observada a razão científica, mas a esta se

devem agregar conceitos morais, princípios morais como a integralidade, que é um garantidor da qualidade e de melhores resultados.

Jorge Andre de Carvalho Mendonça, juiz federal e representante do Colégio Nacional de Procuradores dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, sintetizou argumentos e contra-argumentos: (i) separação dos poderes \times obrigação do Judiciário de garantir a efetividade dos preceitos constitucionais; (ii) prestação de saúde por meio de política social e econômica \times tese de que essa política não pode deixar de prestar o próprio direito à saúde; (iii) insuficiência de recursos \times reserva do possível, sendo que na maioria dos casos o ente público não traz a prova dessa insuficiência, e também o princípio da proporcionalidade, isto é, o direito à vida ser ou não mais importante do que a finança pública; (iv) direito à saúde na via judicial \times prestígio da classe média, a qual tem acesso ao Judiciário, algo não encontra respaldo, ao menos no Nordeste, onde a maioria das ações são ajuizadas pela defensoria ou pelo MP; (v) necessidade de prévio requerimento administrativo \times casos urgentes em que há risco de morte. A solução seria o equilíbrio, “decidir com base no mínimo existencial” e deferir os pedidos que importem na sobrevivência do indivíduo, cabendo, porém, a possibilidade de estabelecer limites à atuação do Judiciário.

Dr. Luis Roberto Barroso, professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e representante do Colégio Nacional de Procuradores do Estado, propôs que: (i) a judicialização em matéria de dispensação de medicamentos não pode ser vista como meio natural de definir políticas públicas; (ii) a parte passiva legítima deve ser o ente estatal, que, nos termos da legislação, tem o dever de entregar o bem jurídico postulado; (iii) o debate deve ter um momento prévio de elaboração do orçamento; (iv) no caso de descumprimento das regras vigentes, a judicialização é inevitável e necessária; (v) medicamentos e procedimentos que não estejam previstos no sistema podem ser providos, mas deve ser concedida ao Poder Público a possibilidade de justificar sua política e dar transparência aos seus critérios de decisão. Barroso finalizou sua tese com a afirmação de que se desenvolveu o senso comum, no caso da judicialização, de que se pondera o direito à vida e à saúde, de um lado, e princípios orçamentários, separação de poderes, de outro; no entanto, na verdade o debate pondera, segundo ele, o direito à vida e à saúde de uns contra o direito à vida e à saúde de outros.

O Dr. Valderílio Feijó Azevedo, representando a Associação Nacional de Grupos de Pacientes Reumáticos (Anapar), relatou que há mais portadores de enfermidades reumáticas que portadores de aids. Entretanto, apesar de as consultas públicas do MS ocorrerem desde 2004, ainda não havia uma decisão, e as novas terapias não tinham sido incorporadas à

prática. Azevedo objetivou, então, sensibilizar os ministros para a possibilidade de que esse debate fosse ampliado, envolvendo também a sociedade civil organizada, e não só o grupo de técnicos do Executivo.

A representante da Conectas Direitos Humanos, Dra. Heloísa Machado de Almeida, analisou o impacto da proteção à propriedade intelectual no acesso a medicamentos. Segundo ela, já que o maior problema apontado pelos gestores era a escassez de recursos públicos e a necessidade de sua alocação eficiente, o sistema de proteção à propriedade intelectual era contrário ao princípio da livre concorrência, e só seria cabível sob a expectativa de que, com tal proteção e privilégio de exploração, fosse atingido e fomentado o interesse público e social por meio de pesquisa, desenvolvimento e inovação. Por fim, Almeida defendeu que o Judiciário não deveria se furtar a fazer valer a Constituição para todos e cada um, impondo aos gestores públicos o dever de analisar o tema do acesso a medicamentos em sua completude. Para isso, deveriam ser adotadas não só políticas de saúde, mas também políticas industriais e econômicas que fizessem dos direitos sociais algo mais que um mero enunciado ou uma mera promessa constitucional inconsequente.

Paulo Menezes, presidente da Associação Brasileira de Amigos e Familiares de Portadores de Hipertensão Arterial Pulmonar, defendeu que o fornecimento de medicamentos não listados em portarias do governo deveria constituir dever constitucional do Estado, desde que se comprove que foi seguido um algoritmo de tratamento para a patologia e que se esgotaram os efeitos dos medicamentos listados, não restando, para assegurar a vida do paciente, alternativa senão a introdução da medicação recomendada no relatório médico. De acordo com Menezes, é importantíssimo que se preserve a via do Poder Judiciário para o fornecimento. O argumento pecuniário, de que a inclusão de um medicamento nessas listas poderia se tornar extremamente custosa, evidencia-se frágil nessa perspectiva, pois o primeiro dever do Estado para com o cidadão é o direito à vida.

A última apresentação do dia, do Dr. Raul Cutait, professor associado da Faculdade de Medicina da USP, médico assistente do Hospital Sírio-Libanês e ex-secretário de Saúde do Município de São Paulo, iniciou com o dado de que o SUS era responsável pelo atendimento de 75% a 80% da população brasileira. Cutait sugeriu que o MS, com as secretarias estaduais, deveria nomear comissões especialistas compostas por médicos e, eventualmente, por outros profissionais de saúde com a incumbência de definir condutas nos casos e questionamentos diagnósticos e terapêuticos. As posições dessas comissões seriam consideradas políticas para o SUS e orientação para o Poder Judiciário.

No último dia de audiência, o objeto da discussão centrou-se na assistência farmacêutica do SUS, sendo a primeira manifestação do Dr. Josué Félix de Araújo, presidente da Associação Nacional de Mucopolissacaridose. Ele propôs que houvesse uma política específica para o grupo de fármacos, alguns dos quais se encontram inseridos como componentes de medicamento de dispensação excepcional. Para ele, os medicamentos para mucopolissacaridose não são experimentais, porque são registrados pela Anvisa, registro esse que requer, segundo a Lei nº 6.360/76, que o novo medicamento tenha seu grau de segurança e eficácia comprovado cientificamente. Araújo defendeu que, em vez de falar que ações judiciais têm promovido aplicação inadequada de recursos públicos, o foco do SUS deveria ser elaborar uma política para doenças raras, para medicamentos excepcionais e para drogas órfãs, com apoio e participação da sociedade civil e de especialistas.

O Dr. Sergio Henrique Sampaio, representando a Associação Brasileira de Assistência à Mucoviscidose, relatou a existência uma grande manobra do Poder Executivo brasileiro para limitar a integralidade e a universalidade do atendimento à saúde da população. Ele afirmou que o programa de medicamentos era restritivo, desatualizado (quatro anos, três meses e sete dias sem atualização) e feria o princípio da proibição do retrocesso social. Só existiam 42 protocolos e 105 medicamentos, que atendiam apenas 62 doenças. Desses protocolos, 76% haviam sido elaborados em 2001 e 2002, e 31 tinham sido editados até 31 de dezembro de 2002. Sampaio disse não concordar com a afirmação de que seria ingerência do Judiciário estabelecer políticas e saúde; para ele, era efetiva a ação positiva da implementação das políticas sociais pelo Judiciário.

Dr. José Getúlio Martins Segalla, presidente da Sociedade Brasileira de Oncologia Clínica, ressaltou que o progresso científico havia implicado um aumento exponencial de custos, que comprometia a medicina pública e caminhava para inviabilizar a medicina privada. Propôs: (i) a criação de comissão de especialistas nomeados pelo MS para redigir protocolos e diretrizes para todos os tipos de câncer, inclusive os raros; (ii) revisão dos protocolos e diretrizes, no máximo a cada dois anos, com a participação dos centros de referência; (iii) implantação de metodologia de análise com estabelecimento de prazos nos processos da Comissão de Incorporação de Tecnologias do Ministério da Saúde que não ultrapassassem 40 semanas; (iv) criação de financiamento para pesquisa no âmbito do SUS; (v) estudo de eficácia e custo-efetividade de todo medicamento novo aprovado pela Anvisa, bem como de eficácia e toxicidade de todos os genéricos e similares do mercado; e (vi) reunião anual entre as lideranças do Congresso e do MS e as sociedades médicas para definir a incorporação e priorização de novos procedimentos no orçamento.

O Dr. José Aristodemo Pinotti, secretário Municipal da Mulher, propôs como título de sua explanação “A Suprema Corte e a saúde dos brasileiros” e trouxe como temas: inércia do Legislativo, lei das patentes como razão fundamental do processo de judicialização e privatização da saúde pública legal e ilegalmente.

Reinaldo Felipe Nery Guimarães, da Secretaria de Ciência e Tecnologia e Insumos Estratégicos do MS, iniciou com a tese de que, tendo em vista que 70% da população brasileira depende exclusivamente do SUS, que os recursos financeiros são finitos e que a demanda por assistência e outros produtos industriais de saúde é grande, as diretrizes da política partem da necessidade de uso racional dos bens para a garantia da própria saúde dos usuários do SUS. Destacou quatro grandes componentes das políticas do SUS voltadas aos medicamentos: os programas de assistência farmacêutica, o programa da farmácia popular, o programa de expansão do acesso a medicamentos genéricos e o programa nacional de imunização. Segundo ele, o programa de assistência farmacêutica no MS despendeu, em 2008, cerca de R\$ 6 bilhões, quase 14% do orçamento do ministério, sendo que, apesar de a responsabilidade ser compartilhada entre as três esferas de governo, inclusive no plano financeiro, o MS é responsável por mais de 80% dos dispêndios totais. Guimarães finalizou com a afirmação de que uma estratégia eficaz para emocionar é insuficiente para construir uma política pública.

O Dr. Antonio Barbosa da Silva, do Instituto Brasileiro de Defesa dos Usuários de Medicamentos, considerou que, embora houvesse programas de governo que forneciam medicamentos, ainda não existia uma política de medicamentos, com a necessária discussão com a sociedade e aprovação pelo Congresso Nacional. Segundo ele, alegava-se alto custo de medicamentos excepcionais, mas faltavam também medicamentos previstos nos programas do MS. E eram notórios o superfaturamento e a ocorrência de desvios. Ele citou ainda as patentes como fator que leva a distorções. Concluiu que não deve ser aceitável que qualquer ser humano seja excluído do coletivo apenas porque tem doenças raras com tratamentos raros. Esses indivíduos também fazem parte do sistema de saúde e excluí-los seria uma nova forma de genocídio.

Na sequência, o Dr. Ciro Mortella, da Federação Brasileira da Indústria Farmacêutica, afirmou que o SUS deveria dar cobertura apenas aos medicamentos registrados pela Anvisa. Nesse sentido, um produto não registrado não estaria amparado pela nossa legislação, mas, segundo Mortella, seria imprescindível a estipulação e o respeito de prazos por parte da Anvisa. Ele acrescentou que nenhuma empresa farmacêutica tem a liberdade para fixar seus preços, sendo prévia a solicitação às autoridades regulatórias do preço do novo produto, o

qual deve ser obrigatoriamente mais baixo do que o vigente em nove países. Concluiu sua tese defendendo que, mesmo com as melhorias, o paciente tinha a possibilidade de buscar na justiça a garantia de seu direito e que os desvios éticos das indústrias deviam ser apontados, e os responsáveis, submetidos aos códigos de conduta das empresas e associações de classe.

Dra. Debora Diniz, da Anis – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, sustentou que havia ferramentas suficientes para enfrentar o desafio do justo por meio da política pública, sem restringir o caminho da judicialização aos casos em que efetivamente a política viesse a se caracterizar como injusta. Defendeu que o debate sobre o justo em saúde devia enfrentar as diretrizes e os resultados da aplicação de uma política de saúde para os casos concretos, e para isso era preciso: (i) fortalecimento das instituições responsáveis pela regulação, pelo registro e pela incorporação de um novo produto no SUS; (ii) participação de diferentes setores científicos e de controle social nas instituições responsáveis; (iii) transparência dos critérios e das diretrizes técnicas e éticas; (iv) celeridade de atuação dessas instâncias; (v) publicização das deliberações; e (vi) estabelecimento de uma instância recursal. Concluiu que, na ausência de critérios explícitos e na falta de transparência sobre as justificações de não inclusão de um produto na política, a judicialização crescia em nome do princípio da precaução do direito à vida. A devida regulação da política poderia, então, se mostrar um caminho eficaz para a garantia do justo em saúde.

A última fala foi do ministro da Saúde, Dr. José Gomes Temporão, que iniciou com três pontos: a importância do SUS como política de saúde pública, a melhoria da gestão do sistema e a finitude dos recursos, o que exigia racionalidade na sua aplicação. Ele propôs como compromissos do MS: (i) a agilidade na atualização dos protocolos clínicos e das diretrizes terapêuticas existentes, bem como na elaboração de novos, atualizando-os periodicamente com base na melhor evidência científica disponível; (ii) quanto à incorporação de novas tecnologias e medicamentos, fortalecer a CITEC, do MS, ampliando sua composição e tornando seu funcionamento mais transparente; (iii) quanto à pesquisa, aperfeiçoar sua organização em rede de centros de referência para estabelecer resultados nacionais; (iv) quanto à prescrição de medicamentos, especialmente os de alto custo, e ao adequado manejo dos pacientes, fortalecer os centros de referência e a assistência; e (v) quanto às ações judiciais, criar mecanismos para oferecer ao Poder Judiciário assessoria técnica para subsidiar suas decisões. Temporão finalizou com o argumento de que inexistia a garantia do direito e da justiça onde não há regras e limites, ou onde estes não são observados.

Fechando as apresentações feitas na audiência pública, o ministro Gilmar Mendes destacou que a participação de diferentes grupos (advogados, defensores públicos, promotores

e procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores, representantes de organizações não governamentais e usuários do sistema único de saúde) em processos judiciais de grande significado para toda a sociedade cumpria uma função de integração extremamente relevante no Estado de direito. Essa participação, segundo ele, garantia novas possibilidades de legitimação dos julgamentos do STF no âmbito de sua tarefa precípua de guarda da Constituição. O ministro considerou que havia restado consignada a importância de se abrirem espaços de consenso e de se construírem soluções compartilhadas, inclusive pela via administrativa. Por fim, ressaltou como temas recorrentes a necessidade de regulamentação da Emenda Constitucional nº 29, a participação democrática da sociedade na formulação dos orçamentos de saúde, e a normatização e definição de marcos legais precisos para as políticas públicas de saúde.

A audiência pública foi uma experiência importante para o debate democrático a respeito do direito à saúde, com a representatividade composta por gestores públicos, profissionais da área médica, juristas, professores e usuários do SUS. Nota-se que a dispensação de medicamentos foi central, não só pelo fato de que um dos dias foi totalmente destinado à sua discussão, sob o título “Assistência farmacêutica do SUS”, como também pelo fato de que 49 apresentações mencionaram o tema. A importância dessa questão parece intimamente relacionada ao alto custo de diversos medicamentos requeridos, à existência de programas que apenas admitem alguns medicamentos e à controversa sobre a distribuição, pelo SUS, de medicamentos tidos como experimentais ou não registrados na Anvisa. Outra questão relacionada aos medicamentos obtidos pela via judicial é a influência de indústrias farmacêuticas no processo de judicialização, tema levantado em doze manifestações.

A alocação de recursos foi mencionada por nove pessoas. Enfatizaram-se as questões do subfinanciamento da área de saúde em doze falas, abordando-se também a priorização da saúde em detrimento de outros gastos governamentais, como propaganda e pagamento de dívida pública. Ainda em relação a esse assunto, foi forte objeto de discussão a finitude dos recursos, tema de onze falas, e a escassez, termo presente em seis apresentações. Ademais, a maioria dos expositores considerou que, apesar de imprescindível, o debate sobre quanto e como distribuir os recursos orçamentários ainda teria de enfrentar a questão de que alguns bens, insumos e serviços de saúde não poderiam ser objeto de financiamento público, em especial, no contexto de desenvolvimento tecnológico e crescimento da população. Ainda no tocante aos recursos financeiros, foram objeto de oito manifestações a ocorrência de desvios de recursos destinados à saúde, sendo clara a necessidade de melhoria da gestão do sistema e

de controle tanto por parte da sociedade como pelos órgãos e pelas instituições dos três poderes.

O papel e os limites de cada poder da República também foram temas recorrentes durante a audiência pública. A omissão e ineficiência do Poder Executivo foi expressa por nove pessoas, com a argumentação frequente de que o próprio processo de judicialização poderia ser considerado um indício de que as políticas públicas e sua implementação deveriam ser repensadas e discutidas democraticamente. Os gestores na área de saúde também foram focados, seja por suas responsabilidades, seja pela injusta criminalização de suas ações. O Poder Judiciário foi defendido como imprescindível para a concretização do direito à saúde previsto constitucionalmente. Entretanto, percebeu-se também a preocupação com a falta de conhecimento técnico dos juízes em relação às demandas propostas, o que poderia levar à concessão de medicamentos ou prestações inadequadas, ou com custo mais elevado que outras disponíveis. Como minimizador desse desconhecimento foram propostas parcerias entre o Poder Judiciário e comissões técnicas. Ademais, foi levantada a ocorrência de determinações extremas sem a oitiva dos argumentos da administração pública. Citou-se, em quatro falas, a determinação de prisão de secretários de Saúde. Mas em apenas duas teses foi defendido que, em alguns momentos, era indevida a interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas.

Ainda no que se refere à função dos Poderes, foi frequente a menção de omissão do Poder Legislativo, em especial, a necessidade de regulamentação da Emenda Constitucional nº 29, que apareceu em doze manifestações. Foi apontada, em uma das apresentações, a impossibilidade de que a Administração, por meio de atos normativos do MS, regulamentasse programas e diretrizes gerais que deveriam ser objeto de tratamento legislativo. Por fim, destacaram-se dois temas: a necessidade de repensar o sistema legal de proteção patentária em razão do alto custo imposto aos medicamentos, constante em cinco manifestações, e a inclusão desse tema no âmbito da bioética por quatro palestrantes, que inclusive poderia ser utilizada na busca por soluções às questões apresentadas.

Apesar do pouco tempo destinado a cada apresentação, o material disponibilizado por meio da audiência pública é farto, sendo perceptível que se repetem algumas das teses defendidas na bibliografia nacional e internacional. Porém, a riqueza da audiência consiste na possibilidade de que contra-argumentos sejam apresentados, restando clara a necessidade de afastamento de alegações simplicistas e sem comprovação empírica.

2.1.2 Revisão da bibliografia nacional sobre judicialização da saúde

A judicialização da saúde também tem sido objeto de debate no meio acadêmico. A temática gera discussão em várias áreas de conhecimento, com contribuições, em especial, de juristas, médicos e gestores públicos. Pela diversidade dos atores envolvidos, a gama de temas tratados é farta. No levantamento bibliográfico nacional feito nesta pesquisa, foram analisados artigos de periódicos científicos, teses e dissertações em bases de dados da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes), da Biblioteca Digital de Teses e Dissertações (BDTD), do Proquest e do Scientific Electronic Library Online (SciELO), utilizando como palavras-chave: judicialização, direito à saúde, serviço público de saúde, orçamento público e alocação de recursos. Um primeiro levantamento obteve 168 artigos nacionais e 12 teses ou dissertações que tratam do tema saúde e/ou judicialização. Diretamente relacionados ao tema judicialização, foram encontrados 33 artigos, 2 teses e 5 dissertações. Dos textos pesquisados, 22 apresentam dados empíricos obtidos em bancos de dados de tribunais ou de órgãos da administração pública responsável pela demanda judicial de saúde.²⁻²³

No Brasil, a judicialização da saúde tem sido objeto de debate não só no que se refere às alternativas de processos de tomada de decisão sobre a alocação orçamentária, especialmente em razão da insuficiência dos recursos atualmente alocados, como também no tocante à desorganização do Estado na definição e implementação das políticas.^{12,23,45-56} Nos estudos empíricos, os argumentos de ineficiência e desorganização do Estado restam muito claros, como depreendemos de diversos textos:

- (i) Guerra destaca como resultado de seu estudo a disparidade entre a baixa disponibilidade de medicamentos essenciais nos setores públicos (almoxarifados municipais, 52,0%; unidades públicas de saúde, 46,9%; unidades ambulatoriais filantrópicas, 41,0% e unidades ambulatoriais privadas, 38,1%) e a alta disponibilidade desses medicamentos nas farmácias privadas, que alcançou 81,2%;⁵²
- (ii) Diniz, Medeiros e Schwartz defendem que os desafios quanto ao processo de aquisição e disponibilização de medicamentos podem se caracterizar como falhas da política ou mesmo entraves à compreensão da política para sua operacionalização nas esferas do poder público, levando o cidadão à busca de outras instâncias. Nesse

sentido, a judicialização se enquadra no contexto da ausência de uma política clara do sistema de saúde;¹⁰

- (iii) Vieira e Zucchi afirmam que a maioria das demandas por medicamentos poderia ser evitada caso as diretrizes do SUS fossem cumpridas.⁵⁷ Também nesse sentido enquadram-se os artigos de Marques e Dallari e de Lopes;^{18,58}
- (iv) Machado et al. verificam que há casos de falha no sistema público de saúde, pois algumas demandas referem-se a medicamentos que constam da lista do SUS que, por tal razão, deveriam estar disponíveis à população. Machado et al. afirmam, ainda, que aproximadamente 5% dos medicamentos pleiteados não eram registrados na Anvisa, 19,6% estavam na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais, 24,3% compunham o Programa de Medicamentos de Alto Custo e 53,9% apresentavam evidência consistente de eficácia. Entre os medicamentos não disponíveis no sistema público, 79,0% tinham alternativa terapêutica nos programas de assistência farmacêutica. Esses números indicavam falhas do sistema público de saúde, uma vez que há solicitações de medicamentos constantes das listas desse sistema;¹⁷
- (v) Pepe et al. sugerem que, além de problemas relacionados à aquisição, distribuição e dispensação de itens listados, os não selecionados em listas oficiais foram grande motivação da demanda;²¹ e
- (vi) Macedo, Lopes e Barberato-Filho apontam que, dos medicamentos solicitados, 14,3% deveriam estar disponíveis na atenção básica do SUS, e 19,5%, no componente de medicamentos de dispensação excepcional; além disso, 66,2% não pertenciam a nenhuma lista oficial. Eles concluem que a via judicial tem sido utilizada para garantir o acesso tanto a medicamentos cujo fornecimento está previsto no SUS como a medicamentos não incorporados por ele e reforçam a necessidade de análise técnica para a tomada de decisão do fornecimento de medicamentos, ainda que pela via judicial.¹⁵

Um segundo ponto de destaque nos dados obtidos nas pesquisas refere-se à falta de entendimento entre os poderes, em especial, à não consideração das normas emitidas pelos legisladores e pelos gestores públicos nas decisões judiciais amplamente concessivas de medidas não previstas nas políticas públicas voltadas à saúde:

- (i) Machado et al. consideram que a solicitação judicial por medicamentos sem comprovação de eficácia e não padronizados pelo SUS ratifica o uso irracional de recursos públicos e afronta as premissas da Política Nacional de Medicamentos;¹⁷
- (ii) Baptista, Machado e Lima concluem que há desarticulação entre os poderes e diversas deficiências legislativas e da administração pública na elaboração e execução das políticas de saúde. Isso acarreta a ampliação do papel do Poder Judiciário não só no atendimento pontual da demanda, mas também na responsabilização do Estado em desenvolver procedimentos adequados de atendimento pela rede pública de saúde, com destaque para a incorporação, compra e dispensação de medicamentos;⁵⁹
- (iii) Barbosa destaca a desarticulação entre as decisões emitidas pelo STF sobre a dispensação de medicamentos para o tratamento da aids e as políticas públicas de saúde elaboradas pelo governo federal por meio dos poderes Executivo e Legislativo. Conclui seu texto com a afirmação de que as decisões judiciais, especialmente as do STF, devem considerar em seus fundamentos a limitação orçamentária e a organização das políticas públicas, sob pena de levar à incapacidade gerencial dos órgãos públicos e, conseqüentemente, à ineficácia dos programas governamentais;³
- (iv) Borges e Ugá defendem que as decisões judiciais concedem os pedidos formulados sobre fornecimento de medicamentos sem ponderar a padronização de medicamentos adotada pelo MS. Consideram, então, a intervenção judicial como excessiva;⁴
- (v) Leite et al. afirmam que o fornecimento de medicamentos por compra direta não está adequadamente inserido na gestão da assistência farmacêutica municipal, desrespeitando a Política Nacional de Medicamentos. O fornecimento de medicamentos não vinculado a uma organização da assistência farmacêutica municipal, não só pela judicialização, mas também por atendimentos de demandas individuais pela assistência social (inclusive “terceirizado” por uma organização social), compromete a consolidação de propostas como a política referida acima;¹²
- (vi) Messeder, Osório-de-Castro e Luiza sugerem que há demora no julgamento das ações, sendo a maioria conduzida pela Defensoria Pública para usuários do SUS. Notou-se a oficialização de práticas prescritivas, com a inclusão de medicamentos frequentemente solicitados nas listas de financiamento público, dificultando adesão ao uso racional de medicamentos. Medicamentos da competência de fornecimento dos municípios são solicitados ao Estado, que, por sua vez, falha no repasse. A aparente falta de esclarecimento dos autores e condutores das ações gera desgaste na relação Executivo-Judiciário e desvio dos recursos para ações coletivas de assistência farmacêutica;⁶⁰

- (vii) Borges e Ugá propõem que o Judiciário busque critérios para racionalizar e uniformizar sua atuação de forma a superar os obstáculos por meio da aproximação entre o Judiciário e os órgãos do Poder Executivo, bem como da verificação se há padronização dos medicamentos pleiteados pelo MS e se o médico prescritor e o receituário são do SUS. Ademais, entendem que os conflitos não devem se tornar uma busca individualizada pela efetivação de políticas públicas, como vem ocorrendo no caso do fornecimento dos medicamentos;⁶¹
- (viii) Vieira e Zucchi levantam que os serviços do SUS originaram 59% das prescrições (26% municipais e 33% as demais). Câncer e diabetes foram as doenças mais referidas (59%). Faziam parte de listas de serviços 62% dos medicamentos solicitados. O gasto total foi de R\$ 876 mil, efetuado somente para itens não selecionados (que não fazem parte da Relação Municipal de Medicamentos Essenciais), 73% dos quais poderiam ser substituídos. Desse gasto, 75% foram destinados à aquisição de antineoplásicos, cuja comprovação de eficácia necessita de mais ensaios clínicos. Ao final, as autoras defendem que a maioria das demandas por medicamentos geradas por ações judiciais poderiam ser evitadas se fossem consideradas as diretrizes do SUS, a organização do atendimento em oncologia e a observância das relações de medicamentos essenciais. A falta dessa observância compromete a Política Nacional de Medicamentos, a equidade no acesso e o uso racional de medicamentos no SUS.⁵⁷

Outro ponto frequentemente abordado quanto à judicialização da saúde refere-se aos limites orçamentários para o atendimento de toda e qualquer demanda, sendo citada, em diversas oportunidades, a expressão “escassez de recursos”. Dentro desse contexto, destaca-se:

- (i) Barbosa considera que é fundamental que, ao decidir pela realização dos direitos sociais, o STF sopesse a limitação orçamentária e as políticas públicas, sob pena de ocasionar a incapacidade gerencial das instituições públicas e a ineficácia dos programas de ação governamental, retrocedendo na proteção e efetivação dos direitos assegurados na Constituição Federal. Mas suas próprias evidências já demonstram que 58,3% das decisões analisadas consideraram algum critério econômico, contra 41,7% que não abordaram o aspecto financeiro da concessão de medicamentos;³

- (ii) Ferraz e Vieira trazem em seu artigo as noções de complexidade técnica das demandas na área de saúde e de escassez de recursos, a qual demandará a identificação de prioridades e a implementação de escolhas por parte dos gestores públicos. Consideram, por fim, que a judicialização acarreta uma inversão dos objetivos primordiais do SUS, pois o acesso efetivo ao Judiciário no Brasil é facilitado às pessoas de condições socioeconômicas mais avantajadas.⁶²
- (iii) Mazza considera que o STF geralmente não leva em consideração as regras e o planejamento orçamentários quando das suas decisões no campo de saúde. É necessário haver equilíbrio e proporcionalidade nas decisões do Poder Judiciário que envolvam o direito à saúde, pois a saúde e o orçamento convivem lado a lado;¹⁹
- (iv) Vieira argumenta que a escassez de recursos requer a formulação de políticas para alocação compatível com os princípios de universalidade, integralidade, igualdade e equidade do SUS. Afirma, também, que é necessária a discussão sobre o impacto das ações judiciais de medicamentos não ofertados pelo sistema e o comportamento do Judiciário brasileiro em relação a elas.⁶³

Utilizando a consideração orçamentária, mas em sentido contrário aos demais, Cardoso cita algumas decisões do STF, entre elas, a de que a mera alegação de insuficiência orçamentária, sem a devida e indiscutível comprovação, não pode ser aceita (AgRg-RE 271286/RS; ADPF n. 45). Conclusivamente, destaca: (i) a omissão reiterada do Legislativo brasileiro na concretização dos direitos fundamentais; (ii) a igual inércia do Executivo e suas questionáveis “escolhas trágicas”, tais como a aquisição de 15 milhões de sachês de gel lubrificante (no valor aproximado de R\$ 40 milhões) e mais de um bilhão de preservativos, às vésperas do carnaval, em detrimento da oferta de medicamentos ou tratamentos; c) a substituição, pelo Judiciário, de uma função que seria do Executivo; (iii) a legitimidade — ou não — do processo judicial como forma democrática de decidir sobre a concessão de um remédio ou de um tratamento médico a determinada pessoa; (iv) a limitação orçamentária para implementar as políticas públicas, sendo essa a medida para a efetivação dos direitos, importando na necessidade das “escolhas trágicas” e levando ao argumento da reserva do possível como razoável para afastar o fornecimento de medicamento pelo Executivo; e (vi) o dever da família, da sociedade e do Estado na garantia da saúde.⁶

Outro fator utilizado como argumento, em muito relacionado com a questão financeira das demandas, refere-se ao binômio coletivo–individual. Para alguns autores, o atendimento

das demandas individuais prejudicaria a alocação dos mesmos recursos em políticas públicas voltadas à coletividade:

(i) Andrade et al. afirmam que, em uma primeira análise superficial, pode-se inferir que a via judicial tem propiciado o exercício dos princípios constitucionais da universalidade, integralidade e equidade na assistência à saúde. Porém, quando se analisa de forma mais ampla, percebe-se uma lógica adversa: se, por um lado, as decisões judiciais visam garantir o atendimento ao direito e às necessidades do cidadão, por outro, remetem ao gestor a responsabilidade de decisões administrativas que muitas vezes contradizem os princípios constitucionais da equidade e o acesso igualitário na assistência à saúde de qualidade;⁶⁴

(ii) Tanaka conclui que o desafio do SUS está entre a garantia do fundamental para toda a população brasileira e o direito individual à saúde de alguns poucos indivíduos que conseguem, por meio de decisão judicial, a dispensação de medicamentos cujo custo e efetividade não são plenamente conhecidos e validados como acontece na disponibilização pelo SUS;⁶⁵ e

(iii) Marques e Dallari observaram que, em 96,4% dos casos analisados, houve a condenação do Estado a fornecer o medicamento nos exatos moldes do pedido do autor, inclusive quando o medicamento não possuía registro na Anvisa (9,6% dos casos analisados); que 100% dos processos eram individuais; que, em 77,4%, a requisição foi específica em relação ao laboratório farmacêutico; e que, em 93,5% dos casos, os medicamentos foram concedidos judicialmente ao autor em caráter de urgência, por meio de medida liminar. No entender dos autores, a judicialização prejudica a tomada de decisões coletivas pelo sistema político, pois as decisões judiciais não tomam conhecimento dos elementos constantes na política pública de medicamentos, editada conforme o direito para dar concretude ao direito social à assistência farmacêutica.¹⁸

A última tese a ser destacada é a de que a judicialização é um movimento das elites econômicas brasileiras, pois os que têm acesso ao Poder Judiciário são os cidadãos com poder aquisitivo e com formação educacional. Por vezes, aparece a menção ao financiamento dessas demandas por parte de empresas de medicamentos.

- (i) Chieffi e Barata obtiveram como resultados de seu estudo que, com relação ao local de prescrição, 48% dos pacientes possuíam receitas médicas de estabelecimentos da rede do SUS, e 47%, do sistema complementar; em 4% dos atendimentos, não foi possível classificar a origem da receita. A maioria das ações analisadas foi ajuizada por advogados particulares, sendo que a justiça gratuita contribuiu tão somente com $\frac{1}{4}$ das ações. O fato de essas ações geralmente serem ajuizadas por advogados particulares, segundo as autoras, demonstra que os pacientes arcaram com os custos dessa representação e, em princípio, poderiam adquirir os medicamentos solicitados. Comparando a frequência acumulada, o estudo verificou que: 74% dos pacientes residem em áreas pertencentes aos estratos 1, 2 e 3; já na população em geral, essa porcentagem é de 53%. Considerando apenas os estratos 1 e 2, os mais bem aquinhoados da população, a diferença entre a parcela atendida pelas ações judiciais é o dobro de sua distribuição na população geral. Como conclusão, Chieffi e Barata defendem que a parcela da população atendida por demandas judiciais tem em média melhores condições socioeconômicas, residindo em áreas com baixa ou nenhuma vulnerabilidade social;⁸
- (ii) As mesmas autoras, em um segundo artigo, trazem como evidência que os medicamentos solicitados nas demandas judiciais analisadas foram prescritos por 878 médicos e que 35% das ações foram apresentadas por 1% dos advogados. Orientados pelos próprios médicos ou por associações de portadores da patologia, frequentemente subsidiadas pelas indústrias farmacêuticas, os pacientes procuram a via judicial para obter a garantia de acesso. O processo se repete, ampliando progressivamente o número de demandantes. A observação de que mais de 70% das ações ajuizadas para certos medicamentos são de responsabilidade de um mesmo advogado leva à conclusão de que se pode sugerir uma relação estreita entre o advogado e o fabricante do medicamento;⁹
- (iii) Machado et al. afirmam que cerca de 70% dos autores foram atendidos no sistema privado de saúde e 60,3% foram representados por advogados particulares. Esses resultados sugeririam, em sua visão, que os pacientes que recorrem ao Poder Judiciário podem ter melhores condições socioeconômicas, considerando que arcam com as despesas processuais e têm maior conhecimento de seus direitos. Segundo os autores, isso pode agravar a iniquidade no acesso à saúde de um sistema já marcado por desigualdades socioeconômicas;¹⁷ e

- (iv) Campos Neto et al. contam que, em sua pesquisa, houve predomínio de representação por advogados particulares e atendimento por médicos do setor privado. Entre as ações representadas pelo escritório A, 43,6% tiveram um único médico prescritor, e 29 médicos foram responsáveis por 40,2% dos pedidos do mesmo fármaco. Apenas um médico foi responsável por 16,5% das prescrições de um dos medicamentos, solicitado por apenas um escritório particular de advocacia, em 44,8% dos pedidos. Isso leva à conclusão de que a maior representatividade de médicos do setor privado e advogados particulares pode trazer prejuízo à equidade, entendendo-se que os dados sugerem associação entre médicos e escritórios de advocacia nas solicitações dos medicamentos. Os autores veem ainda indícios de que a Justiça e a medicina têm sido utilizadas para atender aos interesses da indústria farmacêutica.⁵

Algumas das teses defendidas no debate nacional não se sustentam com os dados apresentados, sendo inclusive verificável a defesa de argumentos opostos com base em pesquisas. É o caso da afirmação de escassez de recursos e limitação orçamentária. Os dados demonstram, sim, custos altos com diversas demandas, em especial, relativas à aquisição de medicamentos. Entretanto, desse resultado não é possível afirmar que o Estado brasileiro não possui recursos suficientes para atender a essas demandas. Ademais, sem uma discussão sobre o montante que a sociedade brasileira entende como justo e recomendável para as demandas de saúde, não será possível a discussão sobre priorização nessa área. Ratifica-se, assim, que a afirmação da impossibilidade de atender a toda e qualquer demanda não qualifica o debate sobre o atendimento das necessidades de saúde.

Nesse mesmo sentido, critica-se a argumentação que coloca como conflitantes os direitos coletivo e individual. O atendimento de uma demanda individual não necessariamente leva à desconsideração da coletividade. Afinal, o coletivo é feito de indivíduos. Mais uma vez, desloca-se a discussão maior quanto à necessidade de justificação, transparência e democracia quando das decisões alocativas de recursos para um aspecto pontual de atendimento de uma demanda.

Por fim, a tese da judicialização como um movimento das elites econômicas brasileiras parece apresentar três dificuldades. Primeiro, há pesquisas em sentido inverso, as quais foram inclusive citadas neste texto, que apontam para uma participação representativa de instituições públicas de defesa dos demandantes e também para uma maior cidadania por meio do próprio processo de judicialização. Ademais, os dados apresentados têm caráter local, não podendo ser generalizados para a complexa realidade da sociedade brasileira. Finalmente,

o direito à saúde é universal e, nesse sentido, deve ser assegurado a todos os cidadãos, independente de sua classe econômica. Alegar que a população financeiramente mais abastada tem acesso ao direito à saúde por meio do Poder Judiciário não é suficiente para justificar seu cabimento ou não.

2.1.3 Estudo de caso empírico: levantamento de dados na 2ª Vara de Fazenda Pública Privativa do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

Os dados empíricos relatados a seguir foram obtidos por meio do levantamento feito na 2ª Vara de Fazenda Pública Privativa do TJDF, cuja atribuição é julgar os feitos em que o Distrito Federal figura como parte interessada. O DF conta com oito varas de Fazenda Pública, e a distribuição dos processos ocorre de maneira aleatória entre as unidades. A análise dos dados cobriu o período de maio de 2005 a setembro de 2010. O trabalho de campo foi realizado durante 10 semanas, de forma presencial na vara por três pesquisadoras. Foi utilizado um instrumento eletrônico para a coleta de dados, composto de 26 questões fechadas e estruturadas e 11 questões abertas. O instrumento foi validado em uma amostra de 40% dos processos. Após a validação, foram recuperados e analisados 385 processos, o que corresponde a 87% do universo total de processos sobre saúde tramitados na vara no período da pesquisa.

Os processos foram recuperados em duas etapas. Na primeira, levantaram-se todos os processos cuja distribuição indicava o tema da saúde. Essa indexação inicial é produzida pela área de estatística do TJDF e fornecida aos pesquisadores. Foram recuperados 533 processos sob essa rubrica. A segunda etapa consistiu na avaliação do objeto da judicialização e resultou na eliminação de 90 processos por erro de indexação, por isso, o universo potencial de pesquisa foi estabelecido em 443 processos. No total, foram analisados 385 processos, havendo uma perda de 58 processos por razões diversas, sendo as mais comuns a posse do processo pelo advogado, a tramitação em regime de urgência ou a análise pelo Ministério Público. Como não há prazo para o retorno do processo à vara, a pesquisa em profundidade foi realizada no universo de 385 processos, o que corresponde a 87% dos processos sobre o tema da saúde julgados pela 2ª Vara de Fazenda Pública Privativa do TJDF no período de 2005 a 2010.

Nota-se, por meio dos dados obtidos, um crescimento permanente da judicialização. É claro o aumento do número de processos impetrados nos últimos anos — somente os três últimos anos pesquisados contam com 344 processos (89%). Quanto aos autores, a judicialização da saúde no DF é provocada por homens (51%) e mulheres (46%), de nascituros a idosos com 101 anos (aproximadamente metade da população tem 59 anos ou menos), cujo pedido inicial é encaminhado por defensores públicos (95%), com receita médica oriunda de serviços públicos de saúde (85%).

Não há evidências de que a judicialização seja um movimento das elites. Praticamente todos os processos (95%) foram conduzidos pela Defensoria Pública, o que pressupõe a hipossuficiência de recursos. Apenas 4% foram conduzidos por um escritório de advocacia privada. Outros tipos de advocacia, como advogados de ONGs, escritórios-modelo e advocacia do Ministério Público Federal, apareceram apenas esporadicamente nos dados. Outro indicador de classe social dos demandantes utilizado em estudos brasileiros é o tipo de serviço de saúde de onde parte o pedido médico dos bens e serviços demandados, avaliado pela origem da receita médica que acompanhou o pedido da inicial ao juiz. Mais uma vez, as evidências sugerem que a judicialização não é um fenômeno exclusivo das elites. Apenas 9% dos processos partiram de pedidos obtidos por meio da medicina privada. Não é possível dizer, no entanto, se esse é um caso de validação das receitas de medicina privada por serviços públicos de saúde para o início do litígio judicial.

Embora exista um debate sobre a classe social dos demandantes em processos de judicialização da saúde no Brasil, uma pergunta sobre classes só faz sentido quando a intenção é contestar os princípios de universalidade que regem o sistema de saúde. Para um sistema que, por ser universal, não discrimina atendimentos por atributos das pessoas, a origem social dos indivíduos deve ser considerada irrelevante. O que parece mais razoável questionar, porém, é se as demandas expressam necessidades de saúde — aquelas que o sistema público de saúde deve, por imposição constitucional, atender.

Avaliar a necessidade de bens e serviços de saúde com base em processos judiciais é uma tarefa mais difícil do que pode parecer à primeira vista. No entanto, há informações no curso dos processos que trazem indicações importantes sobre a razoabilidade do que é demandado. Como se verá a seguir, o conjunto formado pelos motivos para o não julgamento em sentença terminativa de processos, pelas razões para que esse julgamento não tenha ocorrido e pelo tipo de bens de saúde solicitados indica que a judicialização expressa demandas de cobertura de necessidades específicas e urgentes de saúde.

Os dados de comprovação de renda constam em 27 processos (7% do total). A renda mais alta comprovada foi de R\$ 3.809,00, e a mais baixa, de R\$ 354,05. Vale notar que uma análise da documentação apresentada na entrada do processo indica que 7% dos requerentes eram analfabetos; além disso, 20% dos processos basearam seus argumentos na pobreza dos requerentes. Entretanto, considerando que a comprovação não ocorre na maioria dos processos, pode haver uma concentração dos indivíduos com menor renda entre aqueles que apresentaram documento de comprovação no pedido inicial. Por outro lado, a simples exigência ou demanda espontânea de apresentação de comprovação de renda na petição inicial deve ser um dado analisado com cautela: se o SUS é universal e não focalizado por classe social, não haveria por que considerar a renda um critério argumentativo para a judicialização de necessidades de saúde.

O principal bem judicializado foi acesso à UTI na rede privada de saúde (66%). Outro bem cuja solicitação judicial foi frequente foi a assistência médica (13%). A demanda por medicamentos, principal motivo da judicialização na literatura nacional, foi provocada por 15% dos indivíduos. Não há, na literatura brasileira sobre judicialização da saúde, evidências que se comparem ao encontrado no DF, o que sugere ser a judicialização uma resposta às particularidades da política de saúde pública local e suas fragilidades.

As doenças mais comuns nos processos judiciais analisados foram as do aparelho circulatório (28%) e do aparelho respiratório (24%). Até 2007, o acesso a UTI respondia por 32% das demandas. A partir de 2008, passou a representar 71% delas. O padrão de demanda por bens de saúde sugere ser consistente com os diagnósticos médicos apresentados nos pedidos judiciais. Esses diagnósticos apontam para uma prevalência de doenças agudas (78%) no conjunto dos casos. Os tratamentos de doenças agudas são, em geral, bem enquadrados nos protocolos terapêuticos do sistema público de saúde. Deve ser notado que esses diagnósticos foram realizados quase integralmente por médicos da rede pública de saúde. A ausência desse tratamento, refletida na judicialização, é um indicador muito mais provável de reação à omissão das políticas do que de demanda por tratamentos não oferecidos pelo sistema.

Quanto à argumentação jurídica utilizada para o requerimento, vale ressaltar que um mesmo processo pode lançar mão de mais de um argumento. Em cada processo, a estrutura argumentativa segue um padrão particular, sendo, portanto, difícil determinar quais seriam os argumentos centrais e quais seriam os periféricos. No entanto, como o conjunto de leis e princípios constitucionais aos quais os processos podem recorrer é razoavelmente limitado, foi possível identificar e classificar os argumentos em cinco categorias: *direito à saúde*,

direito à vida, risco de vida, dano irreparável ou de difícil reparação e risco de agravo da doença.

Praticamente todos os processos fundamentam sua argumentação no *direito à saúde* (95%) e muitos recorrem ao *direito à vida* (50%), ambos difíceis de contestar do ponto de vista jurídico — embora a decisão dos juízes possa variar, é difícil contrapor um argumento baseado no *direito à vida* com uma argumentação fundamentada na *reserva do possível*, por exemplo. Relacionado ao fato de que a maioria dos processos solicita vagas em UTI, muito comuns são também os argumentos de *risco de vida* (76%), *dano irreparável ou de difícil reparação* (52%) e *risco de agravo da doença* (18%). E, como já mencionado, o argumento da insuficiência de renda é mencionado em 20% dos processos.

Dada a urgência dos tipos de demanda predominantes, a maior parte dos requerentes solicita decisão liminar. Os juízes tendem a conceder essas liminares (70%). Apenas 8% das decisões são desfavoráveis aos requerentes. Como predominam demandas por vagas de UTI de indivíduos correndo risco de vida ou agravamento de condição clínica, esse é um resultado, de certo modo, esperado.

Outro objeto de levantamento foi a fundamentação para a negativa da liminar. A razão principal para a recusa à concessão de liminares é a ausência de comprovação da urgência do caso. Constam também a ausência de risco (6%) e a ausência de perícia médica judicial (6%). Segue-se a ocorrência de lista de espera para o atendimento do pleito e a racionalidade da prescrição médica, ambas com três casos cada, totalizando 22%. É possível retirar do levantamento que preocupações com impactos orçamentários das decisões, majoritariamente referentes ao custo de medicamentos (argumento da reserva do possível), têm pouca importância no total, com apenas duas decisões judiciais utilizando esse argumento.

O estudo de caso trouxe importantes informações a respeito da judicialização da saúde. Destaca-se que: (i) do total dos processos levantados, 89% concentram-se nos três últimos anos da pesquisa (2007-2010); (ii) o intervalo da faixa etária dos demandantes varia de recém-nascidos a idosos acima de 80 anos; (iii) 85% dos processos têm origem em receituário da rede pública de saúde e 95% advêm da Defensoria Pública; (iv) 7% dos demandantes comprovaram renda na inicial e, desses, 70% atestaram renda inferior a R\$ 999,00; (v) 66% das ações têm como pedido a internação em uma vaga em UTI na rede privada de saúde, e apenas 15% têm como bem demandado a aquisição de medicamentos; (vi) há uma concentração do diagnóstico em doenças de caráter agudo, representando 78% dos casos; (vii) 95% dos processos utilizam o argumento do direito à saúde como fundamentação, seguido dos argumentos de risco de vida e risco de dano irreparável ou de

difícil reparação (76% e 52%); (viii) em 70% dos casos, a decisão liminar é favorável ao requerente e a negativa ocorre em apenas 8% dos processos; (ix) em 38% das negativas, a decisão judicial baseou-se na ausência de documentos que comprovassem a urgência da solicitação, e somente em dois casos (6%) foi utilizado o argumento de custo do medicamento e/ou da reserva do possível para não conceder a liminar.

ⁱ Belize, 1981; Bolívia, 2009; Brasil, 1988; Burkina Faso, 1991; Camboja, 1993; Cabo Verde, 1980; Comores, 2001; Equador, 2008; Etiópia, 1994; Filipinas, 1986; Guatemala, 1985; Guiné, 2010; Hungria, 2011; Itália, 1947; Mali, 1992; Nicarágua, 1987; Níger, 2010; República Democrática do Congo, 2005; República Dominicana, 2010; Ruanda, 2003; Senegal, 2001; Suriname, 1987; Togo, 1992; e Venezuela, 1999.

ⁱⁱ Afeganistão, 2004; África do Sul, 1996; Albânia, 1998; Angola, 2010; Armênia, 1995; Azerbaijão, 1995; Bahrain, 2002; Bélgica, 1831; Burundi, 2005; Butão, 2008; China, 1982; Coreia do Norte, 1972; Croácia, 1991; Cuba, 1976; Eslováquia, 1992; Eslovênia, 1991; Finlândia, 1999; Gâmbia, 1996; Gana, 1992; Guiana, 1980; Guiné Equatorial, 1991; Iêmen, 1991; Ilhas Marshall, 1979; Irã, 1979; Iraque, 2005; Macedônia, 1991; Madagascar, 2010; Malavi, 1994; México, 1917; Mianmar, 2008; Micronésia, 1981; Moçambique, 2004; Moldávia, 1994; Mongólia, 1992; Nepal, 2006; Nigéria, 1999; Peru, 1993; Romênia, 1991; Rússia, 1993; São Tomé e Príncipe, 1975; Sudão, 2005; Sudão do Sul, 2011; Suíça, 1999; Tailândia, 2007; Turquemenistão, 2008; Uganda, 1995; e Vietnã, 1992.

ⁱⁱⁱ Benin, 1990; Costa do Marfim, 2000; e Eritreia, 1997.

^{iv} Andorra, 1993; Argélia, 1963; Bulgária, 1991; Camarões, 1972; Cazaquistão, 1995; Chile, 1980; Coreia do Sul, 1948; Espanha, 1978; Estônia, 1992; Grécia, 1975; Haiti, 1987; Honduras, 1982; Letônia, 1991; Montenegro, 2007; Países Baixos, 1848; Paraguai, 1992; Polônia, 1997; Portugal, 1976; Quirguizistão, 2010; Seicheles, 1993; Sérvia, 2006; Síria, 2012; Tajiquistão, 1994; Ucrânia, 1996; e Zimbábue, 2013.

^v Antígua e Barbuda, 1981; Áustria, 1945; Bahamas, 1973; Barbados, 1966; Botsuana, 1966; Chade, 1996; Chipre, 1960; Colômbia, 1991; Congo, 2001; Dominica, 1978; Emirados Árabes Unidos, 1971; Granada, 1991; Guiné Bissau, 1984; Ilhas Salomão, 1978; Índia, 1949; Jamaica, 1962; Japão, 1946; Kuwait, 1992; Laos, 1991; Lesoto, 1993; Libéria, 1986; Listenstaine, 1921; Malásia, 1957; Malta, 1964; Maurício, 1968; Nauru, 1968; Papua-Nova Guiné, 1975; Paquistão, 2002; Qatar, 2003; Quiribati, 1979; Serra Leoa, 1996; Singapura, 1959; Sri Lanka, 1978; República Centro-Africana, 2004; São Cristóvão e Neves, 1983; Santa Lúcia, 1978; São Vicente e Granadinas, 1979; Suazilândia, 2005; Taiwan, 1947; Tanzânia, 1985; Turquia, 1982; Tuvalu, 1986; e Zâmbia, 1991.

^{vi} Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.

^{vii} Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do SUS e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências.

^{viii} Aprova a Norma Operacional Básica (NOB 01/96), que redefine o modelo de gestão do SUS.

^{ix} Aprova a Norma Operacional da Assistência à Saúde – NOAS-SUS 01/2002.

^x Divulga o Pacto pela Saúde 2006 — Consolidação do SUS e aprova as diretrizes operacionais do referido pacto.

^{xi} Conforme dispõe o artigo 102 da Constituição Federal, *in verbis*: “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal”.

^{xii} Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublicaPrincipal.asp>. Acesso em: 05/5/2015.

^{xiii} “Art. 154. Serão públicas as audiências: [...] III – para ouvir o depoimento das pessoas de que tratam os arts. 13, inciso XVII, e 21, inciso XVII, deste Regimento. Parágrafo único. A audiência prevista no inciso III observará o seguinte procedimento: I – o despacho que a convocar será amplamente divulgado e fixará prazo para a indicação das pessoas a serem ouvidas; II – havendo defensores e opositores relativamente à matéria objeto da audiência, será garantida a participação das diversas correntes de opinião; III – caberá ao Ministro que presidir a audiência pública selecionar as pessoas que serão ouvidas, divulgar a lista dos habilitados, determinando a ordem dos trabalhos e fixando o tempo que cada um disporá para se manifestar; IV – o depoente deverá limitar-se ao tema ou questão em debate; V – a audiência pública será transmitida pela TV Justiça e pela

Rádio Justiça; VI – os trabalhos da audiência pública serão registrados e juntados aos autos do processo, quando for o caso, ou arquivados no âmbito da Presidência; VII – os casos omissos serão resolvidos pelo Ministro que convocar a audiência.”

^{xiv} “Art. 13. São atribuições do Presidente: [...] XVII – convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante, debatidas no âmbito do Tribunal. XVIII – decidir, de forma irrecorrível, sobre a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, em audiências públicas ou em qualquer processo em curso no âmbito da Presidência.”

“Art. 21. São atribuições do Relator: [...] XVII – convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral ou de interesse público relevante; XVIII – decidir, de forma irrecorrível, sobre a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, em audiências públicas ou nos processos de sua relatoria.”

^{xv} Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublica.asp?tipo=realizada#>. Acesso em: 05/5/2015.

^{xvi} Ministro da Saúde; presidente do Conselho Nacional de Saúde (CNS); presidente do Conselho Nacional de Secretários Estaduais de Saúde (Conass); presidente do Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde (Conasems); diretor-presidente da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa); secretário de Atenção à Saúde do Ministério da Saúde; consultor jurídico do Ministério da Saúde; Secretaria Estadual de Saúde do Amazonas; Associação Nacional do Ministério Público de Contas; Defensoria Pública do Estado de São Paulo; Associação Nacional do Ministério Público de Defesa da Saúde; Confederação Nacional dos Municípios; gerente de Projeto da Coordenação Geral da Política de Alimentos e Nutrição do Departamento de Atenção Básica; e diretora do Departamento de Regulação, Avaliação e Controle de Sistemas.

^{xvii} Procurador-geral da República; Ordem dos Advogados do Brasil; advogado-geral da União; defensor público-geral da União; Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB); Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro; Fórum Nacional dos Procuradores-Gerais das Capitais Brasileiras; e juiz da 5ª Vara Federal de Recife.

^{xviii} Diretor-geral do Hospital do Coração em São Paulo; Grupo Hipupiara Integração e Vida; presidente do Instituto de Defesa dos Usuários de Medicamentos (Idum); Associação Brasileira de Grupos de Pacientes Reumáticos; Conectas Direitos Humanos; Associação Brasileira de Amigos e Familiares de Portadores de Hipertensão Arterial Pulmonar; Associação Brasileira de Mucopolissacaridoses; Associação Brasileira de Assistência à Mucoviscidose; Instituto de Defesa dos Usuários de Medicamentos; e Anis – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero.

^{xix} Presidente da Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz); Instituto do Câncer do Estado de São Paulo; Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Hospital de Clínicas de Porto Alegre; Centro de Estudos e Pesquisa de Direito Sanitário; e Sociedade Brasileira de Oncologia Clínica.

^{xx} Presidente do Conselho Federal de Medicina; presidente da Federação Brasileira da Indústria Farmacêutica (Febrafarma); e presidente da Federação Nacional dos Estabelecimentos de Serviços de Saúde (Fenaess).

^{xxi} O advogado-geral da União fez um esclarecimento inicial de que todos os técnicos que falariam pela União tinham assinado uma declaração de ausência de conflito de interesse em relação ao tema.

2.3 Teoria dos casos difíceis

Existem situações submetidas ao Poder Judiciário que, por sua complexidade, exigem uma hermenêutica mais detalhada. Nesse sentido, surge a doutrina americana denominada de *hard cases*, os quais não encontram uma solução tranquila quando inseridos nos ditames legais, não sendo possível a simples subsunção de uma regra. No prefácio de *Levando os direitos a sério*, Albert Calsamiglia esclarece que um caso poderá ser considerado difícil se existir incerteza quanto à aplicação da norma jurídica.²⁴ Já as considerações de Dworkin sobre os casos difíceis levam à conclusão de que, mesmo neles, utilizando os princípios como parâmetro, pode-se obter uma única resposta correta para a lide proposta. O autor reconhece que na prática é difícil, por vezes impossível, encontrar tal resposta, o que não invalida sua afirmativa de que ela existe — apenas não foi encontrada. Algumas teorias, apesar de concordarem com a necessidade de limitação da discricionariedade judicial, discordam da conclusão de Dworkin de que existe apenas uma decisão correta a ser encontrada.⁶⁶ Outros autores, como Herbert Hart, defendem que a discricionariedade judicial é inevitável.⁶⁷

Segundo Dworkin, uma teoria geral sobre o direito deve tratar de três aspectos: legislação, decisão judicial e observância das leis. No tocante à legislação, deve-se ponderar sobre a legitimidade das leis, descrevendo as circunstâncias que autorizam um indivíduo ou grupo a elaborar os textos legais. No que tange à decisão judicial, devem ser analisados (i) os padrões em que os julgadores devem se pautar nas decisões, em especial nos chamados casos difíceis; e (ii) a própria jurisdição, explicitando por que e quando os juízes, e não outras instâncias sociais ou governamentais, devem tomar as decisões sobre direitos. Por fim, a teoria geral sobre o direito deve abordar o tema respeito à lei, discutindo a natureza e os limites do dever de obediência dos indivíduos a ela.⁶⁸

Quanto à postura judicial na resolução dos casos difíceis, Dworkin tem como preocupação inicial rebater a tese de um dos grandes pensadores do positivismo jurídico, Hart.⁶⁸ No pensamento de Hart, podem ser definidos dois principais meios de comunicação para as normas gerais de conduta: o primeiro é a legislação escrita, e o segundo, o precedente judicial. Porém, a legislação traz em si um aspecto característico de toda linguagem humana, ou seja, a incerteza e amplitude de alguns termos, fato denominado pelo autor de “textura aberta” das normas. Defende ainda Hart que, em razão da imprevisibilidade dos contextos sociais, não deve ser um ideal social a busca por regras tão detalhadas a ponto de existir uma

norma para todo e qualquer caso particular, sendo dispensável na aplicação da legislação a escolha entre alternativas abertas.

De acordo com Hart, para detalhar as normas, o Poder Legislativo deve delegar poderes regulamentares ao Poder Executivo. Nesse contexto, o autor entende que o Poder Judiciário também pode exercer uma função criadora de normas ao decidir questões não normatizadas ou regulamentadas. Quanto à crítica de erro judicial e definitividade das decisões dos tribunais supremos, Hart considera que esse é um risco inerente à própria democracia e organização estatal quando da instituição de autoridade e decisões definitivas. Porém, ele contextualiza as decisões judiciais dentro de um sistema de regras normalmente claras, determinadas a ponto de fornecer padrões de decisão judicial correta.⁶⁷

O ponto de concordância entre Dworkin e Hart é quanto à existência de casos difíceis. Já a divergência entre os dois juristas envolve dois prismas. Primeiro, Dworkin critica o normativismo, que considera o direito um sistema composto exclusivamente por regras. Para ele, tal pensamento acarretará necessariamente lacunas no ordenamento vigente, na medida em que as normas não acompanham o ritmo das necessidades e mudanças sociais. A teoria dos princípios é de fundamental importância na resolução dos casos difíceis, já que, não obtendo uma regra específica no ordenamento jurídico, o julgador deverá buscar nos princípios a solução para o caso concreto. Sua diferença em relação ao positivismo jurídico reside no fato de considerar os princípios também como normas.⁶⁸

O segundo ponto de discordância, tido por Hart no pós-escrito de seu livro como ponto principal de conflito com Dworkin, refere-se à afirmação do primeiro autor de que, em qualquer sistema jurídico, ocorrerão casos não regulados pelas normas, não sendo possível apontar a decisão correta. Assim, o direito apresenta-se como parcialmente indeterminado ou incompleto, e cabe ao julgador exercer seu poder discricionário de criação de normas. Porém, Hart salienta que o poder criativo dos tribunais é limitado e exercido somente diante de casos concretos, não podendo o juiz usar sua discricionariedade para introduzir amplas reformas normativas. Já Dworkin considera que a incompletude não está no direito e sim na imagem que os positivistas têm do direito. Ao não considerarem os princípios jurídicos como fontes implícitas do direito, eles retiram seu caráter interpretativo, que confere plenitude ao sistema de normas, não havendo espaço para a discricionariedade judicial.⁶⁷

A discricionariedade como fonte de decisão judicial é um tema na tese de Hart bastante criticado por Dworkin. De acordo com este último, a discricionariedade implica que, ao julgador, é concedido o direito de tomar a decisão que quiser, sem que se vincule a adoção da mesma solução para futuros casos semelhantes. A principal diferença entre as duas visões é

que, para Dworkin, as decisões não podem ser escolhas do juiz e, apesar de ser impossível um manual oficial com a lista exaustiva das normas vigentes, deve-se observar o princípio fundamental de que as razões da decisão judicial sejam padrões públicos justificados perante a comunidade. Sem esses elementos, a decisão cria uma norma antidemocrática e injusta.⁶⁹

Em resposta, Hart defende que a delegação de poderes limitados do Legislativo ao Executivo é uma das características dos sistemas democráticos. Ele entende que a possibilidade de delegação ao Judiciário, também, por si só não pode ser definida como antidemocrática. Cumpre ao sistema democrático manter o controle sobre as delegações e assegurar mecanismos de revisão das decisões, inclusive as judiciais, em especial as definitivas e constitucionais. Por fim, Hart desabona a injustiça da decisão em razão da elaboração de uma norma pós-fato. Argumenta que a justiça de uma norma pressupõe uma expectativa justificada da ação em razão da confiança de que as consequências jurídicas dos seus atos seriam determinadas. O autor acredita que isso não ocorre nos casos difíceis, haja vista a incompletude da regulamentação — não há um direito claramente estabelecido que justifique qualquer expectativa.⁶⁷

Na exposição sobre os casos difíceis, Dworkin inicialmente resume a postura do positivismo jurídico, ressaltando que, quando uma ação judicial não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem o poder discricionário para decidir o caso de uma maneira ou de outra. Nesse sentido, parece supor que uma ou outra das partes tinha o direito preexistente de ganhar a causa. Porém, para o autor, tal ideia não passa de ficção, porque, na verdade, o juiz legisla novos direitos jurídicos e, em seguida, aplica-os retroativamente ao caso. Dworkin faz ainda uma crítica, considerando essa teoria da decisão judicial inadequada, pois, ainda quando nenhuma regra norteia o caso, uma das partes pode ter o direito de ganhar a causa. Mas o autor admite que não há um procedimento mecânico para demonstrar quais são os direitos das partes nos casos difíceis. Por fim, propõe que o ideal seria o juiz Hércules,^{xxii} mesmo nos casos difíceis, descobrir os direitos das partes, e não inventar direitos retroativamente.⁶⁸

No tocante à postura judicial adotada na resolução dos casos difíceis, Dworkin expõe duas correntes de pensamento. A primeira, denominada de ativismo judicial, sustenta que os tribunais devem aceitar a orientação das chamadas cláusulas constitucionais vagas, desenvolvendo por meio delas princípios que devem ser revistos de acordo com as mudanças sociais. Ele entende que esses princípios servirão de fundamento para as decisões judiciais sobre os atos dos demais poderes, Legislativo e Executivo. Mas o ativismo descrito por Dworkin não abre margem para uma tirania judicial; ao contrário, segundo o autor, tal postura

judicial de intervenção em decisões dos demais poderes tem a finalidade de garantir a guarda da democracia por meio da preservação de conceitos e princípios sensíveis ao sistema democrático.⁶⁹ A segunda corrente é chamada de moderação judicial e afirma, em síntese, que devem prevalecer as decisões de outros setores do governo, mesmo se contrariarem a percepção que os juízes têm dos princípios exigidos pelas previsões constitucionais amplas. A exceção abarca somente a possibilidade de a decisão judicial contrariar um ato normativo ou executivo se não houver qualquer interpretação do texto constitucional que permita a manutenção do ato.⁶⁸

A moderação judicial pode ainda ser dividida em dois entendimentos. O primeiro, mais radical, é denominado de ceticismo político e fundamenta sua crítica ao ativismo judicial considerando que os cidadãos apenas têm os direitos previstos expressamente no texto constitucional. Assim sendo, não cabe qualquer atuação judicial nas chamadas cláusulas constitucionais amplas. O segundo entendimento, chamado de deferência judicial, considera que os cidadãos podem ter direitos além dos expressamente previstos, mas que caberá às instituições políticas, e não aos tribunais, decidir quais desses direitos devem ser reconhecidos. O argumento principal em prol da deferência judicial é a democracia, que pressupõe, segundo seus defensores, que as questões não resolvidas expressamente pela legislação devem ser respondidas por meio das instituições politicamente responsabilizáveis de um modo que os tribunais não o são. A crítica de Dworkin refere-se ao caráter contramajoritário do constitucionalismo, no qual é essencial, para a defesa da própria democracia, que os direitos da minoria sejam também protegidos, limitando-se, para tanto, os poderes da maioria. Dworkin propõe então que os juízes, bem como qualquer outra autoridade política, estejam submetidos à responsabilização política por suas decisões, que devem poder ser justificadas de acordo com uma teoria política adotada também para a resolução de outros casos, mantendo-se a coerência.⁶⁹

O último ponto a ser destacado da teoria de Dworkin sobre casos difíceis e decisão judicial refere-se à argumentação proposta na resolução do conflito. O autor levanta duas fundamentações centrais, que denomina de argumentos de princípio e argumentos de política. Neste último caso, a justificação de uma decisão baseia-se na importância de algum objetivo coletivo da comunidade. De outra monta, quando utilizados argumentos de princípio, a decisão baseia-se na garantia do direito de um indivíduo ou de um grupo. Dworkin acrescenta que um sistema legal complexo exigirá argumentos dos dois tipos para encontrar justificação social. A inexistência de argumentos de princípio leva à insegurança de que nenhum direito é absoluto, podendo ser relativizado quando as consequências de sua aplicação afrontarem uma

política pública. Para o autor, é certo que as decisões judiciais que aplicam a norma estabelecida ao caso proposto adotam como base argumentos de princípio, mesmo que a lei aplicada tenha sido fundamentada em alguma política. Entretanto, nos casos difíceis, há controvérsia sobre a possibilidade de que a decisão judicial seja pautada em argumentos de política. Essa postura, segundo Dworkin, não deve prevalecer, devendo o juiz, mesmo nessas situações, embasar sua decisão em argumentos de princípio.^{68,70}

Manuel Atienza, fazendo uma crítica ao pensamento de Dworkin, diz que, para este, a distinção entre casos fáceis ou difíceis é relativizada, pois não é necessário um método para cada espécie de caso e, em última análise, mesmo os casos difíceis somente admitem uma resposta correta — o que os transformaria, para o juiz Hércules, em um caso fácil. Atienza apresenta uma teoria que serviria como método jurídico para a resolução dos casos difíceis, observando-se dois passos: (i) a construção de uma taxonomia que permita enquadrar cada caso em uma determinada categoria, o que constitui o primeiro esforço argumentativo do tribunal; e (ii) a elaboração de uma série de regras de prioridades que não supõe uma hierarquia estanque entre os princípios. Afirma, ainda, que a liberdade de consciência e de decisão pressupõe uma responsabilidade e uma reflexão sobre qualquer tema. Somente com esse exercício racional será atingido o ideal de que as leis correspondam às escolhas de cidadãos conscientes.⁷¹

A solução, para Atienza, pode ter origem em duas vias: a legislativa e a judicial. A legislativa tem como ponto positivo a legitimação decorrente de sua composição democrática, mas acarreta o risco de não suscitar um consenso entre os legisladores nem alcançar o nível de concretização, ou ainda de ser por demais específica, não comportando a diversidade de situações fáticas. A via judicial, segundo ele, é mais adequada para os dilemas bioéticos, seja por meio de um julgador comum, seja por meio da criação de um comitê nacional que funcionaria como segunda instância para os casos. A problemática desse modelo é admitida pelo próprio autor, quando afirma que essa série de princípios ajuda na solução de algumas situações, mas não permite resolver a complexidade de certos casos difíceis. Por tal razão, os princípios precisam ser concretizados na forma de normas. E é nessa necessidade que reside a dificuldade dos problemas bioéticos. O desafio é construir, com base nos princípios, um conjunto de pautas específicas que resultem coerentes e permitam resolver os problemas práticos que não apresentam um consenso.⁷¹

2.4 Saúde, um caso difícil: entre necessidade e gosto dispendioso

As teorias da justiça buscam considerações sobre a legitimidade das demandas sociais, diferenciando as que merecem atenção ética e esforço teórico e prático para sua concretização. Nesta tese, utilizaremos a teoria de Nancy Fraser e suas considerações sobre a justiça na sociedade capitalista. Destacam-se inicialmente conceitos gerais sobre as injustiças e propostas para sua atenuação ou eliminação, inclusive com a superação do modelo que Fraser chama de westfaliano. Posteriormente, é exposta sua teoria sobre as interpretações de necessidades.

Fraser apresenta quatro características que definem a cultura política do sistema capitalista. A primeira é o economismo, que engloba o uso do poder político público na regulamentação dos mercados econômicos. A segunda é o androcentrismo, que padroniza o cidadão ideal vinculado ao sexo masculino e pertencente à maioria étnica. A terceira característica, denominada de estatismo, confia aos profissionais *experts* o planejamento das políticas e confere às organizações burocráticas a competência para implementá-las. Nessa visão, a noção de cidadão é substituída pela de clientes, consumidores e contribuintes. A quarta e última característica é o westfalianismo, cujo foco é a nacionalização, apoiando o desenvolvimento econômico do país em nome da cidadania.⁷²

A autora entende que, para a compreensão e eliminação das injustiças, é preciso superar os obstáculos institucionalizados à participação de alguns sujeitos em condições equitativas na interação social. Para tanto, devem ser feitos arranjos que permitam o envolvimento de todos na vida social, respeitando o princípio de paridade participativa, que engloba duas noções. A primeira é a noção de resultado, por meio da qual a avaliação da justificação dos arranjos sociais se faz pelo resultado de participação de todos os atores sociais relevantes, sendo esse o princípio substantivo da justiça. A segunda é uma noção procedimental por meio da qual a ponderação de legitimidade é obtida caso as deliberações sejam justas e abertas e contem com o assentimento de todos os envolvidos.⁷³ A aplicação do princípio de paridade depende de duas condições: correta distribuição de recursos materiais, objetivando assegurar a independência do sujeito e o estabelecimento de padrões institucionalizados de valor cultural que expressem respeito, e oportunidades equitativas para todos os participantes.⁷⁴

Para Fraser, três problemas ameaçam a justiça social no contexto da globalização. O primeiro é a reitificação das identidades coletivas, o segundo é a substituição da noção de redistribuição pela de reconhecimento e o terceiro é a luta contra o enquadramento desajustado dos processos transnacionais. Como estratégias de superação das ameaças, são feitas três propostas. Primeiro, a concepção de que o reconhecimento baseado no estatuto de grupos não conduz a uma política adequada de identidade, sendo necessária a valorização das individualidades relevantes. Essa proposta de reformulação do reconhecimento busca a revalorização de identidades desrespeitadas e de culturas de grupos discriminados, com a subsequente valorização da diversidade. A segunda proposta consiste na inclusão de uma concepção bidimensional de justiça, que abranja tanto o reconhecimento como a distribuição. E a terceira trata da adoção de uma visão de soberania com a inclusão de múltiplos níveis, retirando o foco do enquadramento nacional.⁷⁴ Fraser oferece ainda duas grandes abordagens para retificar as injustiças: a afirmação e a transformação. Por meio da abordagem afirmativa, busca-se corrigir as injustiças de arranjos sociais, sem a alteração da estrutura que as gera. Já com a abordagem transformativa, são propostas soluções para corrigir as injustiças por meio da reestruturação do sistema que lhes dá origem.⁷⁵

Em uma revisão de sua teoria, a autora defende que as teorias de justiça devem se tornar tridimensionais, incorporando três aspectos de análise das injustiças. Os dois primeiros apresentam interferências mútuas e são usuais nas teorias de justiça e em suas considerações anteriores, em especial antes da Guerra Fria e da globalização. O primeiro aspecto é a dimensão econômica da injustiça, na qual as estruturas econômicas impedem a participação plena. Em relação isso, questiona-se a má distribuição de recursos. O segundo aspecto lida com a dimensão cultural das injustiças e questiona as hierarquias institucionalizadas de valoração cultural. Esse ponto envolve a luta por reconhecimento. Por fim, o terceiro aspecto é a dimensão política da injustiça, na qual as regras e os procedimentos de apresentação e resolução das disputas políticas são estabelecidos de forma a dificultar a representação. Para Fraser, apenas a teoria do reconhecimento e a teoria da distribuição não são suficientes para avaliar corretamente a justiça nas sociedades capitalistas e globalizadas, sendo imprescindível para a construção de uma teoria de justiça democrática pós-wesfaliana a dimensão política, que trabalha com as injustiças de representação.⁷³

A falsa representação acontece no momento em que as fronteiras políticas e as regras decisórias negam a participação de alguns como pares na interação social ou em que as fronteiras da comunidade excluem a oportunidade de algumas pessoas de debaterem sobre a justiça. Esse segundo tipo de exclusão é chamado por Fraser de morte política, pois retira do

indivíduo o caráter do sujeito em relação à justiça, tornando-o objeto de caridade ou benevolência. A política adequada da representação inclui a contestação à falsa representação política comum, a democratização do processo de estabelecimento das fronteiras do enquadramento e a crítica ao mau enquadramento. Os questionamentos sobre o enquadramento envolvem a necessidade de definir, consolidar, contestar e revisar a divisão oficial do espaço público, não mais limitado aos Estados nacionais.⁷³

Ainda na análise da autora quanto às dificuldades de superação das injustiças, questionam-se considerações normais e usuais sobre a justiça, sendo criticados padrões e conceitos tidos como consensuais sem a necessidade de sua fundamentação. Fraser identifica três nós nas disputas contemporâneas de justiça que levarão a sua teoria de justiça anormal, na qual não há assunto a ser tratado por qualquer teoria de justiça contemporânea que seja isento de justificação. Os três nós envolvem as questões “o que”, “quem” e “como” da justiça. O primeiro consiste na preocupação de refletir sobre a substância do que se considera justiça e tende a marginalizar questões não econômicas. Ressalte-se que, mesmo em situações em que há um consenso sobre sua caracterização como injusta, aparecem sérias divergências sobre como descrever essa injustiça. O segundo nó lida com a questão do sujeito, da estrutura dentro da qual se deve falar em aplicação da justiça, e normalmente relaciona-se com questões políticas e de representação. Alguns falam em termos domésticos ou territoriais, e outros designam como sujeito responsável pela superação das injustiças estruturas regionais, transnacionais ou globais. Por fim, o terceiro nó trata da questão processual, do modo como as disputas devem ser resolvidas, e impede a percepção sobre a necessidade de discutir a estrutura das instituições e seus procedimentos para resolver as questões de justiça.⁷⁶

Como proposta para desatar os três nós, a autora lança, para a questão “o que” da justiça, uma abordagem que combina as três dimensões de redistribuição, reconhecimento e representação, bem como a aplicação do princípio normativo da paridade de participação. Para a questão do “quem” da justiça — que importa inicialmente em uma fase reflexiva de reconhecimento de que pode ocorrer um mau enquadramento quando as fronteiras são definidas de tal maneira que impossibilitam a participação de alguns nas decisões governamentais —, é sugerida a aplicação do princípio de consideração de todos os sujeitos. Segundo esse princípio, aqueles que estão submetidos a uma dada estrutura têm legitimidade moral, como sujeitos de justiça, em relação a ela. Já quanto à terceira proposição, referente ao “como” da justiça, por meio de uma consideração ao mesmo tempo dialógica e institucional, (i) suspende-se a presunção hegemônica de que cabe aos Estados poderosos e às elites privadas conceituar a justiça; (ii) refutam-se as presunções cientificistas e tecnocratas de

justiça; e (iii) buscam-se noções dialógicas do debate público, em que todos os sujeitos participam, com igual *status*, do processo de definição e aplicação das decisões.⁷⁶

Em um conceito amplo de justiça, devem ser consideradas as reivindicações defensáveis de igualdade social e as de reconhecimento da diferença. Nesse sentido, o reconhecimento é tido como remédio para a injustiça social e não para a satisfação de uma necessidade humana genérica.²⁵ A paridade de participação tem ainda como características: (i) ser um Estado qualitativo de igualdade e não somente quantitativo de distribuição de bens ou recursos; (ii) considerar as três dimensões da dominação: a distribuição econômica, o reconhecimento cultural e legal e a representação política; (iii) ser aplicável a todos os aspectos da vida social e não somente às instituições políticas; e (iv) buscar a paridade moral, ou seja, a garantia, a todos os membros, de iguais oportunidades, caso desejem participar ou interagir no contexto social.⁷⁷

O princípio da paridade de participação será utilizado nesta pesquisa como parâmetro para a justificação das reivindicações, seja por redistribuição, reconhecimento ou representação. Isso significa que não é qualquer demanda que será admitida como legítima, sendo necessária a demonstração de que ela decorre do impedimento de participação, em paridade, nas estruturas ou nos arranjos sociais institucionalizados. Ademais, será imperioso o reconhecimento do que é distintivo dos indivíduos ou grupos. Fraser objetiva o desenvolvimento de uma teoria crítica do reconhecimento que, ao mesmo tempo, identifique e defenda as variantes das políticas culturais da diferença, mas também inclua as políticas sociais de igualdade.⁷⁵

A necessidade como parte importante do discurso político é frequente a partir das sociedades do bem-estar social, especialmente após a recente crise fiscal enfrentada pelos Estados capitalistas. São feitos questionamentos sobre: (i) o que o Estado deve prover na área de saúde e se existem tais necessidades; (ii) se os programas estatais realmente atendem às necessidades que pretendem satisfazer ou, em vez disso, interpretam mal essas necessidades; e (iii) quais são as necessidades exatas dos grupos sociais e quem tem a última palavra nessa definição. A fala sobre necessidades deve funcionar como meio entre fazer e questionar os objetivos políticos. Entretanto, muitas vezes a necessidade é vista como um fato, chamado por Fraser de autoevidente, sem que seja considerado o papel político e incontroverso das interpretações das necessidades. Fraser propõe uma análise dos discursos sobre a necessidade, sendo também imprescindível uma noção de política da interpretação da necessidade, elucidando o papel do contexto das interpretações e a possibilidade de as reivindicações serem contestáveis.²⁶

Em sua análise do sistema norte-americano, extensiva a diversas organizações estatais, inclusive brasileiras, Fraser destaca que o sistema previdenciário é organizado com a inter-relação de procedimentos jurídicos, administrativos e terapêuticos, o que acarreta a interpretação de questões políticas sob prismas, também, legais, administrativos e terapêuticos. O aspecto jurídico impõe o enquadramento das necessidades no paradigma normativo vigente. O aspecto administrativo submete as necessidades a critérios burocráticos e administrativos, colocando os cidadãos em uma postura de peticionários em relação à instituição administrativa competente para decidir sobre suas reivindicações. Nesse sentido, necessidades devem ser traduzidas em operações administrativas. O aspecto terapêutico, por sua vez, foi criado para compensar os efeitos dos dois anteriores, preenchendo as lacunas entre a experiência pessoal vivida e sua situação definida administrativamente. O sistema jurídico-administrativo-terapêutico do aparato estatal impede a atuação ativa e a autodefinição e autodeterminação dos sujeitos, posicionando-os como meros clientes ou consumidores.²⁶

Para Fraser, esse discurso político sobre necessidades abrange três momentos. O primeiro luta por estabelecer ou negar o *status* político de uma determinada necessidade, ou seja, por validá-la como questão de preocupação política legítima ou como questão apolítica. A consideração de um assunto como político não é intrínseca, e sim definida de acordo com a cultura e o contexto social, dependendo, portanto, do engajamento de movimentos sociais. No segundo momento, há a luta pela interpretação da necessidade, pelo poder de defini-la e de determinar o que pode satisfazê-la. Por fim, o terceiro momento refere-se à luta pela satisfação da necessidade. A luta pela hegemonia da interpretação da necessidade usualmente aponta para o futuro envolvimento do Estado por meio de atuações específicas.⁷⁸

Fraser ainda levanta uma dificuldade posterior ao reconhecimento da necessidade, quando os movimentos sociais são bem-sucedidos na politização de uma necessidade, entrando em um terreno onde buscam provisão estatal. Tais movimentos tendem a obter uma redefinição burocrática de sua individualidade e necessidade por meio do reposicionamento dos sujeitos, os quais se tornam casos individuais em vez de membros de grupos sociais ou participantes de movimentos políticos. Precisa-se, então, de nova luta de oposição à necessidade de interpretações administrativas e terapêuticas das necessidades oferecidas pelos *experts*.⁷⁸ As proteções sociais podem ser opressoras ao institucionalizar uma hierarquia de *status*, privando certos indivíduos das condições para uma participação plena na vida social. Assim, a alternativa defendida é a integração entre a preocupação central do combate à dominação e aquelas igualmente fundamentais da solidariedade e da segurança sociais, sem, contudo, negligenciar a importância da liberdade negativa.⁷⁷

A questão das necessidades, especialmente no âmbito da saúde, tem sido abordada tanto na literatura científica nacional como na estrangeira. Egry et al. obtêm como resultado de suas pesquisas em unidades de saúde a inexistência de instrumentos específicos para o reconhecimento das necessidades da população.⁷⁹ Campos e Bataiero levantam que, em um conjunto de 73 publicações pesquisadas, 66 (90,4%) não tratavam do conceito de necessidades, utilizando esse termo como se ele fosse consensual no senso comum. Segundo os autores, os artigos que definiam necessidades as consideravam como comuns a todos os indivíduos, englobando-as em um grupo homogêneo de sujeitos. Eles acrescentam o dado de que frequentemente é adotada uma perspectiva que sobrepõe a noção de necessidade de saúde ao consumo de um serviço de saúde, geralmente a consulta médica. Por fim, destacam que a dependência, por parte dos programas de saúde, do financiamento do Banco Mundial faz com que as políticas públicas adotem a lógica expressa no relatório desse banco de 1994, que privilegia a relação de custo-benefício financeiro. As políticas públicas acabam sendo definidas, portanto, por técnicos e não por meio da avaliação das necessidades sociais dos indivíduos.⁸⁰

Por sua vez, Wright, Williams e Wilkinson defendem a importância da avaliação das necessidades de saúde, descrevendo-a como uma nova fase para o desenvolvimento de métodos que levem à compreensão das necessidades de uma população. Listam o aumento do custo da assistência médica e a limitação dos recursos como fatores que demandam uma atenção maior a essa avaliação das necessidades, bem como a ampliação das expectativas do público em relação à qualidade dos serviços, ao acesso e à equidade dos serviços disponibilizados. Concluem com a consideração de que a visão economista de que a demanda por atendimento sempre será maior do que os recursos disponíveis, levando à definição de prioridades, mascara o fato de que muitas avaliações de necessidades são distrações de decisões de racionamento.⁸¹

2.5 Caso brasileiro: judicialização de uma necessidade, custo dispendioso ou desorganização da política?

Norman Daniels ressalta o porquê de uma teoria de cuidados de saúde e, para tanto, levanta dois propósitos. O primeiro refere-se ao *status* especial dos cuidados de saúde, o que acarretaria um tratamento diferente daquele dispensado aos outros bens sociais. O segundo é que, por meio de uma teoria, buscam-se meios de ponderar entre os serviços mais e menos

importantes dentro dos cuidados de saúde, o que servirá como um macroguia nas decisões alocativas de recursos nessa área.

Antes de discorrer sobre a teoria em si, o autor faz uma objeção preliminar que questiona o projeto de pensar uma teoria sobre os cuidados de saúde e suas prioridades. Essa objeção traz como argumento a noção de parcela de renda justa e da liberdade de todos na escolha de utilização de seus recursos — entre essas escolhas, a obtenção de seguros de saúde. Daniels ressalta ainda o papel do mercado e da concorrência. A objeção busca evitar o dreno de todos os recursos sociais disponíveis e adverte contra a satisfação das necessidades. Essa abordagem traz o fundamento de que os cuidados de saúde são preferências como diversos outros bens e, portanto, devem competir pela alocação de recursos dentro do mecanismo operacional do mercado. Mas o autor adverte que essa visão do mercado também precisa ser justificada.

Daniels discorre sobre as necessidades de saúde, iniciando a abordagem com as noções de doença e saúde. Em uma visão estrita do modelo biomédico, podemos pensar a doença como desvios da organização natural funcional de um membro típico de uma espécie. Controvérsias à parte sobre a filosofia envolvida em determinadas normas sociais que estabelecem doenças, o que interessa ao autor desse conceito é a possibilidade que este traz de separar os serviços de saúde que previnem ou tratam uma doença de outros objetivos sociais. Daniels cita como necessidades na área da saúde: nutrição adequada, abrigo, condições de vida e trabalho sanitárias, seguras e despoluídas, exercício, descanso, serviços médicos preventivos, curativos e reabilitatórios e outros suportes não médicos. Em seguida, entra na relação entre doença e oportunidade, ressaltando que algumas doenças afetam mais as oportunidades que outras, devendo então ter tratamentos diferentes.

Até então em uma abordagem descritiva, o autor inicia a discussão sobre a teoria distributiva. Se supomos que as pessoas têm interesse em manter condições igualitárias de oportunidade, há plausibilidade na explanação de por que pensamos as necessidades de cuidados de saúde como especiais. Dessa consideração deriva a norma proposta de que devemos subsumir os cuidados de saúde no princípio de justiça garantidor da igualdade de oportunidade. A questão da oportunidade trazida por Daniels é um ponto relevante para Rawls, tendo em vista sua preocupação com as oportunidades igualitárias de carreira. Então a igualdade de oportunidades é estrategicamente relevante para Rawls e assimilada por Daniels. E, se é importante utilizar recursos para compensar vantagens de oportunidades adquiridas pela loteria natural, é também importante usar recursos para conter as desvantagens naturais advindas das doenças, mas isso não significa que o objetivo final será eliminar todas as

diferenças naturais entre as pessoas, devendo o limite ser a garantia de igualdade de oportunidade.²⁷

É trazida também a noção de atribuição de responsabilidade individual com o exemplo do cigarro, que para o autor ilustra a dificuldade de responsabilização, mas pode acarretar o desencorajamento de ações. O autor relaciona suas considerações e a alocação de recursos. A sua teoria afirma que há importantes prioridades de alocação de recursos que derivam de considerações de justiça. Há, nos Estados Unidos, fortes correntes críticas ao modelo adotado de alocação de recursos quase integralmente restritos ao tratamento e não à prevenção das doenças. Considerações de justiça desafiam a visão tradicional de que os médicos podem ser agentes irrepreensíveis de seus pacientes. A tarefa que permanece é mostrar em qual nível os constrangimentos devem ser impostos de forma a garantir a responsabilidade do médico não somente por meio de uma visão de seu dever perante seu paciente, mas também trazendo à discussão o contexto geral de limitação no qual o médico deve se preocupar também com a justa alocação dos recursos disponíveis.

Para Daniels, a razão do desenvolvimento de teorias éticas gerais, incluindo teorias da justiça, é fornecer um quadro para definir disputas importantes sobre crenças morais. Segundo o autor, uma teoria da justiça relacionada ao direito à saúde deve tratar das responsabilidades individuais e sociais no tocante à proteção e promoção da saúde, abrangendo tanto a fundamentação teórica como a resposta às questões reais. Ademais, Daniels entende que a discussão sobre o tema não deve ficar restrita aos aspectos alocativos de recursos e de serviços de saúde, devendo acolher as grandes determinantes da saúde da população, incluindo renda e riqueza, educação, participação política, distribuição de direitos e poderes, e oportunidade. O fato de que a saúde não é simplesmente o produto de cuidados significa que não podemos facilmente isolá-la da justiça social mais ampla.²⁷

Daniels considera que, para tratar de questões fundamentais sobre a política social e a justiça distributiva, é imprescindível o entendimento das correlações entre os resultados de saúde e as desigualdades sociais. A desigualdade de renda, no entendimento do autor, afeta a saúde e corrói a coesão social, aumentando a desconfiança social e reduzindo a participação em organizações cívicas. Já a falta de coesão social acarreta uma diminuição na participação social na política, minando a capacidade das instituições do governo de atender às necessidades sociais, especialmente dos grupos menos favorecidos. Daniels rebate então a invocação da saúde como direito individual ou humano, pois considera que esse raciocínio não ajuda na eliminação das divergências e incertezas sobre o alcance desse direito nem conta

com uma justificação adequada para sua reivindicação como direito. Propõe, ao contrário, incluir o direito à saúde no âmbito de uma teoria geral aceitável de justiça.²⁷

Em sua teorização, Daniels coloca três questões centrais:

(i) se a saúde possui uma importância moral especial, o que leva à reflexão sobre como as necessidades de saúde estão relacionadas com outros objetivos de justiça, caracterizando a base da obrigação social de proteger a saúde. Conclui, em síntese, que a saúde é de especial importância moral, porque contribui para o leque de oportunidades dos indivíduos;

(ii) quando uma desigualdade de saúde pode ser considerada injusta, levando à compreensão dos fatores e das políticas sociais que contribuem para as desigualdades na saúde do indivíduo e da população. Isso permite uma concepção melhor dos fatores que afetam a saúde da população e sua distribuição, e obriga à discussão e proposição de mudanças nas políticas sociais. O autor defende que as desigualdades na saúde são injustas quando resultam de uma distribuição injusta dos fatores socialmente controláveis que afetam a saúde da população, o que inclui sua tese de que não devemos admitir que os infortúnios naturais gerem injustiças; e

(iii) como podemos atender às necessidades de saúde se não conseguimos atender a todas as necessidades. Para tanto, devemos determinar a origem dos nossos acordos e desacordos sobre a definição de prioridades. Se soubermos como estabelecer prioridades justas e legítimas, então poderemos orientar nossas ações em direção a esses resultados acordados. Necessidades e preferências não são equivalentes. Uma objeção ao falar de necessidades é a alegação de que não temos o tipo de acordo que nos permite convergir para esse quadro e desenvolver uma lista de necessidades.²⁷

Daniels ressalta que mesmo pessoas razoáveis podem discordar sobre o peso de cada necessidade listada e sobre a forma de gerir os recursos escassos. Parte-se então para a busca de um procedimento justo de decisão para a alocação de recursos quando não há consenso sobre as disputas. Algumas condições são imprescindíveis, por exemplo: publicidade de justificativas, possibilidade de revisão das mesmas em razão de novos argumentos, responsabilização dos decisores pela razoabilidade de suas decisões e garantia de que esses requisitos são uniformemente aplicados.²⁷ Nesse sentido, Daniels propõe que muito se avançará para resolver os problemas de falta de legitimidade e injustiças na área de saúde se as decisões públicas quanto à fixação de limites e à disponibilização de determinado bem ou serviço forem pautadas não apenas no custo, mas em demonstrações de que essa limitação se

encaixa em uma política pública formulada de modo a satisfazer as necessidades de saúde de sua população sob condições reais e razoáveis de restrições de recursos.²⁸

Em sua noção de igualdade democrática, influenciada por Rawls, Daniels entende que as desigualdades são permitidas se acarretarem um ganho para os que estão em pior situação em comparação com arranjos alternativos. A controvérsia moral que envolve a distinção de vencedores e perdedores nas decisões de alocação de recursos resulta em um problema de legitimidade na medida em que demanda a resposta sobre em que condições os tomadores de decisão têm a autoridade moral para definir os limites que suas decisões impõem. A pergunta envolve não apenas os atores da decisão, mas também a forma como as decisões são tomadas, bem como a necessidade de justificação e publicidade das mesmas. Ao final, Daniels pondera que uma autoridade apenas é razoável como legítima se cumpre um procedimento ou processo previamente determinado e debatido. Se não temos um consenso sobre princípios capazes de resolver disputas sobre a alocação de recursos para a saúde e os cuidados de saúde, temos de encontrar um processo justo cujos resultados sejam aceitos como justos ou razoáveis.²⁷

Nesta tese, são trazidos outros três autores internacionais que propõem teorias sobre a forma justa de alocação de recursos na área de saúde: Ronald Dworkin, Amartya Sen e Len Doyal.^{30,82,83} Doyal defende que o racionamento baseado principalmente em critérios financeiros de eficiência e participação pública é injusto porque não pode ser justificado diante do direito de todos os indivíduos de acesso aos serviços de saúde com base em igual necessidade.⁸²

Dworkin expõe o que considera como o processo racional de decisão sobre a correta alocação dos recursos. Defende que a necessidade de racionamento foca sua atenção na eliminação dos desperdícios e da ganância, ligados a fatores como custos administrativos, mas alerta sobre a dificuldade atual quanto à quantidade de novos tratamentos, muitos com custos altíssimos. Uma das alternativas ao problema da desvinculação entre o pagador dos custos (seguro-saúde) e o detentor do poder de escolha dos procedimentos (médicos e pacientes) seria deixar que o mercado livre dominasse a assistência médica. Tal proposta é inaceitável para Dworkin, porque permite: (i) injustiça na distribuição da riqueza, o que levaria à impossibilidade do mínimo na saúde para boa parte das pessoas; (ii) insuficiência de informação para que as escolhas das pessoas sejam racionais; (iii) discriminação e marginalização de pessoas com histórico de saúde ruim. O autor aponta para um ideal de justiça chamado de “seguro prudente”, que corrigiria essas três deficiências, levando a sociedade à quantia moralmente apropriada para o gasto com a assistência médica e à

distribuição justa da assistência médica. O seguro prudente como ideal de justiça abstrata na assistência médica admite certos limites na cobertura universal, não como transigências da justiça, mas como exigências dela. Na visão de Dworkin, a comunidade comprometida com a igualdade de recursos incentiva os princípios adequados da responsabilidade individual e aceita a intervenção do governo para propiciar as circunstâncias que respeitem os juízos pessoais de necessidade e valor formulados pelos cidadãos nas condições adequadas, no exercício dessa responsabilidade.⁸³

A justificativa ética do tema saúde e sua relação com a noção de justiça também é objeto de discussão para Amartya Sen, que trata a saúde como uma das condições mais importantes da vida humana e um componente extremamente significativo das capacidades humanas que temos razão para valorizar. A relevância da saúde decorre de ser essa uma das condições mais importantes da vida humana. Sen analisa a equidade na saúde não de forma isolada e muito menos restrita ao foco de distribuição de serviços, e sim dentro de um contexto amplo de equidade e justiça que inclui discussões sobre alocações econômicas e liberdade. Assim, considera que a equidade na efetivação e distribuição de saúde é incorporada em uma compreensão maior da justiça, indo além do fornecimento e da distribuição de cuidados para obter uma compreensão adequada da efetivação de saúde e capacidade. Para o autor, é uma injustiça a falta de oportunidade de alguns alcançarem uma boa saúde em razão de arranjos sociais inadequados. Portanto, a preocupação com a superação desse tipo de injustiça deve ponderar a criação de arranjos diferentes para a alocação de recursos e para as instituições políticas e sociais relacionadas ao tema saúde.³⁰

O debate nacional levanta como pontos essenciais sobre a judicialização da saúde os processos decisórios sobre a alocação de recursos, incluindo a consideração majoritária quanto à insuficiência dos recursos atualmente destinados à área de saúde. No entanto, abordam também a desorganização da Administração Pública na definição e implementação das políticas.^{12,23,45-57}

A relação entre os poderes é outro fator diversas vezes levantado, em especial a falta de entrosamento e coerência das ações dos poderes Executivo, Judiciário e Legislativo. É citada como exemplo a desconsideração das normas vigentes quando das concessões judiciais de bens e serviços não previstos nas políticas públicas voltadas à saúde.⁵⁹ Em relação à demanda por medicamentos, é comum que se mencione falta de capacitação técnica dos juízes e a não observância de critérios de comprovação de eficácia e segurança dos medicamentos, critérios esses analisados no programa de dispensação de medicamentos do MS.^{4,17,18,57,58}

Luís Roberto Barroso defende a necessidade de manter a atuação judicial, porém, também tece críticas à judicialização excessiva. Como linha de corte para a atuação judicial, propõe que, nas situações em que há ausência de norma, lei ou atuação administrativa, o Judiciário deve agir garantindo o cumprimento das previsões constitucionais. A intervenção judicial também é cabível e necessária nos casos em que, apesar de haver norma, lei ou ato administrativo, sua implementação é ineficiente. No entanto, Barroso considera que, caso as normas e os atos estejam de acordo com a política formulada e estejam sendo regularmente aplicados, a intervenção judicial deverá adotar o que denomina de marca da autocontenção. Para tanto, propõe que a atuação jurisdicional nas ações individuais se atenha a efetivar a dispensação dos medicamentos constantes das listas elaboradas pelos entes federativos. Já em relação às ações coletivas, considera que a alteração das listas pode ser objeto de discussão, mantendo-se como requisitos: (i) a comprovação da eficácia do medicamento, excluindo-se os experimentais e os alternativos; (ii) a opção pelas substâncias disponíveis no Brasil; (iii) a busca pelo medicamento genérico, de menor custo; e (iv) a imprescindibilidade do medicamento para a manutenção da vida.⁸⁴

Oscar Cardoso, por sua vez, vê no Judiciário uma via de questionamento das escolhas do Executivo quanto à priorização e alocação de recursos, não sendo a mera alegação de insuficiência orçamentária justificativa para a não concretização de direitos. Porém, considera que é cabível que o próprio STF, por meio de parâmetros gerais, defina a atuação dos juízes na judicialização da saúde.⁶ Sueli Dallari entende como necessária a compatibilização entre a lei e as normas técnicas no campo da assistência farmacêutica, considerando imprescindível também a democratização das decisões das políticas de assistência farmacêutica.⁸⁵

^{xxii} Criterioso e metódico, o juiz Hércules — modelo contrafático de Ronald Dworkin — deve julgar o caso por etapas. Começa por selecionar hipóteses que correspondem à melhor interpretação dos casos precedentes. Com base em princípios competitivos, mas contraditórios, elabora uma lista parcial de interpretações. Verifica cada hipótese dessa breve lista perguntando-se se uma pessoa poderia ter dado os veredictos dos casos precedentes aplicando essa interpretação. Compara as razões com suas sólidas convicções políticas sobre o valor relativo de suas interpretações e, por fim, descarta as que são impossíveis, chegando à melhor interpretação.

PARTE III: CONCLUSÃO

O tema saúde e sua relação com as teorias de justiça propostas atualmente é objeto de diversas análises, diferentes quanto à sistemática e às propostas finais, mas unânimes quanto à importância ética do tema e à necessidade premente de as sociedades discutirem suas políticas públicas para atingir o objetivo social de oferecimento dos cuidados de saúde.

A primeira conclusão deste trabalho adveio da análise das falas na audiência pública realizada no STF. A iniciativa de convocação de audiência pública pelo STF para assimilar informações, possibilitar o debate e trazer à discussão diversos posicionamentos e setores envolvidos na questão da saúde pública no Brasil é um passo importante na construção de uma cultura democrática, aplicada não somente aos poderes Executivo e Legislativo, representativos dos cidadãos por meio do voto, como também ao meio judicial, que muitas vezes é imbuído de uma postura tecnicista e isenta de participação política. Apesar do pouco tempo destinado a cada apresentação, o material disponibilizado é farto. É perceptível que algumas das teses se repetem; porém, a riqueza da audiência consiste na possibilidade de apresentar contra-argumentos, restando nítida a necessidade de afastamento de alegações simplistas e sem comprovação empírica. A audiência pública no STF corrobora a luta sobre a interpretação da necessidade, pois a define e determina o que pode satisfazê-la. A inclusão dos usuários dos serviços de saúde é e será ainda imprescindível para a legitimidade dessa luta.

Porém, a definição das necessidades da sociedade é decisiva para as discussões que podem ser travadas quanto à satisfação dos usuários e à garantia de proteção pelo Estado. O sistema previdenciário descrito por Fraser, aplicado ao caso brasileiro e corroborado por diversas falas na audiência pública, torna a concretização do direito à saúde, que por sua natureza demanda agilidade, uma via de petições e instâncias múltiplas, com requisitos, procedimentos e regras próprios. Assim, gera-se muitas vezes a negativa à demanda, seja por ausência de previsão nas normas administrativas, seja por ineficiência na prestação do serviço. Desloca-se, então, o foco para a correção, melhoria ou ampliação dos procedimentos jurídicos, administrativos e terapêuticos, esquecendo-se da questão maior que é a necessidade de um cidadão que precisa ser atendida. A fala sobre necessidades deve funcionar como meio entre *fazer* e *questionar* os objetivos políticos.^{72,73}

Para Fraser, o discurso político sobre necessidades abrange três momentos. O primeiro luta por estabelecer ou negar o *status* político de uma determinada necessidade, ou seja, por

validá-la como questão de preocupação política legítima ou como questão apolítica. A consideração de um assunto como político não é intrínseca, e sim definida de acordo com a cultura e o contexto social, dependendo, portanto, do engajamento de movimentos sociais para seu reconhecimento. No segundo momento, há a luta pela interpretação da necessidade, pelo poder de defini-la e determinar o que pode satisfazê-la. Por fim, o terceiro momento refere-se à luta sobre a satisfação da necessidade, buscando assegurar ou negar seu suprimento. A luta pela hegemonia da interpretação da necessidade usualmente aponta para a futura atuação do Estado.

A autora levanta uma dificuldade posterior ao reconhecimento da necessidade: quando bem-sucedidos na politização de uma necessidade, entrando no terreno social no qual buscam provisão estatal, os movimentos sociais tendem a obter uma redefinição burocrática por meio do reposicionamento dos sujeitos, os quais se tornam casos individuais em vez de membros de grupos sociais ou participantes de movimentos políticos. Requer-se, então, nova oposição à necessidade de interpretações administrativas e terapêuticas oferecidas pelos *experts*.

Com a Constituição de 1988 e a organização do SUS, as necessidades na área da saúde obtiveram grande reconhecimento na legislação e na estrutura administrativa brasileira. O segundo momento de luta previsto por Fraser — a luta pela interpretação da necessidade, bem como o poder de defini-la e determinar o que pode satisfazê-la — se faz, então, indispensável em nosso sistema atual, levando finalmente ao terceiro momento do discurso político sobre necessidades. Essa discussão lida diretamente com o tema desta tese. A judicialização da saúde pode ser encarada como reflexo da demanda social para definir quem é o responsável e o que será definido como necessidade de saúde e, portanto, entrará nas listas de bens e serviços disponibilizados pelo poder público. São atualmente questionados os critérios de inclusão, a falta de transparência e participação democrática nesse processo e, por fim, a efetividade das políticas públicas que embasam essa prestação de serviços.

A segunda conclusão desta tese versa sobre a falta de base empírica para sustentar algumas afirmativas postas como certas no debate nacional. Essa afirmativa não tem a intenção de negar que alguns estudos se fundamentaram em dados, mas, seja pelo alcance limitado da área de abrangência, seja pelo número pequeno de processos analisados, as conclusões obtidas não podem ser objeto de generalização. Ou seja, não se pode nomear o processo crescente e atual de judicialização de bens e serviços na área de saúde como elitista ou direcionado, em grande parte, à obtenção de medicamentos de alto custo. Assim como não tem a intenção de generalizar seus resultados, tendo em vista a abrangência local dos dados, o estudo de caso aqui apresentado apenas nos permite apontar que é necessária uma pesquisa

nacional e com dados estatísticos relevantes para que se entenda o processo, servindo inclusive posteriormente como material para discussão sobre o acesso, sobre o que será disponibilizado pelo SUS, sobre os procedimentos necessários etc.

No momento atual, em que já se demonstra maturidade da discussão em determinadas questões, nota-se que alguns argumentos recorrentes e tidos como certos pela literatura nacional não encontram embasamento empírico que permita sua generalização. A argumentação utilizando conceitos como escassez de recursos e limitação orçamentária pode ser um exemplo. Algumas pesquisas demonstram um alto custo em pleitos judiciais como o de aquisição de determinados equipamentos; porém, desse dado não é possível inferir que não há, no Brasil, recursos para o atendimento desse tipo de demanda. Até porque é imperiosa uma discussão prévia sobre os valores que os cidadãos brasileiros entendem como justos e recomendáveis para destinação à área de saúde. Ressalte-se, novamente, que não se considera como argumento razoável a simples afirmação de que nenhuma sociedade conseguiria atender a toda e qualquer demanda, tendo em vista que o debate proposto nesta tese versa sobre o atendimento das necessidades de saúde.

Também por entender que falta a devida fundamentação, critica-se o argumento que coloca como contraditórios os direitos coletivo e individual. A demanda de um indivíduo e seu atendimento não necessariamente importam em prejuízo à coletividade, já que o coletivo é composto por indivíduos. Novamente, levanta-se a discussão quanto à obrigação de justificação, transparência e democracia na discussão acadêmica e no momento de implementar decisões que tratem de alocação de orçamento público, não sendo suficiente analisar apenas um aspecto pontual, mesmo que relativo a valor, do atendimento de uma demanda.

O último exemplo quanto à falta de embasamento das afirmativas refere-se à larga consideração da judicialização como um movimento das elites econômicas brasileiras. Esse argumento apresenta três fragilidades: (i) não há consenso sobre esse fato, havendo teses inclusive no sentido contrário; (ii) os dados obtidos nas pesquisas têm caráter local, não sendo possível sua generalização automática para as demais regiões do país; e, finalmente, (iii) o direito à saúde é previsto constitucionalmente como universal, devendo ser disponibilizado a todos, não importando a classe social do demandante.

No tocante ao Brasil, há a especificidade da judicialização da saúde, a qual, além das discussões gerais a respeito da melhor alocação de recursos e do que deve ser financiado publicamente, envolve questões de relação entre os poderes e de limites de atuação do Judiciário. Há uma repetição de teses entre as falas proferidas na audiência pública sobre o

tema no STF e a bibliografia nacional. Noções como a escassez orçamentária, o acesso elitizado aos processos judiciais e a desorganização das políticas públicas de saúde são hipóteses recorrentes no debate. No entanto, os resultados obtidos no estudo de caso não corroboraram algumas das teses mais difundidas na literatura brasileira, como a elitização do processo judicial e a prevalência de requisições de medicamentos de alto custo. A elitização do mecanismo de obtenção de serviços ou produtos por meio do Poder Judiciário não foi ratificada no dados levantados na 2ª Vara de Fazenda Pública Privativa do TJDF. A representação judicial e médica originária de serviços públicos, combinada com a renda comprovada em parte dos processos, é um indício de que a alegada elitização não pode ser sustentada em todas as unidades da Federação, já que os dados obtidos no DF tendem a confrontá-la.

O outro argumento apresentado em artigos nacionais, quanto à prevalência da judicialização como meio de adquirir medicamentos de alto custo não inclusos nas políticas públicas de saúde, também não foi confirmado nos dados obtidos no estudo de caso. O objeto majoritário de pedidos referia-se a internações em UTIs, fato que oferece suporte às decisões judiciais de urgência no deferimento do pedido. Assim, são necessários mais estudos com evidências sobre a judicialização da saúde para que seja plausível afirmar teses gerais. A pesquisa realizada traz indícios de que não é possível afirmar que o processo de judicialização da saúde é um movimento da elite econômica brasileira e que o objeto principal das demandas é a aquisição de medicamentos.

À guisa de conclusão, um terceiro resultado obtido com os dados bibliográficos analisados revela que o argumento da limitação orçamentária não se sustenta por si só, devendo tal limitação ser comprovada e debatida. Em um ambiente envolto por corrupção e por má utilização de recursos públicos, não há como negar o atendimento de um bem tão precioso como a saúde com a simples afirmativa de que faltam recursos. Já foi rebatida a questão de totalidade. Tratamos do financiamento público das necessidades na área de saúde identificadas por meio do processo proposto por Fraser — necessidade não é tudo, o que é necessário faz parte de um objetivo a ser alcançado pelo Estado para preservar seus cidadãos. Acrescente-se que a impossibilidade financeira de realização de tudo para todos não pode ser fundamento para a não implementação de discussão e melhorias e para o reconhecimento do próprio direito. Ademais, os orçamentos públicos devem ser objeto de discussão democrática e participativa. Uma unanimidade encontrada nas falas refere-se à importância da saúde como objetivo precípua do Estado e à insuficiência de recursos destinados a essa área. São recorrentes demandas sociais por maior destinação de recursos para duas áreas consideradas

prioritárias: a educação e a saúde. Diante desse quadro, como argumentar o não atendimento de uma necessidade de saúde com base na limitação orçamentária?

À luz das ideias de Daniels sobre a teoria da justiça voltada às questões de saúde, apreende-se do debate brasileiro que não há muitos conflitos quanto à importância moral especial do tema. Mesmo sem uma reflexão teórica e filosófica ampla sobre a questão moral do direito à saúde, tanto a legislação quanto a literatura preservam a importância de tais direitos, revelando que o primeiro aspecto da teoria de Daniels é atendido. Nota-se, porém, nos documentos analisados uma ausência quanto ao segundo aspecto da teoria, que se refere à reflexão sobre quando uma desigualdade de saúde pode ser considerada injusta. Essa é, então, a primeira contribuição do autor ao debate nacional. Centrar a discussão sobre judicialização à saúde em elementos meramente orçamentários ou de acesso ao direito por determinada classe social restringe enormemente as considerações éticas. O direito e o acesso à saúde são elementos que devem ser inseridos na análise das políticas sociais de forma geral. Ao verificar a crescente demanda judicial por serviços e bens relacionados à saúde, a bibliografia brasileira apresenta uma problemática social que não deve ser afastada por diagnósticos pontuais direcionados apenas por questões de limitação orçamentária. A busca de atendimento de necessidades de saúde, por meio de qualquer um dos três poderes, demanda uma reflexão sobre quais políticas públicas devem ser repensadas ou mais bem acompanhadas.

A segunda contribuição de Daniels que deve ser assimilada pelo debate nacional é a premência de discutir o terceiro elemento de sua teoria: como podemos atender às necessidades de saúde se não conseguimos atender a todas as necessidades. Na literatura nacional, percebe-se que o debate brasileiro é centralizado na desorganização do Estado, seja pela ausência ou inadequação das normas editadas pelo Poder Executivo, seja pela incompatibilidade das leis com as normas expedidas por esse poder, seja ainda pela ineficiência na implementação das políticas públicas já aprovadas. Todos esses fatores reunidos levam à necessidade de atuação do Poder Judiciário. Porém, mesmo havendo certo consenso sobre tal necessidade, também é referida como desorganização do Estado a ausência de limites e critérios para a decisão judicial, acarretando, muitas vezes, a piora no quadro de desordem na concretização do direito à saúde.

Cabe, neste momento, voltar ao debate sobre os procedimentos para reverter tal quadro de desorganização, levando à reflexão sobre como podemos priorizar as necessidades encontradas em nossa sociedade. Os procedimentos devem ser democráticos, transparentes e dialógicos em sua forma de implementação para que as escolhas feitas por todos os poderes

(Executivo por meio das políticas públicas, Legislativo por meio da edição de normas e Judiciário por meio das decisões judiciais) atendam às prioridades estabelecidas com esses procedimentos. Nesse sentido, Daniels propõe que muito se avançará para resolver os problemas de falta de legitimidade e injustiças na área de saúde se as decisões públicas quanto à fixação de limites e à disponibilização de determinado bem ou serviço forem pautadas não apenas no custo, mas em demonstrações de que essa limitação se encaixa em uma política pública formulada de modo a satisfazer as necessidades de saúde de sua população sob condições reais e razoáveis de restrições de recursos. Ademais, conforme proposto por Amartya Sen, é preciso que o debate atualmente travado no Judiciário, no Executivo e na doutrina nacional leve a pontos de consenso e a propostas imediatas de solução. O SUS é um exemplo para diversos países por sua universalidade e pelos avanços conquistados desde sua criação. Mas, como defendido por Sen, perguntar como as coisas estão indo e se elas podem ser melhoradas é um elemento constante e imprescindível da busca da justiça. Esse tem sido o papel mais importante da judicialização para a área de saúde.

REFERÊNCIAS

1. Brasil. Presidência da República. Constituição Federal de 1988 [internet]. Brasília; 1988 [acesso em 8 jan. 2014]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.
2. Bahia L, Costa NR, Stralen C van. A saúde na agenda pública: convergências e lacunas nas pautas de debate e programas de trabalho das instituições governamentais e movimentos sociais *Ciênc Saúde Coletiva* 2007;12:1791-818.
3. Barbosa MG. O STF e a política de fornecimento de medicamentos para tratamento da AIDS/HIV. *Rev Jurid* 2007;9(88):1-39.
4. Borges DCL, Ugá MAD. Conflitos e impasses da judicialização na obtenção de medicamentos: as decisões de 1ª instância nas ações individuais contra o estado do Rio de Janeiro, Brasil, em 2005. *Cad Saúde Pública* 2010;26(1):59-69.
5. Campos Neto OH, Acurcio FA, Machado MAA, Ferré F, Barbosa FLV, Cherchiglia ML, et al. Médicos, advogados e indústria farmacêutica na judicialização da saúde em Minas Gerais, Brasil. *Rev Saúde Pública* 2012;46(5):784-90.
6. Cardoso OV. Questões controversas sobre a determinação judicial de fornecimento de medicamentos excepcionais pelo poder público. *Rev CEJ – Centro Estud Judic Cons Justiça Fed* 2009;13(45):46-55.
7. Carlini AL. Judicialização da saúde pública no Brasil: causas e possibilidades de solução [tese]. São Paulo: Universidade Presbiteriana Mackenzie; 2012. 202 p.
8. Chieffi AL, Barata RCB. Judicialização da saúde pública de assistência farmacêutica e equidade. *Cad Saúde Pública* 2009;25(8):1839-49.
9. Chieffi AL, Barata RCB. Ações judiciais: estratégia da indústria farmacêutica para introdução de novos medicamentos. *Rev Saúde Pública* 2010;44:421-9.
10. Diniz D, Medeiros M, Schwartz IV. Consequências da judicialização das políticas de saúde: custos de medicamentos para as mucopolissacaridoses. *Cad Saúde Pública* 2012;28:479-89.

11. Engelmann F, Cunha Filho MC. Ações judiciais, conteúdos políticos: uma proposta de análise para o caso brasileiro. *Rev Sociol Polít* 2013;21:57-72.
12. Leite SN, Pereira SMP, Silva P, Nascimento Junior 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.
13. Leite SN, Mafra AC. Que direito? Trajetórias e percepções dos usuários no processo de acesso a medicamentos por mandados judiciais em Santa Catarina. *Ciênc Saúde Colet* 2010;15(Supl. 1):1665-72.
14. Lima VMC. Peregrinação, empoderamento e retrocessos no acesso a medicamentos por via judicial no estado do Amazonas – Brasil [dissertação]. Itajaí: Univali; 2009. 100 p.
15. Macedo EI, Lopes LC, Barberato-Filho S. Análise técnica para a tomada de decisão do fornecimento de medicamentos pela via judicial. *Rev Saúde Pública* 2011;45:706-13.
16. Machado MAA. Acesso a medicamentos via Poder Judiciário no estado de Minas Gerais [dissertação]. Belo Horizonte: UFMG; 2010. 130 p.
17. Machado MAA, Acurcio FA, Brandão CMR, Faleiros DR, Guerra Jr AA, Cherchiglia ML, et al. Judicialização do acesso a medicamentos no estado de Minas Gerais, Brasil. *Rev Saúde Pública* 2011;45(3):590-8.
18. Marques SB, Dallari SG. Garantia do direito social à assistência farmacêutica no estado de São Paulo. *Rev Saúde Pública* 2001;41(1):101-7.
19. Mazza FF. Os impasses entre a judicialização da saúde e o processo orçamentário sob a responsabilidade fiscal: uma análise dos fundamentos decisórios do Supremo Tribunal Federal [dissertação]. São Paulo, USP; 2013. 160 p.
20. Nogueira DCB. A efetivação do direito à saúde: fornecimento judicial de medicamentos [dissertação]. São Luís: Universidade Federal do Maranhão; 2011. 165 p.
21. Pepe VLE, Figueiredo TA, Simas L, Osorio-de-Castro CGS, Ventura M. A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica. *Ciênc Saúde Coletiva* 2010;15:2405-14.
22. Sartório MJ. Política de medicamentos excepcionais no Espírito Santo: a questão da judicialização da demanda [dissertação]. Porto Alegre: UFRGS; 2004. 153 p.

23. Ventura M, Simas L, Pepe VLE, Scramm FR. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. *Physis* 2010;20(1):77-100.
24. Calsamiglia A. Prefácio. In: Dworkin R. *Derechos en serio*. Barcelona: Ariel; 1984. p. 7-29.
25. Fraser N. Reconhecimento sem ética? *Lua Nova* 2007;70:101-38.
26. Fraser N. *Unruly practices: power, discourse, and gender in contemporary social theory*. Minneapolis: University of Minnesota Press; 1989.
27. Daniels N. *Just health: meeting health needs fairly*. Cambridge: Cambridge University Press; 2008.
28. Daniels N, Sabin J. Limits to health care: fair procedures, democratic deliberation, and the legitimacy problem for insurers. *Philos Public Aff* 1997;26(4):303-50.
29. Venkatapuram S. *Health justice*. Massachusetts: Polity Press; 2011. 270 p.
30. Sen A. Why health equity? *Health Econ* 2002;11:659-66.
31. Denier Y. *Efficiency, justice and care: philosophical reflections on scarcity in health care*. The Netherlands: Springer; 2007. 301 p.
32. Dworkin R. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes; 2005. 689 p.
33. Vianna LW, Burgos MB, Salles PM. Dezesete anos de judicialização da política. *Tempo Soc* [internet]. 2007 [acesso em 10/5/2015];19(2). Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702007000200002&lng=en&nrm=iso.
34. Vianna LJW. *Judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan; 1999. 272 p.
35. Barroso LR. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva; 2009. 513 p.
36. Sen A. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras; 2011. 492 p.
37. Brasil. Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União; 15 fev. 1993.

38. Brasil. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília: Diário Oficial da União; 1º fev. 1999 (retificado em 11 mar. 1999).
39. Brasil. Supremo Tribunal Federal (STF). Regimento Interno [atualizado até dezembro de 2013] — consolidado e atualizado até maio de 2002 por Eugênia Vitória Ribas. Brasília: STF; 2013.
40. Sen A. Desenvolvimento como liberdade. São Paulo: Companhia das Letras; 2000.
41. Häberle P. Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris; 2002. 55p.
42. Popper K. A sociedade aberta e seus inimigos. 3ª ed. São Paulo: Itatiaia, Universidade de São Paulo; 1987. 416 p.
43. Zagrebelsky G. El derecho dúctil: ley, derechos, justicia. Madrid: Trotta; 2003.
44. Brasil. Supremo Tribunal Federal. Despacho de convocação de audiência pública [internet]. Brasília, 5 mar. 2009 [acesso 1º jun. 2013]. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Despacho_Convocatorio.pdf.
45. Bersusa AAS, Pascalicchio AE, Pessoto UC, Escuder MML. Acesso a serviços de saúde na Baixada Santista de pessoas portadoras de hipertensão arterial e ou diabetes. Rev. Bras. Epidemiol [internet]. 2010 [acesso em 7 nov. 2014];13(3). Disponível em: http://www.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-790X2010000300014&lng=pt&nrm=iso.
46. Bernardes LCG, Araújo TCCF. Deficiência, políticas públicas e bioética: percepção de gestores públicos e conselheiros de direitos. Ciênc Saúde Coletiva 2012;17(9):2435-45.
47. Bevilacqua G, Farias MR, Blatt CR. Aquisição de medicamentos genéricos em município de médio porte. Rev. Saúde Pública [internet]. 2011 [acesso em 7 nov. 2014];45(3). Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102011000300017&lng=en&nrm=iso.
48. Boing AC, Bertoldi AD, Barros AJD, Posenato LG, Peres KG. Desigualdade socioeconômica nos gastos catastróficos em saúde no Brasil. Rev Saúde Pública [internet]. 2014 [acesso em 7 nov. 2014];48(4). Disponível em:

http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102014000400632&lng=en&nrm=iso.

49. Buss PM, Carvalho AI. Desenvolvimento da promoção da saúde no Brasil nos últimos vinte anos (1988-2008). *Ciênc. Saúde Coletiva* [internet]. 2009 [acesso em 7 nov. 2014];14(6). Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232009000600039&lng=en&nrm=iso.

50. Ferraes AMB, Cordon Junior L. Consórcio de medicamentos no Paraná: análise de cobertura e custos. *Rev Adm Pública* 2007;41(3):475-86.

51. Grangeiro A, Teixeira L, Bastos FI, Teixeira P. Sustentabilidade da política de acesso a medicamentos anti-retrovirais no Brasil. *Rev Saúde Pública* 2006;40:60-9.

52. Guerra Jr. AA, Acúrcio FA, Gomes CAP, Miralles M, Girardi SN, Werneck GAF, et al. Disponibilidade de medicamentos essenciais em duas regiões de Minas Gerais, Brasil. *Rev Panam Salud Pública* 2004;15(3):168-75.

53. Lago RF, Costa NR. Dilemas da política de distribuição de medicamentos antirretrovirais no Brasil. *Ciênc Saúde Coletiva* 2010;15:3529-40.

54. Loyola MA. Medicamentos e saúde pública em tempos de aids: metamorfoses de uma política dependente. *Ciênc Saúde Coletiva* 2008;13:763-78.

55. Marques RM, Mendes A. Atenção básica e Programa de Saúde da Família (PSF): novos rumos para a política de saúde e seu financiamento? *Ciênc Saúde Coletiva* 2003;8:403-15.

56. Vilasbôas ALQ, Paim JS. Práticas de planejamento e implementação de políticas no âmbito municipal. *Cad Saúde Pública* 2008;24:1239-50.

57. Vieira F, Zucchi P. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. *Rev Saúde Pública* 2007;41(2):214-22.

58. Lopes LC, Barberato-Filho S, Costa AC, Osorio-de-Castro CGS. Uso racional de medicamentos antineoplásicos e ações judiciais no estado de São Paulo. *Rev Saúde Pública* 2010;44(4):620-8.

59. Baptista TWF, Machado CV, Lima LD. Responsabilidade do Estado e direito à saúde no Brasil: um balanço da atuação dos poderes. *Ciênc Saúde Coletiva* 2009;14(3):829-39.

60. Messeder AM, Osório-de-Castro CGS, Luiza VL. Mandados judiciais como ferramenta para garantia do acesso a medicamentos no setor público: a experiência do estado do Rio de Janeiro, Brasil. *Cad Saúde Pública* 2005;21(2):525-34.
61. Borges DCL, Ugá MAD. As ações individuais para o fornecimento de medicamentos no âmbito do SUS: características dos conflitos e limites para a atuação judicial. *Rev Direito Sanit* 2009;10(1):13-38.
62. Ferraz OLM, Vieira FS. Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante. *Dados – Rev Ciênc Sociais* 2009;52(1):223-51.
63. Vieira FS. Ações judiciais e direito à saúde: reflexão sobre a observância aos princípios do SUS. *Rev Saúde Pública* 2008;42:365-9.
64. Andrade EIG, Machado CD, Faleiros DR, Szuster DAC, Guerra Júnior AA, Silva GD, et al. 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.
65. Tanaka OY. A judicialização da prescrição medicamentosa no SUS ou o desafio de garantir o direito constitucional de acesso à assistência farmacêutica. *Rev Direito Sanit* 2008;9(1):137-43.
66. Perry T. Contested concepts and hard cases. *Ethics* 1977;88(1):20-35.
67. Hart HLA. *O conceito de direito*. Lisboa: Gulbenkian; 1994.
68. Dworkin R. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: WMF Martins Fontes; 2002.
69. Dworkin R. Judicial discretion. *J Philos* 1963;60(21):624-38.
70. Dworkin R. Hard cases. *Harvard Law Rev* 1975;88(6):1057-109.
71. Atienza M. Los límites de la interpretación constitucional: de nuevo sobre los casos trágicos. *Isonomía* 1997;(6):7-30.
72. Fraser N. O feminismo, o capitalismo e a astúcia da história. *Mediações* 2009;14(2):11-33.
73. Fraser N. Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado. *Lua Nova* 2009;77:11-39.
74. Fraser N. A justiça social na globalização: redistribuição, reconhecimento e participação. *Rev Crit Ciências Soc* 2002;63:7-20.

75. Fraser N. Justice interruptus: critical reflections on the “postsocialist” condition. New York: Routledge; 1997.
76. Fraser N. Abnormal justice. *Crit Inq* 2008;34(3):393-422.
77. Fraser N. Mercantilização, proteção social e emancipação: as ambivalências do feminismo na crise do capitalismo. *Rev Direito GV* 2011;7(2):617-34.
78. Fraser N. Talking about needs: interpretive contests as political conflicts in Welfare-State societies. *Ethics* 1989;99(2):291-313.
79. Egry EY, Oliveira MAC, Ciosak SI, Maeda ST, Barrientos DMS, Fonseca RMGS, et al. Instrumentos de avaliação de necessidades em saúde aplicáveis na estratégia de saúde da família. *Rev Esc Enferm USP* 2009;43(Esp 2):1181-6.
80. Campos CMS, Bataiero MO. Necessidades de saúde: uma análise da produção científica brasileira de 1990 a 2004. *Interface Comun Saúde Educ* 2007;11(23):605-18.
81. Wright J, Williams R, Wilkinson JR. Development and importance of health needs assessment. *BMJ* 1998;316(714):1310-3.
82. Doyal L. Needs, rights, and equity: moral quality in healthcare rationing. *Qual Health Care* [internet]. 1995 [acesso em 20 nov. 2013];4(4):273-83. Disponível em: <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1055339/>.
83. Dworkin R. A justiça e o alto custo da saúde. In: Dworkin R. A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes; 2005. p. 431-49.
84. Barroso LR. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Rev Procurad Geral Est Rio Grande Sul* 2007;31(66):89-114.
85. Dallari SG. Controle judicial da política de assistência farmacêutica: direito, ciência e técnica. *Physis: Rev Saúde Coletiva* 2010;20(1):57-75.

**ANEXO 1 – ARTIGO A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO DISTRITO
FEDERAL, BRASIL**

A judicialização da saúde no Distrito Federal, Brasil

The judicialization of health in the Federal District of Brazil

Debora Diniz¹

Teresa Robichez de Carvalho Machado²

Janaina Penalva¹

Abstract *This paper seeks to analyze the Judiciary's approach with respect to demands for the judicialization of the right to health by means of a case study of civil lawsuits for access to health care in Brazil's Federal District. Judicialization of the right to health signifies the judicialization of various of the health services provided. This is a descriptive and exploratory case study that covers the Federal District and uses mixed techniques to gather and analyze data. This study analyzed 385 lawsuits (87% of the total number of cases of judicialization of health for the period from 2005 to 2010 that reached the Appellate court). The results indicate that the most judicialized service is access to intensive care unit, followed by drugs and health care. Almost all lawsuits are filed by public defenders, with medical prescriptions and recommendations from the public health service. The results of this study challenge some dominant themes in the national debate, particularly the claim that judicialization is a phenomenon of the elites and that the services judicialized are drugs. The study does not seek to make generalizations, but highlights the fact that the phenomenon of judicialization of health has different aspects encompassed under the same concept.*

Key words *The judicialization of health, Judicial decisions, Right to health, Health policies*

Resumo *Este artigo discute as tendências do Poder Judiciário frente às demandas sobre judicialização do direito à saúde, por meio de um estudo de demandas judiciais cíveis por acesso à assistência em saúde no Distrito Federal. Por judicialização do direito à saúde, entende-se a judicialização de variadas prestações de saúde. Trata-se de um estudo exploratório, descritivo, longitudinal, com uso de técnicas mistas de levantamento e análise dos dados coletados no DF. Foram analisadas 385 ações, o que corresponde a 87% do total de casos de judicialização da saúde do período entre 2005 e 2010 que alcançaram a 2ª Vara. Os resultados indicam que o principal bem judicializado é o acesso à UTI, seguido por medicamentos e assistência médica. A quase totalidade dos processos é apresentado por defensor público, com receitas e indicações médicas oriundas do serviço público de saúde. Em cerca de 8% dos casos, há comprovante de renda no processo com predominância dos valores em torno de R\$ 500,00. Os resultados da pesquisa desafiam algumas teses dominantes no debate nacional, em particular a alegação de que é um fenômeno das elites e que o bem judicializado são os medicamentos. Os dados não têm pretensões generalizantes, mas aponta que o fenômeno da judicialização da saúde tem diferentes aspectos englobados pelo mesmo conceito.*

Palavras-chave *Judicialização da Saúde, Decisões judiciais, Direito à saúde, Políticas de saúde*

¹ Programa de Pós-Graduação em Política Social, Universidade de Brasília. Caixa Postal 8011. 70.673-970 Brasília DF Brasil. d.diniz@anis.org.br
² Faculdade de Direito, Universidade de Brasília.

Introdução

A judicialização da saúde é uma questão recente no Brasil¹⁻⁵. Por judicialização da saúde, deve-se entender uma questão ampla e diversa de reclame de bens e direitos nas cortes: são insumos, instalações, medicamentos, assistência em saúde, entre outras demandas a serem protegidas pelo princípio do direito à saúde. A origem da questão é ainda incerta, não apenas pela ausência de estudos empíricos sistemáticos e comparativos no país, mas principalmente pela amplitude da judicialização e seus diferentes níveis de expressão nas cortes. Em consequência, existem argumentos distintos para analisar as implicações da judicialização do direito à saúde no país: de um lado, se anuncia a possibilidade de efetivação do direito, mas, por outro, há o risco de a judicialização ser uma interferência indevida do Judiciário nas políticas públicas caso a decisão judicial não adote critérios objetivos e uniformes ou não seja munida de informações suficientes para uma correta avaliação quanto à viabilidade e adequação técnica e orçamentária do bem demandado^{1,6,7}.

Alguns estudos nacionais indicam que o principal bem judicializado nas cortes são os medicamentos. Estes dados devem ser considerados com cautela, uma vez que adotam diferentes metodologias de recuperação das evidências e não há estudos comparativos ou de âmbito nacional^{3,8-11}. A política de assistência farmacêutica apresenta uma série de desafios quanto ao desenho, operacionalização, atualização das listas de medicamentos distribuídos pelo Sistema Único de Saúde, transparência de protocolos clínicos, ausência de instâncias recursais, celeridade nas decisões, articulação com outras esferas de fiscalização e registro¹²⁻¹⁴. No entanto, não é toda demanda por assistência em saúde que decorre de necessidades, por isso, nem toda demanda deve ser atendida pelas políticas de saúde. Entre necessidade, demanda e acesso há o desenho da política com os critérios de eficácia, eficiência, segurança e uso racional dos recursos e da informação¹⁵.

Esses desafios podem se caracterizar como falhas da política (por exemplo, se o bem demandado já é objeto de uma política pública, mas sua obtenção não foi possível ou foi inadequada através da esfera administrativa), ou mesmo entraves à compreensão da política para sua operacionalização nas diferentes esferas do Poder Público, e, como resultado, a judicialização tanto pode ser um recurso para a garantia do justo em saúde quanto uma interferência indevida do Poder Judiciário no funcionamento da política de saúde.

Além disso, no conjunto do que se conhece como judicialização da saúde, há também a judicialização da assistência em saúde, ou seja, há casos em que o indivíduo procura as cortes para garantir seu acesso ao Sistema Único de Saúde. Apesar de pouco estudado no Brasil, não se deve confundir esses dois bens judicializados, pois apontam para questões diferentes nas cortes¹⁶.

A vasta maioria dos países com sistema universal de saúde não garante o direito à saúde, mas o direito aos serviços de saúde^{17,18}. O Brasil experimenta um quadro original no cenário internacional da última década de judicialização da política de saúde em países com sistemas universais públicos – aqui, o bem protegido é o direito à saúde. Há um caráter pouco evidente do conceito de saúde para a resolução deste conflito. Parte importante da judicialização do direito à saúde não visa garantir o direito à vida, mas sustenta-se em outro princípio ainda mais abstrato, que é o da dignidade da pessoa humana. A saúde não seria um fim em si mesmo, mas um meio para a garantia da dignidade¹⁹. É exatamente nesse contexto argumentativo e de encontro tenso entre a implementação da política e a busca crescente do Poder Judiciário para acesso à assistência em saúde que este artigo analisa o fenômeno da judicialização da saúde tendo o Distrito Federal como unidade de análise.

Metodologia

O levantamento de dados foi feito na 2ª Vara de Fazenda Pública Privativa do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, cuja atribuição é julgar os feitos em que o Distrito Federal figura como parte interessada. O DF conta com oito varas de Fazenda Pública e a distribuição dos processos ocorre de maneira aleatória entre as unidades. As razões para a escolha do DF como unidade de análise foram duas: a ausência de estudos empíricos sobre a judicialização da saúde e a escassez oficial de leitos de UTI em hospitais públicos de saúde. Além disso, o mecanismo de distribuição dos processos de forma aleatória entre as Varas de Fazenda Pública permitia que a recuperação dos processos em uma única Vara garantisse ao estudo o caráter de aleatoriedade no levantamento de dados. A análise dos dados cobriu o período de maio de 2005 a setembro 2010, data do primeiro processo sobre saúde que alcançou a Vara e o primeiro dia do trabalho de campo para a pesquisa.

O trabalho de campo foi realizado durante 10 semanas, de forma presencial na Vara por três

pesquisadoras. Foi utilizado um instrumento eletrônico para a coleta de dados, composto de 26 questões fechadas e estruturadas e 11 questões abertas. O instrumento foi validado em uma amostra de 40% dos processos. Após a validação, foram recuperados e analisados 385 processos, o que corresponde a 87% do universo total de processos sobre saúde tramitados na Vara no período integral da pesquisa.

A recuperação dos processos foi realizada em duas etapas. Na primeira, levantou-se todos os processos cuja distribuição indicava referir-se à saúde. Essa indexação inicial é produzida pela área de estatística do TJDFT e fornecida aos pesquisadores. Foram recuperados 533 processos sob essa rubrica. A segunda etapa consistiu na avaliação do objeto da judicialização e resultou na eliminação de 90 processos por erro de indexação, por isso o universo potencial de pesquisa foi estabelecido em 443 processos. No total, foram analisados 385 processos, havendo uma perda de 58 por razões diversas, sendo as mais comuns a sua posse pelo advogado, tramitação em regime de urgência ou análise pelo Ministério Público. Como não há prazo para o retorno do processo à Vara, a pesquisa em profundidade foi realizada no universo de 385 unidades, o que corresponde a 87% do total sobre o tema da saúde julgados pela 2ª Vara de Fazenda Pública Privativa do TJDFT no período de 2005 a 2010.

Tabelas e resultados

A Tabela 1 apresenta as variáveis constantes dos processos.

Há um crescimento permanente da judicialização nos últimos cinco anos. Verifica-se através dos dados o aumento do número de processos impetrados nos últimos anos, somente os três últimos anos pesquisados contam com 344 (89%). A judicialização da saúde no Distrito Federal é provocada por homens (51%) e mulheres (46%), de recém-nascidos a idosos com 101 anos (aproximadamente metade da população tem 59 anos ou menos), cujo pedido inicial é encaminhado por defensores públicos (95%), com receita médica oriunda de serviços públicos de saúde (85%).

Não há evidências de que a judicialização seja um movimento das elites. Praticamente todos os processos (95%) foram conduzidos pela defensoria pública, o que pressupõe a hipossuficiência de recursos. Apenas 4% tiveram condução por um escritório de advocacia privada. Outros tipos de advocacia, como advogados de ONG, es-

Tabela 1. Variáveis constantes dos processos.

	N	%
Fluxo de ações no tempo - ano		
2005	5	1
2006	10	3
2007	26	7
2008	58	15
2009	120	31
2010	166	43
Total	385	100
Sexo		
Masculino	197	51
Feminino	178	46
Não informado	10	3
Total	385	100
Faixa etária (anos)		
0 a 9	50	13
10 a 19	14	4
20 a 29	28	7
30 a 39	35	9
40 a 49	51	14
50 a 59	47	12
60 a 69	43	11
70 a 79	67	17
Acima de 80	23	6
Não identificado	27	7
Total	385	100
Origem da Prescrição		
No serviço público	326	85
No serviço privado	33	9
Não é possível identificar	21	5
Não há pedido médico	5	1
Total	385	100
Tipo de advocacia dos processos		
Defensoria Pública	368	95
Escritório particular	14	4
Escritório modelo, Advogado de ONG e Ministério Público Federal	3	1
Total	385	100
Comprovação de Renda		
Abaixo de R\$500,00	10	37
Entre R\$ 500,00 e R\$ 999,00	9	33
Entre R\$ 1.000,00 e R\$ 1.499,00	5	18
Entre R\$ 2.000,00 e R\$ 2.999,00	2	8
Entre R\$ 3.000,00 e R\$ 4.000,00	1	4
Total	27	100

Fonte: Levantamento de processos julgados na 2ª Vara de Fazenda Pública Privativa do TJDFT – 2005 a 2010.

Nota: Os valores foram arredondados.

critérios modelo e advocacia do Ministério Público Federal ocorrem apenas esporadicamente. Outro indicador de classe social dos demandantes utilizado em estudos nacionais é o tipo de

serviço de saúde de onde parte o pedido médico dos bens e serviços de saúde demandados, avaliado pela origem da receita médica que acompanhou o pedido inicial ao juiz. Mais uma vez as evidências sugerem que a judicialização não é um fenômeno exclusivo das elites. Apenas 9% dos processos parte de pedidos obtidos por meio da medicina privada. Não é possível dizer, no entanto, se esse é um caso de validação das receitas de medicina privada por serviços públicos de saúde para o início do litígio judicial.

Embora exista um debate sobre a classe social dos demandantes em diferentes processos de judicialização da saúde no Brasil, uma pergunta sobre classes só faz sentido quando a intenção é contestar os princípios de universalidade que regem o sistema de saúde. Para um sistema que, por ser universal, não discrimina atendimentos por atributos das pessoas, a origem social dos indivíduos deve ser considerada irrelevante. O que parece ser mais razoável questionar, porém, é se as demandas expressam necessidades de saúde – aquelas que o sistema público de saúde deve atender por imposição constitucional.

Avaliar a necessidade de bens e serviços de saúde a partir de processos judiciais é uma tarefa mais difícil do que pode parecer à primeira vista. No entanto, há informações no curso dos processos que trazem indicações importantes sobre a razoabilidade do que é demandado. Como se verá a seguir, o conjunto formado pelos motivos para o não julgamento em sentença terminativa de processos, as razões para que esse julgamento não tenha ocorrido e o tipo de bens de saúde solicitados indica que a judicialização expressa solicitações para a cobertura de necessidades específicas e urgentes de saúde.

A primeira tabela traz ainda os dados de comprovação de renda disponíveis em 27 processos (7% do total). A renda mais alta comprovada foi de R\$ 3.809,00 e a mais baixa de R\$ 354,05. Vale notar que uma análise da documentação apresentada na entrada do processo indica que 7% dos requerentes eram analfabetos e 20% dos processos baseiam seus argumentos na pobreza dos requerentes. Entretanto, considerando que a comprovação não ocorre na maioria dos processos, pode haver uma concentração dos indivíduos com menor renda entre aqueles que apresentaram documento de comprovação no pedido inicial. Por outro lado, a simples exigência ou demanda espontânea de apresentação de comprovação de renda na petição inicial deve ser um dado analisado com cautela: se o Sistema Único de Saúde é universal e não focalizado por classe so-

cial, não haveria porque considerar a renda um critério argumentativo para a judicialização de necessidades de saúde.

A Tabela 2 traz os bens de saúde que foram demandados judicialmente. O principal bem judicializado foi acesso à UTI na rede privada de saúde (66%). Outro bem cuja solicitação judicial foi frequente é a demanda por assistência médica (13%), porém com menor frequência que o acesso à UTI. A demanda por medicamentos, principal motivo da judicialização na literatura nacional foi provocada por 15% dos indivíduos. Não há na literatura nacional sobre judicialização da saúde evidências que se comparem ao encontrado no DF, o que sugere ser a judicialização uma resposta às particularidades da política de saúde pública local e suas fragilidades.

As doenças mais comuns são doenças do aparelho circulatório (28%) e doenças do aparelho respiratório (24%), conforme Tabela 3. Até 2007, as demandas por UTI respondiam a 32% do total de demandas. A partir de 2008, elas passam a representar 71% do total das demandas.

O padrão de demanda por bens de saúde sugere ser consistente com os diagnósticos médicos apresentados nos pedidos judiciais. Esses diagnósticos apontam para uma prevalência de doenças agudas (78%) no conjunto dos casos. Os tratamentos de doenças agudas são, em geral, bem enquadrados nos protocolos terapêuticos do sistema público de saúde. Deve ser notado que esses diagnósticos foram realizados quase que integralmente por médicos da rede pública de saúde. A ausência desse tratamento, refletida na judicialização, pode ser um indicador de

Tabela 2. Bens de saúde demandados.

Demanda	Total	
Vaga em UTI na Rede Privada de Saúde	254	66
Medicamentos	60	15
Assistência médica	52	13
Produtos para saúde	20	5
Custos com atendimento na rede privada	14	3
Alimentos	3	1
Tipos específicos de instalação	3	1
Vaga em UTI na Rede Pública de Saúde	2	0
Outros	3	1

Fonte: Levantamento de processos julgados na 2ª Vara de Fazenda Pública Privativa do TJDF - 2005 a 2010.

Nota: um processo pode demandar mais de um bem, portanto a soma dos totais pode ultrapassar 100%.

Tabela 3. Diagnósticos das doenças dos demandantes.

Diagnóstico	Agudas		Crônicas		Total	
	Nº	%	Nº	%	Nº	%
Doenças do aparelho circulatório	54	21	18	8	72	29
Doenças do aparelho respiratório	61	24	1	0	62	24
Diagnósticos inconsistentes	28	11	0	0	28	11
Doenças do aparelho digestivo	12	5	7	3	19	8
Neoplasias	1	0	14	6	15	6
Causas externas (acidentes)	11	4	0	0	11	4
Doenças do período neonatal	8	3	1	0	9	3
Doenças Infecciosas	5	2	3	1	8	3
Doenças renais	3	1	2	1	5	2
Doenças neurológicas	1	0	4	2	5	2
Doenças endócrinas	2	1	2	1	4	2
Doenças hematológicas	2	1	1	0	3	1
Malformações congênitas	2	1	1	0	3	1
Sintomas não especificados	5	2	0	0	5	1
Lesões por causas externas	2	1	0	0	2	1
Gravidez e parto	3	1	0	0	3	1
Transtornos mentais	0	0	1	0	1	0
Total	200	78	55	22	255	100

Fonte: Levantamento de processos julgados na 2ª Vara de Fazenda Pública Privativa do TJDF - 2005 a 2010.

reação à omissão das políticas do que demanda por tratamentos não oferecidos pelo sistema.

A Tabela 4 apresenta os argumentos utilizados para fundamentar os processos. Um mesmo processo pode lançar mão de mais de um argumento. Em cada processo a estrutura argumentativa segue um padrão particular sendo, portanto, difícil determinar quais seriam os argumentos centrais e quais os periféricos. No entanto, como conjunto de leis e princípios constitucionais as quais os processos podem recorrer é razoavelmente limitado, foi possível identificar e classificar os argumentos em 5 categorias.

Praticamente todos os processos fundamentam sua argumentação no direito à saúde (95%) e muitos recorrem ao direito à vida (50%), ambos difíceis de contestar do ponto de vista jurídico – embora a decisão dos juízes possa variar, é difícil contrapor um argumento baseado no direito à vida com uma argumentação fundamentada na reserva do possível, por exemplo. Relacionado ao fato de que a maioria dos processos solicita vagas em UTI, muito comuns são também os argumentos de risco de vida (76%), dano irreparável ou de difícil reparação (52%) e risco de agravamento da doença (18%). E, como já mencionado, o argumento da insuficiência de renda é mencionado em 20% dos processos.

Tabela 4. Principais argumentos do pedido do requerente.

Argumento	Total
Direito à saúde	367 95%
Risco de vida	293 76%
Risco de dano irreparável ou de difícil reparação	201 52%
Direito à vida	191 50%
Insuficiência de renda	79 20%

Fonte: Levantamento de processos julgados na 2ª Vara de Fazenda Pública Privativa do TJDF - 2005 a 2010.

Nota: um processo pode demandar mais de um bem, portanto a soma dos totais pode ultrapassar 100%.

Dada a urgência dos tipos de demanda predominantes, a maior parte dos requerentes solicita decisão liminar. Os juízes tendem a conceder essas liminares (70%). Apenas 8% das decisões são desfavoráveis aos requerentes, como mostra a Tabela 5. Como predominam demandas por vagas de UTI de indivíduos correndo risco de vida ou agravamento de condição clínica, esse é um resultado de certo modo esperado.

Tabela 5. Decisão liminar.

	N	%
Liminar		
Favorável	268	70
Sem decisão liminar	49	13
Desfavorável ao requerente	31	8
Sem informação	24	6
Favorável parcialmente	13	3
Total	385	100
Fundamentos para liminar desfavorável ao requerente		
Ausência de documentos que comprovem a urgência	12	38
Lista de espera	3	11
Racionalidade da prescrição médica	3	11
Custo do medicamento/reserva do possível	2	6
Ausência de risco	2	6
Ausência de perícia médica judicial	2	6
Outros	7	22
Total	31	100

Fonte: Levantamento de processos julgados na 2ª Vara de Fazenda Pública Privativa do TJDF - 2005 a 2010.

Nota: Os valores foram arredondados.

A Tabela 5 também decompõe a fração de liminares desfavoráveis aos requerentes segundo o fundamento da decisão liminar. A razão principal para a recusa à concessão de liminares é a ausência de comprovação da urgência do caso. É possível observar na tabela que preocupações com impactos orçamentários das decisões, majoritariamente referentes ao custo de medicamentos, (argumento da reserva do possível) têm pouca importância no total haja vista que em apenas 2 processos (6%) o indeferimento da liminar se fundamentou neste argumento.

O estudo trouxe importantes informações a respeito da judicialização da saúde. Como resultados obtidos destaca-se que: (i) do total dos processos levantados 89% concentram-se nos 3 (três) últimos anos da pesquisa (2007-2010); (ii) o intervalo da faixa etária dos demandantes varia de recém-nascidos a idosos acima de 80 (oitenta) anos; (iii) 85% dos processos tem origem em receituário da rede pública de saúde e que 95% dos processos advêm da defensoria pública; (iv) 7% dos demandantes comprovaram renda na inicial e, desses, 70% atestaram renda inferior a R\$ 999,00; (v) 66% das ações tem como

pedido a internação em uma vaga em UTI na rede privada de saúde e apenas 15% dos processos tinha como bem demandado a aquisição de medicamentos; (vi) há uma concentração do diagnóstico em doenças de caráter agudo, representando 78% dos casos; (vii) 95% dos processos utiliza o argumento do direito à saúde como fundamentação, seguido dos argumentos de risco de vida e risco de dano irreparável ou de difícil reparação (76% e 52%); (viii) em 70% dos casos a decisão liminar é favorável ao requerente e a negativa ocorre em apenas 8% dos processos; (ix) 38% das negativas a decisão judicial baseou-se na ausência de documentos que comprovassem a urgência da solicitação e somente em 2 casos (6%) foi utilizado o argumento de custo do medicamento e/ou reserva do possível para não conceder a liminar.

Conclusão

Os resultados obtidos não corroboraram algumas das teses mais difundidas na literatura brasileira como a elitização do processo judicial e a prevalência de requisições de medicamentos de alto custo. A elitização do mecanismo de obtenção de serviços ou produtos através do Poder Judiciário não foi ratificada no estudo de caso analisado. A representação judicial e médica originária de serviços públicos, combinada com a renda comprovada em parte dos processos, é um indício de que a afirmação de elitização não pode ser sustentada em todos os estados brasileiros, já que os dados obtidos no Distrito Federal tendem a confrontar a afirmação.

O outro argumento apresentado em artigos nacionais quanto à prevalência de utilização da judicialização como meio de adquirir medicamentos de alto custo não incluso nas políticas públicas de saúde também não foi demonstrado através dos dados. O objeto majoritário de pedidos referia-se a internações em unidades de tratamento intensivo. Fato esse que oferece suporte às decisões judiciais de urgência no deferimento do pedido. Como conclusão avalia-se que são necessários mais estudos com evidências sobre a judicialização da saúde para que seja plausível afirmar teses gerais sobre o tema. A pesquisa realizada traz indícios de que não é possível afirmar que o processo de judicialização da saúde é um movimento da elite econômica brasileira e que o objeto principal das demandas é a aquisição de medicamentos.

Colaboradores

D Diniz, TRC Machado e J Penalva participaram igualmente de todas as etapas de elaboração do artigo.

Agradecimentos

Ao Dr. Alvaro Ciarlini, juiz da 2ª Vara de Fazenda Pública Privativa do TJDF, por possibilitar acesso aos dados. Ao Observatório da Justiça Brasileira pelo financiamento concedido. Às pesquisadoras Renata Janaina de Sousa Brito, Natália Peres Kornijezuk e Vanessa Carrião pela coleta dos dados. À equipe da ANIS – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, em especial ao João Neves, pelo tratamento dos dados, e Alberto Madeiro, pela classificação médica dos diagnósticos.

Referências

1. Barroso LR. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista Interesse Público* 2008.
2. Vieira FS, Zucchi P. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. *Rev Saude Publica* 2007; 41(2):214-222.
3. Messeder AM, Osório-de-Castro CGS, Luiza VL. Mandados judiciais como ferramenta para garantia do acesso a medicamentos no setor público: a experiência do Estado do Rio de Janeiro, Brasil. *Cad Saude Publica* 2005; 21(2):525-534.
4. Diniz D, Medeiros M, Schwartz IVD. Consequências da judicialização das políticas de saúde: custos de medicamentos para as mucopolissacaridoses. *Cad Saude Publica* 2012; 28(3):479-489.
5. Medeiros M, Diniz D. A tese da judicialização da saúde pelas elites: os medicamentos para mucopolissacaridose. *Cien Saude Colet* 2013; 18(4):1079-1088.
6. Sarmento D. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: Souza Neto CP, Sarmento D. *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris; 2008.
7. Baptista, Tatiana Vargas de Faria; Machado, Cristiani Vieira; e Lima, Luciana Dias de. Responsabilidade do Estado e direito à saúde no Brasil: um balanço da atuação dos Poderes. *Cien Saude Colet* 2009; 14(3):829-839.
8. Borges DCL. 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: Fiocruz; 2007.
9. Cosendey MAE, Bermudez JAZ, Reis ALA, Silva HF, Oliveira MA, Luiza VL. Assistência Farmacêutica na atenção básica de saúde: a experiência de três estados brasileiros. *Cad Saude Publica* 2000; 16(1):171-182.
10. Vieira FS, Zucchi P. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. *Rev Saude Publica* 2007; 41(2):214-222.
11. Marques SB, Dallari SG. Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. *Rev Saude Publica* 2007; 41(1):101-107.
12. Kornis G, Braga MH, Zaire C. Os Marcos Legais das Políticas de Medicamentos no Brasil Contemporâneo (1990-2006). *Revista APS* 2008; 11(1):85-99.
13. Brasil. Tribunal de Contas da União (TCU). *Avaliação do TCU sobre a Ação Assistência Financeira para Aquisição e Distribuição de Medicamentos Excepcionais*. Brasília: TCU; 2005.
14. 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* 2010, 15(Supl. 3):3551-3560.
15. Diniz D. *Judicialização de medicamentos no SUS: memorial ao STF*. Brasília: SérieAnis; 2009. [documento na Internet]. [acessado 2010 maio 19]. Disponível em: http://www.anis.org.br/serie/artigos/sa66_diniz_medicamentos_stf.pdf

16. Diniz D. Rationing the access to high cost medicines in developing world countries. *Developing World Bioethics* 2009; 9(2):2-3.
17. Ham C, Robert G, editors. *Reasonable Rationing: International Experience of Priority Setting in Health Care*. Maidenhead: Open University Press; 2003.
8. Syrett K. *Law, Legitimacy and Rationing of Health Care: a contextual and comparative perspective*. Cambridge: Cambridge University Press; 2007.
19. Daniels N, Sabin J. *Can We Learn to Share Medical Resources? Setting Limits Fairly*. Oxford: Oxford University Press; 2002.

Artigo apresentado em 30/11/2012

Aprovado em 27/02/2013

Versão final apresentada em 07/03/2013

**ANEXO 2 – ARTIGO JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: ANALISANDO A
AUDIÊNCIA PÚBLICA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Judicialização da saúde: analisando a audiência pública no Supremo Tribunal Federal

Teresa Robichez de Carvalho Machado

Resumo

A audiência pública sobre judicialização da saúde, convocada em 2009 pelo Supremo Tribunal Federal, objetivou possibilitar o debate dos diversos setores envolvidos na busca por soluções judiciais. Este texto analisa a audiência à luz do referencial teórico de Nancy Fraser. Notam-se a ausência de falas sobre necessidades e a concentração da discussão em três focos: dispensação de medicamentos, alocação de recursos e função e interligação entre os três poderes. Para Fraser, o discurso político sobre necessidades abrange três momentos: (i) estabelecimento ou negação do *status* político de uma necessidade; (ii) interpretação da necessidade e poder de defini-la; e (iii) satisfação da necessidade. Conclusivamente, percebe-se a importância de que o debate sobre necessidades na área de saúde, incluindo o aspecto da judicialização, não se restrinja aos aspectos jurídicos, administrativos ou terapêuticos elencados por Fraser, mas busque avançar na definição e na satisfação das necessidades identificadas pelos diversos setores sociais.

Palavras-chave: Necessidades e demandas de serviços de saúde. Executoriedade da lei. Normas jurídicas. Julgamento-Direitos civis.

Resumen

La legalización de la salud: analizando la audiencia pública en el Supremo Tribunal Federal de Brasil

La Audiencia Pública convocada sobre la judicialización de la salud en 2009 por el Supremo Tribunal Federal dirigida a facilitar la discusión de los diversos sectores implicados en la búsqueda de soluciones judiciales. Este texto pretende analizar esta audiencia a la luz del marco teórico de Nancy Fraser. Se observa la falta de discursos sobre las necesidades y la concentración de la discusión sobre tres enfoques: dispensación de medicamentos, de asignación de recursos y función y de interconexión entre los tres poderes. Para Nancy Fraser, el discurso político sobre las necesidades abarca tres fases: (i) la creación o la negación de la condición política de la necesidad; (ii) la interpretación de la necesidad y el poder de definirla y; (iii) el cumplimiento de la necesidad. En conclusión, se da cuenta de que la importancia del debate sobre las necesidades de atención de la salud, incluido el aspecto de la legalización, no se limita a los aspectos jurídicos, administrativos o terapéuticos enumerados por Fraser, pero tratan de avanzar en la definición y el cumplimiento de las necesidades identificadas por los diferentes sectores sociales.

Palabras-clave: Necesidades y demandas de servicios de salud. Aplicabilidad de la ley. Normas jurídicas. Juicio-Derechos civiles.

Abstract

Legalization of health: analyzing public hearing in the Brazilian Supreme Federal Court

The Public Hearing on judicialization of health convened in 2009 by the Brazilian Supreme Federal Court aimed to facilitate the discussion of the various sectors involved in the search for legal solutions. This text aims to analyze this Public Hearing according to the theoretical framework of Nancy Fraser. It is noted the lack of lines on needs and the concentration of the discussion on three issues: drug dispensing, resource allocation and function and interconnection between the Three Powers. To Nancy Fraser, the political discourse on needs encompasses three phases: (i) establishment or denial of the political status of a need; (ii) interpretation of necessity and power to define and (iii) satisfaction of the need. Conclusively, it is seen that the importance of the debate on health care needs, including the aspect of judicialization, is not limited to legal, administrative or therapeutic aspects listed by Fraser, but it seeks to advance the definition and fulfillment of needs identified by the various social sectors.

Keywords: Health services needs and demand. Law enforcement. Enacted statutes. Judgment-Civil rights.

Doutoranda teresarc@finep.gov.br – Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca, Rio de Janeiro/RJ, Brasil.

Correspondência

Rua Barata Ribeiro, 615/801 – Copacabana CEP 22051-001. Rio de Janeiro/RJ, Brasil.

Declara não haver conflito de interesse.

<http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422014223039>

Rev. bioét. (Impr.). 2014; 22 (3): 561-8

A audiência pública é coerente com a visão democrática de Estado, em que a voz dos cidadãos deve ser considerada quando da tomada de decisões. O debate livre e participativo dos diversos setores envolvidos – médicos, gestores públicos, acadêmicos e usuários do Sistema Único de Saúde – permite que entendimentos diferentes, muitas vezes conflitantes, sejam defendidos e analisados no intuito de possibilitar reflexão conjunta sobre determinado tema, conferindo transparência e legitimidade. Essa prática, regulamentada pela Lei 8.625/93, é comumente adotada no âmbito do Ministério Público por intermédio da convocação constante da participação popular em audiências públicas sobre assuntos correlatos a sua atuação ¹. A Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal, prevê a audiência pública como instrumento a ser utilizado na tomada de decisões em âmbito federal ².

As primeiras normas que trouxeram o instituto da audiência pública ao Poder Judiciário foram as leis 9.868/99 e 9.882/99: a primeira dispõe sobre o processo e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (STF), e a segunda trata do processo e do julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental ^{3,4}. O objetivo desse instituto é esclarecer questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante, debatidas no âmbito do tribunal. Segundo informações no sítio eletrônico do STF, a primeira audiência pública realizada pelo tribunal ocorreu em 20 de abril de 2007 e foi convocada pelo ministro Ayres Britto, na função de relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510, que impugnava dispositivos da Lei 1.105/2005, a Lei de Biossegurança.

Entretanto, apenas em 2009 a audiência pública foi regulamentada no âmbito do STF, com a Emenda Regimental 29. Constam no sítio eletrônico do STF quatorze audiências realizadas até o momento, tendo como temas:

1. Pesquisas com células-tronco embrionárias (20/4/2007);
2. Importação de pneus usados (27/6/2008);
3. Interrupção de gravidez – feto anencéfalo (26 e 28/8/2008 e 4 e 16/9/2008);
4. Políticas de ação afirmativa de acesso ao ensino superior (3 a 5/3/2010);
5. Lei Seca – proibição da venda de bebidas alcoólicas nas proximidades de rodovias (7 e 14/5/2012);

6. Proibição do uso de amianto (24 e 31/8/2012);
7. Novo marco regulatório para a TV por assinatura no Brasil (18 e 25/2/2013);
8. Campo eletromagnético de linhas de transmissão de energia (6 a 8/3/2013);
9. Queimadas em canaviais (22/4/2013);
10. Regime prisional (27 e 28/5/2013);
11. Judicialização do direito à saúde (27 a 29/4/2009 e 4 a 7/5/2009);
12. Financiamento de campanhas eleitorais (17 e 24/6/2013);
13. Biografias não autorizadas (21 e 22/11/2013);
14. Programa Mais Médicos (25 e 26/11/2013).

Inicialmente convocada apenas para 27 e 28 de abril de 2009, a audiência pública sobre judicialização da saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) ocorreu em 27, 28 e 29 de abril e em 4, 6 e 7 de maio de 2009. No despacho de convocação da audiência de 5 de março de 2009, o então presidente do STF, ministro Gilmar Mendes, expressa as razões que motivaram sua convocação: *Considerando os diversos pedidos [...] em trâmite no STF, os quais objetivam suspender medidas que determinam o fornecimento das mais variadas prestações de saúde pelo Sistema Único de Saúde – SUS [...]; Considerando que tais decisões suscitam inúmeras alegações de lesão à ordem, à segurança, à economia e à saúde públicas; e Considerando a repercussão geral e o interesse público relevante das questões suscitadas [...]* ⁵.

Gilmar Mendes inicia as discussões ressaltando a importância do tema e da realização dessa audiência pública, a primeira após a regulamentação da Emenda Regimental 29. Segundo ele, a intenção é dar voz às pessoas com experiência e autoridade no tópico SUS e, com a participação dos diversos setores da sociedade, buscar soluções para os problemas da saúde e sua judicialização. Para o presidente do STF, outra justificativa que embasa a audiência é a amplitude do tema, pois todos são afetados pelas decisões judiciais que buscam a efetivação do direito à saúde; a judicialização dos direitos à saúde ganha tamanha importância prática porque envolve não só os operadores do direito como também os gestores públicos, os profissionais da área e a sociedade civil. O relator informa que a presidência do STF recebeu mais de 140 pedidos de participação. No que se refere às consequências jurídicas das discussões, ressalta que as considerações apresentadas poderão ser utilizadas de forma geral pelos diversos órgãos do Poder Judiciário e para a instrução de qualquer processo no STF.

O ministro elenca então alguns processos que envolveram questões relativas à eficácia do artigo 196 da Constituição Federal naquele Tribunal:

- (a) Agravo Regimental de Suspensão de Tutela Antecipada 223, que envolvia procedimento experimental não aprovado por órgão regulador, no qual o Plenário manteve a decisão que determinou o pagamento das despesas pelo Estado de Pernambuco mesmo sem a aprovação do procedimento;
- (b) Pedido de Suspensão de Liminar 228, em que foi necessário sopesar o direito dos cidadãos às vagas nas unidades de tratamento intensivo e as consequências para a ordem pública da decisão que determina suas instalações – a decisão manteve a determinação de que a União, o Estado do Ceará e o Município de Sobral transferissem todos os pacientes necessitados de atendimento em unidades de tratamento intensivo (UTI) para hospitais públicos ou particulares e iniciassem as ações tendentes à instalação e ao funcionamento de dez leitos adultos, dez leitos neonatais e dez leitos pediátricos. A medida baseava-se no descumprimento da Portaria 1.101, de 2002, do Ministério da Saúde, que fixava o número de leitos por habitantes. O STF apenas suspendeu a multa diária fixada no valor de 10 mil reais, mantendo a decisão liminar nos seus demais termos;
- (c) Suspensão da Tutela Antecipada 198, cuja decisão indeferiu o pleito do Estado do Paraná para suspender os efeitos de decisão que determinara o fornecimento de medicamento em mais de 1 milhão de reais anuais a uma criança portadora de doença genética rara e degenerativa. O medicamento, segundo os atestados médicos, era a única esperança de melhora para o paciente, e a suspensão do tratamento poderia comprometer seu desenvolvimento físico;
- (d) Suspensão da Tutela Antecipada 268, que indeferiu o pedido do Município de Igrejinha (RS), que envolvia medicamento constante da lista do SUS, mas indisponível na farmácia municipal, sendo o referido município obrigado a fornecer o medicamento solicitado.

Ao finalizar a abertura da sessão, são postas algumas perguntas: quais são as consequências práticas do reconhecimento da responsabilidade solidária, por meio da qual todos – União, estados e municípios – são considerados responsáveis por fornecer determinado bem ou serviço em matéria de saúde para a estrutura do sistema e para as finanças públicas? Em relação à própria gestão do SUS e ao

princípio da universalidade do sistema, prescrições de medicamentos prescritas por prestadores de serviço privados de saúde podem subsidiar ações judiciais? Ou deve ser exigido que a prescrição seja feita por médico credenciado no SUS e que o processo judicial seja precedido por pedido administrativo? Quanto ao princípio da integralidade do sistema, importa analisar as consequências do fornecimento de medicamentos e insumos sem registro na Anvisa ou não indicados pelos protocolos e pelas diretrizes terapêuticas do SUS? Por que os medicamentos prescritos ainda não se encontram registrados? Haverá um descompasso entre as inovações da medicina e a elaboração dos protocolos e das diretrizes terapêuticas? Há realmente eficácia terapêutica nos medicamentos não padronizados que vêm sendo concedidos pelo Poder Judiciário? Esses medicamentos possuem equivalentes terapêuticos oferecidos pelo SUS capazes de tratar adequadamente os pacientes? Há resistência terapêutica aos medicamentos padronizados? Por que muitas vezes os próprios profissionais de saúde do SUS orientam os pacientes a procurar o Poder Judiciário? São casos de omissão de política pública, da política existente, ou há outros interesses envolvidos? O estudo da legislação do SUS permitirá distinguir as demandas que envolvem o descumprimento de uma política daquelas que buscam suprir uma omissão do gestor de saúde? Como isso pode interferir na atuação do Poder Judiciário?

O presidente do STF faz menção aos estudos de Amartya Sen, para quem o verdadeiro desenvolvimento encontra-se mais na melhoria da qualidade de vida do que no aumento da produção de riquezas e o desenvolvimento de um país depende das oportunidades oferecidas à população de fazer escolhas e exercer sua cidadania⁶. Menciona, ainda, a noção de Häberle⁷ de que a Constituição Federal de 1988 pode ser caracterizada como aberta, que torna possível a sociedade aberta de Popper, ou suave, no sentido de Zagrebelsky, que engloba tanto a espontaneidade da vida social como a competição para assumir a direção política⁸⁻¹⁰. Como dito pelo ministro Gilmar Mendes quando da abertura da primeira sessão da audiência pública:

...no contexto em que vivemos, de recursos públicos escassos, aumento da expectativa de vida, expansão dos recursos terapêuticos e multiplicação das doenças, as discussões que envolvem o direito à saúde representam um dos principais desafios à eficácia jurídica dos direitos fundamentais. À guisa de conclusão, defendeu que posições radicais que neguem completamente a ação do Poder Judiciário ou que

preguem a existência de um direito subjetivo a toda e qualquer prestação de saúde não são igualmente aceitáveis. A saída, para o ministro, seria uma posição equilibrada, capaz de analisar todas as implicações das decisões judiciais sem comprometer os direitos fundamentais dos cidadãos e em especial o direito fundamental à saúde ¹¹.

A audiência pública foi uma experiência importante para o debate democrático a respeito do direito à saúde, com manifesta a representatividade identificada pela presença de gestores públicos, profissionais da área médica, juristas, professores e usuários do SUS. Entretanto, a discussão concentrou-se em três assuntos principais: a dispensação de medicamentos, a alocação de recursos e a função e a interligação entre os três poderes.

As falas da audiência pública centraram-se no que Nancy Fraser chama de procedimentos jurídicos, administrativos e terapêuticos, o que acarreta a interpretação restrita de questões políticas sob esses três prismas ¹². Para resgatar o debate para a questão da necessidade na área de saúde, a autora propõe três momentos: (i) luta por estabelecer ou negar o *status* político de uma necessidade; (ii) luta sobre a interpretação da necessidade, pelo poder de defini-la e determinar o que pode satisfazê-la; e (iii) luta sobre a satisfação da necessidade, buscando assegurar ou negar o suprimento de determinada necessidade ¹³.

O objetivo deste trabalho é analisar as falas oriundas da audiência pública convocada pelo STF sobre judicialização da saúde que ocorreu nos dias 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009. A metodologia adotada incorrerá na análise dos argumentos proferidos nesses seis dias de sessão, com a identificação de palavras-chaves e sua frequência nas falas.

Método

O levantamento de dados foi feito no sítio eletrônico do STF, que disponibiliza os documentos das apresentações realizadas e também todas as informações e manifestações, em notas taquigráficas e em vídeo ¹⁴.

As falas da audiência pública foram proferidas por: dezessete representantes da área jurídica, entre ministros, juízes, advogados da União, advogados, promotores, procuradores, professores universitários e representantes do Ministério Público Federal; onze representantes da sociedade civil, in-

clusive usuários do sistema, e membros de instituições de pesquisa; oito representantes do Ministério da Saúde e da área médica; e seis gestores públicos.

Trata-se de análise exploratória do tema, compreendida à luz do referencial teórico de Nancy Fraser, especialmente no que tange à *definição de necessidades*.

Audiência pública e as necessidades segundo Nancy Fraser

O debate brasileiro a respeito da judicialização da saúde apresenta argumentos negativos e positivos sobre o fenômeno. Negativamente, são expostas as noções de finitude orçamentária, caráter individual da demanda e ausência de parâmetros médicos técnicos quando da decisão judicial. Positivamente, são levantados o direito constitucional à saúde, a ineficiência administrativa na prestação de serviços e a importância da atividade judicial.

A audiência pública representou uma etapa importante do debate, pois, como ressaltado na fala final do ministro Gilmar Mendes, a participação de diferentes grupos em processos judiciais de grande significado para toda a sociedade cumpre uma função de integração extremamente relevante no Estado de direito, garantindo novas possibilidades de legitimação dos julgamentos do STF no âmbito de sua tarefa precípua de guarda da Constituição e consignando, ademais, a importância de se abrirem espaços de consenso e de se construírem soluções compartilhadas, inclusive pela via administrativa. O ministro destaca como temas recorrentes: a necessidade de regulamentação da Emenda Constitucional 29, a participação democrática da sociedade na formulação dos orçamentos de saúde e a normatização e a definição de marcos legais precisos para as políticas públicas de saúde.

Apesar da diversidade de participação, a discussão restringiu-se, como afirmado acima, a três assuntos principais: a dispensação de medicamentos, a alocação de recursos e a função e a interligação entre os três poderes. Nota-se que o primeiro tema é central na discussão, não só porque um dia de audiência foi totalmente destinado a sua discussão, sob o título "Assistência farmacêutica do SUS", como também porque 49 apresentações, no mínimo, trataram disso.

A importância dessa questão parece intimamente relacionada ao alto custo de diversos medicamentos requeridos, à existência de programas que apenas admitem alguns medicamentos e à contro-

vérsia sobre a distribuição pelo SUS de medicamentos tidos como experimentais ou não registrados na Anvisa. Outra questão tocante aos medicamentos obtidos pela via judicial é a influência de indústrias farmacêuticas no processo de judicialização, tema levantado em doze manifestações.

A alocação de recursos foi mencionada por nove pessoas, com ênfase nas questões do subfinanciamento da área de saúde (doze falas), que envolve também a priorização da saúde em detrimento de outros gastos governamentais, como propaganda e pagamento de dívida pública. Em relação a esse assunto, foi também forte objeto de discussão a finitude dos recursos, sendo tema de onze falas, e a escassez, termo presente em seis apresentações.

Ademais, a maioria dos expositores considerou que, apesar de imprescindível o debate sobre quanto e como distribuir os recursos orçamentários existentes, ainda terá de ser enfrentada a questão de que alguns bens, insumos e serviços de saúde não poderão, em razão de os recursos serem finitos, ser objeto de financiamento público, em especial no contexto de desenvolvimento tecnológico e crescimento da população. Ainda no tocante a recursos financeiros, os desvios de recursos destinados à saúde foram objeto de oito manifestações, sendo clara a necessidade de melhoria da gestão do sistema e de seu controle tanto por parte da sociedade como pelos órgãos e instituições dos três poderes.

O papel e os limites de cada um dos poderes da República também foram recorrentes durante a audiência pública. A omissão e a ineficiência do Poder Executivo foram expressas por nove pessoas, com a argumentação frequente de que o próprio processo de judicialização pode ser considerado um indício de que as políticas públicas e sua implementação devem ser repensadas e discutidas democraticamente. Os gestores na área de saúde também foram objeto de atenção, seja por suas responsabilidades, na medida em que uma boa gestão levará ao melhor aproveitamento de recursos e à garantia de que os serviços públicos de saúde serão eficientes, seja pela injusta criminalização de suas ações, uma vez que são responsabilizados judicialmente mesmo quando a não prestação de serviço ou a não disponibilização de um bem não se deve a uma ação ou omissão do gestor, mas a fatores externos, como a falta de recursos.

O Poder Judiciário foi defendido como imprescindível para a concretização do direito à saúde, tendo em vista que muitas vezes garante ao cidadão o acesso a direito que administrativamente lhe foi negado. Em apenas duas teses foi defendido que,

em alguns momentos, é indevida a interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas. Entretanto, percebeu-se também a preocupação com a falta de conhecimento técnico dos juizes em relação às demandas propostas, o que poderia levar à concessão de medicamentos ou a prestações inadequadas ou mais caras que outras disponíveis. Como minimizador desse desconhecimento, foram propostas parcerias entre o Poder Judiciário e comissões técnicas. Ainda foi levantada a ocorrência de determinações extremas sem a oitiva dos argumentos da administração pública, e, em quatro falas, citou-se a resolução de prisão de secretários de saúde, fato que foi duramente criticado.

A omissão do Poder Legislativo também foi tema frequente, em especial a necessidade de regulamentação da Emenda Constitucional 29 (doze manifestações). Em uma apresentação, foi apontada ainda a impossibilidade de a administração regulamentar, mediante atos normativos do Ministério da Saúde, programas e diretrizes gerais que deveriam ser objeto de tratamento legislativo. Por fim, destacaram-se dois temas: a necessidade de repensar o sistema legal de proteção patentária, em razão do alto custo imposto aos medicamentos (cinco manifestações), e a inclusão desse tema no âmbito da bioética (quatro palestrantes), que inclusive poderá ser utilizada para ajudar na busca de soluções às questões apresentadas.

Cabe ressaltar que a discussão da audiência pública, muita vezes, desloca o foco das necessidades envolvidas nas demandas judiciais e incorpora de discursos pertinentes ao que Fraser denomina *sistema previdenciário*, o qual é organizado com a inter-relação de procedimentos jurídicos, administrativos e terapêuticos, acarretando a interpretação de questões políticas sob esses prismas.

O aspecto jurídico impõe o enquadramento das necessidades no quadro normativo vigente. O aspecto administrativo submete as necessidades a critérios burocráticos e administrativos, colocando os cidadãos em posição de petionários em relação à instituição administrativa competente para decidir sobre suas reivindicações. Necessidades devem ser traduzidas em operações administrativas. O aspecto terapêutico, criado para compensar os efeitos dos dois anteriores, visa preencher as lacunas entre a experiência pessoal vivida e a situação administrativamente definida. O sistema jurídico-administrativo-terapêutico do aparato estatal impede a atuação ativa, a autodefinição e a autodeterminação dos sujeitos, posicionando-os como meros clientes passivos ou destinatários de consumo¹².

Esses três componentes aparecem nas discussões. O aspecto jurídico é claramente elencado em quase todas as falas, seja pelos chamados operadores do direito (juizes, promotores, procuradores e advogados), seja pelos gestores públicos quando da defesa do sistema jurídico regulamentador dos direitos à saúde. Os próprios usuários utilizam-se da linguagem jurídica, principalmente constitucional, para legitimar suas pretensões.

O aspecto administrativo é recorrente nas falas dos gestores públicos. A principal argumentação nesse sentido refere-se à necessidade de a Administração impor regras e procedimentos para garantir maior racionalidade no uso dos recursos públicos. Ademais, o esgotamento da instância administrativa, inclusive a utilização de todo o sistema público de saúde, é defendido como essencial para a concretização do direito.

O terceiro elemento, denominado terapêutico, busca preencher eventuais falhas na atuação administrativa e, no âmbito brasileiro, pode ser enquadrado em diversas instituições estatais, como a defensoria pública e os ministérios públicos, instâncias que buscam diminuir o espaço entre a experiência vivida pelos cidadãos e o longo percurso de enquadramento e obtenção administrativa da demanda. Nesse sentido, alguns representantes do Estado propõem mecanismos e processos intermediários para suprir ineficiências nas ações administrativas com o apoio de órgãos auxiliares. São citados os exemplos das cidades de São Paulo e Rio de Janeiro, com ampla participação do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Procuradoria.

Outro referencial que se pode buscar em Fraser para analisar as falas da audiência pública refere-se à *necessidade* como parte importante do discurso político¹³. Para a autora, devem ser feitos três questionamentos em relação a necessidades na área de saúde:

- (a) O que o Estado deve prover na área de saúde e se existem tais necessidades;
- (b) Se os programas estatais realmente atendem às necessidades que pretendem satisfazer ou se, em vez disso, interpretam mal essas necessidades;
- (c) Quais são as necessidades exatas dos diversos grupos sociais e quem tem a última palavra nessa definição.

As falas da audiência focaram demasiadamente na primeira questão, de forma desestruturada e sem reflexão dialógica. Centrar o debate sobre se o Estado deve prover determinado medicamento de custo altíssimo a alguns indivíduos minimiza e em-

pobrece o debate, pois despolitiza toda discussão sobre a necessidade de tal atendimento e sobre os debates públicos que devem ser conduzidos para legitimar tais decisões. O segundo ponto, que lida com a questão de efetividade dos programas estatais, por sua vez, é bastante comentado, principalmente no contexto brasileiro de corrupção e má gestão de recursos públicos. Entretanto, essa reflexão não guarda relação com o ponto seguinte, relativo a má interpretação e definição das necessidades. A questão da competência sobre a definição das necessidades foi o item mais deficiente nas apresentações, tendo aparecido apenas em algumas falas das instituições não governamentais e das representativas da sociedade civil¹³.

Faz-se necessário citar algumas falas que representam exceções a essa análise. Merecem destaque as de juristas em que se percebe: a reflexão sobre os três aspectos levantados por Fraser, com ênfase contrária ao aspecto meramente jurídico-administrativo-terapêutico da resolução dos problemas quando da judicialização da saúde; a reflexão sobre a dicotomia individual *versus* coletivo levou à ampliação da discussão, propondo alternativas não excludentes e uma concepção ampla de acesso universal a serviços de saúde; e a necessidade de discussão ampla sobre os três nós levantados por Fraser – o que, quem e como devem ser atendidas as necessidades na área de saúde.

Também são dignas de nota as falas: de médicos e representantes dos usuários do SUS, que teceram críticas aos mecanismos estatais estabelecidos para definir regras e políticas referentes ao que será provido pelo Estado e para quem; e de representantes da sociedade civil, que trouxeram, de um lado, a preocupação com o aspecto econômico da injustiça, que permeia os argumentos de escassez e alocação racional de recursos, e, de outro, a ênfase no terceiro nó elencado por Fraser, isto é, como deve ser feita a justiça, ou seja, por processo dialógico e transparente de decisão.

Considerações finais

O sistema previdenciário descrito por Fraser, aplicado ao caso brasileiro e corroborado por diversas falas na audiência pública, torna a concretização do direito à saúde, que por sua natureza demanda agilidade, uma via de petições e instâncias múltiplas, com requisitos, procedimentos e regras próprios. Assim, gera-se muitas vezes a negativa à demanda, seja por ausência de previsão nas normas ad-

ministrativas, seja por ineficiência na prestação do serviço. Desloca-se, então, o foco para a correção, a melhoria ou a ampliação dos procedimentos jurídicos, administrativos e terapêuticos necessários, esquecendo-se da questão maior, que é a necessidade de um cidadão que precisa ser atendida. A fala sobre necessidades deve funcionar como meio entre *fazer* e *questionar* os objetivos políticos¹³.

Entretanto, frequentemente a discussão sobre necessidades assume esse termo como auto-evidente, sem que seja expresso seu grau político e controverso. Fraser defende que necessidades são interpretações de necessidades, com grau altamente subjetivo. Propõe então uma mudança de foco: de necessidade para análise de discursos sobre necessidades. Segundo ela, é preciso também o deslocamento da visão de política de necessidades, entendida como pertencente à distribuição de satisfações, para a política de interpretação de necessidades, aclarando a natureza contextual e contestável das reivindicações¹².

Para Fraser, o discurso político sobre necessidades abrange três momentos. O primeiro luta por estabelecer ou negar o *status* político de determinada necessidade, ou seja, por validar uma necessidade como questão de preocupação política legítima ou como questão apolítica. A consideração de um assunto como político não é intrínseca, e sim definida de acordo com a cultura e o contexto social, dependendo, portanto, do engajamento de movimentos sociais para seu reconhecimento. No segundo momento, há a luta pela interpretação de necessidades, pelo poder de defini-las e determinar o que pode satisfazê-las. Por fim, refere-se à luta sobre a satisfação de necessidades, buscando assegurar ou negar seu suprimento. A luta pela hegemonia da interpretação das necessidades usualmente aponta para futura atuação do Estado¹³.

A autora levanta dificuldade posterior ao reconhecimento das necessidades: quando bem-sucedidos na politização de uma necessidade, entrando no terreno social em que buscam provisão estatal, os movimentos sociais tendem a obter uma rede-

finição burocrática de sua individualidade e necessidade por meio do reposicionamento dos sujeitos, os quais se tornam casos individuais em vez de membros de grupos sociais ou participantes de movimentos políticos. Requer-se, então, nova luta de oposição à necessidade de interpretações administrativas e terapêuticas oferecidas pelos *experts*.

À guisa de conclusão, nota-se a iniciativa de convocação de audiência pública pelo STF, para assimilar informações, possibilitar o debate e trazer à discussão diversos posicionamentos e setores envolvidos na questão da saúde pública no Brasil, como passo importante na construção de uma cultura democrática, aplicada não somente aos poderes Executivo e Legislativo, representativos dos cidadãos por meio do voto, como também ao meio judicial, que muitas vezes é imbuído de uma postura tecnicista e isenta de participação política. Apesar do pouco tempo destinado a cada apresentação, o material disponibilizado é farto.

É perceptível que algumas teses se repetem, porém a riqueza da audiência consiste na possibilidade de que sejam apresentados contra-argumentos, restando nítida a necessidade de afastamento de alegações simplicistas e sem comprovação empírica. A audiência pública no STF pode representar um passo na luta sobre a interpretação de necessidades. A inclusão dos usuários dos serviços de saúde é, e ainda será, imprescindível para a legitimidade dessa luta. A definição das necessidades da sociedade é fator decisivo para as discussões, que podem ser travadas quanto a sua satisfação e à garantia de proteção pelo Estado.

Com a Constituição de 1988 e a organização do SUS, as necessidades na área da saúde alcançaram grande reconhecimento na legislação e na estrutura administrativa brasileira. O segundo momento de luta previsto por Fraser é, assim, indispensável em nosso sistema atual – a luta pela interpretação de necessidades, o poder de defini-las e determinar o que pode satisfazê-las –, levando finalmente ao terceiro momento, do discurso político sobre necessidades.

Referências

1. Brasil. Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, v. 131, nº 31, p. 1.997-2.004, 15 fev 1993. Seção 1.
2. Brasil. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Diário Oficial da União. Brasília, v. 137, nº 21, p. 1-6, 1º fev 1999 (retificado em 11 mar 1999). Seção 1.

3. Brasil. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, v. 137, nº 216, p. 1-3, 11 nov 1999. Seção 1.
4. Brasil. Lei nº 9.882/99, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Brasília, v. 137, nº 232, p. 2-3, 6 dez 1999. Seção 1.
5. Brasil. Supremo Tribunal Federal. Despacho de convocação de audiência pública. [Internet]. Brasília, 5 mar 2009. [acesso 1º jun 2013]. Disponível: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Despacho_Convocatorio.pdf
6. Sen A. Desenvolvimento como liberdade. São Paulo: Companhia das Letras; 2000.
7. Häberle P. Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris; 2002.
8. Verdú PL. La Constitución abierta y sus enemigos. Madri: Beramar; 1993.
9. Popper K. A sociedade aberta e seus inimigos. 3ª ed. São Paulo: Itatiaia; 1987. Co-edição com Edusp.
10. Zagrebelsky G. El derecho dúctil: ley, derechos, justicia. Madri: Trotta; 2003.
11. Supremo Tribunal Federal. Notas taquigráficas [Internet]. Brasília; 2009 [acesso 1º jun 2013]. Disponível: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>
12. Fraser N. Unruly practices: power, discourse, and gender in contemporary social theory. Minneapolis: University of Minnesota Press; 1989.
13. Fraser N. Talking about needs: interpretive contests as political conflicts in welfare-state societies. *Ethics*. 1989;99(2):291-313.
14. Brasil. Supremo Tribunal Federal. Notas taquigráficas. [Internet]. Brasília, 5 mar 2009 [acesso 1º jun 2013]. Disponível: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>



Recebido: 25. 4.2014
Revisado: 6. 6.2014
Aprovado: 4.11.2014

**ANEXO 3 – DECLARAÇÃO DE APROVAÇÃO PARA PUBLICAÇÃO PELA
REVISTA DE DIREITO SANITÁRIO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

DECLARAÇÃO

Declaramos para os devidos fins que o manuscrito intitulado “Revisão da bibliografia nacional sobre judicialização da saúde e contribuições da Teoria de Justiça de Norman Daniels”, de autoria de Teresa Robichez Machado, foi aceito para publicação *na Revista de Direito Sanitário*.

São Paulo, 14 de maio de 2015.



Sueli Gandolfi Dallari
Editora Científica

**ANEXO 4 – ARTIGO Revisão da bibliografia nacional sobre judicialização da
saúde e contribuições da Teoria de Justiça de Norman Daniels**

REVISÃO DA BIBLIOGRAFIA NACIONAL SOBRE JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E CONTRIBUIÇÕES DA TEORIA DE JUSTIÇA DE NORMAN DANIELS

REVIEW OF THE BRAZILIAN LITERATURE ON THE JUDICIALIZATION OF HEALTH AND CONTRIBUTIONS OF THE THEORY OF JUSTICE OF NORMAN DANIELS

RESUMO

A temática Judicialização da Saúde gera discussão em várias áreas de conhecimento, com contribuições, em especial, de juristas, médicos e gestores públicos. Pela diversidade dos atores envolvidos, a gama de temas tratados é farta. Algumas teses destacam os argumentos positivos da judicialização da saúde, outras defendem a necessidade de estabelecer critérios ou limitações à atuação judicial. Outros estudos, ainda, ressaltam preocupações com as possíveis consequências negativas desse processo. No intuito de fundamentar uma análise sobre o tema, este artigo pretende realizar uma revisão bibliográfica e adota o instrumental teórico de Norman Daniels, o qual propõe uma reflexão sobre as necessidades de saúde e o modo como podemos atendê-las, sua importância moral e sua consideração de desigualdade como injusta. Conclusivamente, verifica-se que algumas das teses defendidas no debate nacional não se sustentam perante os dados apresentados. Através do pensamento de Norman Daniels sobre a teoria da justiça voltada às questões de saúde, extrai-se do debate brasileiro que não há muitos conflitos quanto à importância moral especial do tema; porém, há um silêncio quanto ao segundo aspecto da teoria, que se refere à reflexão sobre quando uma desigualdade de saúde pode ser considerada injusta. Propõe-se conclusivamente que a teoria de Daniels acrescenta dois importantes pontos ao debate nacional. O primeiro relacionado à necessidade dos problemas de saúde dentro de uma reflexão maior sobre políticas públicas. E o segundo quanto à necessidade de que a fixação de limites para o atendimento de demandas de saúde se encaixa em uma política pública que visa melhor atender às necessidades da população, não sendo uma simples avaliação de custo benefício.

Palavras-Chave: Revisão bibliográfica; Teoria de Justiça; ; Judicialização; Saúde.

ABSTRACT

The judicialization of health generates discussion in various fields of knowledge, in particular, among lawyers, doctors and public administrators. Given the diversity of actors involved, a broad range of subjects is approached. Some of the theses highlight the positive arguments of the judicialization of health; others defend the need for criteria or limitations for judicial action. Also, some studies present concerns about the possible negative consequences of the judicialization process. In order to provide an analysis of the subject, this article uses Norman Daniels' theoretical background, which proposes a reflection on the health needs and their provision, their moral importance, and the consideration of inequality as unjust. It is concluded that some of the theses on the Brazilian debate cannot be supported in light of the data presented. Based on Norman Daniel's thoughts on the theory of justice regarding health issues, it can be inferred from this debate that the special moral importance of this topic is not the main matter of conflict; however, there is silence when it comes to the second aspect of Daniel's theory, which relates to reflecting about when a health inequality can be considered unfair. It is proposed conclusively that Daniels's theory adds two important points to the national debate. The first related to the need of health problems within a larger reflection on public policies. And the second about the need for setting limits for the health care demands fits into a public policy that aims to better meet people's needs, not being a simple evaluation of cost benefit.

Key Words: Literature review; Theory of Justice; Judicialization; Health.

INTRODUÇÃO

A judicialização da saúde tem sido objeto de amplo debate no meio acadêmico. A temática gera discussão em várias áreas de conhecimento, com contribuições, em especial, de juristas, médicos e gestores públicos. Pela diversidade dos atores envolvidos, a gama de temas tratados é farta. Algumas teses são

constantes na literatura estudada. Entre elas, destacam-se os argumentos que demonstram o aspecto positivo da judicialização da saúde, em especial a garantia de maior acesso dos indivíduos aos serviços de saúde¹. Ainda como benefício do processo de judicialização, alguns autores ressaltam a influência do Poder Judiciário na busca por melhorias e pelo saneamento de ineficiência ou falhas encontradas nas políticas públicas². Alguns autores, ainda, defendem a atuação judicial, mas enfatizam a necessidade de que sejam estabelecidos critérios ou limitações a essa intervenção³.

De outro lado, alguns estudos ressaltam preocupações com as possíveis consequências negativas da judicialização de questões relacionadas à saúde.

¹ BAHIA, Ligia; COSTA, Nilson Rosário; STRALEN, Cornelis Van. A saúde na agenda pública: convergências e lacunas nas pautas de debate e programas de trabalho das instituições governamentais e movimentos sociais. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 12, p. 1791-1818, 2007. CARDOSO, Oscar V. Questões controversas sobre a determinação judicial de fornecimento de medicamentos excepcionais pelo poder público. *Revista CEJ - Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*, v. 13, n. 45, p. 46-55, 2009. DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; SCHWARTZ, Ida Vanessa D. Consequências da judicialização das políticas de saúde: custos de medicamentos para as mucopolissacarídeos. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 28, n. 3, p. 479-489, 2012. LIMA, Viviane M. C. *Peregrinação, empoderamento e retrocessos no acesso a medicamentos por via judicial no estado do Amazonas - Brasil*. 2009. Dissertação (Mestrado) — Univali, Itajaí, 2009. MACHADO, Marina A. de A. *Acesso a medicamentos via Poder Judiciário no estado de Minas Gerais*. 2010. Dissertação (Mestrado) — UFMG, Belo Horizonte, 2010. MAZZA, Fabio Ferreira. *Os impasses entre a judicialização da saúde e o processo orçamentário sob a responsabilidade fiscal: uma análise dos fundamentos decisórios do Supremo Tribunal Federal*. 2013. Dissertação (Mestrado) — Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/6/6135/tde-21052013-162419/>>. Acesso em: 15 abr. 2014. APPIO, Eduardo. A judicialização da política em Dworkin. *Revista Sequência*, n. 47, p. 81-97, dez. 2003. ANDRADE, Eli I. G. et al. A judicialização da saúde e a Política Nacional de Assistência Farmacêutica no Brasil: gestão da clínica e medicalização da justiça. *Revista Médica de Minas Gerais*, v. 18, n. 4, supl. 4, p. S46-S50, 2008. BAPTISTA, Tatiana W. de F.; MACHADO, Cristiani V.; LIMA, Luciana D. de. Responsabilidade do Estado e direito à saúde no Brasil: um balanço da atuação dos Poderes. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 14, n. 3, p. 829-839, 2009. BORGES, Danielle da C. L.; UGÁ, Maria Alicia D. As ações individuais para o fornecimento de medicamentos no âmbito do SUS: características dos conflitos e limites para a atuação judicial. *Revista de Direito Sanitário*, v. 10, n. 1, p. 13-38, 2009. CHAVES, Gabriela C.; VIEIRA, Marcela F.; REIS, Renata. Acesso a medicamentos e propriedade intelectual no Brasil: reflexões e estratégias da sociedade civil. *Sur: Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 5, n. 8, p. 170-198, 2008. FIGUEIREDO, Tatiana; PEPE, Vera Lúcia E.; OSORIO-DE-CASTO, Claudia G. S. Um enfoque sanitário sobre a demanda judicial de medicamentos. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, v. 20, n. 1, p. 101-118, 2010. MACHADO, Marina A. de A. et al. Judicialização do acesso a medicamentos no Estado de Minas Gerais, Brasil. *Revista de Saúde Pública*, v. 45, n. 3, p. 590-598, 2011. MACHADO, Felipe R. de S.; DAIN, Sulamis. A audiência pública da saúde: questões para a judicialização e para a gestão de saúde no Brasil. *Revista de Administração Pública*, v. 46, n. 4, p. 1017-1036, 2012. PANDOLFO, Mércia; DELDUQUE, Maria Célia; AMARAL, Rita G. Aspectos jurídicos e sanitários condicionantes para o uso da via judicial no acesso aos medicamentos no Brasil. *Revista de Salud Pública*, v. 14, n. 2, p. 340-349, 2012. NOGUEIRA, Danielle C. B. *A efetivação do direito à saúde: fornecimento judicial de medicamentos*. 2011. Dissertação (Mestrado) — Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2011. VENTURA, Miriam et al. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, v. 20, n. 1, p. 77-100, 2010.

² CARLINI, Angélica L. *Judicialização da saúde pública no Brasil: causas e possibilidades*. 2011. Tese (Doutorado) — Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2011; DINIZ, Debora. op. cit. MACHADO, Marina. op. cit. NOGUEIRA, Danielle. op. cit. PEPE, Vera Lúcia E. et al. A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 15, n. 5, p. 2405-2414, 2010. SARTÓRIO, Maria José. *Política de medicamentos excepcionais no Espírito Santo: a questão da judicialização da demanda*. Dissertação (Mestrado) — UFRGS, Porto Alegre, 2004.

³ BORGES, Danielle da C. L.; UGÁ, Maria Alicia D. op. cit. BARROSO, Luis R. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, v. 31, n. 66, p. 89-114, 2007.

Entre os argumentos levantados, destacam-se: (i) limitações orçamentárias⁴; (ii) necessidade de que as decisões sejam coerentes e observem as diretrizes e políticas públicas, bem como a falta de capacitação técnica dos juízes e não observância de critérios de comprovação de eficácia e segurança dos medicamentos, critérios esses analisados no programa de dispensação de medicamentos do Ministério da Saúde⁵; (iii) acesso elitizado ao Poder Judiciário⁶; (iv) prevalência do interesse individual em detrimento do coletivo⁷ e (v) influência econômica da indústria farmacêutica na obtenção judicial de medicamentos⁸.

Ocorre que se percebe no debate nacional um vazio quanto à discussão do direito à saúde em um contexto mais amplo de justiça, sendo o enfoque muito

⁴ BARBOSA, Mariana G. O STF e a política de fornecimento de medicamentos para tratamento da AIDS/HIV. *Revista Jurídica*, v. 9, n. 88, 2007. CARLINI, Angélica L. *Judicialização da saúde pública no Brasil: causas e possibilidades*. 2011. Tese (Doutorado) — Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2011; MAZZA, Fabio. op. cit. SARTÓRIO, Maria José. op. cit. FERRAZ, Octávio L. M.; VIEIRA, Fabiola S. Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante. *Dados - Revista de Ciências Sociais*, v. 52, n. 1, p. 223-251, 2009. TANAKA, Oswaldo Y. A judicialização da prescrição medicamentosa no SUS ou o desafio de garantir o direito constitucional de acesso à assistência farmacêutica. *Revista de Direito Sanitário*, v. 9, n. 1, p. 137-143, 2008.

⁵ BORGES, Danielle da C. L.; UGÁ, Maria Alicia D. op. cit. CARDOSO, Oscar. op. cit. Leite, Silvana N. et al. Ações judiciais e demandas administrativas na garantia do direito de acesso a medicamentos em Florianópolis-SC. *Revista de Direito Sanitário*, v. 10, n. 2, p. 13-28, 2009. MACHADO, Marina. op. cit. MACHADO, Marina et al. op. cit.; FIGUEIREDO, Tatiana; PEPE, Vera Lúcia E.; OSORIO-DE-CASTRO, Cláudia G. S. op. cit. LOPES, Luciane C. et al. Uso racional de medicamentos antineoplásicos e ações judiciais no Estado de São Paulo. *Revista de Saúde Pública*, v. 44, n. 4, p. 620-628, 2010. MACEDO, Eloisa I. de; LOPES, Luciane C.; BARBERATO-FILHO, Silvio. Análise técnica para a tomada de decisão do fornecimento de medicamentos pela via judicial. *Revista de Saúde Pública*, v. 45, n. 4, p. 706-713, 2011. PEPE, Vera Lúcia E. et al. Caracterização de demandas judiciais de fornecimento de medicamentos “essenciais” no Estado do Rio de Janeiro, Brasil. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 26, n. 3, p. 461-471, 2010b. SANT’ANA, João Mauricio B. et al. Racionalidade terapêutica: elementos médico-sanitários nas demandas judiciais de medicamentos. *Revista de Saúde Pública*, v. 45, n. 4, p. 714-721, 2011. VENTURA, Miriam et al. op. cit. TANAKA, Oswaldo Y. op. cit.

⁶ CHIEFFI, Ana Luiza; BARATA, Rita B. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 25, n. 8, p. 1839-1849, 2009. LIMA, Viviane. op. cit. MACHADO, Marina. op. cit. MACHADO, Marina et al. op. cit. FERRAZ, Octávio L. M.; VIEIRA, Fabiola S. op. cit.

⁷ CHIEFFI, Ana Luiza; BARATA, Rita B. op. cit. MAZZA, Fabio. op. cit. SARTÓRIO, Maria José. op. cit. ANDRADE, Eli. op. cit. BAPTISTA, Tatiana; MACHADO, Cristiano; LIMA, Luciana. op. cit. BORGES, Danielle; UGÁ, Maria Alicia. op. cit. MACHADO, Felipe; DAIN, Sulamis. op. cit. TANAKA, Oswaldo. op. cit.

⁸ HAYDEN, Cori. Sem patente não há genérico: acesso farmacêutico e políticas de cópia. *Sociologias*, n. 19, p. 62-91, 2008. JANNUZZI, Anna H. L.; VASCONCELLOS, Alexandre G.; SOUZA, Cristina G. de. Especificidades do patenteamento no setor farmacêutico: modalidades e aspectos da proteção intelectual. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 24, n. 6, p. 1205-1218, 2008. MEINERS, Constance M. M. de A. Patentes farmacêuticas e saúde pública: desafios à política brasileira de acesso ao tratamento anti-retroviral. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 24, n. 7, p. 1467-1478, 2008. STAMFORD, Artur; CAVALCANTI, Maísa. Decisões judiciais sobre acesso aos medicamentos em Pernambuco. *Revista de Saúde Pública*, v. 46, n. 5, p. 791-799, 2012. COSTA-COUTO, Maria Helena; NASCIMENTO, Álvaro C. Assimetria nas relações internacionais, propriedade industrial e medicamentos anti-aids. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 13, n. 6, p. 1869-1877, 2008. CHAVES, Gabriela; VIEIRA, Marcela; REIS, Renata. op. cit. CHAVES, Gabriela. C. et al. A evolução do sistema internacional de propriedade intelectual: proteção patentária para o setor farmacêutico e acesso a medicamentos. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 23, n. 2, p. 257-267, 2007. CAMPOS NETO, Orozimbo H. et al. Médicos, advogados e indústria farmacêutica na judicialização da saúde em Minas Gerais, Brasil. *Revista de Saúde Pública*, v. 46, n. 5, p. 784-790, 2012. CHIEFFI, Ana Luiza; BARATA, Rita B. Ações judiciais: estratégia da indústria farmacêutica para introdução de novos medicamentos. *Revista de Saúde Pública*, v. 44, n. 3, p. 421-429, 2010. SOARES, Jussara C. R. de S.; DEPRÁ, Aline S. Ligações perigosas: indústria farmacêutica, associações de pacientes e as batalhas judiciais por acesso a medicamentos. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, v. 22, n. 1, p. 311-329, 2012.

direcionado à questões pontuais sobre alocação de recursos e a obrigatoriedade ou não do Estado arcar com os custos de um determinado produto ou serviço de cuidado de saúde. Neste texto, objetiva-se analisar as teses dominantes, em especial as que apresentam embasamento empírico, no intuito de verificar a coerência entre os dados obtidos e a formulação teórica proposta. Será utilizado para tal análise o fundamento teórico de Norman Daniels, o qual propõe uma reflexão sobre três aspectos em relação às necessidades de saúde: (i) se a saúde possui uma importância moral especial; (ii) quando uma desigualdade de saúde pode ser considerada injusta; e (iii) como podemos atender às necessidades de saúde se não conseguimos atender a todas as necessidades.

I. METODOLOGIA

No tocante ao levantamento bibliográfico nacional, serão analisados artigos de periódicos científicos, teses e dissertações em bases de dados, utilizando como palavras-chave: judicialização, direito à saúde, serviço público de saúde, orçamento público e alocação de recursos. O levantamento foi realizado nos bancos de dados da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), da Biblioteca Digital de Teses e Dissertações (BDTDe do Proquest e do Scientific Electronic Library Online (SciELO). Foram obtidos 168 artigos e 12 teses ou dissertações que tratam do tema saúde e/ou judicialização. Diretamente relacionados ao tema judicialização, foram encontrados 53 documentos nacionais.

Dentre eles, 35 documentos apresentam dados empíricos obtidos em bancos de dados de tribunais ou de órgãos da administração pública responsável pela demanda judicial de saúde⁹; 5 artigos cujo objeto de análise foi a revisão da

⁹ BAPTISTA, Tatiana; MACHADO, Cristiani. op. cit. BARBOSA, Mariana. op. cit. BORGES, Danielle. op. cit. BORGES, Danielle da C. L.; UGÁ, Maria Alicia Dominguez. Conflitos e impasses da judicialização na obtenção de medicamentos: as decisões de 1ª instância nas ações individuais contra o Estado do Rio de Janeiro, Brasil, em 2005. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 26, n. 1, p. 59-69, 2010. CAMPOS NETO, Orozimbo H. et al. Médicos, advogados e indústria farmacêutica na judicialização da saúde em Minas Gerais, Brasil. *Revista de Saúde Pública*, v. 46, n. 5, p. 784-790, 2012. CARDOSO, Oscar. op. cit. CARLINI, Angélica L. *Judicialização da saúde pública no Brasil: causas e possibilidades*. 2011. Tese (Doutorado) — Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2011. CHAVES, Gabriela; VIEIRA, Marcela; REIS, Renata. op. cit. CHIEFFI, Ana Luiza; BARATA, Rita. op. cit. 2009. CHIEFFI, Ana Luiza; BARATA, Rita. op. cit. 2010. DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; SCHWARTZ, Ida. op. cit. ENGELMANN, Fabiano; CUNHA FILHO, Marcio C. Ações judiciais, conteúdos políticos: uma proposta de análise para o caso brasileiro. *Revista de Sociologia e Política*, v. 21, n. 45, p. 57-72, 2013. FERRAZ, Octávio; VIEIRA, Fabioli. op. cit. GUERRA JR, Augusto A. et al. Disponibilidade de medicamentos essenciais em duas regiões de Minas Gerais, Brasil. *Revista Panamericana de Salud Pública*, v. 15, n. 3, p. 168-175, 2004. LEITE, Silvana et al. op. cit. LEITE, Silvana N.; MAFRA, Ana Cristina. Que direito? Trajetórias e percepções dos usuários no processo de acesso a medicamentos por mandados judiciais em Santa Catarina. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 15, p. 1665-1672, 2010; LIMA, Viviane. op. cit. LOPES, Luciane. op. cit. MACEDO, Eloisa; LOPES, Luciane; BARBERATO-FILHO, Silvio.

literatura¹⁰; 6 textos fundamentados em análise de documentos normativos, legislativos ou esparsas decisões judiciais¹¹; 3 que se utilizaram de dados secundários de outros textos ou pesquisas¹² e 4 eminentemente teóricos¹³.

II. INSTRUMENTAL TEÓRICO DE NORMAN DANIELS

Para Norman Daniels a razão do desenvolvimento de teorias éticas gerais, incluindo teorias da justiça, é fornecer um quadro para definir disputas importantes sobre crenças morais. Para o autor uma teoria da justiça relacionada ao direito à saúde deve tratar das responsabilidades individuais e sociais no tocante à proteção e promoção da saúde, devendo abranger tanto a fundamentação teórica como responder às questões reais. Ademais, entende que a discussão sobre o tema não deve ficar restrita aos aspectos alocativos de recursos e de serviços de saúde, devendo abranger as grandes determinantes da saúde da população incluindo renda e riqueza, educação, participação política, distribuição de direitos e poderes, e oportunidade. O fato de que a saúde

op. cit. MACHADO, Marina. op. cit. MACHADO, Marina et al. op. cit. MARQUES, Silvia Badim; Dallari, Sueli G. Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. *Revista de Saúde Pública*, v. 41, n. 1, p. 101-107, 2007. MAZZA, Fabio. op. cit. MESSEDER, Ana Márcia; OSORIO-DE-CASTRO, Claudia G. S.; LUIZA, Vera L. Mandados judiciais como ferramenta para garantia do acesso a medicamentos no setor público: a experiência do Estado do Rio de Janeiro, Brasil. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 21, n. 2, p. 525-534, 2005. NOGUEIRA, Danielle. op. cit. PEPE, Vera Lúcia, op. cit. 2010a. PEPE, Vera Lúcia op. cit. 2010b. SANT'ANNA, João Mauricio B. *Essencialidade e assistência farmacêutica: um estudo exploratório das demandas judiciais individuais para acesso a medicamentos no Estado do Rio de Janeiro, Fiocruz*. 2009. Dissertação (Mestrado) — Fiocruz, Rio de Janeiro, 2009. SANT'ANNA, João Mauricio. op. cit. SARTÓRIO, Maria José. op. cit. STAMFORD, Artur; CAVALCANTI, Maísa. op. cit. VENTURA, Miriam et al. op. cit. VIEIRA, Fabiola S.; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. *Revista de Saúde Pública*, v. 41, p. 214-222, 2007. VIANNA, Luiz J. Werneck; BURGOS, Marcelo; SALLES, Paula. Dezesete anos de judicialização da política. *Cadernos CEDES*, 2006.

¹⁰ ACURCIO, Francisco de Assis; GUIMARÃES, Mark Drew Crosland. Acessibilidade de indivíduos infectados pelo HIV aos serviços de saúde: uma revisão de literatura. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 12, n. 2, jun. 1996. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X1996000200012&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 fev. 2014. ANDRADE, Eli et al. op. cit. CAMPOS, Célia Maria Sivalli; BATAIERO, Marcel Oliveira. Necessidades de saúde: uma análise da produção científica brasileira de 1990 a 2004. *Interface – Comunicação, Saúde, Educação*, v. 11, n. 23, p. 605-618, set./dez. 2007; MACHADO, Felipe; DAIN, Sulamis. op. cit. PANDOLFO, Mércia; DELDUQUE, Maria Célia; AMARAL, Rita. op. cit.

¹¹ BAHIA, Ligia; COSTA, Nilson; STRALEN, Cornelis Van. op. cit. CHAVES, Gabriela et al. op. cit. DALLARI, Dallari, Sueli G. Controle judicial da política de assistência farmacêutica: direito, ciência e técnica. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, v. 20, n. 1, p. 57-75, 2010. MEINERS, Constance. op. cit. TANAKA, Oswaldo. op. cit. VIEIRA, Fabiola S. Ações judiciais e direito à saúde: reflexão sobre a observância aos princípios do SUS. *Revista de Saúde Pública*, v. 42, p. 365-369, 2008.

¹² ASENSI, Felipe D. Judicialização ou juridicização? As instituições jurídicas e suas estratégias na saúde. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, v. 20, n. 1, p. 33-55, 2010. FIGUEIREDO, Tatiana; PEPE, Vera Lúcia; OSORIO-DE-CASTRO, Claudia. op. cit. JANNUZZI, Anna; VASCONCELLOS, Alexandre; SOUZA, Cristina. op. cit.

¹³ APPIO, Eduardo. op. cit. BARROSO, Luís. op. cit. COSTA-COUTO, Maria Helena; NASCIMENTO, Álvaro. op. cit. HAYDEN, Cori. op. cit.

não é simplesmente o produto de cuidados de saúde significa que não podemos facilmente isolar a saúde de justiça social mais ampla¹⁴.

Daniels considera que para tratar de questões fundamentais sobre a política social e a justiça distributiva é imprescindível o entendimento das correlações entre os resultados de saúde e as desigualdades sociais. A desigualdade de renda em seu entendimento afeta a saúde e corrói a coesão social, aumentando a desconfiança social e reduzindo a participação em organizações cívicas. Já a falta de coesão social acarreta uma diminuição na participação social na política, minando a capacidade de resposta das instituições do governo para atender às necessidades sociais, especialmente dos grupos menos favorecidos. Rebate então a invocação da saúde como um direito individual ou humano, pois considera que este raciocínio não ajuda na eliminação das divergências e incertezas sobre o alcance desse direito e não conta com uma justificação adequada para sua reivindicação como direito. Propõe, ao contrário, incluir o direito à saúde no âmbito de uma teoria geral aceitável de justiça¹⁵.

Em sua teorização o autor coloca três questões centrais: (i) se a saúde possui uma importância moral especial, o que levará à reflexão sobre como as necessidades de saúde estão relacionadas com outros objetivos de justiça caracterizando a base da obrigação social de proteger a saúde. Conclui, em síntese, que a saúde é de especial importância moral, porque ela contribui para o leque de oportunidades dos indivíduos; (ii) quando uma desigualdade de saúde pode ser considerada injusta, levando à compreensão dos fatores e das políticas sociais que contribuem para as desigualdades na saúde individual e da população permitindo uma concepção melhor dos fatores que afetam à saúde da população e sua distribuição, obrigando à discussão e proposição de mudanças nas políticas sociais. Defende que as desigualdades na saúde são injustas quando resultam de uma distribuição injusta dos fatores socialmente controláveis que afetam a saúde da população, o que inclui sua tese de não devemos admitir que os infortúnios naturais gerem injustiças; e (iii) como podemos atender às necessidades de saúde se não conseguimos atender a todas as necessidades, para tanto devemos determinar a origem dos nossos acordos e desacordos sobre a definição de prioridades. Se soubermos como

¹⁴ DANIELS, Norman. *Just health: meeting health needs fairly*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

¹⁵ Id. *Ibid.*

estabelecer prioridades justas e legítimas então poderemos orientar nossas ações em direção a estes resultados acordados. Necessidades e preferências não são equivalentes. Uma objeção ao falar de necessidades é a alegação de que não temos o tipo de acordo que nos permitam convergir para esse quadro e desenvolver uma lista de necessidades¹⁶.

Ocorre que Daniels ressalta que mesmo pessoas razoáveis podem discordar sobre o peso de cada uma das necessidades listadas e sobre a forma de gerir os recursos escassos. Parte-se então para a busca de um procedimento justo de decisão para a alocação de recursos quando não há consenso sobre as disputas. Algumas condições específicas são imprescindíveis, como por exemplo: publicidade de justificativas, possibilidade de revisão das mesmas em razão de novos argumentos, responsabilização dos decisores pela razoabilidade de suas decisões e a garantia de que esses requisitos são uniformemente aplicados¹⁷.

Em sua noção de igualdade democrática, influenciada por Rawls, Daniels entende que as desigualdades são permitidas se acarretarem um ganho para os que estão em pior situação em comparação com arranjos alternativos. A controvérsia moral que envolve a criação de vencedores e perdedores nas decisões de alocação de recursos resulta em um problema de legitimidade na medida em que demanda a resposta sobre em que condições os tomadores de decisão têm a autoridade moral para definir os limites que suas decisões impõem. E a pergunta não envolve apenas os atores da decisão, mas também a forma como as decisões são tomadas, sobre a necessidade de justificação e publicidade das mesmas. Ao final, Daniels pondera que apenas é razoável uma autoridade como legítima se cumpre um procedimento ou processo previamente determinado e debatido. Se não temos um consenso sobre princípios capazes de resolver disputas sobre a alocação de recursos para a saúde e os cuidados de saúde, então temos de encontrar um processo justo cujos resultados sejam aceitos como justo ou razoável¹⁸.

¹⁶ Id. Ibid.

¹⁷ Id. Ibid.

¹⁸ Id. Ibid.

III. REVISÃO DA BIBLIOGRAFIA NACIONAL SOBRE JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

No Brasil a judicialização da saúde tem sido objeto de debate não só no que se refere às alternativas de processos de tomada de decisão sobre a alocação orçamentária, especialmente no que se refere à insuficiência dos recursos atualmente alocados, como também sobre a desorganização do Estado na definição e implementação das políticas relacionadas ao tema¹⁹.

No âmbito dos estudos empíricos os argumentos de ineficiência/ desorganização do Estado restam muito claros, como depreendemos de diversos textos, dentre eles:

¹⁹ BERSUSA, Ana Aparecida Sanches et al . Acesso a serviços de saúde na Baixada Santista de pessoas portadoras de hipertensão arterial e ou diabetes. **Rev. bras. epidemiol.**, São Paulo , v. 13, n. 3, set. 2010 . Disponível em <http://www.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-790X2010000300014&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 07 nov. 2014. <http://dx.doi.org/10.1590/S1415-790X2010000300014>; BERNARDES, L. C. G. and T. C. C. F. d. Araújo (2012). "Deficiência, políticas públicas e bioética: percepção de gestores públicos e conselheiros de direitos." **Ciência & Saúde Coletiva** 17: 2435-2445; BEVILACQUA, Gabriela; FARIAS, Mareni Rocha; BLATT, Carine Raquel. Aquisição de medicamentos genéricos em município de médio porte. **Rev. Saúde Pública**, São Paulo , v. 45, n. 3, June 2011 . Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102011000300017&lng=en&nrm=iso>. access on 07 Nov. 2014. Epub Apr 15, 2011. <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-89102011005000020>; BOING, Alexandra Crispim et al . Desigualdade socioeconômica nos gastos catastróficos em saúde no Brasil. **Rev. Saúde Pública**, São Paulo , v. 48, n. 4, Aug. 2014 . Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102014000400632&lng=en&nrm=iso>. access on 07 Nov. 2014. <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-8910.2014048005111>; BUSS, Paulo Marchiori; CARVALHO, Antonio Ivo de. Desenvolvimento da promoção da saúde no Brasil nos últimos vinte anos (1988-2008). **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro , v. 14, n. 6, Dec. 2009 . Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232009000600039&lng=en&nrm=iso>. access on 07 Nov. 2014. <http://dx.doi.org/10.1590/S1413-81232009000600039>; FERRAES, A. M. B. and L. Cordoni Junior (2007). "Consórcio de medicamentos no Paraná: análise de cobertura e custos." **Revista de Administração Pública** 41: 475-486; GRANGEIRO, A., et al. (2006). "Sustentabilidade da política de acesso a medicamentos anti-retrovirais no Brasil." **Revista de Saúde Pública** 40: 60-69; GUERRA JR, Augusto et al. op. cit. LAGO, R. F. d. and N. d. R. Costa (2010). "Dilemas da política de distribuição de medicamentos antirretrovirais no Brasil." **Ciência & Saúde Coletiva** 15: 3529-3540; LEITE, Silvana. op. cit. ; LOYOLA, M. A. (2008). "Medicamentos e saúde pública em tempos de AIDS: metamorfoses de uma política dependente." **Ciência & Saúde Coletiva** 13: 763-778.; Marques, R. M. and Á. Mendes (2003). "Atenção Básica e Programa de Saúde da Família (PSF): novos rumos para a política de saúde e seu financiamento?" **Ciência & Saúde Coletiva** 8: 403-415; VENTURA, Miriam et al. op. cit.; Vilasbôas, A. L. Q. and J. S. Paim (2008). "Práticas de planejamento e implementação de políticas no âmbito municipal." **Cadernos de Saúde Pública** 24: 1239-1250.

- (i) Guerra destaca como resultados de seu estudo a disparidade entre a baixa *disponibilidade de medicamentos essenciais nos setores públicos (almoxarifados municipais - 52,0%; unidades públicas de saúde - 46,9%; unidades ambulatoriais filantrópicas - 41,0% e unidades ambulatoriais privadas - 38,1%) e a alta disponibilidade desses medicamentos nas farmácias privadas que alcançou 81,2%*²⁰;
- (ii) Diniz defende que os desafios quanto ao processo de aquisição e disponibilização de medicamentos podem se caracterizar como falhas da política ou mesmo entraves à compreensão da política para sua operacionalização nas diferentes esferas do poder público levando o cidadão à busca de outras instâncias. Neste sentido, a judicialização se enquadra dentro do contexto da ausência de uma política clara do sistema de saúde²¹;
- (iii) Vieira obtém como conclusão que a maioria das demandas por medicamentos poderia ser evitada caso as diretrizes do SUS fossem cumpridas²². Também neste sentido enquadram-se os artigos de Marques e Lopes²³;
- (iv) Machado verificou que as evidências encontradas indicam que há casos onde houve falhas no sistema público de saúde, pois algumas demandas referiam-se a medicamentos constantes da lista do SUS que, por tal razão, deveriam estar disponíveis à população. Porém, considera que a solicitação judicial por medicamentos sem comprovação de eficácia e não padronizados pelo SUS constitui uma ratificação do uso irracional de recursos públicos e uma afronta às premissas da Política Nacional de Medicamentos²⁴;
- (v) Machado afirma que os resultados obtidos em seu estudo indicam que aproximadamente 5% dos medicamentos pleiteados não eram registrados na Agência, 19,6% estavam presentes na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais, 24,3% compunham o

²⁰ GUERRA JR, Augusto et al. op. cit.

²¹ DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; SCHWARTZ, Ida Vanessa. op. cit.

²² VIEIRA, Fabiola; ZUCCHI, Paola. op. cit.

²³ MARQUES, Silvia; DALLARI, Sueli. op. cit. LOPES, Luciane. op. cit.

²⁴ MACHADO, Marina et al. op. cit.

Programa de Medicamentos de Alto Custo e 53,9% apresentavam evidência consistente de eficácia. Dentre os medicamentos não disponíveis no sistema público, 79,0% apresentavam alternativa terapêutica nos programas de assistência farmacêutica. São propostas as seguintes conclusões: (i) falhas do sistema público de saúde, uma vez que há solicitações de medicamentos constantes de suas listas²⁵;

- (vi) Pepe sugere que, além de problemas relacionados à aquisição, distribuição e dispensação de itens listados, os não selecionados em listas oficiais foram também grande motivação da demanda²⁶; e
- (vii) Macedo aponta que dos medicamentos solicitados, 14,3% deveriam estar disponíveis na atenção básica do Sistema Único de Saúde, 19,5% no componente de medicamentos de dispensação excepcional e 66,2% não pertenciam a nenhuma lista oficial. Conclui no sentido de que a via judicial tem sido utilizada para garantir tanto o acesso a medicamentos cujo fornecimento está previsto no SUS, como a medicamentos não incorporados por ele e reforça a necessidade de análise técnica para a tomada de decisão do fornecimento de medicamentos ainda que pela via judicial²⁷.

Um segundo ponto de destaque nos dados obtidos nas pesquisas refere-se à falta de entendimento entre os poderes, em especial, a não consideração das normas emitidas pelos legisladores e pelos gestores públicos nas decisões judiciais amplamente concessivas de medidas não previstas nas políticas públicas voltadas à saúde. Neste sentido:

- (i) Machado considera que a solicitação judicial por medicamentos sem comprovação de eficácia e não padronizados pelo SUS constitui uma ratificação do uso irracional de recursos públicos e uma afronta às premissas da Política Nacional de Medicamentos²⁸;
- (ii) Baptista conclui pela desarticulação entre os poderes e diversas deficiências legislativas e da administração pública na elaboração e

²⁵ MACHADO, Marina et al. op. cit.

²⁶ PEPE, Vera Lúcia et al. op. cit. 2010a

²⁷ MACEDO, Eloisa; LOPES, Luciane; BARBERATO-FILHO, Silvio. op. cit.

²⁸ MACHADO, Marina et al. op. cit.

execução das políticas voltadas à área da saúde, acarretando a ampliação do papel do poder judiciário não só no atendimento pontual da demanda, mas também na responsabilização do Estado em desenvolver procedimentos de atendimento pela rede pública de saúde adequados, com destaque para a incorporação, compra e dispensação de medicamentos²⁹;

- (iii) Barbosa destaca a desarticulação entre as decisões judiciais emitidas pelo Supremo Tribunal Federal sobre a dispensação de medicamentos para o tratamento da AIDS e as políticas públicas de saúde elaboradas pelo governo federal através do poder executivo e legislativo. Conclui seu texto com a afirmação de que as decisões judiciais, especialmente as do STF, devem considerar em seus fundamentos a limitação orçamentária e a organização das políticas públicas, sob pena de levar à incapacidade gerencial dos órgãos públicos e, conseqüentemente, à ineficácia dos programas governamentais³⁰;
- (iv) Borges defende que as decisões judiciais concedem os pedidos formulados sobre fornecimento de medicamentos sem que se pondere a padronização de medicamentos adotada pelo Ministério da Saúde, considerando então a intervenção judicial como excessiva³¹;
- (v) Leite afirma que o fornecimento de medicamentos por compra direta não está adequadamente inserido na gestão da assistência farmacêutica municipal, desrespeitando a Política Nacional de Medicamentos. O fornecimento de medicamentos não vinculado a uma organização da assistência farmacêutica municipal, não só pela judicialização, mas também por atendimentos de demandas individuais pela assistência social (inclusive “terceirizado” por uma organização social) compromete a consolidação de propostas como a referida acima³²;
- (vi) *Messeder sugere demora no julgamento das ações, sendo a maioria conduzida pela defensoria pública para usuários do SUS. Notou-se a oficialização de práticas prescritivas, com a inclusão de medicamentos*

²⁹ BAPTISTA, Tatiana; MACHADO, Cristiani; LIMA, Luciana. op. cit.

³⁰ BARBOSA, Mariana. op. cit.

³¹ BORGES, Danielle; UGÁ, Maria Alicia. op. cit. 2010.

³² LEITE, Silvana et al. op. cit.

*freqüentemente solicitados nas listas de financiamento público, dificultando adesão ao uso racional de medicamentos. Medicamentos da competência de fornecimento dos municípios são solicitados ao Estado, que, por sua vez, falha no repasse. A aparente falta de esclarecimento dos autores e condutores das ações gera desgaste na relação executivo-judiciário e desvio dos recursos para ações coletivas de assistência farmacêutica*³³;

- (vii) Borges propõe que o judiciário busque critérios para racionalizar e uniformizar sua atuação de forma a superar os obstáculos através da aproximação do judiciário e os órgãos do poder executivo e da verificação da padronização dos medicamentos pleiteados pelo MS e se o médico prescritor e o receituário são do SUS. Ademais, entende que os conflitos não devem se tornar uma busca individualizada pela efetivação de políticas públicas como vem ocorrendo no caso do fornecimento dos medicamentos³⁴;
- (viii) Vieira levanta que os serviços do Sistema Único de Saúde originaram 59% das prescrições (26% municipais e 33% os demais). Câncer e diabetes foram as doenças mais referidas (59%). Faziam parte de listas de serviços 62% dos medicamentos solicitados itens solicitados. O gasto total foi de R\$876 mil, efetuado somente para itens não selecionados (que não fazem parte da Relação Municipal de Medicamentos Essenciais), 73% dos quais poderiam ser substituídos. Do gasto total, 75% foram destinados à aquisição de antineoplásicos, cuja comprovação de eficácia necessita de mais ensaios clínicos. Ao final, defende que a maioria das demandas por medicamentos geradas por ações judiciais poderia ser evitada se fossem consideradas as diretrizes do SUS, a organização do atendimento em oncologia e a observância das relações de medicamentos essenciais. A falta dessa observância compromete a Política Nacional de Medicamentos, a equidade no acesso e o uso racional de medicamentos no Sistema Único de Saúde³⁵.

³³ MESSENDER, Ana Márcia; OSORIO-DE-CASTRO, Claudia; LUIZA, Vera. op. cit.

³⁴ BORGES, Danielle; UGÁ, Maria Alicia. op. cit. 2009.

³⁵ VIEIRA, Fabiola; ZUCCHI, Paola. op. cit.

Outro ponto frequentemente abordado quanto do tema judicialização da saúde refere-se aos limites orçamentários para o atendimento de toda e qualquer demanda, sendo citada em diversas oportunidades a expressão escassez de recursos. Dentro deste contexto, destaca-se:

- (i) Barbosa considera que é fundamental que, ao decidir pela realização dos direitos sociais, o STF sopesse a limitação orçamentária e as políticas públicas, sob pena de ocasionar a incapacidade gerencial das instituições públicas e a ineficácia dos programas de ação governamental, retrocedendo na proteção e efetivação dos direitos assegurados na Constituição Federal. Mas suas próprias evidências já demonstram que 58,3% das decisões analisadas consideraram algum critério econômico, contra 41,7% que não abordaram o aspecto financeiro da concessão de medicamentos³⁶;
- (ii) Ferraz traz em seu artigo as noções de complexidade técnica das demandas na área de saúde e de escassez de recursos, a qual demandará a identificação de prioridades e a implementação de escolhas por parte dos gestores públicos. Considera por fim que a judicialização acarreta uma inversão dos objetivos primordiais do SUS, pois entende que o acesso efetivo ao Judiciário no Brasil é facilitado às pessoas de condições socioeconômicas mais avantajadas³⁷;
- (iii) Mazza considera que o STF geralmente não leva em consideração as regras e o planejamento orçamentários quando das suas decisões no campo de saúde. É necessário haver um equilíbrio e proporcionalidade nas decisões do Poder Judiciário que envolvam o direito à saúde, pois a saúde e o orçamento convivem lado a lado³⁸;
- (iv) Vieira argumenta que a escassez de recursos requer a formulação de políticas para alocação compatível com os princípios de universalidade, integralidade, igualdade e equidade do SUS e que

³⁶ BARBOSA, Mariana. op. cit.

³⁷ FERRAZ, Octávio; VIEIRA, Fabiola. op. cit.

³⁸ MAZZA, Fabio. op. cit.

é necessária a discussão sobre o impacto das ações judiciais de medicamentos não ofertados pelo sistema e o comportamento do judiciário brasileiro em relação a elas³⁹.

Utilizando a consideração orçamentária, mas em sentido contrário aos demais Cardoso cita algumas decisões do STF, dentre elas, que a mera alegação de insuficiência orçamentária, sem a devida e indiscutível comprovação, não pode ser aceita com esse intuito (AgRg-RE 271286/RS; ADPF n. 45). Conclusivamente, destaca que: (i) a omissão reiterada do legislativo brasileiro na concretização dos direitos fundamentais; (ii) a igual inércia do Executivo, e suas questionáveis “escolhas trágicas”, tais como a aquisição de 15 milhões de embalagens sachê de gel lubrificante (no valor aproximado de R\$ 40 milhões) e mais de um bilhão de preservativos, às vésperas do carnaval, em detrimento do fornecimento de outros medicamentos ou tratamentos; c) a substituição, pelo Judiciário, de uma função que seria do Executivo; (iii) a legitimidade – ou não – do processo judicial como uma forma democrática de se decidir sobre a concessão de um remédio ou de um tratamento médico a determinada pessoa; (iv) a limitação orçamentária para implementar as políticas públicas, sendo essa a medida para a efetivação dos direitos, importando na necessidade das “escolhas trágicas”, levando ao argumento da reserva do possível como razoável para afastar o fornecimento de medicamento pelo Executivo; (vi) o dever da família, sociedade e Estado na garantia da saúde⁴⁰.

Outro fator que é utilizado como argumento, em muito relacionado com a questão financeira das demandas, refere-se ao binômio Coletivo / individual. Para alguns autores o atendimento das demandas individuais prejudicaria a alocação dos mesmos recursos em atendimento às políticas públicas voltadas à coletividade. São exemplos:

- (i) Andrade afirma que em uma primeira análise superficial, pode-se inferir que a via judicial tem propiciado o exercício dos princípios constitucionais da universalidade, integralidade e equidade na

³⁹ VIEIRA, Fabiola. op. cit.

⁴⁰ CARDOSO, Oscar. op. cit.

assistência saúde. Porém, quando se analisa de forma mais ampla, percebe-se um a lógica adversa: se, por um lado, as decisões judiciais visam a garantir o atendimento ao direito e necessidades do cidadão, por outro, remetem ao gestor a responsabilidade de decisões administrativas que muitas vezes contradizem os princípios constitucionais da equidade e acesso igualitário na assistência à saúde de qualidade⁴¹;

- (ii) Tanaka conclui que o desafio do SUS está entre garantir o fundamental para toda a população brasileira e o direito individual à saúde de alguns poucos indivíduos que conseguem por meio de uma decisão judicial a dispensação de medicamentos cujos custo e efetividade não são plenamente conhecidos e validados como acontece na disponibilização pelo SUS⁴²; e
- (iii) Marques observou que em 96,4% dos casos analisados houve a condenação do Estado a fornecer o medicamento nos exatos moldes do pedido do autor, inclusive quando o medicamento não possuía registro na ANVISA (9,6% dos casos analisados), 100% dos processos eram individuais, em 77,4% a requisição é específica em relação ao laboratório farmacêutico e em 93,5% dos casos, os medicamentos são concedidos judicialmente ao autor em caráter de urgência, por meio de medida liminar. No entender do autor a judicialização prejudica a tomada de decisões coletivas pelo sistema político, pois as decisões judiciais não tomam conhecimento dos elementos constantes na política pública de medicamentos, editada conforme o direito para dar concretude ao direito social à assistência farmacêutica⁴³.

A última tese a ser destacada é a de que a judicialização é um movimento das elites econômicas brasileiras, pois os que tem acesso ao Poder Judiciário são os cidadãos com poder aquisitivo e com formação educacional, e por vezes, aparece a menção ao financiamento dessas demandas por parte de empresas de medicamentos.

⁴¹ ANDRADE, Eli et al. op. cit.

⁴² TANAKA, Oswaldo. op. cit.

⁴³ MARQUES, Silvia; DALLARI, Sueli. op. cit.

- (i) Chieffi obtem como resultados que com relação local de prescrição: 48% dos pacientes possuíam receitas médicas de estabelecimentos da rede do SUS; 47%, do sistema complementar; e em 4% dos atendimentos não foi possível classificar a origem da receita. A maioria das ações analisadas foi ajuizada por advogados particulares, sendo que a justiça gratuita contribuiu tão-somente com $\frac{1}{4}$ das ações. O fato de essas ações geralmente serem ajuizadas por advogados particulares, segundo o autor, demonstra que os pacientes arcaram com os custos dessa representação e em princípio poderiam adquirir os medicamentos solicitados. Comparando a frequência acumulada, verificou seu estudo que: aproximadamente 74% dos pacientes residem em áreas pertencentes aos estratos 1, 2 e 3; já na população em geral esta porcentagem é de 53%. Considerando apenas os estratos 1 e 2, os mais bem aquinhoados da população, a diferença entre a parcela atendida pelas ações judiciais é o dobro de sua distribuição na população geral. Como conclusão, defende que a parcela da população atendida por demandas judiciais tem em média melhores condições socioeconômicas, residindo em áreas com baixa ou sem nenhuma vulnerabilidade social⁴⁴;
- (ii) O mesmo autor em um segundo artigo, traz como evidência que os medicamentos solicitados nas demandas judiciais analisadas foram prescritos por 878 médicos diferentes e que 35% das ações foram apresentadas por 1% dos advogados. Os pacientes orientados pelos próprios médicos ou por associações de portadores da patologia, frequentemente subsidiadas pelas indústrias farmacêuticas, procuram a via judicial para obter a garantia de acesso. O processo se repete ampliando progressivamente o número de demandantes. A observação de que mais de 70% das ações ajuizadas para certos medicamentos são de responsabilidade de um advogado leva à conclusão de que se pode sugerir uma relação estreita entre o advogado e o fabricante do medicamento⁴⁵;

⁴⁴ CHIEFFI, Ana Luiza; BARATA, Rita. op. cit. 2009.

⁴⁵ CHIEFFI, Ana Luiza; BARATA, Rita. op. cit. 2010.

- (iii) Machado afirma que cerca de 70% dos autores foram atendidos no sistema privado de saúde e 60,3% foram representados por advogados particulares. Esses resultados sugeririam em sua visão que os pacientes que recorrem ao Poder Judiciário podem ter melhores condições socioeconômicas, considerando que podem arcar com as despesas processuais e podem ter maior conhecimento de seus direitos, podendo agravar a iniquidade no acesso à saúde de um sistema já marcado por desigualdades socioeconômicas⁴⁶; e
- (iv) Campos levanta que em sua pesquisa houve predomínio de representação por advogados particulares e atendimento por médicos do setor privado. Entre as ações representadas pelo escritório A, 43,6% tiveram um único médico prescritor e 29 médicos foram responsáveis por 40,2% dos pedidos do mesmo fármaco. Apenas um médico foi responsável por 16,5% das prescrições de um dos medicamentos, solicitado por apenas um escritório particular de advocacia, em 44,8% dos pedidos. Oferta como conclusão que a maior representatividade de médicos do setor privado e advogados particulares pode trazer prejuízo à equidade, entendendo que os dados sugerem associação entre médicos e escritórios de advocacia nas solicitações dos medicamentos. Vê ainda indícios de que a Justiça e a medicina têm sido utilizadas para atender aos interesses da indústria farmacêutica⁴⁷.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Algumas das teses defendidas no debate nacional não se sustentam com os dados apresentados, sendo inclusive verificável a defesa de argumentos opostos com base em pesquisas realizadas. É o caso da afirmação de escassez de recursos e limitação orçamentária. Os dados obtidos demonstram sim custos altos com diversas demandas, em especial, relativas à aquisição de medicamentos. Entretanto, desse resultado não é possível afirmar que o Estado

⁴⁶ MACHADO, Marina et al. op. cit.

⁴⁷ CAMPOS NETO, Orozimbo et al. op. cit.

Brasileiro não possui recursos suficientes para atender a essas demandas. Ademais, sem que seja feita uma discussão sobre o montante que a sociedade brasileira entende como justo e recomendável para as demandas de saúde não será possível a discussão sobre priorização nessa área. Ratifica-se, a afirmação de que não será possível atender a toda e qualquer demanda não qualifica o debate sobre o atendimento das necessidades de saúde.

Neste mesmo sentido critica-se a argumentação que coloca como conflitantes os direitos Coletivo e individual. O atendimento de uma demanda individual não necessariamente leva à desconsideração da coletividade. Afinal, o coletivo é feito de indivíduos. Mais uma vez desloca-se à discussão maior quanto à necessidade de justificação, transparência e democracia quando das decisões alocativas de recursos para um aspecto pontual de atendimento de uma demanda.

Por fim, quanto à tese de ser a judicialização um movimento das elites econômicas brasileiras, parece apresentar três dificuldades. Primeiro, há pesquisas em sentido inverso, as quais foram inclusive citadas neste texto, e que apontam para uma participação representativa de instituições públicas de defesa dos demandantes e também para uma maior cidadania através do próprio processo de judicialização. Ademais, os dados apresentados tem caráter local não podendo ser generalizados para a realidade complexa da sociedade brasileira. Por fim, o direito à saúde é universal e neste sentido deve ser assegurado a todos os cidadãos, independente de sua classe econômica. Alegar que a população financeiramente mais abastada tem acesso ao direito à saúde através do Poder Judiciário não é em si só suficiente para justificar seu cabimento ou não.

Através da teoria de Norman Daniels sobre a teoria da justiça voltada às questões de saúde, apreende-se do debate brasileiro que não há muitos conflitos quanto à importância moral especial do tema. Mesmo sem que seja feita uma reflexão teórica e filosófica ampla sobre a questão moral do direito à saúde, tanto à legislação quanto à literatura preservam a importância de tais direitos, revelando que o primeiro aspecto da teoria de Daniels é atendido. Nota-se ainda que há uma ausência quanto ao segundo aspecto da teoria que se refere à reflexão do quando uma desigualdade de saúde pode ser considerada injusta. Tais reflexões não foram observadas nos documentos analisados. Considera-se

essa a primeira contribuição do autor quando relacionado ao debate nacional. Centrar a discussão sobre judicialização à saúde em elementos meramente orçamentários ou de acesso ao direito por determinada classe social restringe enormemente as considerações éticas que devem ser consideradas. O direito e acesso à saúde são elementos que devem ser inseridos dentro da análise das políticas sociais de forma geral. Ao verificar a crescente demanda judicial por serviços e bens relacionados à saúde a bibliografia brasileira apresenta uma problemática social que não deve ser afastada por diagnósticos pontuais direcionados apenas por questões de limitação orçamentária. A busca de atendimento de necessidades de saúde, seja através de qualquer um dos três Poderes, demanda uma reflexão sobre quais as políticas públicas devem ser repensadas ou melhor acompanhadas.

A segunda contribuição de Norman Daniels que deve ser assimilada pelo debate nacional é a premência de se discutir no Brasil o terceiro elemento da teoria de Daniels: como podemos atender às necessidades de saúde se não conseguimos atender a todas as necessidades. Diante da literatura nacional percebe-se que o debate brasileiro é centralizado na desorganização do Estado, seja pela ausência ou inadequação das normas editadas pelo poder executivo, seja pela incompatibilidade das leis com as normas expedidas pelo poder executivo, seja pela ineficiência na implementação das políticas públicas já aprovadas. Todos esses fatores reunidos levam à necessidade de atuação do Poder Judiciário. Porém, mesmo havendo certo consenso sobre a necessidade de tal atuação, também é referida como desorganização do Estado a ausência de regras que estabeleçam limites e critérios para a decisão judicial, acarretando muitas das vezes a piora no quadro de desordem na concretização do direito à saúde.

Cabe nesse momento voltar o debate sobre os procedimentos necessários para reverter tal quadro de desorganização levando à reflexão sobre como podemos priorizar as necessidades encontradas em nossa sociedade. Os procedimentos devem ser democráticos, transparentes e dialógicos e sua forma de implementação para que as escolhas feitas por todos os poderes, Executivo através de suas políticas públicas, Legislativos através da edição de normas e Judiciário por meio das decisões judiciais atendam às prioridades estabelecidas através desses procedimentos. Nesse sentido, Daniels propõe que muito se avançará para resolver os problemas de falta de legitimidade e injustiças na área

de saúde se as decisões públicas quanto à fixação de limites e à disponibilização ou não de determinado bem ou serviço fosse pautada não apenas na argumentação de custo, mas sim em argumentações que demonstrem que esta limitação se encaixa dentro de uma política pública formulada de modo a satisfazer da melhor forma possível as necessidades saúde de sua população sob condições reais e razoáveis de restrições de recursos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACURCIO, Francisco de Assis; GUIMARÃES, Mark Drew Crosland. Acessibilidade de indivíduos infectados pelo HIV aos serviços de saúde: uma revisão de literatura. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 12, n. 2, jun. 1996. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X1996000200012&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 fev. 2014.
- ANDRADE, Eli I. G. et al. A judicialização da saúde e a Política Nacional de Assistência Farmacêutica no Brasil: gestão da clínica e medicalização da justiça. *Revista Médica de Minas Gerais*, v. 18, n. 4, supl. 4, p. S46-S50, 2008.
- APPIO, Eduardo. A judicialização da política em Dworkin. *Revista Sequência*, n. 47, p. 81-97, dez. 2003.
- ASENSI, Felipe D. Judicialização ou juridicização? As instituições jurídicas e suas estratégias na saúde. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, v. 20, n. 1, p. 33-55, 2010.
- BAHIA, Ligia; COSTA, Nilson Rosário; STRALEN, Cornelis Van. A saúde na agenda pública: convergências e lacunas nas pautas de debate e programas de trabalho das instituições governamentais e movimentos sociais. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 12, p. 1791-1818, 2007.
- BAPTISTA, Tatiana W. de F.; MACHADO, Cristiani V.; LIMA, Luciana D. de. Responsabilidade do Estado e direito à saúde no Brasil: um balanço da atuação dos Poderes. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 14, n. 3, p. 829-839, 2009.

BARBOSA, Mariana G. O STF e a política de fornecimento de medicamentos para tratamento da AIDS/HIV. *Revista Jurídica*, v. 9, n. 88, 2007.

BARROSO, Luís R. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, v. 31, n. 66, p. 89-114, 2007.

BERNARDES, L. C. G. and T. C. C. F. d. Araújo (2012). "Deficiência, políticas públicas e bioética: percepção de gestores públicos e conselheiros de direitos." *Ciência & Saúde Coletiva* **17**: 2435-2445.

BERSUSA, Ana Aparecida Sanches et al . Acesso a serviços de saúde na Baixada Santista de pessoas portadoras de hipertensão arterial e ou diabetes. **Rev. bras. epidemiol.**, São Paulo , v. 13, n. 3, set. 2010 . Disponível em <http://www.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-790X2010000300014&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 07 nov. 2014. <http://dx.doi.org/10.1590/S1415-790X2010000300014>.

BEVILACQUA, Gabriela; FARIAS, A. D., et al. (2007). "Indicadores de prescrição médica nas unidades básicas de Saúde da Família no município de Campina Grande, PB." *Revista Brasileira de Epidemiologia* **10**: 149-156., Marení Rocha; BLATT, Carine Raquel. Aquisição de medicamentos genéricos em município de médio porte. **Rev. Saúde Pública**, São Paulo , v. 45, n. 3, June 2011 . Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102011000300017&lng=en&nrm=iso>. access on 07 Nov. 2014. Epub Apr 15, 2011. <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-89102011005000020>.BOING, Alexandra Crispim et al . Desigualdade socioeconômica nos gastos catastróficos em saúde no Brasil. **Rev. Saúde Pública**, São Paulo , v. 48, n. 4, Aug. 2014 . Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102014000400632&lng=en&nrm=iso>. access on 07 Nov. 2014. <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-8910.2014048005111>.

BORGES, Danielle da C. L.; UGÁ, Maria Alicia D. As ações individuais para o fornecimento de medicamentos no âmbito do SUS: características dos

conflitos e limites para a atuação judicial. *Revista de Direito Sanitário*, v. 10, n. 1, p. 13-38, 2009.

_____. Conflitos e impasses da judicialização na obtenção de medicamentos: as decisões de 1ª instância nas ações individuais contra o Estado do Rio de Janeiro, Brasil, em 2005. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 26, n. 1, p. 59-69, 2010.

BUSS, Paulo Marchiori; CARVALHO, Antonio Ivo de. Desenvolvimento da promoção da saúde no Brasil nos últimos vinte anos (1988-2008). **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 6, Dec. 2009. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232009000600039&lng=en&nrm=iso>. access

on 07 Nov. 2014. [http://dx.doi.org/10.1590/S1413-](http://dx.doi.org/10.1590/S1413-81232009000600039)

81232009000600039.CAMPOS, Célia Maria Sivalli; BATAIERO, Marcel Oliveira. Necessidades de saúde: uma análise da produção científica brasileira de 1990 a 2004. *Interface – Comunicação, Saúde, Educação*, v. 11, n. 23, p. 605-618, set./dez. 2007.

CAMPOS NETO, Orozimbo H. et al. Médicos, advogados e indústria farmacêutica na judicialização da saúde em Minas Gerais, Brasil. *Revista de Saúde Pública*, v. 46, n. 5, p. 784-790, 2012.

CARDOSO, Oscar V. Questões controversas sobre a determinação judicial de fornecimento de medicamentos excepcionais pelo poder público. *Revista CEJ – Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*, v. 13, n. 45, p. 46-55, 2009.

CARLINI, Angélica L. *Judicialização da saúde pública no Brasil: causas e possibilidades*. 2011. Tese (Doutorado) — Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2011.

CHAVES, Gabriela C.; VIEIRA, Marcela F.; REIS, Renata. Acesso a medicamentos e propriedade intelectual no Brasil: reflexões e estratégias da sociedade civil. *Sur: Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 5, n. 8, p. 170-198, 2008.

CHAVES, Gabriela C. et al. A evolução do sistema internacional de propriedade intelectual: proteção patentária para o setor farmacêutico e

acesso a medicamentos. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 23, n. 2, p. 257-267, 2007.

CHIEFFI, Ana Luiza; BARATA, Rita B. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 25, n. 8, p. 1839-1849, 2009.

_____. Ações judiciais: estratégia da indústria farmacêutica para introdução de novos medicamentos. *Revista de Saúde Pública*, v. 44, n. 3, p. 421-429, 2010.

COSTA-COUTO, Maria Helena; NASCIMENTO, Álvaro C. Assimetria nas relações internacionais, propriedade industrial e medicamentos anti-aids. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 13, n. 6, p. 1869-1877, 2008.

DALLARI, Sueli G. Controle judicial da política de assistência farmacêutica: direito, ciência e técnica. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, v. 20, n. 1, p. 57-75, 2010.

DANIELS, Norman. *Just health: meeting health needs fairly*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

_____; SABIN, James. Limits to health care: Fair Procedures, Democratic DEliberation, and the Legitimacy Problem for Insurers. *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 26, Nº 4 (autumn, 1997), pp. 303-350. <http://www.jstor.org/stable/2961905> accessed:22-04-2015

DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; SCHWARTZ, Ida Vanessa D. Consequências da judicialização das políticas de saúde: custos de medicamentos para as mucopolissacaridoses. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 28, n. 3, p. 479-489, 2012.

ENGELMANN, Fabiano; CUNHA FILHO, Marcio C. Ações judiciais, conteúdos políticos: uma proposta de análise para o caso brasileiro. *Revista de Sociologia e Política*, v. 21, n. 45, p. 57-72, 2013. FARIAS, A. D., et al. (2007). "Indicadores de prescrição médica nas unidades básicas de Saúde da Família no município de Campina Grande, PB." *Revista Brasileira de Epidemiologia* 10: 149-156.

FERRAES, A. M. B. and L. Cordoni Junior (2007). "Consórcio de medicamentos no Paraná: análise de cobertura e custos." *Revista de Administração Pública* 41: 475-486.

- FERRAZ, Octávio L. M.; VIEIRA, Fabiola S. Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, v. 52, n. 1, p. 223-251, 2009.
- FIGUEIREDO, Tatiana; PEPE, Vera Lúcia E.; OSORIO-DE-CASTO, Claudia G. S. Um enfoque sanitário sobre a demanda judicial de medicamentos. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, v. 20, n. 1, p. 101-118, 2010.
- GRANGEIRO, A., et al. (2006). "Sustentabilidade da política de acesso a medicamentos anti-retrovirais no Brasil." *Revista de Saúde Pública* **40**: 60-69.
- GUERRA JR, Augusto A. et al. Disponibilidade de medicamentos essenciais em duas regiões de Minas Gerais, Brasil. *Revista Panamericana de Salud Pública*, v. 15, n. 3, p. 168-175, 2004.
- HAYDEN, Cori. Sem patente não há genérico: acesso farmacêutico e políticas de cópia. *Sociologias*, n. 19, p. 62-91, 2008.
- JANNUZZI, Anna H. L.; VASCONCELLOS, Alexandre G.; SOUZA, Cristina G. de. Especificidades do patenteamento no setor farmacêutico: modalidades e aspectos da proteção intelectual. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 24, n. 6, p. 1205-1218, 2008.
- LAGO, R. F. d. and N. d. R. Costa (2010). "Dilemas da política de distribuição de medicamentos antirretrovirais no Brasil." *Ciência & Saúde Coletiva* **15**: 3529-3540.
- LEITE, Silvana N.; MAFRA, Ana Cristina. Que direito? Trajetórias e percepções dos usuários no processo de acesso a medicamentos por mandados judiciais em Santa Catarina. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 15, p. 1665-1672, 2010.
- LEITE, Silvana N. et al. Ações judiciais e demandas administrativas na garantia do direito de acesso a medicamentos em Florianópolis-SC. *Revista de Direito Sanitário*, v. 10, n. 2, p. 13-28, 2009.
- LIMA, Viviane M. C. *Peregrinação, empoderamento e retrocessos no acesso a medicamentos por via judicial no estado do Amazonas – Brasil*. 2009. Dissertação (Mestrado) — Univali, Itajaí, 2009.
- LOPES, Luciane C. et al. Uso racional de medicamentos antineoplásicos e ações judiciais no Estado de São Paulo. *Revista de Saúde Pública*, v. 44, n. 4, p. 620-628, 2010.

LOYOLA, M. A. (2008). "Medicamentos e saúde pública em tempos de AIDS: metamorfoses de uma política dependente." Ciência & Saúde Coletiva **13**: 763-778.

MACEDO, Eloisa I. de; LOPES, Luciane C.; BARBERATO-FILHO, Silvio. Análise técnica para a tomada de decisão do fornecimento de medicamentos pela via judicial. *Revista de Saúde Pública*, v. 45, n. 4, p. 706-713, 2011.

MACHADO, Felipe R. de S.; DAIN, Sulamis. A audiência pública da saúde: questões para a judicialização e para a gestão de saúde no Brasil. *Revista de Administração Pública*, v. 46, n. 4, p. 1017-1036, 2012.

MACHADO, Marina A. de A. *Acesso a medicamentos via Poder Judiciário no estado de Minas Gerais*. 2010. Dissertação (Mestrado) — UFMG, Belo Horizonte, 2010.

MACHADO, Marina A. de A. et al. Judicialização do acesso a medicamentos no Estado de Minas Gerais, Brasil. *Revista de Saúde Pública*, v. 45, n. 3, p. 590-598, 2011.

Marques, R. M. and Á. Mendes (2003). "Atenção Básica e Programa de Saúde da Família (PSF): novos rumos para a política de saúde e seu financiamento?" Ciência & Saúde Coletiva **8**: 403-415.

MARQUES, Silvia Badim; DALLARI, Sueli G. Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. *Revista de Saúde Pública*, v. 41, n. 1, p. 101-107, 2007.

MAZZA, Fabio Ferreira. *Os impasses entre a judicialização da saúde e o processo orçamentário sob a responsabilidade fiscal: uma análise dos fundamentos decisórios do Supremo Tribunal Federal*. 2013. Dissertação (Mestrado) — Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/6/6135/tde-21052013-162419/>>. Acesso em: 15 abr. 2014.

MEINERS, Constance M. M. de A. Patentes farmacêuticas e saúde pública: desafios à política brasileira de acesso ao tratamento anti-retroviral. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 24, n. 7, p. 1467-1478, 2008.

MESSEDER, Ana Márcia; OSORIO-DE-CASTRO, Claudia G. S.; LUIZA, Vera L. Mandados judiciais como ferramenta para garantia do acesso a

medicamentos no setor público: a experiência do Estado do Rio de Janeiro, Brasil. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 21, n. 2, p. 525-534, 2005.

NOGUEIRA, Danielle C. B. *A efetivação do direito à saúde: fornecimento judicial de medicamentos*. 2011. Dissertação (Mestrado) — Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2011.

PANDOLFO, Mércia; DELDUQUE, Maria Célia; AMARAL, Rita G. Aspectos jurídicos e sanitários condicionantes para o uso da via judicial no acesso aos medicamentos no Brasil. *Revista de Salud Pública*, v. 14, n. 2, p. 340-349, 2012.

PEPE, Vera Lúcia E. et al. A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 15, n. 5, p. 2405-2414, 2010a.

_____. Caracterização de demandas judiciais de fornecimento de medicamentos “essenciais” no Estado do Rio de Janeiro, Brasil. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 26, n. 3, p. 461-471, 2010b.

SANT’ANA, João Mauricio B. *Essencialidade e assistência farmacêutica: um estudo exploratório das demandas judiciais individuais para acesso a medicamentos no Estado do Rio de Janeiro*, Fiocruz. 2009. Dissertação (Mestrado) — Fiocruz, Rio de Janeiro, 2009.

SANT’ANA, João Mauricio B. et al. Racionalidade terapêutica: elementos médico-sanitários nas demandas judiciais de medicamentos. *Revista de Saúde Pública*, v. 45, n. 4, p. 714-721, 2011.

SARTÓRIO, Maria José. *Política de medicamentos excepcionais no Espírito Santo: a questão da judicialização da demanda*. Dissertação (Mestrado) — UFRGS, Porto Alegre, 2004.

SOARES, Jussara C. R. de S.; DEPRÁ, Aline S. Ligações perigosas: indústria farmacêutica, associações de pacientes e as batalhas judiciais por acesso a medicamentos. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, v. 22, n. 1, p. 311-329, 2012.

STAMFORD, Artur; CAVALCANTI, Maísa. Decisões judiciais sobre acesso aos medicamentos em Pernambuco. *Revista de Saúde Pública*, v. 46, n. 5, p. 791-799, 2012.

TANAKA, Oswaldo Y. A judicialização da prescrição medicamentosa no SUS ou o desafio de garantir o direito constitucional de acesso à assistência farmacêutica. *Revista de Direito Sanitário*, v. 9, n. 1, p. 137-143, 2008.

VENTURA, Miriam et al. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, v. 20, n. 1, p. 77-100, 2010.

VIANNA, Luiz J. Werneck; BURGOS, Marcelo; SALLES, Paula. Dezessete anos de judicialização da política. *Cadernos CEDES*, 2006.

VIEIRA, Fabiola S. Ações judiciais e direito à saúde: reflexão sobre a observância aos princípios do SUS. *Revista de Saúde Pública*, v. 42, p. 365-369, 2008.

VIEIRA, Fabiola S.; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. *Revista de Saúde Pública*, v. 41, p. 214-222, 2007.

VILASBÔAS, A. L. Q. and J. S. Paim (2008). "Práticas de planejamento e implementação de políticas no âmbito municipal." *Cadernos de Saúde Pública* **24**: 1239-1250.