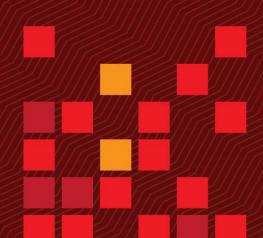
Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário

Cuadernos Iberomericanos de Derecho Sanitario



Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário

EXPEDIENTE

Volume 4, número 3, jul./set. 2015

A revista *CIADS – Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário* é uma publicação trilíngue (português, espanhol e inglês), trimestral, de acesso livre, do Programa de Direito Sanitário da Fundação Oswaldo Cruz, dirigida a professores, pesquisadores e estudantes de Direito, de Ciências da Saúde e de Ciências Sociais; operadores do Direito; profissionais de saúde e gestores de serviços e sistemas de saúde. Seu objetivo difundir e estimular o desenvolvimento do Direito Sanitário na região ibero-americana, divulgar a produção científica dos profissionais e instituições que compõem a Rede Ibero-Americana de Direito Sanitário e promover o debate dos grandes temas e dos principais desafios do Direito Sanitário contemporâneo.

Editora Científica

Maria Célia Delduque Fundação Oswaldo Cruz

Editora Executiva

Cássia Pereira das Chagas Fundação Oswaldo Cruz

Conselho Editorial Científico

André Gonçalo Dias Pereira University Angel Pelayo Gonzáles-Torre University University Constitution (Constitution of Constitution of Constitu

Giancarlo Corsi

Hernando Torres Corredor

Jorge Tomillo Urbina

José Geraldo de Sousa Júnior

Lenir Santos

Maria Helena Barros de Oliveira

Miriam Ventura da Silva Paula Lobato de Faria Universidade de Coimbra

Universidad Internacional Menéndez Pelayo

Università degli Studi di Reggio Emilia

Universidad Nacional de Colombia

Universidad de Cantabria Universidade de Brasília

Universidade Estadual de Campinas

Fundação Oswaldo Cruz

Universidade Federal do Rio de Janeiro

Universidade Nova de Lisboa

Pareceristas Ad Hoc

Alethele de Oliveira Santos

Ángela Ruiz Sáenz

Caristina Robaina Aguirre

Claudia Viviana Madies

Clenio Jair Schulze

Daniel Pérez González

Diana del Pilar Colorado Acevedo

Edith Maria Barbosa Ramos

Conselho Nacional de Secretários de Saúde

Universidad de Cantabria Universidad de Havana

Universidad de Hav

Isalud

Justiça Federal

Universidad de Cantabria

Universidad Nacional de Colombia Universidade Federal do Maranhão

Fábio de Barros Correia Gomes

Fábio Ferreira Mazza

Fernando Rovira Villademoros

Guillermina Navarro Caballero Gustavo Merino Gómez Inmaculada Vival Tesón

Jarbas Ricardo Almeida Cunha

Letícia Canut

Maria João Estorninho

Miriam Ventura da Silva Raúl Pesquera Cabezas

Sandra Mara Campos Alves

Sandra Regina Martini

Viviana Gaciela Perracini

Câmara dos Deputados

Red Iberoamericana de Derecho Sanitario

Universidad Nacional de Uruguay

Universidad de Cantabria Universidad de Cantabria Universidad de Sevilla

Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Centro Universitário Estácio de Sá de Santa Catarina

Universidade Nova de Lisboa

Universidade Federal do Rio de Janeiro

Ministério da Salud de Cantabria

Fundação Oswaldo Cruz

Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e

Tecnológico

Universidad de Cordoba

Revista Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário [Internet]. 2015. 4(3):1-179

EDITORIAL

Os Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário a partir deste número integra a lista de Periódicos da Capes denominado Qualis-Periódico, no estrato B4 na Saúde Coletiva e estrato C, no Direito.

O trabalho e o esforço conjunto de editores, avaliadores e autores, além do corpo técnico-administrativo da revista são os responsáveis por essa conquista. Os últimos anos foram de busca de uma excelência e qualidade para poder integrar, junto aos demais periódicos científicos nacionais e internacionais, o disputado qualis-Capes.

Neste número, o CIADS traz à discussão o Princípio da Vedação do Retrocesso Social, da lavra de Jarbas Ricardo Almeida Cunha, que se torna de leitura obrigatória, especialmente em face de crises econômicas nos países com sistemas de saúde universais e gratuitos.

Igualmente, apresenta discussões doutrinárias sobre a noção de periculosidade aplicada no louco infrator e sobre a internacionalização de bancos de informações genômicas para pesquisas científicas, em artigos de revisão de Valéria Rondon Rossi e Inmaculada Vivas Tesón.

O Direito Sanitário vem se consolidando como área do conhecimento e núcleo de pesquisas qualitativas e quantitativas, que ficam demonstradas na produção científica de estudiosos, pesquisadores e estudantes. Parte dessa produção está representada pelos estudos empíricos sobre a judicialização da saúde de Pollyana Dias com os resultados da pesquisa sobre suplementos alimentares no Tribunal de Justiça de Minas Gerais e no trabalho de Simone Honorato Santana, que pesquisou as decisões judiciais sobre Assistência Farmacêutica no Tribunal de Justiça do Distrito Federal de Rosa Shirley Peres da Silva com sua pesquisa de base qualitativa sobre o entendimento sobre o SUS por seus próprios usuários.

Com referências aos estudos legislativos, Luiz Carlos Romero e Ione Silva Barros discorrem sobre a produção legislativa na Câmara Legislativa do Distrito Federal.

Cad. Ibero-Amer. Dir. Sanit., Brasília, v.4, n.3, jul./set. 2015 ISSN 2358-1824

Na seção de artigos de opinião, o número oferece uma discussão sobre a metodologia da pesquisa em Direito Sanitário, enfocando que, uma disciplina sui generis merece uma metodologia igualmente diferenciada.

O projeto de lei 8.058/2014 de autoria do parlamentar Paulo Teixeira-PT/SP foi foco de instigante artigo que compõe a seção Legislação Sanitária Comentada, assinada por Silvia Badim Marques.

O livro *Judicialização da Saúde* organizado por Lenir Santos e Fernanda Terrazas foi resenhado por Ivan Pricken de Bem e completa este número do CIADS.

Pela riqueza de temas tão caros aos estudiosos e pesquisadores do Direito Sanitário na Região Ibero-americana, ofereço-lhes este número e espero que apreciem a leitura.

Maria Célia Delduque Editora Científica

Atuação do Poder Judiciário do Distrito Federal no fornecimento de medicamentos não padronizados no SUS

Role of the Judiciary of the Federal District in providing non-standardized drugs in SUS

Andréa da Silva Ferreira Magalhães¹

Resumo: O presente artigo é resultado das análises das ações judiciais que solicitavam medicamentos não padronizados no SUS, no Distrito Federal, nos sete primeiros meses de 2014, verificando o posicionamento do Tribunal de Justica do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT) sobre o fornecimento desses fármacos, as classes de medicamentos não padronizados mais solicitadas, se os fármacos pleiteados estão nas listas oficiais do SUS (REME/DF e RENAME) e o número de liminares deferidas. Trata-se de pesquisa analítico-descritiva de base documental e quali-quantitativa, cuja unidade de análise foi o processo suplementar autuado na Procuradoria Geral do Distrito Federal (PGDF). Foram examinados 121 processos sobre medicamentos não padronizados. Os resultados indicaram posicionamento do TJDFT favorável ao fornecimento desses fármacos e prevalência de liminares deferidas. Verificou-se maior incidência de pleitos por fármacos não inclusos na REME/DF e RENAME, em especial para tratamento de câncer, esclerose múltipla e esquizofrenia. Concluiu-se que os juízes pautam suas decisões apenas na lei. É necessária uma organização do Poder Executivo, atualizando seus Protocolos, adequando à aplicação dos recursos escassos, gerenciando os estoques e os processos de compras de medicamentos, a fim de procurar suprir da melhor forma as reais necessidades da população.

Palavras-chave: Judicialização da Saúde, Medicamentos não Padronizados, Decisões Judiciais.

Abstract: This paper is the result of the analyses of the lawsuits requesting nonstandardized drugs in SUS, in the Federal District, within the first seven months of 2014, checking the position of the Court of Justice of Distrito Federal and Territories (TJDFT) on the supply of these drugs, the classes of non-standardized drugs most requested, if the drugs demanded are included in official lists of the SUS (REME/DF and RENAME), and the number of injunctions granted. It is an analytical-descriptive study of documentary and quali-quantitative basis, whose unit of analysis was the supplementary process registered in the General Attorney of the Federal District (PGDF). 121 lawsuits on non-standardized drugs were examined. Results indicated favorable positioning of the TJDFT in the supply of these drugs and the prevalence of injunctions granted. It has been found a higher incidence of claims for drugs not included in the REME/DF and RENAME, especially for treatment of cancer, multiple sclerosis and schizophrenia, It was concluded that the judges uphold their decisions only on the law. There is a need for the Organization of the Executive Power, updating its protocols, adapting the application of scarce resources, managing the inventory and purchasing processes of medicines, in order to find the best way to supply the real needs of the population.

_

¹ Farmacêutica. Especialista em Vigilância Sanitária. Técnica Jurídica da Procuradoria Geral do Distrito Federal. Brasília, DF - Brasil. E-mail: deiasife@hotmail.com

Keywords: Judicialization of Health, Non-standardized Drugs, Judicial Decisions.

Resumen: El artículo analizó acciones judiciales sobre requerimientos de medicamentos no estandarizados en SUS, en el Distrito Federal, en los primeros siete meses de 2014, comprobando el posicionamiento del Tribunal de Justicia del Distrito Federal y de los Territorios (TJDFT) en el suministro de medicamentos, las clases de medicamentos no estandarizadas más solicitadas, si los fármacos requeridos están en listas oficiales de SUS (REME/DF y RENAME) y el número de acciones liminares diferidas. Es una pesquisa analítica-descriptiva de base documental y cualicuantitativa, cuya unidad analizada fue el proceso suplementar de la Procuraduría General del Distrito Federal. Fueron examinados 121 procesos sobre medicamentos no estandarizados. Los resultados indicaron posicionamiento del TJDFT favorable al fornecimiento de esos fármacos y la prevalencia de liminares diferidas. Se verificó mayor incidencia de acciones por fármacos no incluidos en las listas, especialmente para el tratamiento de cáncer, esclerosis múltiple y esquizofrenia. Se concluyó que los jueces deben basar sus decisiones no apenas en ley, sino también en análisis de las políticas públicas establecidas por el Ejecutivo, para verificar la real necesidad de fornecer un medicamento no estandarizado, pero que es imprescindible para el accionante. Es necesaria organización del Poder Ejecutivo, actualizando sus Protocolos, adecuando la aplicación de los recursos escasos, gerenciando estoques y compras de medicamentos, a fin de buscar suplir de la mejor forma las necesidades de la población, inclusive mediante el crecimiento del mercado de nuevas tecnologías farmacéuticas y de la prevalencia de enfermedades crónicas y graves que atingen a la población brasilera.

Palabras-Ilave: Judicialización de la Salud, Medicamentos no Estandarizados, Decisiones Judiciales.

Introdução

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 196, elencou a saúde como um direito de todos e um dever do Estado, o qual deve ser garantido por meio de 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).

Nesse sentido, a Lei Orgânica do Distrito Federal-LODF (2), no artigo 207, inciso XXIV, ressalta que compete ao Sistema Único de Saúde do Distrito Federal prestar assistência farmacêutica e garantir o acesso da população aos medicamentos necessários à recuperação de sua saúde.

Em complemento, a Lei Orgânica da Saúde, Lei nº. 8080 (3) (4), de 19 de setembro de 1990, artigo 6º, inciso I, alínea d, elenca como campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS) a execução de ações de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica.

Todavia, apesar da existência de todo esse arcabouço legal, as falhas no sistema de saúde brasileiro e a ineficiência do Estado em cumprir plenamente seu papel constitucional de proporcionar e cuidar da saúde da população têm contribuído para o crescimento do fenômeno denominado judicialização da saúde.

O termo judicialização foi inicialmente utilizado no cenário acadêmico brasileiro, por meio dos estudos de Vianna *et al.* (5), na obra 'Judicialização da política e das relações sociais no Brasil' (6). A obra descreve que 'a política se judicializa a fim de viabilizar o encontro da comunidade com os seus propósitos, declarados formalmente na Constituição' (6). Ou seja, a judicialização visa, com o auxílio do Poder Judiciário, à concretização dos direitos garantidos à população e reconhecidos constitucionalmente.

Como bem colocado por Schmidt Neto (7):

[...] a incapacidade de o Executivo e o Legislativo fornecerem respostas efetivas à explosão

o das demandas sociais por justiça fez cair no Judiciário a esperança da concretização da democracia e da cidadania que se espera da recente história democrática brasileira

Nesse contexto de judicialização por direitos sociais, surgiu o fenômeno da judicialização da saúde, o qual, segundo Pandolfo, Delduque e Amaral (8), é responsável por um número crescente de ações judiciais que objetivam a garantia do acesso a serviços de saúde por parte da população, a qual busca no Poder Judiciário a solução para suprir as falhas na assistência prestada pelo Estado.

Na visão de Diniz et al (9):

[...] 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... 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.

Essa citação pode ser confirmada ao se observar os argumentos colocados pelo juiz da 7ª Vara da Fazenda Pública do DF, José Eustáquio de Castro Teixeira (10), o qual afirma que:

O direito à saúde é Constitucionalmente assegurado (art. 196, CF), sendo que as ações e políticas públicas devem ser organizadas de modo a garantir atendimento integral ao cidadão (art. 198, n. II, CF), sob pena de afronta ao princípio basilar da Carta da República que é a dignidade da pessoa humana (art. 1º, n.III, CF).

Seguindo essa linha, Sant'Ana (11) considera que a desigualdade na distribuição de medicamentos nos diferentes estados brasileiros e a exclusão no acesso aos serviços de saúde fez com que tais problemas fossem levados ao judiciário, a fim de que o mesmo pudesse resolvê-los. Assim, a população encontrou nesse Poder uma forma de efetivar seu direito à saúde, inclusive na obtenção de medicamentos de alto custo.

Conti (12) afirma que a ação de provocar o Poder Judiciário, almejando a efetivação do acesso a medicamentos que se encontrem de alguma forma indisponíveis aos usuários do SUS, pode ser considerada legítima, sendo a intervenção do Judiciário uma forma de benefício ao autor da ação e favorecimento da adequação de políticas públicas a novas realidades sanitárias.

Conforme posicionamento de Ventura *et al.* (13), a judicialização da saúde expressa problemas de acesso à saúde, podendo ser considerada como um recurso legítimo para que o direito vigente (teoria) se aproxime do direito vivido (prática).

Em contrapartida, Borges e Ugá (14) consideram que o crescente número de ações pleiteando medicamentos, onde prevalecem decisões favoráveis aos autores, traz prejuízos ao sistema de saúde, uma vez que, ao cumprir as ordens judiciais, há um agravamento no orçamento da saúde, principalmente pelo alto custo de alguns medicamentos não padronizados no SUS. Esses gastos acabam interferindo na alocação equitativa dos recursos, que por sua vez são limitados. Além disso, essas autoras ressaltam que tais decisões favoráveis podem significar uma violação ao princípio da isonomia, pois ao disponibilizar um fármaco não padronizado para um indivíduo em especial, pode-se estar retirando recursos da compra de outros medicamentos que beneficiariam a coletividade. Com isso, a judicialização estaria contribuindo na acentuação das iniquidades dentro do sistema de saúde e na população brasileira.

Seguindo essa ideia, Machado e Dain (6) enfatizam que o posicionamento contrário à judicialização da saúde de alguns segmentos decorre, principalmente, dos custos que esse fenômeno gera aos serviços de saúde, o que termina por consumir uma quantidade considerável de recursos para beneficiar poucas pessoas em detrimento de sua utilização para uma parcela maior da população. Outra opinião desses segmentos é que os cidadãos acabam sendo divididos em dois grupos: aqueles que têm seus direitos garantidos por meio de liminares, e os demais, que necessitam

submeter-se a todo o processo administrativo e de espera do SUS para conseguir acesso às ações e serviços de saúde.

A judicialização da política de assistência farmacêutica no Distrito Federal teve início no final da década de 90, a partir de ações propostas por portadores do vírus HIV, solicitando do Estado o fornecimento de medicamentos antirretrovirais (15) (11). Desde então, o número de ações pleiteando medicamentos vem crescendo e, incluindo, desde fármacos da atenção básica até aqueles de alto custo.

Algumas das explicações possíveis para o surgimento e crescimento da judicialização da política pública de assistência farmacêutica é a insuficiência dessa assistência prestada tanto no âmbito do SUS como pelos planos de saúde, o crescimento do reconhecimento do direito à saúde e ao acesso a medicamentos por parcelas crescentes da população (15).

Dentro desse contexto, estudos realizados em diversos Estados e Municípios brasileiros têm observado uma crescente demanda da sociedade, por meio da via judicial, por medicamentos não padronizados em listas oficiais do SUS, bem como o deferimento favorável ao fornecimento dos mesmos pelos Tribunais (16) (17) (14).

Dessa forma, partindo-se da análise de decisões judiciais proferidas em demandas que pleiteiam do Distrito Federal o fornecimento de medicamentos não padronizados pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o presente artigo analisou a quantidade de ações judiciais solicitando medicamentos não padronizados no SUS, no âmbito do Distrito Federal, dentro dos sete primeiros meses de 2014, bem como verificou se o posicionamento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT) costuma ser contra ou a favor do fornecimento desses fármacos.

O artigo verificou, ainda, quais classes de medicamentos não padronizados são mais solicitadas, e se os fármacos pleiteados nesse período estão inclusos nas listas oficiais do SUS² - Relação dos Medicamentos Essenciais do Distrito Federal (REME/DF) e Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), além de quantificar o número de liminares deferidas e indeferidas pelo Tribunal estudado.

Metodologia

Trata-se de uma pesquisa analítico-descritiva de base documental e qualiquantitativa. A unidade de análise foi o processo suplementar³ autuado na Procuradoria

Cad. Ibero-Amer. Dir. Sanit., Brasília, v.4, n.3, jul./set. 2015 ISSN 2358-1824

Geral do Distrito Federal (PGDF), referente ao processo judicial que tem por objeto o fornecimento de medicamentos não padronizados e no qual o Distrito Federal é parte. Foi realizado um recorte temporal entre 1º de janeiro a 31 de julho de 2014, além de um recorte espacial, restringindo-se aos processos judiciais sobre saúde das Varas da Fazenda Pública do Distrito Federal.

Os processos de saúde foram classificados de acordo com os seguintes assuntos: cirurgias, consultas, exames, materiais, medicamentos, UTI e outros. Dentre esses processos, foram relacionados todos os processos cujo objeto era o fornecimento de medicamentos, separando-os em três categorias: ações de medicamentos não padronizados, ações de medicamentos padronizados e ações que pleiteavam medicamentos padronizados e não padronizados no mesmo pedido. Foram examinados 121 processos sobre medicamentos não padronizados, em que se analisaram as decisões (sentenças e liminares) referentes a cada ação. Os dados foram sistematizados em planilhas elaboradas no aplicativo Microsoft Excel - versão 2010. Foi realizada, também, uma revisão de literatura sobre a judicialização de medicamentos, no banco de dados da SCIELO, em que se buscou periódicos por meio dos descritores: judicialização/saúde e judicialização/medicamentos. Os dados foram coletados em agosto e setembro de 2014.

Resultados e Discussão

Com base nos dados encontrados, verificou-se a existência de 1689 ações judiciais propostas contra o Distrito Federal, entre janeiro e julho de 2014, cujo objeto relacionava-se com saúde, conforme detalhado na Tabela 1. Desse universo, observou-se que 195 ações estavam pleiteando medicamentos, dentre as quais 121 tratavam de medicamentos não padronizados na REME/DF ou na RENAME.

-

² A Adoção de Relação de Medicamentos Essenciais é uma diretriz da Política Nacional de Medicamentos, conforme estabelecido na Portaria nº 3.916, de 30 de outubro de 1998, do Ministério da Saúde. Tal portaria define medicamentos essenciais como aqueles produtos considerados básicos e indispensáveis para atender a maioria dos problemas de saúde da população, devendo estar continuamente disponíveis aos segmentos da sociedade que deles necessitem, nas formas farmacêuticas apropriadas, e compõem uma relação nacional de referência que servirá de base para o direcionamento da produção farmacêutica e para o desenvolvimento científico e tecnológico, bem como para a definição de listas de medicamentos essenciais nos âmbitos estadual e municipal, que deverão ser estabelecidas com o apoio do gestor federal e segundo a situação epidemiológica respectiva. Essa lista no âmbito nacional é denominada Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME) e no âmbito do Distrito Federal é a Relação dos Medicamentos Essenciais do Distrito Federal (REME/DF). A seleção dos medicamentos para as listas baseia-se nas prioridades nacionais e regionais de saúde, bem como na segurança, na eficácia terapêutica comprovada, na qualidade e na disponibilidade dos produtos. Elas são organizadas de acordo com as patologias e agravos à saúde mais relevantes e prevalentes. Os medicamentos constantes nestas listas são considerados padronizados.

³ Os processos suplementares são processos que se constituem de cópias das peças que formam os processos originais, sendo utilizados na PGDF para análise dos fatos e defesa do ente federativo.

Tabela 1. Processos judiciais das Varas da Fazenda Pública do Distrito Federal cujo objeto insere-se na área da saúde (autuados na Procuradoria Geral do Distrito Federal de janeiro a julho de 2014)

Processos	Janeiro	Fevereiro	Março	Abril	Maio	Junho	Julho	Total
UTI	110	149	112	124	181	96	187	959
Cirurgias	27	58	43	60	63	38	50	339
Medicamentos	24	30	22	24	37	22	36	195
Outros	9	6	16	12	12	4	16	75
Exames	4	11	12	2	8	0	12	49
Materiais	5	10	13	5	3	3	2	41
Consultas	3	10	4	1	3	0	10	31
TOTAL	182	274	222	228	307	163	313	1689

Fonte: Procuradoria Geral do Distrito Federal.

Considerando o total de processos cujo objeto solicitado relaciona-se com a saúde (cirurgias, consultas, exames, internação em UTI, materiais e medicamentos, entre outros), observou-se que 11,54% das ações pleiteavam medicamentos. Sendo os meses de fevereiro, maio e julho aqueles em que mais ações de medicamentos foram autuadas: 15,38%, 18,97% e 18,46%, respectivamente.

Tabela 2. Padronização dos medicamentos solicitados nos processos judiciais das Varas da Fazenda Pública do Distrito Federal (autuados na Procuradoria Geral do Distrito Federal de janeiro a julho de 2014)

Padronização	Janeiro	Fevereiro	Março	Abril	Maio	Junho	Julho	Total
Não Padronizados	10	19	12	12	24	12	23	112
Padronizados	13	11	9	9	13	8	11	74
Ações solicitando medicamentos padronizados e não padronizados	1	0	1	3	0	2	2	9

Fonte: Procuradoria Geral do Distrito Federal.

^{*} O item 'outros' equivale a ações diversas que pleiteavam tratamentos como oncothermia, ressarcimentos, internação compulsória e outras demandas esporádicas nesses meses, cujo quantitativo é pequeno isoladamente.

Analisando as tabelas 1 e 2, tornar-se-ia possível justificar o crescimento no número de ações nesses três meses, em função do aumento de ações pleiteando medicamentos não padronizados nesses períodos. Todavia não foi observado, nos dados coletados, nenhum medicamento em especial que passou a ser mais solicitado no referido período.

Diniz, Machado e Penalva (9), durante análise dos bens de saúde demandados na 2ª Vara da Fazenda Pública Privativa do TJDFT, no período de 2005 a 2010, observaram que 15% correspondiam à ações pleiteando medicamentos.

Em relação à padronização dos medicamentos, verificou-se que em 62,05% dos processos, a parte autora solicitou pelo menos um medicamento que não consta na REME/DF e nem na RENAME, ou seja, a maior demanda judicial no período estudado foi por medicamentos não padronizados no Sistema Único de Saúde.

Conti (12), ao avaliar o perfil das demandas judiciais por medicamentos interpostas contra a Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal, constatou que, em 2009, 65,9% dos medicamentos demandados não eram padronizados. Em 2010, foram 55,2% e, em 2011, 65,4%.

Delduque e Marques (18), em um estudo que analisou a judicialização de medicamentos no Distrito Federal entre 2005 e 2008, encontraram resultados opostos aos percentuais verificados neste artigo. Segundo as autoras, 37,7% dos medicamentos analisados não eram padronizados e 62,3% se enquadravam em, pelo menos, uma das listas de medicamentos essenciais (REME/DF e RENAME).

De acordo com Tavares (19), a quantidade de ações demandando medicamentos padronizados na REME/DF, no primeiro semestre de 2012, correspondiam a 50% das ações que pleiteavam medicamentos. Comparando ao presente estudo, verifica-se que apesar de a porcentagem encontrada no primeiro semestre de 2014 ser próxima, 42,56%, ainda sim houve uma redução. O que se pode inferir é que o pleito por medicamentos não padronizados (46% em 2012 e 62,05% em 2014) tem aumentando em detrimento das solicitações por medicamentos padronizados.

Considerando o crescimento das demandas por medicamentos, via judicial, no decorrer dos anos, e o grande avanço de tecnologias terapêuticas para as diversas doenças e agravos que têm afligido a sociedade, uma possível justificativa para essa

Cad. Ibero-Amer. Dir. Sanit., Brasília, v.4, n.3, jul./set. 2015 ISSN 2358-1824

alteração nos percentuais encontrados poderia ser o aumento no pleito de novos medicamentos que estão sendo inseridos no mercado brasileiro, com promessas de apresentarem melhores benefícios que os fármacos atualmente padronizados e constantes nas políticas públicas de medicamentos, estabelecidas no país. Além disso, é de se esperar que o pleito judicial seja prevalentemente por medicamentos não padronizados, visto que os fármacos padronizados, de acordo com as políticas públicas preconizadas, devem estar prontamente disponíveis no SUS para fornecimento à população. Assim, as solicitações de um medicamento padronizado ao Judiciário, devem ser uma exceção, as quais poderão ocorrer, por exemplo, em função de um desabastecimento no estoque da rede pública; ou, pelo fato de o fármaco estar sendo prescrito para o tratamento de uma enfermidade diferente daquela para a qual ele foi padronizado.

Cabe ressaltar, que oito medicamentos, em especial, foram responsáveis por 52,89% das 121 ações de medicamentos não padronizados. Tais fármacos foram pleiteados para tratamento de câncer, esclerose múltipla ou esquizofrenia, sendo eles: Fingolimode (14 ações), Abiraterona (12 ações), Temozolamida (12 ações), Bevacizumabe (7 ações), Bortezomibe (6 ações), Paliperidona (5 ações), Cetuximabe (4 ações) e Aripripazol (4 ações). Observou-se, portanto, uma grande demanda judicial por medicamentos oncológicos não padronizados, perfazendo 33,8%.

Ressalta-se que o medicamento *Fingolimode* ainda não consta nas listas de medicamentos essenciais do SUS, contudo em 24 de junho de 2014, o mesmo foi incorporado ao SUS para tratamento de esclerose múltipla, sendo que de acordo com o artigo 25 do Decreto nº 7.646, de 21 de dezembro de 2011, tal fármaco deve ser disponibilizado para a sociedade em até 180 dias após sua incorporação⁴. Assim, é importante enfatizar que, à época em que os pleitos aqui analisados foram iniciados, o medicamento não pertencia ao elenco do SUS.

Tabela 3. Medicamentos padronizados constantes nas listas oficiais de medicamentos do Sistema Único de Saúde (SUS) - REME/DF e RENAME - solicitados nos processos judiciais nas Varas da Fazenda Pública do Distrito Federal (autuados na Procuradoria Geral do Distrito Federal de janeiro a julho de 2014)

Padronização	Janeiro	Fevereiro	Março	Abril	Maio	Junho	Julho	Total
Apenas na REME/DF	11	6	4	5	6	4	4	40
Apenas na RENAME	0	0	0	0	0	4	1	5
Constante nas duas listas	3	5	6	7	7	2	8	38

Fonte: Procuradoria Geral do Distrito Federal.

Entre os medicamentos padronizados, que equivalem a 42,56% das ações de medicamentos, cerca de 94% estão inclusos na REME/DF. Observou-se, também, uma alta porcentagem de ações com medicamentos que pertencem apenas à REME/DF, totalizando 48,19%.

De acordo com a Política Nacional de Medicamentos, oficializada pela Portaria n.º 3.916, de 30 de outubro de 1998 (20), a RENAME deve ser a base para a elaboração das relações de medicamentos essenciais estaduais e municipais. Além disso, considerando, que cada relação deve observar as doenças, agravos e demais determinantes em saúde de sua região, infere-se que, dentro da política de assistência farmacêutica do DF, tenha se verificado a necessidade de determinados medicamentos; os quais, apesar de não constarem na RENAME, são essenciais e constantemente demandados pela população do Distrito Federal.

Os 50% dos medicamentos padronizados apenas na REME/DF são medicamentos oncológicos (*Capecitabina, Cisplatina, Fulvestrant, Oxaliplatina, Pazopanibe, Sorafenibe e Trastuzumabe*), categoria essa que, segundo a Política Nacional de Atenção Oncológica(21), estabelecida pela Portaria nº 2.439/GM, de 08 de dezembro de 2005, não é contemplada na RENAME. O planejamento, a organização

⁴ Conforme Decreto nº 7.646, de 21 de dezembro de 2011, a incorporação de uma tecnologia no SUS é realiza pelo Ministério da Saúde, com o assessoramento da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (CONITEC), órgão colegiado desse Ministério. A CONITEC atua por meio da emissão de relatórios de recomendação, nas atribuições relativas à incorporação, exclusão ou alteração pelo SUS de tecnologias em saúde, bem como na constituição ou alteração de protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas. O relatório da CONITEC, juntamente com o processo administrativo para incorporação é encaminhado ao Secretário de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde que, após sua análise, emite a decisão sobre a incorporação, publicada no Diário Oficial da União.

e o controle da Rede de Atenção Oncológica são de responsabilidade das Secretarias de Saúde Estaduais e Municipais, cabendo à União o assessoramento técnico necessário e o financiamento de grande parte dessa política pública (21).

Tabela 4. Posicionamento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) quanto ao fornecimento de medicamentos não padronizados.

	Total de ações pleiteando medicamentos não padronizados		
	A favor		31
Sentença	Contra		1
	Feito extinto sem	Liminar Deferida	7
	julgamento do mérito	Liminar Indeferida	0
Sentença ainda não	Liminar Deferida		79
proferida	Liminar Indeferida		1
	2		

Fonte: Procuradoria Geral do Distrito Federal.

Analisando as decisões proferidas pelos juízes do TJDFT no período estudado, verificou-se que em 96,69% das ações, o posicionamento do Tribunal é a favor do fornecimento de medicamentos não padronizados. Ressalta-se que, nesse percentual, foram consideradas tanto as sentenças a favor prolatadas, quanto as liminares deferidas, visto que entre as 121 ações analisadas, 82 ainda não foram julgadas.

Cabe salientar que, em todas as ações cuja sentença foi a favor do fornecimento do medicamento, antes do julgamento, houve a antecipação de tutela ao autor.

Em duas ações ainda não houve posicionamento do Tribunal. Em 1,6% das ações, os magistrados foram desfavoráveis à entrega do fármaco não padronizado. Esses 1,6% equivalem às duas ações, em que a primeira teve a liminar indeferida por se tratar de medicamento não disponível no mercado brasileiro e, a outra, não determinou o fornecimento, pois havia medicamento padronizado (*Natalizumabe*) poderia substituir o fármaco pleiteado (*Fingolimode*). Contudo, o *Fingolimode*, posteriormente, foi disponibilizado pelo convênio da autora.

As ações que tiveram a liminar deferida, mas foram extintas sem julgamento de mérito, estavam enquadradas em um dos três motivos: o convênio do autor havia fornecido o medicamento, o autor havia falecido, ou o medicamento não era mais necessário ao autor.

Os dados encontrados por Conti (12) convergem com os resultados do presente estudo, em relação à posição do TJDFT sobre o fornecimento de medicamentos. Ao analisar as determinações sobre o fornecimento de fármacos, tanto padronizados quanto os não padronizados, Conti verificou que houve deferimento da antecipação de tutela em 92,7%, 90,2% e 86,4% das ações, respectivamente, em 2009, 2010 e 2011.

Delduque e Marques (18) também identificaram que houve deferimento da liminar para fornecimento do medicamento pleiteado, em todos os processos que solicitaram a antecipação de tutela. Da mesma forma, os estudos de Romero (15), analisando acórdãos julgados pelo TJDFT, referentes às ações de medicamentos no período de 2001 a 2005, detectaram que todos os pleitos foram concedidos.

Diante desses dados, e de outros estudos que constataram as decisões de juízes a favor do fornecimento de medicamentos não padronizados nas listas do SUS, verifica-se que considerável parte das demandas judiciais é deferida, sem a devida observação das políticas públicas de saúde vigentes (8).

A análise de Vieira (17), sobre as distorções causadas pela intervenção do Poder Judiciário no fornecimento de medicamentos, mostram que as decisões sem observância às normas consolidadas que disciplinam o acesso à saúde, comprometem a atuação do Poder Executivo e a organização do Sistema Único de Saúde, visto que não consideram o orçamento previsto na formulação das políticas e o planejamento dos programas.

Essas intervenções repercutem nas etapas do Ciclo de Assistência Farmacêutica (5) e dificultam o uso racional dos medicamentos. A excessiva judicialização acaba gerando desgastes nas relações entre os Poderes Executivo e Judiciário, comprometendo a gestão do SUS (15). Os gestores da saúde, visando cumprir às determinações impostas pelo Judiciário, acabam adquirindo medicamentos por meio de processos de compra não usuais, que implicam maior custo, além de serem obrigados a atender demandas não previstas no planejamento orçamentário (11) (12).

Cabe observar, porém, que não é em função do medicamento não estar inserido

Cad. Ibero-Amer. Dir. Sanit., Brasília, v.4, n.3, jul./set. 2015 ISSN 2358-1824

nas listas oficiais do SUS que ele não deva ser fornecido.

Segundo Pandolfo, Delduque e Amaral (8) a solicitação de medicamentos não disponíveis no SUS foi observada em diversos estudos, podendo estar relacionada aos procedimentos terapêuticos não essenciais, ou se referirem às inovações tecnológicas não incorporadas pelo SUS. Esse fenômeno pode decorrer da demora do Poder Executivo em atualizar as listas oficiais de medicamentos essenciais, bem como os Protocolos Clínicos⁵ e, assim, não acompanharem a velocidade de surgimento de novas tecnologias farmacêuticas (19). Pode também ser o resultado da ausência, no âmbito do SUS, de qualquer tratamento específico para determinada patologia, ou ainda pelo fato de o tratamento alternativo existente na rede pública não ser adequado ao quadro do autor (22).

Como colocado com propriedade pelo Ministro Gilmar Mendes,

Se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de (1) uma omissão legislativa ou administrativa, (2) de uma decisão administrativa de não fornecêla ou (3) de uma vedação legal a sua dispensação. [...] o conhecimento médico não é estanque, sua evolução é muito rápida e dificilmente suscetível de acompanhamento pela burocracia administrativa. Se, por um lado, a elaboração dos Protocolos Clínicos e das Diretrizes Terapêuticas privilegia a melhor distribuição de recursos públicos e a segurança dos pacientes, por outro a aprovação de novas indicações terapêuticas pode ser muito lenta e, assim, acabar por excluir o acesso de pacientes do SUS a tratamento há muito prestado pela iniciativa privada (22).

Nesse sentido, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) apresentou na I Jornada Nacional da Saúde (21), ocorrida em maio de 2014, em São Paulo, alguns enunciados, com a finalidade de orientar as decisões dos Tribunais sobre o direito à saúde. Entre os enunciados aprovados, dois em especial referem-se às solicitações de medicamentos não padronizados:

Enunciado nº 4: Os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) são elementos organizadores da prestação farmacêutica, e não limitadores. Assim, no caso concreto, quando todas as alternativas terapêuticas previstas no respectivo PCDT já tiverem sido esgotadas ou forem inviáveis ao quadro clínico do paciente usuário do SUS, pelo princípio do art. 198, III, da CF, pode ser determinado judicialmente o fornecimento, pelo Sistema Único de Saúde, do fármaco não protocolizado.

⁵ Protocolo Clínico e Diretriz Terapêutica é o documento que estabelece critérios para o diagnóstico da doença ou do agravo à saúde; o tratamento preconizado, com os medicamentos e demais produtos apropriados, quando couber; as posologias recomendadas; os mecanismos de controle clínico; e o acompanhamento e a verificação dos resultados terapêuticos, a serem seguidos pelos gestores do SUS. No âmbito federal, esse protocolo é elaborado pelo Ministério da Saúde, mas também existem protocolos clínicos elaborados pelas Secretarias de Saúde estaduais e municipais. Os medicamentos inseridos nesses protocolos são analisados quanto à sua eficácia, segurança, efetividade e custo-efetividade.

Enunciado nº 14: Não comprovada a inefetividade ou impropriedade dos medicamentos e tratamentos fornecidos pela rede pública de saúde, deve ser indeferido o pedido não constante das políticas públicas do Sistema Único de Saúde (23).

É fato que a política no Brasil tem passado por processos de judicialização, em função da existência de falhas ou funcionamento inadequado dos Poderes que formam o Estado (7). No contexto da judicialização da saúde, a ineficiência do Poder Executivo tem estimulado a atuação do Poder Judiciário para supri-la ou minimizá-la. Um exemplo é o colocado por Conti (12), onde estudos mostram que apesar do aumento de recursos financeiros para aquisição de medicamentos padronizados, ainda persistem casos de desabastecimento da rede, o que leva a população a buscar no Judiciário o fornecimento de um medicamento que consta nas listas oficiais e, portanto, deveria estar disponível no SUS.

O Ministro Gilmar Mendes destaca, ainda, que:

Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento (22).

Contudo, como ressaltado por Tavares (19), alguns medicamentos padronizados são solicitados judicialmente não por dificuldades na gestão do estoque, mas sim pelo fato de eles serem padronizados para uma doença específica, de acordo com Protocolos Terapêuticos do SUS, e que às vezes não é o quadro apresentado pela parte autora da ação.

As decisões dos juízes das Varas estudadas têm se pautado, primeiramente, no dispositivo constitucional que define a saúde como um direito de todos e um dever do Estado. Nesse sentido, o Judiciário entende que o Poder Público não pode se eximir da sua obrigação, devendo envidar todos os esforços necessários para a efetiva concretização desse direito. O posicionamento do Tribunal considera, ainda, o princípio da dignidade humana como sendo basilar da Carta Magna e um amparo à pretensão dos autores ao fornecimento dos medicamentos pleiteados. Ressalta, também, a Lei Orgânica do Distrito Federal, que reproduz a garantia constitucional da saúde como um direito, bem como assegura a assistência farmacêutica à população, e enfatiza que a ausência de padronização não deve ser um empecilho no fornecimento de medicamentos aos necessitados.

Nesse sentido, já se manifestou o Egrégio Tribunal:

REMESSA NECESSÁRIA. COMINATÓRIA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO.

É dever do Estado - CF 196 e LODF 207 - fornecer gratuitamente medicamento, mesmo que não padronizado, a quem dele necessita e não possui condições para adquiri-lo. (TJDFT, 20130110298975RMO, Rel: FERNANDO HABIBE, 4ª Turma Cível, Acórdão 759.766, pub.: 18/02/2014. p. 128 dje) (24)

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. DIREITO SAÚDE. À ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA. **DEVER** DO ESTADO. DOENÇA FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO. RENAME E PROTOCOLOS CLÍNICOS. [...] 2. O fato de o medicamento não ser padronizado na RENAME, tampouco constar dos Protocolos Clínicos do Ministério da Saúde, não ocasiona a rejeição do pedido, sobretudo porque a escolha da medicação e do melhor tratamento ao paciente é tarefa do médico assistente.

- 3. Apenas se sujeita o cidadão ao fato de a medicação prescrita se encontrar regularmente inscrita na ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária). Se aprovada pela ANVISA, cabe ao Poder Público fornecer o remédio, em razão da garantia à assistência farmacêutica.
- 4. Recurso provido. (3ª Turma Cível, Acórdão 689.527, Des. Mario Zam Belmiro, pub.: 12/07/2013, p.133 DJE) (25)

Os posicionamentos a favor do fornecimento de medicamentos não padronizados têm se embasado também: no fato de os fármacos serem prescritos por médicos da rede pública de saúde; na ausência de condições financeiras do autor para arcar com o tratamento; no uso prévio de tratamentos padronizados, sem obtenção do controle da doença; bem como, na impossibilidade de se utilizar tratamento alternativo, sendo o pleiteado a única opção.

Considerações Finais

Diante da análise das decisões judiciais proferidas em demandas que pleitearam do Distrito Federal o fornecimento de medicamentos não padronizados pelo SUS, conclui-se que o posicionamento do TJDFT costuma ser a favor do fornecimento desses fármacos, verificando-se, ainda, a grande prevalência de liminares deferidas. Conforme assentado na jurisprudência do Tribunal estudado, o Estado é obrigado a fornecer gratuitamente medicamentos e itens de saúde necessários àqueles que não dispõem de recursos financeiros para custeá-los, independente de Protocolos e listas de medicamentos essenciais. Tal conduta é baseada no princípio da dignidade humana, na consolidação constitucional do direito à saúde e nas legislações infraconstitucionais que asseguram tal direito ao indivíduo, incluindo a assistência

farmacêutica.

Contudo, a garantia constitucional do direito à saúde e a criação de um Sistema Único de Saúde universal e integral não são justificativas para que o Estado arque com todo e qualquer tratamento em saúde, que esteja disponível no mercado nacional ou internacional (14). A insuficiência de recursos financeiros faz com que seja necessária a elaboração de políticas públicas que visem atender da forma mais eficiente e 'igualitária' toda a população brasileira. Evidente que não se pode esquecer o princípio da equidade, onde uma maior atenção e recursos devem ser empregados àqueles que necessitem mais.

A pesquisa apresentou indícios de que a demanda por medicamentos não padronizados tem superado os pleitos por fármacos padronizados. Isso pode ser devido tanto à desatualização das listas de medicamentos essenciais e dos protocolos clínicos, quanto em função do crescimento de medicamentos novos no mercado farmacêutico, que sugerem propiciar melhores resultados que os já existentes.

Como consequência, a judicialização de medicamentos não padronizados pode resultar na incorporação de novas tecnologias farmacêuticas no SUS. Um exemplo foi o que ocorreu com os medicamentos antirretrovirais. Apesar da grande necessidade de se implementar uma política de atenção à saúde voltada para os portadores de doenças sexualmente transmissíveis, em especial o HIV/AIDS, houve forte influência das ações judiciais que demandavam fármacos antirretrovirais (12). Messeder, Osorio-de-Castro e Luiza (26) constataram uma relação entre os medicamentos demandados judicialmente e a inclusão dos mesmos nas listas oficiais do SUS.

Esse processo de incorporação pode ser favorável por permitir ao gestor aperfeiçoar o planejamento do ciclo de assistência farmacêutica desses medicamentos, principalmente na etapa da aquisição. Isso ocorre, pois, quando o fornecimento de um medicamento é determinado judicialmente, o processo de compra deve ser imediato, ocorrendo, normalmente, por dispensa de licitação, fato que acaba elevando o preço da aquisição. A partir do momento em que o fármaco é incorporado, sua compra ocorre pela via normal de licitação, obtendo preços mais favoráveis.

Além da questão exposta, a incorporação permite a redução nas requisições pela via judicial, desafogando o Poder Judiciário.

Em relação aos medicamentos requisitados nas ações, houve indícios da prevalência de pleitos por fármacos não inclusos nas listas de medicamentos oficiais

Cad. Ibero-Amer. Dir. Sanit., Brasília, v.4, n.3, jul./set. 2015 ISSN 2358-1824

do SUS (REME/DF e RENAME), sendo que, entre esses, os mais solicitados foram para tratamento de câncer, esclerose múltipla e esquizofrenia. Ressalta-se aqui, a necessidade de se estudar um período maior que os sete meses analisados, a fim de se afirmar tal indício, uma vez que se observou uma oscilação dos resultados obtidos nos períodos anteriores (prevalência de medicamentos padronizados entre 2005 a 2008 e em 2012, e prevalência de não padronizados em 2009, 2010 e 2011).

Nesse contexto, é importante destacar que o aumento de pleitos por medicamentos não padronizados – e dentro desses incluem-se os medicamentos novos que não são registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), e, portanto, não possuem sua segurança e eficácia comprovadas no Brasil – pode estar relacionado aos interesses do setor farmacêutico em ampliar o seu mercado. Tal segmento, por meio de sua influência sobre associações de portadores de doenças, pesquisadores e médicos, poderia estar incentivando o surgimento dessas ações, com a finalidade de pressionar o registro no Brasil e a incorporação de tais fármacos nas políticas públicas do SUS. Contudo, essa conduta pode gerar não só prejuízos financeiros ao sistema de saúde, devido aos altos custos dessas inovações, mas também danos à saúde pública, em função da utilização inadequada e, principalmente, pela ausência de segurança e eficácia comprovadas, além do risco/benefício não determinado (27).

Observa-se, também, que apesar de as decisões judiciais se pautarem em outros fatores que extrapolam a lei, ainda se verifica um posicionamento enraizado nos textos jurídicos, em especial na Constituição Federal. Mesmo com a análise das políticas públicas estabelecidas pelo Executivo (como padronização de medicamentos, existência de protocolos que orientam a dispensação dos fármacos, e a existência de alternativas terapêuticas no SUS), o direito à saúde, positivado na Constituição, tem se sobressaído nas decisões. Tal conduta pode ser considerada uma forma de resguardar o Judiciário das consequências irreversíveis que uma ordem judicial contra o autor poderia gerar, em especial o risco à vida do cidadão (autor), caso o mesmo não receba determinado medicamento. Todavia, os juízes devem buscar todos os recursos possíveis para pautarem suas decisões, de acordo com cada caso, buscando instrumentos como as perícias que lhe permitam verificar que, realmente, tal fármaco, ainda que não padronizado, é imprescindível ao autor. Impedindo, assim, que o Judiciário anule as políticas públicas desenvolvidas pelo Executivo.

Cad. Ibero-Amer. Dir. Sanit., Brasília, v.4, n.3, jul./set. 2015 ISSN 2358-1824

Por fim, ressalta-se a incoerência da existência de pleitos por medicamentos padronizados, uma vez que os mesmos deveriam ser fornecidos, obrigatoriamente, pelo Poder Executivo, além de estarem disponíveis para toda a população, sem necessidade de interferência do Judiciário, visto que são considerados essenciais. Para superar esse desafio é necessária uma organização do Poder Executivo, atualizando seus Protocolos, adequando a aplicação dos recursos escassos que possui e aperfeiçoando o gerenciamento dos estoques e dos processos de compras de medicamentos. Dessa forma, provavelmente seriam supridas as reais necessidades da população, inclusive diante do crescimento do mercado de novas tecnologias farmacêuticas e da grande prevalência de doenças crônicas e graves que têm afligido a população brasileira.

Referências bibliográficas

- 1 Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil, 05 outubro de 1988. [Internet]. Brasília, 5 out 1988. [Acesso em 30 ago 2014]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm.
- 2 Brasil. Lei Orgânica do Distrito Federal, de 8 de junho de 1993. Constitui a Lei Fundamental do Distrito Federal, com o objetivo de organizar o exercício do poder, fortalecer as instituições democráticas e os direitos da pessoa humana. [Internet]. Brasília, 6 jun 1993 [Acesso em 30 ago 2014] Disponível em: http://www.cl.df.gov.br/pesquisa-de-leis-e-proposicoes.
- 3 Brasil. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências Lei Orgânica da Saúde. [Internet]. Brasília, 20 set 1990 [Acesso em 30 ago 2014]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm.
- 4 Brasil. Lei n.º 12.401, de 28 de abril de 2011. *Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde -* SUS. [Internet]. Brasília, 29 abr 2011 [Acesso em 20 out 2014]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12401.htm.
- 5 Vianna LW. A judicialização da política no Brasil, *In* VIANNA, LW *et al*, *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999, p. 47–70
- 6 Machado FR de, DAIN S. A Audiência Pública da Saúde: questões para a judicialização e para a gestão de saúde no Brasil. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v.46, n.4, p.1010-1036, 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S00347612201200040006&Ing=en&nrm=iso. Acesso em: 30 ago. 2014.
- 7 Schmidt Neto AP. A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil Revista da Faculdade de Direito UniRitter [Internet]. 2009. [Acesso em 10 set 2014], 1(10):83-96, 2009. Disponível em http://seer.uniritter.edu.br/index.php/direito/article/view/252
- 8 Pandolfo M, Delduque M C, Amaral RG. Aspectos jurídicos e sanitários condicionantes para o uso da via judicial no acesso aos medicamentos no Brasil. *Revista de Salud Pública* [Internet]. 2012 [Acesso em 30 ago 2014], 14(2): 340-349. Disponível em
- http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S012400642012000200014&Ing=en&nrm=iso.
- 9 Diniz D, Machado TRC, Penalva J. A judicialização da Saúde no Distrito Federal, Brasil. *Revista Ciência & Saúde Coletiva* [Internet]. 2014. [Acesso em 30 ago 2014]

19(2): 591-598. Disponível em:

http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S141381232014000200591&ln_g=en&nrm=iso.

- 10 Brasil. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (7ª Vara da Fazenda Pública). Procedimento Ordinário nº 2014.01.1.136934-2 [Internet] Brasília, 22 set 2014. [Acesso em: 25 set. 2014]. Disponível em http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgi1?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=tjhtml34&ORIGEM=INTER&CIRCUN=1&SEQAND=2&CDNUPROC=20140111369342.
- 11 Sant'ana, RN. A saúde aos cuidados do judiciário: a judicialização das políticas de assistência farmacêutica no Distrito Federal a partir da jurisprudência do TJDFT [Dissertação] [Internet]. Brasília: Mestrado em Direito, Universidade de Brasília; 2009. [Acesso em 30 ago 2014]. Disponível em http://repositorio.unb.br/handle/10482/4153
- 12 Conti, M. de A. Avaliação das demandas judiciais por acesso a medicamentos no Distrito Federal [Dissertação] [Internet]. Brasília: Mestrado em Ciências da Saúde, Universidade de Brasília; 2013. [Acesso em 30 ago 2014]. Disponível em: http://repositorio.unb.br/handle/10482/13532.
- 13 Ventura M, Simas L, Pepe VLE, Schramm, FR. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. *Physis Revista de Saúde Coletiva* [Internet]. 2010. [Acesso em 30 ago 2014] 20(1):77-100. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010373312010000100006&Ing=en&nrm=iso.
- 14 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. *Revista Cadernos de Saúde Pública* [Internet]. 2010 [Acesso em 30 ago 2014] 26(1): 59-69. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci arttext&pid=S0102311X2010000100007&In q=en&nrm=iso.
- 15 Romero LC. Judicialização das políticas de assistência farmacêutica: o caso do Distrito Federal. *Textos para discussão* [Internet]. 2008 [Acesso em 30 ago 2014] p.1-48. Disponível em http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/96829.
- 16 Vieira FS, Zucchi P. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. *Revista de Saúde Pública* [Internet]. 2007 [Acesso em 10 set 2014] 41(2): 214-222. Disponível em http://www.scielosp.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S003489102007000200007_&lng=pt&nrm=iso.
- 17 Vieira FS. Ações judiciais e direito à saúde: reflexões sobre a observância aos princípios do SUS. *Revista de Saúde Pública* [Internet]. 2008 [Acesso em 10 set 2014] 42(2): 365-369. Disponível em http://www.scielosp.org/scielo.php?script=sci_pdf&pid=S003489102008000200025&Ing=pt&nrm=iso&tlng=pt.

- 18 Delduque M.C, Marques SB. A Judicialização da política de assistência farmacêutica no Distrito Federal: diálogos entre a política e o direito. *Tempus Actas de Saúde Coletiva* [Internet]. 2011 [Acesso em 30 ago 2014] 5(4): 97-106. Disponível em http://www.tempusactas.unb.br/index.php/tempus/article/view/1060.
- 19 Tavares MPR. Perfil dos medicamentos judicializados no Distrito Federal no primeiro semestre de 2012. *Tempus Actas de Saúde Coletiva* [Internet]. 2013 [Acesso em 10 set 2014] 7(1): 317-331. Disponível em: http://www.tempusactas.unb.br/index.php/tempus/article/view/1299.
- 20 Brasil. Ministério da Saúde. Portaria n.º 3.916, de 30 de outubro de 1998. Aprova a Política Nacional de Medicamentos. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil [Internet] Brasília, 10 nov 1998. [Acesso em 30 ago 2014]. Disponível em http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html.
- 21 Brasil. Advocacia-Geral da União. Consultoria-Geral da União. Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Saúde. Política Nacional de Atenção Oncológica. Atribuições dos entes federativos. Tratamento para câncer pelo SUS trâmites administrativos. Fornecimento de medicamentos em assistência oncológica. Ressarcimento dos CACON/UNACON e considerações sobre a alegação de subfinanciamento. [Internet] Brasília. [Acesso em 20 out 2014]. Disponível em: http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/23472010.
- 22 Brasil. Superior Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175. [Internet]. Brasília, 17 mar 2010. [Acesso em 20 out 2014]. Disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255.
- 23 Brasil. Conselho Nacional de Justiça. Enunciados Aprovados na I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça. Em: I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça. [Internet] [Acesso em 20 out 2014]. Disponível em http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENRIA_15_5_14_r.pdf%3E.
- 24 Brasil. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (4ª Turma Cível). Acórdão 759.766. [Internet]. Brasília, 12 fev 2014. [Acesso em 20 out 2014]. Disponível em http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj.
- 25 Brasil. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (3ª Turma Cível). Acórdão 689.527. [Internet] Brasília, 12 jul 2013. [Acesso em: 20 out. 2014]. Disponível em http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj.
- 26 Messeder AM, Osorio-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. *Cadernos de Saúde Pública* [Internet]. 2005 [Acesso em 10 set 2014] 21(2): 525-534. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-311X2005000200019&script=sci_arttext.

Cad. Ibero-Amer. Dir. Sanit., Brasília, v.4, n.3, jul./set. 2015 ISSN 2358-1824

27 Soares JCRS, Deprá AS. Ligações perigosas: indústria farmacêutica, associações de pacientes e as batalhas judiciais por acesso a medicamentos. *Physis Revista de Saúde Coletiva* [Internet]. 2012 [Acesso em 30 ago 2014] 22(1): 311-329. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci arttext&pid=S0103-73312012000100017.

Recebido para publicação em 26 de janeiro de 2015. Admitido para publicação em 02 de julho de 2015.

CIADS – 2015 DOI: http://dx.doi.org/10.17566/ciads.v4i3.159 Página 24

A produção legislativa em saúde da Câmara Legislativa do Distrito Federal na Quinta Legislatura (2007-2010)

The legislative health production at the Legislative Chamber of the Federal District in the fifth Parliamentary Term (2007-2010)

Ione Silva Barros¹, Luiz Carlos Romero²

Resumo: O estudo analisa as contribuições da Câmara Legislativa Distrital (CLDF) para a política de saúde do Distrito Federal, caracterizando sua produção legislativa em matéria de saúde e a atuação dos poderes Legislativo e Executivo quanto à iniciativa, proposição, apreciação e aprovação daquelas matérias, no âmbito da 5ª legislatura (2007-2010). Trata-se de estudo de natureza exploratória e descritivo. a partir de análise documental. Das 2.515 proposições legislativas que foram apresentadas à CLDF na 5^a Legislatura, 180 tratavam de matéria de saúde. Quanto à espécie normativa, predominaram os projetos de lei ordinária, tanto em termos gerais quanto em matéria de saúde. Quanto ao mérito, observou-se predomínio de proposições tratando de instituir políticas voltadas para o controle ou a atenção a agravos específicos (38,4%) e políticas setoriais (23,4%), de iniciativa do Legislativo. As matérias de saúde ocuparam com frequência baixa a agenda do Poder Legislativo Distrital na 5^a Legislatura, e, ao analisá-las, percebe-se que os princípios e mandamentos do SUS são insuficientes para o oferecimento de uma atenção integral. sendo necessário obrigar, por meio de leis específicas, os gestores do SUS a oferecerem os serviços de saúde de que a população necessita.

Palavras-chave: Direito à Saúde, Produção Legislativa, Sistema Único de Saúde.

Abstract: The study examines the contributions of the District Legislative Chamber (CLDF) for health policy of the Federal District, featuring their legislative production on health and the performance of the legislative and executive powers regarding the initiative, proposition, appraisal and approval of those matters within the framework of the 5th parliamentary term (2007-2010). It is an exploratory and descriptive study based on document analysis. Of the 2515 legislative proposals that were presented to the CLDF in the 5th term: 180 with matters of health, and normative laws predominated projects of ordinary bills, both in general terms as well as in terms of health. On the substance, it was observed a predominance of propositions trying to establish policies for the control or attention to specific reportable diseases (38.4%) and sectoral policies (23.4%) predominated in the legislative initiative. The study concludes there is a low frequency of health issues on the agenda of District Legislature of the 5th term; however, to analyze them, one realizes that the principles and commandments of SUS are insufficient for the delivery of comprehensive care and it is necessary to obligate SUS managers to provide health services that the population needs, through specific laws.

Keywords: Right to Health, Legislative production, Unified Health System.

¹ Graduada em Saúde Coletiva pela Universidade de Brasília. Pós-graduada em Direito Sanitário pela Fiocruz Brasília. Mestranda em Saúde Coletiva da Faculdade de Ciências da Saúde - FS/UnB. Pesquisadora do Núcleo de Estudos em Saúde Pública - NESP/UnB. Brasília, DF, Brasil. E-mail: ionesilvabarros81@gmail.com.

² Médico. Especialista em Saúde Pública e em Direito Sanitário. Mestre em Saúde Coletiva pela Faculdade de Ciências da Saúde - FS/UnB Brasília, DF, Brasil. E-mail: romero.luizcarlos@gmail.com.

Resumen: Este estudio tiene como finalidad analizar las contribuciones de la Cámara Legislativa Distrital (CLDF) en relación a la política de salud del Distrito Federal (Brasilia). Se ha caracterizado la producción legislativa en materia de salud y la actuación de los poderes Legislativo y Ejecutivo en cuanto a la iniciativa, propuesta y aprobación de las normativas en el ámbito de la 5ta Legislatura (2007-2010). Se trata de un estudio de naturaleza exploratoria- descriptiva que fue realizado a partir de un análisis documental. De las 2.515 propuestas legislativas que fueron presentadas en la Cámara Legislativa en la 5ta legislatura, 180 trataban temas de salud. Predominaron los proyectos de ley ordinarios, tanto de iniciativas generales como de salud. En cuanto al contenido de las normas, se observó una predominancia de propuesta tratando instituir políticas para control o para la atención de algunas enfermedades específicas (38,4%). También hubo una predominancia de políticas sectoriales (23,4%). Predominaron las normas de iniciativa del poder legislativo. Se concluye que los temas de salud tuvieron una frecuencia baja en la agenda del Poder Legislativo Distrital en la 5ta Legislatura y al analizarlas, se percibe que los principios y mandatos del SUS serian insuficientes para la prestación de la atención integral y resultaría necesario obligar, por medio de leyes específicas, a los gestores del SUS a que ofrezcan los servicios de salud que la población necesita.

Palabras-llave: Derecho a la Salud, Producción Legislativa, Sistema Único de Salud.

Introdução

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) inaugurou um novo momento políticoinstitucional no Brasil, ao reafirmar o Estado democrático e definir uma política de proteção social abrangente. Reconheceu a saúde como direito social de cidadania e, com isso, a inscreveu no rol de um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, voltados para assegurar nova ordem social, cujos objetivos precípuos são o bem-estar e a justiça sociais (1).

Para concretizar esse direito, a CF/88 criou o Sistema Único de Saúde (SUS), a partir de um modelo hierarquizado e regionalizado de ações e serviços públicos de saúde, organizados sob as diretrizes da descentralização, do atendimento integral e da participação social, conforme disposto em seu art. 198 (2).

A política de saúde do Distrito Federal se insere nesse contexto do SUS, que apresenta a descentralização como uma de suas diretrizes e que transfere, em parte, ao poder local, a responsabilidade das ações e serviços (3).

Para Dallari (4), o sistema de separação dos poderes, consagrado nas Constituições de quase todo o mundo, foi associado à ideia de Estado Democrático e deu origem a uma engenhosa construção doutrinária, conhecida como sistema de freios e contrapesos. Segundo essa teoria, os atos que o Estado pratica podem ser de duas espécies: ou são atos gerais ou são especiais. Os atos gerais, que só podem ser

Cad. Ibero-Amer. Dir. Sanit., Brasília, v.4, n.3, jul./set. 2015 ISSN 2358-1824

praticados pelo Poder Legislativo, constituem a emissão de regras gerais e abstratas, não se sabendo, no momento de serem emitidas, a quem elas irão atingir (4).

Dessa forma, o Poder Legislativo, que só pratica atos gerais, não atua concretamente na vida social, não tendo meios para cometer abusos de poder nem para beneficiar ou prejudicar a uma pessoa ou a um grupo em particular. Só depois de emitida a norma geral é que se abre a possibilidade de atuação do Poder Executivo, por meio de atos especiais. O Executivo dispõe de meios concretos para agir, mas está igualmente impossibilitado de atuar discricionariamente, porque todos os seus atos estão limitados pelos atos gerais praticados pelo Legislativo. E, caso houver exorbitância de qualquer dos poderes, surge a ação fiscalizadora do Poder Judiciário, obrigando cada um a permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competências (4).

Reconhecendo o Poder Legislativo como um importante ator social, este trabalho tem como objetivo analisar a contribuição da Câmara Legislativa Distrital para a política de saúde do Distrito Federal, caracterizando sua produção legislativa em matéria de saúde e a atuação dos poderes Legislativo e Executivo quanto à iniciativa, proposição, apreciação e aprovação daquelas matérias, no âmbito da 5ª legislatura (2007-2010).

Metodologia

Estudo de natureza exploratória e descritivo, a partir de análise documental, tendo como fonte de pesquisa as proposições legislativas apresentadas à Câmara Legislativa Distrital na 5ª Legislatura, disponíveis no banco de dados da Câmara Legislativa Distrital – CLDF, acessáveis na internet pelo sítio eletrônico (sistema LEGIS) http://www.cl.df.gov.br/web/guest/proposicoes.

Segundo Gil (5), as pesquisas exploratórias têm como principal finalidade desenvolver, esclarecer e modificar conceitos e ideias, tendo em vista a formulação de problemas mais preciosos ou hipóteses pesquisáveis para estudos posteriores. São desenvolvidas com objetivo de proporcionar visão geral, de tipo aproximativo, acerca de determinado fato. Muitas vezes as pesquisas exploratórias constituem a primeira etapa de uma investigação mais ampla (5). Sobre os estudos descritivos, o autor destaca que essas pesquisas visam descobrir associações entre variáveis, para elucidar determinados resultados, por meio de técnicas padronizadas de coletas de dados.

A análise da produção legislativa em saúde e da atuação da Câmara Distrital foi feita a partir da identificação da produção legislativa em saúde, quanto ao mérito e a espécie normativa – Projetos de Emenda à Lei Orgânica do Distrito Federal (PELO), Projetos de Lei Complementar (PLC), Projetos de Leis Ordinárias (PL) e Projetos de Decretos Legislativos (PDL), apresentados à Câmara Distrital na 5ª legislatura (2007 – 2010).

Quanto ao mérito, as proposições foram classificadas em cinco categorias básicas: políticas voltadas para o controle e/ou a assistência de agravos específicos; políticas Setoriais; gestão em saúde; simbólicas, honoríficas e outros.

Foram identificadas, no sítio eletrônico (sistema LEGIS) da Câmara Distrital, 2.515 proposições apresentadas na 5ª legislatura, das quais 180 tratavam de matérias de saúde.

Para análise descritiva, foram levantadas as seguintes categorias: epígrafe; data de apresentação; resultado (aprovada, rejeitada, arquivada, vetada, apensada, tramitando); tempo de tramitação, ano e autoria.

Os achados foram tabulados em planilha eletrônica no formato Microsoft Excel, para análise e resultados.

Resultados

Foram apresentadas 2.515 proposições legislativas à CLDF na 5ª Legislatura, das quais 180 tratavam de matéria de saúde. A proporção de 7,1%, evidencia que matérias de saúde ocuparam a agenda do Poder Legislativo Distrital com frequência, na legislatura estudada.

Quanto à espécie normativa, predominaram os Projetos de Lei Ordinária (172), tanto em termos gerais quanto em matéria de saúde. A baixa proporção de Projetos de Lei Complementar (3) e de Projetos de Emenda à Lei Orgânica (4), cuidando de matérias de saúde, é significativa de que elementos estruturais do sistema e da política já estavam estabelecidos; de um total de 575 Projetos de Decretos Legislativos, apenas 1 tratava de matéria de saúde, representando o menor percentual.

Quanto ao mérito, observou-se predomínio de proposições tratando de instituir políticas voltadas para o controle ou a atenção a agravos específicos (38,4%) e políticas setoriais (23,4%). Outros 18,4% estavam relacionados à gestão em saúde; e Projetos de Leis Simbólicas e Honoríficas tiveram um número pequeno (Tabela 1).

Tabela 1 – Proposições legislativas sobre matérias de saúde apresentadas à Câmara Legislativa Distrital na 5ª Legislatura, segundo a matéria e a espécie normativa. Brasília, 2007-2010.

Categoria \ espécie normativa		PELO		PLC		PL		PDL		Total
		%	Ν°	%	Nο	%	Nο	%	N⁰	%
Políticas p/ agravos específicos	1	0,6	-	-	68	37,7	-	-	69	38,4
Políticas setoriais	-	-	-	-	42	23,3	-	-	42	23,4
Gestão em saúde	2	1,1	4	2,2	27	15,0	-	-	33	18,4
Leis simbólicas	-	-	-	-	5	2,8	-	-	5	2,8
Leis honoríficas	-	-	-	-	1	0,6	-	-	1	0,6
Outras	-	-	-	-	29	16,1	1	0,6	30	16,7
Total	3	1,7	4	2,2	172	95,5	1	0,6	180	100,0

Fonte: Sistema LEGIS da Câmara Legislativa do Distrito Federal. Elaborada pela autora.

As proposições que trataram de matérias de saúde foram predominantemente apresentadas nos anos iniciais da Legislatura, em especial no ano de 2007, fato observado em relação a todas as categorias de mérito (Tabela 2).

Tabela 2 – Proposições legislativas sobre matérias de saúde apresentadas à Câmara Legislativa Distrital na 5^a Legislatura, segundo a matéria e o ano. Brasília, 2007-2010.

Categoria \ ano	2007		2	800	2009		2010		Total	
Categoria (and	Nο	%	No	%	Ν°	%	Nο	%	Ν°	%
Políticas p/ agravos específicos	42	42,0	14	35,9	9	34,7	4	25,0	69	38,0
Políticas setoriais	22	22,0	14	35,9	3	11,6	3	18,8	42	23,0
Gestão em saúde	14	14,0	3	7,7	9	34,7	7	43,8	33	18,0
Leis simbólicas	3	3,0	1	2,6	-	-	1	6,0	5	2,8
Leis honoríficas		-	1	2,6	-	-	-	-	1	0,6
Outros	18	18,0	6	15,0	5	19,0	1	6,0	30	16,7
Total	99	55,0	39	21,7	26	14,4	16	8,9	180	100,0

Fonte: Sistema LEGIS da Câmara Legislativa do Distrito Federal. Elaborada pela autora.

Das 180 matérias de saúde apresentadas à CLDF na legislatura estudada, predominaram as de iniciativa do Legislativo, com exceção daquelas voltadas para gestão, em razão da reserva constitucional de iniciativa do Executivo. Ocorre que as proposições de políticas, tanto as voltadas para agravos específicos quanto de políticas setoriais são quase que, exclusivamente, de iniciativa do Legislativo (68 das 69 proposições de políticas específicas e 41 das 42 políticas setoriais). A proposição de Leis Simbólicas e Honoríficas foram todas de iniciativa do Poder Legislativo (Tabela 3).

Tabela 3 - Proposições legislativas sobre matérias de saúde apresentadas à Câmara Legislativa Distrital na 5^a Legislatura, segundo a categoria de matéria e a iniciativa. Brasília, 2007-2010.

Injuigitiva/Catagoria	Legislativo	Executivo	Total	
Iniciativa/Categoria	Nº %	Nº %	Nº %	
Políticas voltadas p/ agravos específicos	68 37,8	1 0,6	69 34,4	
Políticas setoriais	41 22,8	1 3,0	42 23,3	
Gestão em saúde	6 3,3	27 15,0	33 18,3	
Simbólicas	5 2,8		5 2,8	
Honorífica	1 0,6		1 0,6	
Outras	29 16,1	1 0,6	30 16,7	
Total	150 83,3	30 16,7	180 100,0	

Fonte: Sistema LEGIS da Câmara Legislativa do Distrito Federal. Elaborada pela autora

Das matérias de saúde, quanto à iniciativa, predominaram as oriundas do Poder Legislativo. Quanto ao resultado, as matérias foram arquivadas ou estavam tramitando. Quanto ao resultado das matérias de saúde de iniciativa do Poder Executivo, os projetos foram sancionados (Tabela 4).

Tabela 4 - Proposições legislativas sobre matérias de saúde apresentadas à Câmara Legislativa Distrital na 5^a Legislatura, segundo a iniciativa e o resultado. Brasília, 2007-2010.

Iniciativa/Resultados	Legislativo	Executivo	Total
	Nº %	Nº %	Nº %
Retirado	7 4,7	6 20,0	13 7,2
Apensado	2 1,3	1 3,3	3 1,7
Arquivado	37 24,7	4 13,3	41 22,8
Prejudicado	7 4,7		7 3,9
Aprovado	4 2,7		4 2,2
Promulgado	5 3,3	2 6,7	7 3,9
Sancionado	26 17,3	17 56,7	43 23,9
Vetado	5 3,3		5 2,8
Tramitando	57 38,0		57 31,7
Total	150 100,00	30 100,0	180 100,0

Fonte: Sistema LEGIS da Câmara Legislativa do Distrito Federal. Elaborada pela autora.

Das matérias de saúde, quanto à frequência de matérias apresentadas à CLDF na legislatura estudada, 12 tratavam do tema drogas; seguido dos temas educação e saúde e câncer (Tabela 5).

Tabela 5 - Proposições legislativas sobre matérias de saúde apresentadas à Câmara Legislativa Distrital na 5^a Legislatura, segundo a matéria. Brasília, 2007-2010.

Frequência/matérias	Nº	%
Drogas	12	6,7
Educação e saúde	10	5,6
Câncer (controle)	8	4,0
Vencimento de carreira	7	3,9
Saúde do trabalhador	6	3,0
Gratificação salarial	5	2,8
Reabilitação	4	2,0
Medicamentos	4	2,0
Saúde da mulher	4	2,0
Visão	3	1,7
Saúde da criança	3	1,7
Recursos humanos	2	1,0
Carreira assistencial	2	1,0
Criação de cargos	2	1,0
Outros	108	60,0
Total	180	100,0

Fonte: Sistema LEGIS da Câmara Legislativa do Distrito Federal. Elaborada pela autora.

Discussão

Nas últimas décadas, a sociedade brasileira vem passando por notável transformação, o que confere heterogeneidade estrutural à sociedade, refletindo nas estruturas social, política e econômica do país (6).

As proposições legislativas apresentadas à CLDF na legislatura estudada, quanto às matérias de saúde, foram propostas na sua quase totalidade na forma de Lei Ordinária, isto é, as chamadas leis comuns que são elaboradas pelo Congresso Nacional (na esfera federal), ou pela Assembleia Legislativa (na esfera estadual), ou pela Câmara dos Vereadores (na esfera municipal).

O Poder Legislativo destaca-se como principal propositor de matérias que tratam de políticas voltadas para o controle e assistência de agravos específicos (37, 8%) e de políticas setoriais (22,8%). Os temas que apareceram com maior frequência

com matérias de proposições foram os relativos às políticas voltadas para o combate às drogas; educação e saúde; e controle de cânceres (colo do útero, mama e bucal).

Observa-se que as proposições legislativas da Câmara Distrital em matéria de saúde, na legislatura estudada, têm favorecido grupos específicos e determinadas patologias, ou seja, os projetos propõem algo que está previsto na Lei nº8. 080, de 1990, que estabelece a integralidade da assistência como um dos princípios do Sistema Único de Saúde, um conjunto articulado e contínuo de ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de atenção.

A integralidade refere-se ao acesso de todo e qualquer cidadão brasileiro ao Sistema Único de Saúde, desde a prevenção, promoção, reabilitação e aos serviços de alta complexidade, quando houver necessidade de assistência.

O interessante é que essas leis trazem o que a Lei Orgânica da Saúde determina de forma geral e abstrata. Será que, para concretizar o direito à saúde, frente a uma patologia específica, é necessário explicitar a patologia? Nesse mesmo pensamento, Lucchese questiona se 'há necessidade de termos uma lei para cada tipo de patologia para que o SUS a venha atender?' (2).

Essas leis são frutos de iniciativas de parlamentares que, na maioria das vezes, não tem relação com as necessidades da população, nem obedecem aos critérios epidemiológicos, que são instrumentos que devem guiar a alocação de recursos, sempre escassos, para a saúde da população. Os critérios são unicamente políticos – se é que se pode chamar de critérios – de interesse de um grupo social ou parlamentar (2).

Outra questão é como essas demandas estão chegando aos parlamentares e de que forma esses grupos com interesses focalizados conseguem que suas demandas cheguem ao conhecimento dos parlamentares (2).

As instâncias de gestão do SUS e os profissionais de saúde não precisam de leis que especifiquem o que se deve fazer nos procedimentos de média e alta complexidade, visto que é de entendimento de todos, pois está previsto na Lei Orgânica da Saúde (2).

O princípio do acesso universal é a expressão de que todos têm o mesmo direito de obter as ações e os serviços dos quais necessitam, independente da complexidade, custo e natureza dos serviços envolvidos. Com a universalidade, as

condições socioeconômicas da população e a inserção no mercado de trabalho não devem implicar acesso diferenciado a determinados tipos de serviços: as despesas com os riscos de adoecimento e o financiamento passam a ser repartidos de forma solidária, entre grupos de diferentes classes de renda, sendo de responsabilidade de toda a sociedade (7).

Ainda segundo Noronha (7), o princípio da integralidade é entendido, nos termos da lei, como um conjunto articulado e contínuo de ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigindo para cada caso todos os níveis de complexidade do sistema. E para firmar esse princípio, o art. 196 da CF/88 é bem claro, quando afirma que é dever do estado a prestação de assistência à saúde, garantindo o acesso universal e igualitário do cidadão aos serviços e ações para sua promoção, proteção e recuperação. O direito à saúde, como está assegurado na Carta Magna, não deve sofrer embaraços impostos por autoridades administrativas, no sentido de reduzi-lo ou de dificultar o acesso a ele (2).

É certo que o conceito de integralidade precisa de uma definição que lhe agregue racionalidade no seu uso no âmbito do direito à saúde. Não deve significar qualquer coisa para qualquer pessoa. Isso seria a negação da natureza científica e racional da organização dos serviços de saúde, em qualquer de suas formas e contextos. A integralidade precisa ser regulada segundo cânones políticos e administrativos e consensos científicos (2).

O que se verifica é que mesmo sendo um direito garantido pela Constituição e pela Lei Orgânica da Saúde, parece que o SUS não tem dado conta de resolver problemas que a população vem sofrendo, seja na prestação de serviços ou na garantia de direitos pelo Estado, sendo necessária aprovação de leis que obrigue o SUS a fornecer medicamentos e criação de programas voltados para determinadas patologias (2).

Godoi (8) afirma que essas leis que definem políticas voltadas para agravos específico, produzidas por parte do Legislativo, devem ser uma tentativa de corrigir falhas e deficiências de cobertura do sistema público de saúde, respondendo a demandas de grupos específicos de usuários do SUS. Com a redemocratização, os grupos de interesse passam a ter um espaço privilegiado de atuação dentro do parlamento, entre os quais figuram os portadores de patologias e usuários do SUS. Analisar a relação dos grupos de interesse com os parlamentares, a que grupos estão vinculados ou representam, é uma abordagem importante no sentido de entender a

preferência dos parlamentares por esse tipo de proposição.

Os direitos sociais precisam de regulamentos claros, que permitam aos cidadãos ter consciência deles e da forma como os mesmos serão providos pelo Estado. No entanto, aprovar uma lei específica para cada grupo de interesses, não seria condição suficiente para sua efetivação (2).

A inclinação do Legislativo em favor de demandas de segmentos populacionais, definidos por atributos específicos, ao lado do debate e elaboração de leis de interesse geral admite diferentes interpretações. A criação de dias dedicados a portadores de patologias, como são os casos das leis simbólicas, tem sido encarada ora como um sintoma da hesitação sobre efetividade da universalização pretendida pelo SUS, ora como expressão da capacidade de absorver e até antecipar a diversificação das necessidades e interesses da sociedade brasileira (9).

Ainda segundo Bahia (9) há uma inclinação do Poder Legislativo em favorecer demandas de segmentos populacionais específicos, relacionados aos problemas de cobertura, enquanto o Executivo está mais voltado a encaminhar projetos de caráter geral e estruturante do sistema de saúde.

Percebe-se que atuação do Poder Executivo foi expressiva nas proposições referentes à categoria gestão do Sistema Único de Saúde (Tabela 3). Isso porque a função típica do Poder Executivo é exercer a administração pública do Estado.

O Executivo se sobressai no processo legislativo porque tem poder de agenda, e esta agenda é processada e votada por um Poder Legislativo, organizado de forma altamente centralizada em torno de regras que distribuem direitos parlamentares, de acordo com princípios partidários. Pois, no interior deste quadro institucional, o presidente conta com os meios para induzir os parlamentares à cooperação (11).

É preciso compreender melhor a dinâmica do presidencialismo de coalizão no Brasil. A Nova República repete a de 1946 que, por sua vez, provavelmente manteve resquícios da República Velha, sobretudo no que diz respeito à influência dos estados no governo federal, pela via da 'política de governadores'. A lógica de formação das coalizões tem, nitidamente, dois eixos: o partidário e o regional (estadual), hoje como ontem. É isto que explica a recorrência de grandes coalizões, pois o cálculo relativo à base de sustentação política do governo não é apenas partidário parlamentar, mas também regional (6).

É um sistema caracterizado pela instabilidade de alto risco e cuja sustentação baseia-se, quase que exclusivamente, no desempenho corrente do governo e na sua

disposição de respeitar estritamente os pontos ideológicos ou programáticos considerados inegociáveis, os quais nem sempre são explícita e coerentemente fixados na fase de formação da coalizão (6).

A força do Executivo é identificada tanto na ação legislativa típica quanto na ação da burocracia estatal, mediante a edição de normas infralegais que, muitas vezes, promovem verdadeiras modificações nas políticas aprovadas pelo Congresso. É amplamente aceito que o presidencialismo brasileiro está pautado fortemente na figura do presidente, que detém amplo poder legislativo concedido pela Constituição Federal. De acordo com Figueiredo (10), 86% das leis produzidas em 1989 foram originárias do Poder Executivo (8).

No plano macropolítico, verifica-se a permanência das formas mais atrasadas de clientelismo ao lado de padrões de comportamento ideologicamente estruturados. Há um claro 'pluralismo de valores', com os quais diferentes grupos associam expectativas e valorações diversas às instituições, produzindo avaliações acentuadamente distintas acerca da eficácia e da legitimidade dos instrumentos de representação e participação típicos das democracias liberais. Não se obtém, portanto, a adesão generalizada a um determinado perfil institucional, a um modo de organização, funcionamento e legitimação da ordem política (6).

A teoria empírica das coalizões de Abranches (6), embora excessivamente descritiva e assentada na lógica das preferências individuais, permite identificar algumas questões que ajudam a compreensão da intrincada dinâmica política e institucional associada aos governos de aliança. Em geral, a análise de estruturas políticas e sociais mais homogêneas e estáveis induz a uma ênfase maior em coalizões que minimizem o número de parceiros e maximizem as proximidades ideológicas entre eles (6).

Os dados revelam que uma das principais diferenças entre as proposições de autoria do Executivo e do Legislativo está no fato de o Executivo ter praticamente exclusividade na formulação de proposições voltadas para organização e gestão do SUS (2).

Outra diferença importante entre os dois Poderes foi em relação às leis simbólicas e honoríficas. A totalidade desse tipo de lei originou do Poder Legislativo. Não havendo leis dessa natureza no Poder Executivo (2).

No que se refere a esse estudo, as proposições classificadas como categorias de gestão de saúde ficaram restritas a gratificações, criação de cargos e vencimento de

Cuadernos Iberoamericanos de Derecho Sanitario

Cad. Ibero-Amer. Dir. Sanit., Brasília, v.4, n.3, jul./set. 2015 ISSN 2358-1824

carreira. Ou seja, proposições com maior foco nos recursos humanos do Sistema Único de Saúde.

Outro dado interessante é que todos os projetos de iniciativa do Executivo foram apresentados em caráter de urgência. O que, segundo Figueiredo e Limongi (10), além de alterar o ritmo da tramitação, retirando da comissão e forçando a pronta manifestação do plenário, a aprovação de requerimento de urgência limita a capacidade dos próprios parlamentares de apresentarem emendas ao projeto.

Matérias com regime de urgência tramitam rapidamente por ambas as casas, o que implica pequena participação dos parlamentares na elaboração das leis aprovadas (10).

A Constituição de 1988, no que diz respeito ao Poder Legislativo, aprovou dois conjuntos distintos e, podem-se definir contraditórios de medidas. De um lado, os constituintes aprovaram uma série de medidas tendentes a fortalecer o Congresso, recuperando assim os poderes subtraídos do Legislativo ao longo do período militar; de outro lado, a Constituição de 1988 manteve muitos dos poderes legislativos com os quais o Poder Executivo foi dotado ao longo do período autoritário. Dessa forma, não foram revogadas muitas das prerrogativas que permitiram ao Executivo dirigir o processo legislativo durante o regime militar (10).

De acordo com Baptista (12) ainda há um longo caminho a ser trilhado no processo político-institucional, de modo a garantir a independência e harmonia entre os poderes. Sendo uma questão fundamental em relação a esse caminho a busca de um maior balanceamento de poder dentro do próprio legislativo, que mantém um padrão altamente centralizado de organização, favorecendo o apoio legislativo à agenda Executiva em bases partidárias.

Conclusões

Observou-se que matérias de saúde ocuparam com baixa frequência a agenda do Poder Legislativo Distrital na 5ª Legislatura, no entanto, ao analisá-las, percebe-se que os princípios e mandamentos do SUS talvez não tenham alcançado seus objetivos, sendo necessário obrigar, por meio de leis específicas, os gestores do SUS a oferecerem os serviços de saúde de que a população necessita.

As proposições estudadas refletem um estado de ânimo da sociedade quanto ao Sistema Único de Saúde. Parece-nos que o objetivo dos proponentes dessas matérias de saúde é fazer com que o SUS cumpra o que propõe: a atenção integral à saúde de cada cidadão e da população em geral, no conjunto de suas necessidades.

Talvez essas leis voltadas para problemas específicos, possam, no longo prazo, se refletir em conquista da sociedade. Pois o SUS, sendo pressionado, talvez ofereça melhores serviços à população. Corre, no entanto, o risco de se tornar um sistema fragmentado e gerar desigualdades sociais.

Referências Bibliográficas

- 1 Baptista TWF, Machado CV, Lima LD. Responsabilidade do Estado e direito à saúde no Brasil: um balanço da atuação dos Poderes. *Ciências & Saúde Coletiva* [Internet]. 2009 [Acesso em: 10 jun. 2014] 14(3): 829-839. Disponível em http://www.scielo.br/pdf/csc/v14n3/18.pdf.
- 2 Lucchese G. Proliferação Legislativa no setor saúde: Conquista ou impasse? *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário* [Internet]. 2013 [Acesso em 10 jun 2014] 2(1): 1-21. Disponível em http://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/27/75.
- 3 Betini G. A produção legislativa em saúde da Câmara Distrital no ano de 2008. *In:* Romero L.C; Delduque MC, organizadores. *Estudos de Direito Sanitário:* a produção normativa em saúde. Brasília: Senado Federal: Subsecretaria de Edições Técnicas, 2011. 214 p.
- 4 Dallari DA. *Elementos da teoria geral do Estado* [Internet]. São Paulo: Saraiva; 1997. [Acesso em 1º out 2014]. Disponível em: http://pt.slideshare.net/pholwe/elementosdeteoriageraldoestadodalmodeabreudallarip ootzorg.
- 5 GIL AC. Métodos e técnicas de pesquisa social. São Paulo :Atlas; 1999.

6 Abranches SHH. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Revista de Ciências Sociais* [Internet]. 1988 [Acesso em 05 set 2014] 31: 5-34. Disponível em http://politica3unifesp.files.wordpress.com/2013/01/74783229-presidencialismo-de-coalizao-sergio-abranches.pdf.

- 7 Noronha C J *et al.* O Sistema Único de Saúde. *In:* Giovanella L, organizadora. *Políticas e sistemas de saúde no Brasil.* Rio de Janeiro: Fiocruz; 2012. p. 365-393.
- 8 Godoi AMM. Executivo e Legislativo na Produção Legal em Saúde, de 1988 a 2008. *In:* Romero LC; Delduque MC, organizadores. *Estudos de Direito Sanitário:* a produção normativa em saúde. Brasília: Senado Federal: Subsecretaria de Edições Técnicas; 2011. 214 p.
- 9 Bahia L, Costa NR, Stralen C. 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* [Internet]. 2007 [Acesso em 10 jul 2014] 12: 1791-1818. Disponível em http://www.scielosp.org/pdf/csc/v12s0/04.pdf.
- 10 Figueiredo A C, Limongi E. Mudança constitucional, desempenho do legislativo e consolidação institucional. *Revista Brasileira de Ciências Sociais* [Internet]. 1995 [Acesso em 12 jun 2014] 29: 175-200. Disponível em http://pmcspraca.files.wordpress.com/2013/01/figueiredo-e-limongi-1999.pdf.
- 11 ______. Executivo e legislativo na nova ordem constitucional [Internet]. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2001. [Acesso em 12 jun 2014]. Disponível em: http://pmcspraca.files.wordpress.com/2013/01/figueiredo-e-limongi-1999.pdf.
- 12 Baptista TWF. Análise da produção legislativa em saúde no Congresso Nacional brasileiro (1990-2006). *Cadernos de Saúde Pública* [Internet]. 2010 [Acesso em 03 jun 2014] 26(1): 97-109. Disponível em http://www.scielo.br/pdf/csp/v26n1/11.pdf.

Recebido para publicação em 27 de janeiro de 2015. Admitido para publicação em 01 de julho de 2015.

Direito à Saúde: demanda por suplementos alimentares no Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Right to Health: Demand for food supplements at the Court of Justice of Minas Gerais

Pollyana Rodrigues Pinheiro Dias¹

Resumo: No Brasil, os direitos fundamentais foram positivados na Carta Magna de 1988. Isso significou um grande avanço para a defesa da saúde, pois passou a ser protegida juridicamente e várias obrigações foram estabelecidas para os agentes públicos. O Sistema Único de Saúde tem encontrado fatores limitadores, devido a sua extensão e complexidade, não materializando todos dos preceitos constitucionais. O Judiciário é acionado para obrigar o Executivo a prestar ações e serviços de saúde, conforme a Constituição, fazendo surgir o fenômeno da judicialização no Brasil. No ano de 2010, a Emenda Constitucional nº 64, inseriu no rol de direitos fundamentais o direito à alimentação. O presente trabalho apresenta os resultados de pesquisa que analisou nos anos de 2009 a 2011, no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, as ações que pleiteavam suplemento alimentar para portadores de alergia alimentar. Concluiu- se que a EC 64/2010 não influenciou as decisões nas demandas dos mandados de segurança ou o aumento do número de ações mandamentais impetradas.

Palavras-chave: Judicialização da Saúde, Direito à Alimentação, Suplemento Alimentar.

Abstract: In Brazil, fundamental rights were written in the Constitution of 1988. This meant a major step forward for the defense of health and several obligations were established for public officials. The Health System has found limiting factors due to their length and complexity, not materializing all the constitutional provisions. The judiciary is triggered to constrain the Executive to provide health actions and services, according to the Constitution, giving rise the phenomenon in Brazil called judicialization. In 2010, through the Constitutional Amendment 64, entered in the list of fundamental rights the right to food. This paper presents the results of research that examined the years 2009 to 2011, the Court of Justice of Minas Gerais, the actions that were claiming food supplement for people with food allergies. It was concluded that the EC 64/2010 did not influence decisions on the demands of injunctions or increasing the number of actions.

Keywords: health judicialization, right to food, food supplement.

Resumen: En Brasil, los derechos fundamentales se escribiran en la Constitución de 1988. Esto significó un gran paso adelante para la defensa de la salud, ya que se hizo legalmente protegida y varias obligaciones fueron establecidas para los gestores públicos. El Sistema de Salud ha encontrado factores limitantes debido a su extensión y complejidad, no materializar todas las disposiciones constitucionales. El poder

1

¹ Nutricionista. Especialista em Gestão Administrativa nas organizações Públicas. Consultora Técnica em Segurança Alimentar e Nutricional pela FAO, no Ministério de Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Brasília, Brasil. E-mail: pollyanarpdias@gmail.com.

judicial se activa para obligar al Ejecutivo a efectuar acciones y servicios de salud, de acuerdo con la Constitución, que da lugar al fenómeno en Brasil Ilamada judicialización de la salud. En 2010, por la Enmienda Constitucional Nº 64, entró en la lista de los derechos fundamentales, el derecho a la alimentación. Este trabajo presenta los resultados de las investigaciones que examinaron los años 2009 a 2011, en el Tribunal de Minas Gerais, las acciones que se reclaman suplemento alimenticio para las personas con alergias a los alimentos. Se concluyó que la CE 64/2010 no influyó en las decisiones sobre las demandas de medidas cautelares o aumentar el número de acciones.

Palabras-llave: judicialización de la salud, derecho a la alimentación, suplemento dietético.

A judicialização da saúde no Brasil

Os direitos fundamentais são reconhecidos e positivados na esfera do constitucionalismo positivo de um Estado, são designados como todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional, em outras palavras, pode-se dizer que os direitos fundamentais são aqueles imprescindíveis ao homem no seio da sociedade e indispensáveis à condição humana, são direitos básicos, fundamentais (1).

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 (CF/88) representou um grande avanço para positivar os direitos fundamentais, inaugurando a nova ordem jurídica. Ampliou as responsabilidades estatais e trouxe no art. 5º a proclamação do direito à vida dentre os direitos e garantias fundamentais. O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, pois constitui um pré-requisito à existência de todos os outros.

A Constituição Federal proclama o direito à vida, cabendo ao Estado assegurálo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à sua subsistência. E, para garantir essa subsistência digna, o art. 6º da Constituição de 1988 instituiu os direitos sociais:

São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (CF/88) (2).

Seguindo o exemplo da Organização Mundial de Saúde (OMS), a CF/88 reservou um lugar de destaque para a saúde, tratando-a de modo inédito no constitucionalismo pátrio, como um verdadeiro Direito Fundamental (3). Fato este, confirmado por Pinheiro (4), que concluiu que um aspecto inovador do constitucionalismo brasileiro foi a organização institucional, presente desde a Constituição de 1934, que determinava à União que organizasse um serviço nacional de combate às grandes endemias e, em 1988, se concretizou com a criação do Sistema Único de Saúde (SUS).

Antes da promulgação da CF/88, o Sistema de Saúde brasileiro era excludente e segmentado, oferecia serviços, predominantemente, por prestadores privados. Apenas os pertencentes do mercado formal de trabalho e os contribuintes do sistema previdenciário eram de responsabilidade do Estado (5). Com a nova Carta Magna, dentre as mudanças centrais, está a retirada do direito à saúde da esfera trabalhista e de mercado, para submetê-lo à esfera do direito de cidadania (4).

Para exercer todos os direitos proclamados na CF/ 88, o Estado teria que prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício, criando políticas públicas que viabilizassem a concretização desse direito. Diante disso, criou-se o SUS, caracterizando-o como o sistema organizacional de saúde no Brasil, conforme arts. 196 e 198 da CF/88 e transcritos:

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

[...]

As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes [...] (CF/88) (2).

O SUS é, portanto, o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta e das fundações, mantidas pelo poder público (1) e constitui um dos principais avanços em relação ao desenvolvimento de políticas públicas do Estado de carácter universalista (6). Segundo Pinheiro (4), é a instituição jurídica mais importante do Direito Sanitário. Em vista disso, para a efetiva materialização dos preceitos constitucionais relativos à saúde pública no Brasil, o SUS tem encontrado alguns fatores limitadores, devido a sua própria extensão e complexidade, não assegurando a

Cuadernos Iberoamericanos de Derecho Sanitario

Cad. Ibero-Amer. Dir. Sanit., Brasília, v.4, n.3, jul./set. 2015 ISSN 2358-1824

materialização dos preceitos constitucionais plenamente (6).

Diante das previsões constitucionais e da ausência da efetividade das políticas públicas de saúde, a sociedade tem buscado a materialização de seus direitos constitucionais, articulando novas estratégias de luta no campo do direito. Assim, o Judiciário tem sido provocado para que essas demandas em saúde (6) (5).

Em meados dos anos 90, as reivindicações dos portadores de HIV, apoiados pelas ONGs, resultaram em ações judiciais que objetivavam a garantia do acesso aos medicamentos utilizados no tratamento da doença, conforme abordado por Salazar (7). A partir de então, surge o fenômeno da judicialização no Brasil.

Cumpre destacar que, Chieffi (8) define judicialização da saúde como a reclamação por bens e serviços de saúde na Justiça, por cidadãos brasileiros. A ascensão institucional do Poder Judiciário na proteção dos direitos individuais e coletivos e no controle de políticas e atuação dos poderes constituídos é um fenômeno descrito em diversas sociedades contemporâneas, como decorrente do aprofundamento do processo democrático e de redefinição da relação entre os três Poderes.

Romero (9) entende, ainda, que essa ascensão é decorrência natural do surgimento do chamado Estado Social, que ao incorporar promessas e compromissos vultuosos na Carta constitucional, aumentou a pressão, a demanda judicial pela concretização dos novos direitos de cidadania constitucionalizados.

O entendimento de Barroso (10) é de que a judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo, em cujo âmbito se encontra o Presidente da República, seus Ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e Tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.

Não há consenso entre os estudiosos se a judicialização representa aspectos positivos ou negativos. Marques (11) entende que a judicialização trouxe para o centro do debate a atuação do Poder Judiciário, como meio de garantia do direito à saúde. Isso se tornou um ponto de tensão entre os elaboradores e os executores da política no Brasil.

A judicialização da saúde também é vista por Machado (12) como um fenômeno que pode prejudicar a execução de políticas de saúde no âmbito do SUS,

uma vez que determinações judiciais para fornecimento de medicamentos, insumos e serviços de saúde acarretam gastos elevados e não programados. Finalmente, Campilongo (11) define a sobreposição dessas decisões judiciais como uma ameaça à democracia.

O Direito Fundamental à Alimentação

O Brasil sempre constou como signatário de relevantes tratados internacionais de direitos humanos relacionados ao direito à alimentação, tais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC); e, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança (CIDC), os quais se referem diretamente ao direito humano à alimentação.

O direito fundamental à alimentação é definido como sendo o direito ao acesso regular e permanente à alimentação suficiente e adequada, tanto quantitativamente como qualitativamente, correspondendo às tradições culturais das pessoas a quem o consumo pertence e que assegura uma realização física e mental, individual e coletiva, para uma vida digna e livre de medo. Importante ressaltar que a consequência da concretização desse direito é a segurança alimentar.

Ao longo dos anos, passos importantes foram dados no Brasil, a fim de garantir o direito à alimentação. A Política Nacional de Alimentação e Nutrição (PNAN), aprovada em 1999, integra os esforços do Estado brasileiro, que por meio de um conjunto de políticas públicas que propõem respeitar, proteger, promover e prover os direitos humanos à saúde e à alimentação.

A aprovação da Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional (LOSAN), em 5 de dezembro de 2006, além de permitir uma ampla discussão em relação ao tema, possibilitou a instauração do Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (SISAN), dentro de uma perspectiva brasileira sustentável e que vem sendo discutida desde 1939 (13).

Inicialmente, o direito à alimentação era considerado decorrência de outros direitos mais abrangentes, como o direito à vida (14). Mas, em 2010, ao incluir explicitamente o direito à alimentação, por meio da EC nº 64/2010, no rol de direitos fundamentais, percebeu-se que o tema é tratado como prioridade no Brasil. Com esse direito positivado na Carta Política, ele torna-se, portanto, um direito inalienável e exigível de concretização pelo Estado (15). Assim, quando fatores estruturais ou conjunturais do processo econômico e social não possibilitarem a realização do direito

à alimentação, o Poder Público pode ser acionado judicialmente (16).

Na judicialização da saúde, um instrumento que tem sido muito utilizado para impetrar essas ações é o remédio constitucional do Mandado de Segurança, como foi observado por Pereira (17). Na CF/88, o mandado de segurança está previsto no inciso LXIX, do art. 5º, que dispõe:

Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público (CF/88) (2).

A Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009, disciplinou o Mandado de Segurança (MS) individual e coletivo, que deve ser acionado para proteger o direito líquido e certo, e que esse direito tem que ser embasado em fatos comprováveis de plano, no momento da impetração, por meio de documentos (18). Assim, o mandado de segurança deve ser baseado em prova exclusivamente documental, não havendo dilação probatória.

Pereira (17), ao traçar o panorama da judicialização no estado de Minas Gerais, observou que umas das vias utilizadas, a partir de 2007, foi o mandado de segurança. Machado (12), em seu estudo, identificou que o estado de Minas Gerais possuía o maior volume de demandas judiciais por medicamentos. Delduque (19), na análise do direito fundamental à alimentação nos Tribunais, identificou que o estado de Minas Gerais foi o segundo maior Estado em número de demandas por suplementos alimentares.

Devido à relevância do tema no cenário de judicialização da saúde, selecionouse como objeto desta análise, a realização do levantamento dos mandados de segurança impetrados no estado de Minas Gerais, para pleitear suplementos alimentares.

Metodologia

Tratou-se de pesquisa descritiva, de base documental, quali-quantitativa, em que se utilizou a análise de conteúdo das decisões judiciais nos processos com demanda por suplemento alimentar no Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), no período de 2009 a 2011.

No site do Tribunal buscou-se decisões de segunda instância, usando como descritor a expressão suplemento alimentar. Selecionou-se por data de publicação, usando os seguintes períodos: 01/01/2009 a 31/12/2009, 01/01/2010 a 31/12/2010 e 01/01/2011 a 31/12/2011.

Delimitou-se a amostra aos mandados de segurança, pois, estudos anteriores (17), identificaram um aumento dessas ações por requerimento de medicamentos nos anos de 2009 e 2010, no estado de Minas Gerais.

Analisou-se os acórdãos selecionando as seguintes informações:

- i. suplemento alimentar solicitado;
- ii. presença de prova de existência da doença;
- iii. incapacidade de custeio do impetrante;
- iv. formação do profissional de saúde que prescreveu o suplemento;
- v. origem do atendimento (público ou privado); e
- vi. embasamento jurídico utilizado nas decisões.

Resultados e Discussão

A Tabela 1 apresenta o universo da amostra utilizada.

Tabela 1 - Número de mandados de segurança por suplemento alimentar no TJMG. Brasil, 2014.

Ano	Total Jurisprudência	Total MS
2009	42	11
2010	51	3
2011	93	23
TOTAL	186	37

Fonte: Dados coletados no site do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG).

Do total de mandados de segurança encontrados no período de 2009 a 2011, no TJMG, conforme Tabela 1, foram excluídos 5 (cinco) documentos da amostra, considerando que 4 (quatro) documentos do ano de 2011, apesar de terem sido selecionados pelo descritor "suplemento alimentar" durante a consulta realizada, não tratavam de pleito para o referido descritor, mas sim para medicamentos; e 1 (um) processo retornado pela consulta estava em duplicidade no levantamento realizado (Tabela 2).

Tabela 2 - Número de mandados de segurança por suplemento alimentar no TJMG. Brasil, 2014.

Ano	Total Decisões Judiciais	Total MS	%
2009	42	11	26,19%
2010	51	3	5,88%
2011	93	18	19,35%
TOTAL	186	32	17,20%

Fonte: Dados coletados no site do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG).

Dos 32 (trinta e dois) mandados de segurança analisados, todos foram requeridos por pacientes portadores da alergia alimentar a proteína do leite de vaca (APLV) e, destes, 29 (vinte e nove) solicitaram uma fórmula específica: o Neocate® (fórmula composta por aminoácidos livres, portanto, não alergênica); 3 (três) ações solicitaram a fórmula: Pregomim® (possui as proteínas extensamente hidrolisadas). Todos os impetrantes das ações alegaram não possuir capacidade financeira para custear a aquisição do suplemento alimentar.

Importante destacar que a alergia alimentar é uma reação adversa dirigida ao componente proteico do alimento, e que envolve mecanismo imunológico. A alergia à proteína do leite de vaca (APLV) ocorre, principalmente, nos três primeiros anos de vida.

Em países desenvolvidos, a alergia à proteína do leite de vaca (APLV) afeta entre 2% e 7,5% das crianças, especialmente nos primeiros meses de vida. Enquanto a prevalência de alergia à proteína da soja e APLV, concomitante, está entre 0% e 60%, com os níveis mais elevados encontrados geralmente na alergia com sintomas gastrointestinais (20).

A conduta terapêutica em crianças com comprovada APLV baseia-se na eliminação completa do leite de vaca e seus derivados da dieta. Assim, para crianças com APLV, cujas mães não podem amamentar, deve ser oferecido um substituto do leite e, dentre os substitutos disponíveis, se incluem fórmulas de soja, hidrolisado proteico e o uso de fórmulas à base de aminoácidos livres. Frisa-se que o uso do leite de cabra não pode ser utilizado como substituto ao leite de vaca, pois, conforme demonstrados por Pereira²⁰ em seu estudo, muitos pacientes com APLV também apresentaram reações ao leite de cabra, quando utilizado como substituto direto. Assim sendo, o fornecimento do suplemento poderá ser em curto prazo, até que a criança reestabeleça a sua saúde.

Os mandados de segurança analisados não informaram a idade dos requerentes, mas supõe-se que sejam menores de 18 (dezoito) anos, considerando que todos foram representados por seus pais. A informação da idade exata seria importante para avaliar a essencialidade do suplemento, uma vez que depois dos 6 (seis) meses de vida esse produto não demonstra ser tão essencial, tendo em vista a existência de outras opções de alimentos capazes de substituírem, nutricionalmente, o leite de vaca.

Oportuno destacar que nas ações envolvendo as solicitações do suplemento, verificou-se a ausência de indicação de profissional de nutrição nas prescrições do suplemento, que é o profissional apto a realizar a avaliação do estado nutricional e a prescrever os suplementos alimentares (os magistrados referenciaram os julgamentos das ações com prescrição "médica", laudo "médico").

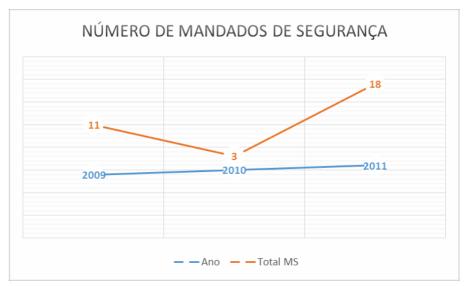
As ações por mandados de segurança têm sido crescentes, entretanto, especificamente no ano de 2010, verificou-se apenas 3 (três) ações impetradas no Tribunal para requerer o suplemento alimentar. Buscou-se identificar o motivo dessa redução, contudo não foram encontrados documentos técnicos e/ou artigos científicos que pudessem indicar o motivo da queda considerável de Mandados no citado ano. Apesar das ações de mandado de segurança terem aumentado nos anos 2009 e 2010, percebe-se uma queda na proporção em relação ao total de ações impetradas.

Andrade (5), em seu estudo, destacou uma queda na utilização dos mandados de segurança, no período de 2007 a 2009, ajuizados contra a Secretaria de Saúde do estado de Minas Gerais, para obtenção de medicamentos. Essa tendência não é observada nos mandados de segurança ajuizados no TJMG para solicitação de

suplemento alimentar nos anos de 2009, 2010 e 2011, pois, conforme pode ser verificado no Gráfico 1, abaixo, essa demanda tem sido crescente.

No presente estudo, verificou-se uma queda considerável de MS nas demandas por suplemento alimentar em 2010, fato este que pode estar relacionado às denúncias ao Ministério Público sobre o suplemento Neocate®, que se intensificaram em 2010, conforme apontado pelos magistrados em suas decisões. Por outro lado, Pereira (17) identificou aumento do número de MS no pleito por medicamentos no estado de Minas Gerais, neste mesmo ano.

Gráfico 1 – Número de mandados de segurança por suplemento alimentar no TJMG, no período de 2009 a 2011. Brasil, 2014.



Fonte: Dados coletados no site do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG).

A presente análise foi realizada por ano, pois a intenção do estudo era correlacionar as decisões dos mandados de segurança antes e depois da EC 64/2010, que insere o direito à alimentação no rol dos direitos sociais da CF/88.

No ano de 2009 foram impetrados 11 (onze) mandados de segurança, com o intuito de obter suplemento para alimentação especial. Documentos analisados nos autos dos processos, demonstraram que 100% dos impetrantes alegaram possuir alergia grave a proteína do leite de vaca, com sintomas manifestados, e todas as solicitações estão relacionadas a um suplemento específico: o Neocate®.

Do total de ações de 2009, 91% apresentaram laudo médico e tiveram a segurança concedida; consequentemente, apenas 9% foram denegadas. O julgador da ação denegada acolheu a preliminar de ilegitimidade passiva do Secretário de Estado de Saúde, entendendo que, apesar do art. 23 da CF/88 prever a competência comum dos entes federativos de cuidar da saúde, segundo entendimento do Tribunal, deveria ser analisada conjuntamente com as normas da Lei Estadual nº 13.317/1999 (21) (Código de Saúde do Estado de Minas Gerais). Código esse, que define em seu art. 70 as competências da Secretaria de Estado de Saúde e, em seu art. 71, as competências das Secretarias Municipais de Saúde, entendendo que a competência para adquirir e fornecer os alimentos e suplementos alimentares destinados às pessoas portadoras de agravos nutricionais é do município e não do Estado.

Dos mandados de segurança concedidos, 8 (oito) tiveram a ilegitimidade passiva do Estado indeferida. Nos demais, não houve tal contestação.

Como embasamento para as decisões favoráveis, os magistrados utilizaramse da Carta Magna, citando os arts. 5º, 6º e 196 e as normativas infraconstitucionais: Lei nº 8.069/90²², Lei nº 8.080/90 (23) e a Lei nº 11.265/06 (24).

Os mandados de segurança não fazem menção sobre a faixa etária dos pleiteantes. Contudo, é possível depreender tal informação, pois a maioria dos pacientes-autores é representada pelos pais, inferindo-se, assim, que são menores de idade.

Quanto à origem da receita, 9% dos processos possuem receita emitida por médicos do SUS, 27%, por médicos privados e, em 64%, não constava tal informação.

Delduque (15) identificou, em sua análise, que os julgamentos das ações eram baseados unicamente nos receituários médicos, estando ausentes os laudos médicos. Fato esse, que não foi observado no presente estudo, pois os mandados de segurança que não possuíam o laudo médico tiveram sua segurança denegada. Assim, é pacífico o entendimento de que os laudos médicos são importantes para comprovar a necessidade do produto, visando constituir o direito líquido e certo.

No ano de 2010, observou-se uma queda na utilização do instrumento do mandado de segurança no TJMG, quanto à solicitação de suplemento alimentar. A pesquisa realizada apresentou somente três casos, sendo que todos os impetrantes

possuíam alergia grave a proteína do leite de vaca. A totalidade dos processos solicitou a fórmula Neocate®. Todos apresentaram laudo médico e tiveram a segurança concedida. Apesar da vigência da EC nº 64/2010, os embasamentos das decisões continuaram referenciando a CF/88, citando os arts. 5º, 6º, 7º, 196 e 198 e a Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

No ano de 2011, foram encontrados 18 (dezoito) processos, os quais correspondem à aproximadamente 19% do total de ações. Sendo que, deste total, em 16% dos processos os autores solicitaram a fórmula Pregomin®. Nos outros 84% de processos, os autores solicitaram a fórmula do Neocate®. Em 100% das ações os impetrantes alegaram possuir alergia grave ao leite de vaca. Desse total, 50% não apresentaram laudo médico e tiveram negada a segurança. Sendo que, dos demais, 50% apresentaram o laudo. Somente 1 (um) teve a segurança denegada, pois não comprovou a imprescindibilidade do produto, considerando que o pleiteante possuía idade superior a 1 (um) ano, estando apto a utilizar-se de outros tipos de alimentos para garantir a integridade da sua saúde.

A prescrição do suplemento Neocate® estava sob a suspeita do Poder Judiciário, o que pode ter levado a um reforço maior da cautela dos magistrados ao proferirem suas decisões favoráveis.

No ano de 2011, esperava-se encontrar resultados favoráveis aos impetrantes devido a inserção do direito à alimentação na CF/88. Entretanto, o resultado foi que, dos 18 mandados analisados, 10 tiveram a segurança denegada; das 8 ações que concederam a segurança, nenhuma fundamentou-se no direito à alimentação.

As decisões pelo indeferimento foram baseadas na ausência de prova inequívoca e na imprescindibilidade da fórmula, sendo que a falta de comprovação dos fatos para verificação do direito líquido e certo e a falta de perícia médica ou laudo médico foram decisivos para a concessão ou não da segurança.

Percebe-se, assim, um contraponto com o estudo de Delduque (15), ao analisar ações de 2005 a 2008, pleiteando os suplementos alimentares. A mencionada autora percebeu que, em algumas ações, não se mencionavam as doenças do paciente e, a simples prescrição médica era tida como prova suficiente para concessão da sentença favorável ao pleito.

Medeiros (1), em seu estudo, analisou o fornecimento gratuito do leite com fórmula especial e o fenômeno da judicialização da saúde no Brasil. A pesquisa foi realizada nos anos de 2011 e 2012 no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, analisando processos que envolviam demanda por leite com fórmula especial. O autor concluiu que os juízes, tanto de primeira quanto de segunda instância, vêm afirmando as decisões pelo suplemento; sendo que, as negativas de tais solicitações, em sua maioria, ocorreram por falta de comprovação da necessidade real do suplemento.

Assim, os resultados de Medeiros (1) são semelhantes aos encontrados no presente estudo, pois as negativas da segurança se deram por falta de comprovação da imprescindibilidade da fórmula; sendo que, esse cuidado se faz necessário, considerando, dentre outras questões, que o produto encontrava-se sob suspeita, fato que exigia maior cautela por parte dos magistrados nas suas decisões.

Os mandados de segurança relacionados foram entendidos pelos julgadores, na medida em que ocorreram a comprovação dos fatos, como um direito à saúde e um direito da criança, conforme estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art. 4º:

Art. 4º - É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação [...] (21)

Conclusão

A partir de 2010, de acordo com as análises dos mandados de segurança, os magistrados mostraram-se cautelosos nas decisões que pleiteavam o Neocate®. Pois, devido ao alto custo do produto, suspeitavam de estratégia empresarial para aumento das vendas, estando o fornecimento do suplemento sob investigação, devido às denúncias ao Ministério Público, fato esse que pode ter sido motivador para a queda da concessão do mandado de segurança, em 2011.

Com base nos mandados de segurança, verifica-se que os magistrados têm o entendimento pacífico de que o cuidado com a saúde é competência comum dos entes federativos, de acordo com o art. 23 da CF/88. Isso é percebido pelo indeferimento da ilegitimidade passiva alegada pelo Estado. Com base nos dados, pode-se concluir que a EC nº 64/2010 não influenciou as decisões nas demandas em

mandados de segurança, a partir da inclusão na CF/88 do Direito à Alimentação. Possivelmente, os magistrados não perceberam esses casos de fornecimento do suplemento alimentar como um direito à alimentação. No entanto, para garantir a segurança alimentar das crianças portadoras de APLV, menores de 6 (seis) meses, a ingestão de um suplemento alimentar é essencial.

Cabe à Secretaria de Saúde verificar as fórmulas existentes no mercado, não atentando apenas para uma marca, tendo em vista que é conhecida a forte pressão da indústria para aquisição dos seus produtos no tratamento da patologia. Adicionalmente, sugere-se a implementação de uma conduta de acesso facilitado ao suplemento, evitando, assim, o acionamento da Justiça como única forma de garantia do suplemento alimentar.

A queda da concessão da segurança percebida em 2011 pode indicar, no caso do pleito por suplementos alimentares, uma mudança de pensamento dos atores jurídicos, considerando que os processos judiciais que envolvem saúde não podem se restringir apenas à matéria de direito, sendo necessário ouvir a parte contrária, no caso o gestor da saúde, o que não é permitido pelo mandado de segurança. Assim, as ações ordinárias, com espaço para a contestação, apresentação de provas e pedidos de perícia podem possibilitar justiça mais eficaz e eficiente no julgamento dos casos.

Referências Bibliográficas

- 1 Medeiros LB. O fornecimento gratuito de leite com fórmula especial e o fenômeno da judicialização da saúde no Brasil [Monografia] [Internet]. Criciúma: Curso de Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC), Criciúma-SC; 2013. [Acesso em 5 set 2014].Disponível em: http://repositorio.unesc.net/bitstream/handle/1/1911/Luana%20B%C3%BArigo%20Medeiros.pdf?sequence=1.
- 2 Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil (1988) [Internet]. Brasília. [Acesso em 5 set 2014]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.
- 3 Gandini JAD, Barione SF, Souza AE de. *A Judicialização do Direito à Saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial: critérios e experiências* [Internet]. São Paulo: BDJur; 2008. [Acesso em 11 out 2014]. Disponível em

http://biblioteca.universia.net/html bura/ficha/params/title/judicializa%C3%A7%C3%A 3o-do-direito-a-saude-obten%C3%A7%C3%A3o-atendimento-medico-medicamentosinsumos/id/52524266.html.

- 4 Pinheiro MC, Romero LC. Saúde como matéria de Direito Constitucional no Brasil. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário [Internet]. 2012 [Acesso em 5 set 2014], 1(2): 47-71. Disponível em
- http://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/45/90.
- 5 Andrade ELG et al. A judicialização da saúde em Minas Gerais: perfil das ações judiciais de 1999 a 2009. In: Congresso Brasileiro de Política, Planejamento e Gestão em Saúde, 2013. [Acesso em 5 set 2014]. Disponível em http://www.politicaemsaude.com.br/conteudo/view?ID CONTEUDO=919
- 6 Machado FRS. Contribuições ao debate da judicialização da saúde no Brasil. Revista de Direito Sanitário [Internet]. 2008 [Acesso em 5 de set 2014], 9(2): 73-91. Disponível em http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13118.
- 7 Scheffer M, Salazar AL, Grou KB. O Remédio via Justiça. Um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/Aids no Brasil por meio de acões judiciais. Série Legislação n° 3, 2005 [Acesso em 17 jan 2015]. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/medic_justica01.pdf.
- 8 Chieffi AL, Barata RB. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. Cadernos de Saúde Pública [Internet]. 2009 [Acesso em 5 set 2014] 25(8): 1839-1849. Disponível em http://www.scielo.br/pdf/csp/v25n8/20.pdf.
- 9 Romero LC. Judicialização das Políticas de Assistência farmacêutica. O caso do Distrito Federal. Textos para discussão, 2008 [Acesso em 5 set 2014]. Disponível em http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/96829.
- 10 Barroso LR. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Revista SynThesis [Internet]. 2012 [Acesso em 30 out 2014], 5(1): 23-32. Disponível em http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433.
- 11 Marques SB. Judicialização do direito à saúde. Revista de Direito Sanitário [Internet]. 2008 [Acesso em 5 set 2014], 9(2): 65-72. Disponível em http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13117.
- 12 Machado MAA et al. Judicialização do acesso a medicamentos no Estado de Minas Gerais, Brasil. Revista de Saúde Pública [Internet]. 2011 [Acesso em 05 set 2014], 45(3). Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci arttext&pid=S0034-89102011000300018.
- 13 Macedo et al. A construção da política de segurança alimentar e nutricional no brasil. Revista Simbio-Logias [Internet]. 2009 [Acesso em 20 dez 2014], 2(1): 31-46. Disponível em http://www.ibb.unesp.br/Home/Departamentos/Educacao/Simbio-Logias/A Construcao da Politica de Seguranca.pdf.

14 Bozi ET. *Direito à alimentação* [Dissertação] [Internet]. Espírito Santo: Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu, Faculdade de Direito de Vitória; 2005. [Acesso em 8 set 2014]. Disponível em

http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp075461.pdf

15 Pandolfo M, Delduque MC, Amaral RG. Aspectos Jurídicos e Sanitários condicionantes para o uso da via judicial no acesso aos Medicamentos no Brasil. *Revista de Salud Pública* [Internet]. 2012 [Acesso em 5 de set 2014], 14(2): 340-349. Disponível em

http://www.scielosp.org/scielo.php?pid=S012400642012000200014&script=sci_arttext

- 16 Batista M. Direito à alimentação. *Revista Brasileira de Saúde Materno Infantil* [Internet]. 2010 [Acesso em 30 out 2014], 10(2): 153-154. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S151938292010000200002&lng=en&nrm=iso.
- 17 Pereira LR. *Judicialização da saúde e mudanças organizacionais:* o impacto das decisões judiciais na estrutura da Secretaria de Estado de Saúde de Minas Gerais (SES-MG) [Dissertação] [Internet]. Minas Gerais: Fundação João Pinheiro; 2012. [Acesso em 5 set 2014]. Disponível em:

http://www.anpad.org.br/diversos/trabalhos/EnAPG/enapg_2012/2012_EnAPG285.pdf

- 18 Filho JTC. Roteiro de Direito Constitucional. Brasília: Gran Cursos, 2011.
- 19 Delduque MC, Silva AB da. O direito fundamental à alimentação nos Tribunais: uma análise. *Demetra* [Internet]. 2014 [Acesso em 30 set 2014], 9(1): 393-408. Disponível em http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/demetra/article/viewFile/10213/9714.
- 20 Pereira PB, SILVA CP. da. Alergia a proteína do leite de vaca em crianças: repercussão da dieta de exclusão e dieta substitutiva sobre o estado nutricional. *Revista Pediatria* [Internet]. 2008 [Acesso em 10 de jan 2015], 30(2): 100-106. Disponível em http://pediatriasaopaulo.usp.br/upload/pdf/1258.pdf.
- 21 Brasil. Lei Estadual nº 13.317, de 24 de setembro de 1999. Código de Saúde do Estado de Minas Gerais. *Diário do Executivo* Minas Gerais 25/09/1999. Retificação em Diário do Executivo Minas Gerais 28/09/1999. [Internet]. Brasília, 24 set 1999 [Acesso em 5 set 2014]. Disponível em: http://www.siam.mg.gov.br/sla/download.pdf?idNorma=5043.
- 22 Brasil. Presidência da República. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. *Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências*. Diário Oficial da União, Brasília [Internet] Brasília. [Acesso em 5 set 2014]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm.
- 23 Brasil. Presidência da República. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. *Dispõe* sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras

Cuadernos Iberoamericanos de Derecho Sanitario

Cad. Ibero-Amer. Dir. Sanit., Brasília, v.4, n.3, jul./set. 2015 ISSN 2358-1824

providências. Diário Oficial da União [Internet] Brasília, 20 set 1990. [Acesso em 5 set 2014]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm.

24 Brasil. Presidência da República. Lei nº 11.265, de 3 de janeiro de 2006. Regulamenta a comercialização de alimentos para lactentes e crianças de primeira infância e também a de produtos de puericultura correlatos. Diário Oficial da União [internet] Brasília. [Acesso em 5 set 2014]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11265.htm..

Recebido para publicação em 28 de janeiro de 2015. Admitido para publicação em 02 de julho de 2015.

O entendimento do direito à saúde: uma abordagem dos usuários do SUS no Distrito Federal

Understanding the right to health: a study of users of SUS in Federal District

Rosa Shirley Peres da Silva¹

Resumo: Este estudo objetivou analisar a percepção dos usuários do SUS, no Distrito Federal, sobre o direito à saúde e o impacto desse entendimento na dinâmica da construção do Sistema. Foram realizadas entrevistas com 75 usuários, entre setembro e outubro de 2014. Como roteiro de pesquisa utilizou-se o método qualiquantitativo de abordagem descritiva exploratória. Para auxiliar a pergunta aberta utilizou-se a técnica do Discurso do Sujeito Coletivo (DSC). O entendimento de SUS como política criada para garantir o direito à saúde é substituído pela ideia de concessão do Estado. O impacto desse entendimento na dinâmica da construção do sistema acontece pela baixa capacidade de organização e pouco conhecimento e participação no Conselho de Saúde. Foi possível concluir que o desconhecimento do direito à saúde compromete e enfraquece o processo de desenvolvimento do SUS, que se fundamenta no princípio da participação e do controle social.

Palavras-chave: Saúde, Direito à Saúde, Sistema Único de Saúde.

Abstract: This study aimed to analyze the users' perception of SUS in the Federal District, on the right to health and the impact of this understanding in the dynamics of the construction of the system. Interviews were conducted with 75 users, between September and October 2014. As a research roadmap it was used the quantitative and qualitative method of descriptive exploratory approach. To help the open question, the technique of the Collective Subject Discourse (CSD) was used. The understanding of SUS as a policy designed to ensure the right to health is replaced by the State granting idea. The impact of this understanding in the dynamics of system construction happens by low organizational skills and little awareness and participation on the Health Council. It was possible to conclude that that the ignorance of the right to health undermines and weakens the development process of SUS, which is based on the principle of participation and social control.

Keywords: Health, Right to Health, Unified Health System.

Resumén: Este estudio tuvo como objetivo analizar la percepción del SUS, el Distrito Federal, en el derecho a la salud y el impacto que la comprensión de la dinámica de la construcción del sistema. Se realizaron entrevistas con 75 usuarios, entre septiembre y octubre de 2014. Como una hoja de ruta de investigación utilizó el método cuantitativo y cualitativo de enfoque exploratorio descriptivo. Para ayudar a pregunta abierta utilizó la técnica del Discurso del Sujeto Colectivo (CSD). Entender SUS como una política destinada a garantizar el derecho a la salud se sustituye por la idea del Estado conce-

_

¹ Graduada em Biomedicina pelo Centro Universitário de Brasília (UniCeub). Pós-graduada em Direito Sanitário pela Fundação Oswaldo Cruz em Brasília – Fiocruz Brasília. Brasília, Brasil. E-mail: <u>rosashirley@yahoo.com.br.</u>

dente. El impacto de este conocimiento en el sistema de construcción de la dinámica pasa por la capacidad de organización bajos y poco conocimiento y la participación en el Consejo de Salud. Se concluyó que la falta de derecho a compromisos de salud y debilita el proceso de desarrollo del SUS, que se basa en principio de la participación y el control

Palabras-Ilave: Salud, Derecho a la Salud, Sistema Único de Salud.

Introdução

O processo de construção da cidadania brasileira foi fortalecido após a conquista do direito à saúde na Constituição Federal (CF) de 1988. A partir desse momento, a saúde passou a ser direito de todos e dever do Estado, ganhando nova perspectiva. Um direito alicerçado também nas causas sociais, definidas como fatores determinantes e condicionantes de saúde, que são responsáveis pelo bem estar físico, mental e social do indivíduo e da coletividade.

Os ideais de participação e controle social saíram do contexto de utopia e ganharam força com os movimentos sociais; logo, não poderiam ser perdidos, mas garantidos também como um direito. Todas essas conquistas e muitas outras só foram possíveis a partir da forte iniciativa popular da época.

Durante o regime de ditadura militar (1964-1985) a concepção de controle social estava sob o domínio do Estado, o modelo de saúde era centralizado e havia uma queda crescente das ações voltadas à saúde pública. Essas práticas acentuavam cada vez mais a desigualdade social. Após a queda, a concepção de controle social passou por um período de transição e as políticas públicas deixaram de ser domínio do Estado e passaram ao controle da população (1).

O Movimento de Reforma Sanitária Brasileira, a partir da consciência do direito à saúde e contrário ao modelo político ditatorial, conduziu e estimulou novas mudanças sociais, como a defesa da participação e do controle da sociedade na gestão das políticas públicas. Essa participação foi positivada pela CF de 1988 e, posteriormente, pelas Leis 8.080/90 (2) e 8.142/90 (3), sendo a última, responsável por instituir as instâncias de participação da comunidade na gestão do SUS, as conferências e os conselhos de saúde, que têm a missão de "atuar na formulação e proposição de estratégia no controle da execução das políticas de saúde, inclusive em seus aspectos econômicos e financeiros".

Desse modo, o Sistema Único de Saúde (SUS) é uma conquista fundamentalmente de iniciativa e participação social, que, em sua essência, possibilita aos usuários opinarem e, de forma efetiva, participarem do processo de construção, implementação e gestão dos serviços públicos.

Com efeito, participação é a conquista humana principal, tanto no sentido de ser mais do que nunca uma conquista [...] quanto no sentido de ser mais humana imaginável – porque é especificamente a forma de realização humana. [...] a história que vale a pena é aquela participativa, ou seja, com o teor menor possível de desigualdade, de exploração, de mercantilização, de opressão (4).

Pedro Demo (5) afirma que a participação social colabora com o fortalecimento da sociedade nas decisões políticas do país, e que deve ser considerada um meio para mudança nas relações de poder na sociedade, buscando uma maior equidade e justiça social. Participação social é, portanto, conquista e não concessão. É o exercício democrático conquistado por uma comunidade organizada e que promove a realização participativa.

Dallari (6) destaca o entendimento da sociedade perante o direito à saúde, uma vez que isso permite o fortalecimento da municipalização dos serviços de saúde, na qual a comunidade passa a ser participante do processo de construção da saúde, buscando melhorar os serviços e o alcance do bem estar social.

Diante disso, a opinião e o conhecimento do usuário sobre o direito à saúde, sobre o próprio SUS e ainda sobre os canais utilizados para inseri-lo no Sistema, fortalecem essa participação e o exercício da cidadania. Fornecem, ainda, conceitos e atitudes associadas à atenção recebida, sendo esses dados úteis para a melhoria dos serviços e para o cumprimento do direito à saúde.

Nesse contexto, a pesquisa buscou compreender o conhecimento dos usuários sobre o SUS e o direito à saúde, e de que forma esse entendimento repercute na dinâmica da participação social, visto que esta é à base da construção do sistema de saúde brasileiro.

Metodologia

Foi realizado um estudo exploratório e descritivo, com abordagem qualitativa e quantitativa. A dicotomia entre as pesquisas qualitativas e quantitativas é, por vezes, analisada por alguns autores de forma restritiva e contrastante; porém, é sabido que

essa opinião já não se adequa mais ao campo de pesquisas acadêmico-científicas, uma vez que existem estudos relevantes que mesclam os dois conceitos.

Segundo Lefèvre (7), os conceitos de quantidade e qualidade não são excludentes, como muitos afirmam, mas sim, complementares. Partindo dessa premissa, optou-se por essa dupla abordagem, uma vez que se pretende dissertar sobre a pesquisa qualitativa e sua correlação com as Representações Sociais como produto do Discurso do Sujeito Coletivo (DSC).

A pesquisa foi desenvolvida com 75 usuários do SUS no Distrito Federal (DF), por meio de entrevistas. A seleção do campo de pesquisa foi feita de forma aleatória, em praças públicas e ruas de diferentes regiões administrativas do DF. Levou-se em consideração o livre acesso aos entrevistados e o número expressivo de usuários que circulam nesses locais.

Foram utilizados como critérios de inclusão: possuir como único meio de acesso à saúde o SUS (sem plano de saúde privado) e idade superior ou igual a 18 anos. Todos os participantes foram esclarecidos quanto aos objetivos da pesquisa. Aqueles que consentiram em participar assinaram o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, tendo suas identidades mantidas em sigilo, com a segurança pessoal e social garantidas.

Os dados foram coletados nos meses de setembro e outubro de 2014, por meio de questionário com 11 questões (Quadro 1).

Quadro 1 – Formulário de entrevistas

Nº	Dormunto
1.	Pergunta O que é saúde para você?
1.	e que o saude para vece.
2.	Você sabe que significa a sigla SUS?
	() Sim:
	() Não
3.	Você sabe qual a Lei que garante a promoção, proteção e recuperação da saúde bem como sua
	organização e o funcionamento?
	() Sim, qual?
4.	Você utiliza algum meio para reclamação, denúncia ou sugestões na saúde?
	() Sim, qual?
	() Não
5.	Onde obtêm, preferencialmente, informações sobre o atendimento de suas necessidades e seus
	direitos em relação aos serviços de saúde? Leio informativos da SES/DF ()
	Pergunto a outras pessoas ()
	Procuro a UBS/Hospital()
	Através de agente comunitário de saúde ()
	Radio e televisão ()
	Não faço nada ()
	Outros, qual:
6.	Em relação aos serviços de saúde pública que já utilizou, você confia?
	Sim (): confia totalmente () confia muito () Confia pouco ()
	Não ()
7.	Você acha que as leis são de fácil compreensão?
	() Sim () Não
	() Nao
8.	Você possui acesso às leis de saúde?
	() Sim, qual meio utiliza para ter acesso?
	() Não
9.	Você faz parte de alguma organização de saúde ou movimento social da saúde?
	() Sim, qual?
	() Não
10.	Você sabe o que é um Conselho de Saúde e para que ele serve?
	() Sim
	() Não
11.	Já participou de alguma reunião do Conselho de Saúde?
	() Sim, de que forma?
	() Não

Fonte: Elaboração da autora.

As perguntas foram elaboradas com base na literatura do tema e tinham como objeto de interesse abordar os seguintes tópicos: o conceito de saúde; o SUS, informação em saúde e participação social no SUS.

Para análise, organização e interpretação dos dados coletados com as perguntas fechadas, foi utilizado o sistema de planilhas do Microsoft Office Excel, versão 2010. Para auxiliar a pergunta aberta, a ferramenta utilizada para análise foi o Software Qualiquantisoft, desenvolvido para a construção do Discurso do Sujeito Coletivo (DSC).

Criado e desenvolvido por Fernando Lefèvre e Ana Maria Lefèvre (7), o DSC é uma metodologia que possui a teoria da Representação Social como fundamento. A técnica consiste em coletar depoimentos e extrair de cada um deles três figuras metodológicas: expressões chaves, ideias centrais e ancoragens. Essas figuras se complementam e se assemelham, possibilitando a construção de um ou vários discursos-síntese, que são os Discursos do Sujeito Coletivo, o que permite compreender as opiniões, valores e representações do pensamento coletivo sobre determinado tema (8).

Resultados e Discussão

Conceito de Saúde

Com o objetivo de conhecer e analisar o conceito de saúde dos usuários utilizouse a seguinte questão aberta: O que é saúde para você?

A análise das diferentes opiniões dadas para a referida questão possibilitou a construção de um DSC que apresenta cinco ideias centrais associadas ao conceito de saúde: necessidade (a); bem estar e qualidade de vida (b); ausência de doença (c); serviço e atendimento (d); e, insatisfação (e). Assim, obteve-se o seguinte DSC:

Para mim saúde é fundamental, é prioridade e sem ela é impossível viver bem. Na verdade, acho que envolve tudo, sabe (a)? O bem estar físico, espiritual, mental, social e até o econômico, porque a gente precisa de dinheiro também para poder viver bem. É estar de bem com a vida, ter qualidade de vida e cuidar do próprio corpo, comendo bem e fazendo atividade física (b). É também não ficar doente, não precisar ir ao médico e nem de remédios (c) e a gente precisa se manter bem informado de tudo porque saúde é um direito e um serviço que a gente precisa, né?... É chegar ao hospital e ser bem atendido, sair recuperado e não pior do que entrou (d). Mas está difícil ter saúde aqui, nesses hospitais, os serviços não funcionam e a gente não tem acesso à saúde. Então, saúde para mim é um descaso e muita tristeza. A saúde tem que ser cuidada e não desvalorizada (e)".

As ideias apresentadas no discurso como necessidade (a), bem estar e qualidade de vida (b) se assemelham ao adotado pela OMS, pois apresentam visão ampliada e coletiva de saúde. Devem-se considerar, portanto, os aspectos socioeconômicos e as ações do Estado para promoção de saúde e prevenção de doenças, ou seja, o dever de garantir o direito à saúde.

A ideia presente no discurso de associar saúde à ausência de doença (c) é considerada ultrapassada, por ser muito individualista e ampliar apenas o enfoque "curativista" de saúde. É possível apreender, ainda, a busca do indivíduo por autonomia de saúde quando afirma: "não precisar ir ao médico e nem de remédios (c)".

Esse entendimento pode levar em conta a associação positiva do reconhecimento de responsabilidade individual. Conforme explicitado no art. 2º da lei 8080/90 (2), "o dever do Estado, na garantia da saúde, não exclui o das pessoas (...)". Mas, pode ter também um valor negativo, quando se associa médico e doença - reforçando a condição mecanicista da saúde – ou serviços de saúde de baixa qualidade e condição de saúde.

Nas ideias associadas a serviço e atendimento (d) e insatisfação (e), nota-se, respectivamente, uma visão assistencialista e insegura vinculada ao conceito de saúde. O indivíduo resguarda sua saúde (c) pela falta de confiança e receio de depender do serviço.

Em ambos, é nítida a ausência de uma noção mais ampliada do que é ter saúde, direito à saúde e direito à assistência à saúde. Para Pacheco e Garbin (9), essa visão pulverizada do conceito influencia a percepção focal do usuário nas ações do Estado para a garantia da saúde da população, dificultando a conscientização de ator-social na luta pelo direito.

Diante disso, o processo de cidadania se enfraquece, uma vez que não há uma sólida apreensão do direito à saúde. Com isso, a participação não acontece de forma efetiva e o empoderamento² é cada vez mais distante (10) (11).

2

² O empoderamento (empowerment) pode ser entendido como a ampliação das possibilidades de controle, por um sujeito/população, dos aspectos significativos relacionados à sua própria existência, de acordo com a concepção do economista indiano Amartya Kumar Sem.

O SUS

O segundo questionamento abordou a compreensão do usuário a respeito da sigla SUS. As respostas indicaram que 88% dos entrevistados sabiam seu significado corretamente - 12% desconheciam o termo. Vale ressaltar que, dos 88% que conheciam a sigla, 8% deram respostas aleatórias como: "coisa de saúde" e "cartão do hospital para atendimento".

Em pesquisa empreendida pelo Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS), em 2002, apenas 35% dos entrevistados sabia o significado da sigla SUS, e esse percentual apresentava crescimento significativo se comparado com o mesmo levantamento em 1998, no qual o nível de acerto chegou a 25% (12).

O aumento da divulgação de informações sobre as diversas ações e serviços promovidos pelo SUS justifica o aumento do entendimento da população diante da sigla que denomina o sistema de saúde brasileiro.

De acordo com Silva e Rasera (13), a sigla SUS ainda é pouco utilizada para se noticiar melhorias nos índices de saúde ou, até mesmo, como referência de serviços prestados. A construção negativa e a associação de problemas ligados à sigla SUS são vistas com mais frequência nos noticiários, o que contribui para a formação do SUS-problema.

A compreensão de cada letra que compõe a sigla SUS não garante o entendimento claro do seu significado como um todo. Os usuários, normalmente, associam o significado de cada letra para compor uma ideia do sistema. Esta ligação é individual e corresponde ao nível de familiaridade do termo e sua associação com algo préconcebido. Desse modo, sistema de saúde sugere uma variedade de ideias, como os critérios mencionados anteriormente. O SUS deve ser um termo entendido e apreendido pelos usuários em seu conjunto como um direito adquirido (14).

A Lei Orgânica

Quando perguntado sobre o conhecimento da Lei que garante a promoção, proteção, recuperação da saúde bem como sua organização e funcionamento, 80% dos entrevistados admitiram desconhecimento. Outros 20% afirmaram conhecer a lei, sendo que 16% conseguiram responder corretamente o número da mesma.

A expressiva porcentagem de entrevistados que ignora a Lei Orgânica da Saúde reflete o desconhecimento do usuário que passa a entender o controle social como concessão do Estado, não como conquista.

O acesso e a compreensão das leis

Dois fatores dificultam ainda mais esse processo: a dificuldade de compreensão e o acesso às leis de saúde. No primeiro caso, observou-se que 63% dos entrevistados alegaram que as leis não são de fácil compreensão. Verifica-se que a comunicação, no caso a lei, é comprometida, já que o público a quem se destina não consegue interpretá-la.

Facilitar o entendimento dos textos legislativos é uma maneira de aproximar a população e favorecer o cumprimento das leis e a aplicação de sanções [...]. A transparência do sentido dos atos normativos, bem como sua inteligibilidade, são requisitos do próprio Estado de Direito: é inaceitável que um texto legal não seja entendido pelos cidadãos (15).

No segundo fator, 54,6% dos entrevistados alegaram não possuir acesso às leis de saúde. Esse dado remete ao desconhecimento e à dificuldade do usuário em buscar tais informações em fontes específicas. Dos 45,4% que possuem acesso às leis, 36% utilizam a internet como canal de acesso. Neumann (16) defende o uso de meios populares, modernos e de amplo acesso para motivar o exercício da cidadania. A aproximação da linguagem desses meios com a sociedade local fortalece o controle social pela troca de conhecimento.

O controle social é a expressão mais viva da participação da sociedade nas decisões tomadas pelo Estado no interesse geral, suas manifestações mais importantes são o cidadão e o usuário no centro do processo de avaliação, deixando o estado de ser o árbitro infalível do interesse coletivo, do bemcomum (17).

Conscientização x Reivindicação

A conscientização e a educação sanitária contribuem positivamente para a aquisição do direito à saúde, que ainda é tido como um elo fraco, principalmente pelos usuários mais vulneráveis do sistema. Fato esse, observado por Bosi e Affonso (11), ao verificarem que a fragilidade se estende ao direito como um todo, não apenas ao direito à saúde.

Os relatos identificaram ainda uma descrença sobre a efetivação dos direitos para a massa da população; além, de uma divisão de poderes entre as classes mais ricas e mais pobres, que resulta na sensação de submissão e resignação.

Com relação à utilização de meios para reclamação, denúncia ou sugestões na saúde, 77% dos entrevistados disseram não utilizar quaisquer meios. Apenas 23% afirmaram utilizar algum meio. A partir da descrição dos meios, foi feita uma subdivisão em três categorias: Ouvidoria, Hospital e Outros (Tabela 1).

Tabela 1 – Resultado da questão 4 do formulário de entrevistas.

Sim	23%
Ouvidoria	12%
Hospital	7%
Outros	4%
Não	77%
Total	100%

Fonte: Elaboração da autora.

A porcentagem elevada e preocupante de usuários que não utilizam qualquer canal para reclamação, denúncia ou sugestões na saúde nos remete à falta de informação e insatisfação do usuário visando à modificação da sua situação de saúde. Os canais de interlocução são vistos pelos usuários como ineficazes, tornando-se um obstáculo para o próprio indivíduo e para o controle social.

A ideia previamente concebida de que o usuário é um aliado na construção do SUS fica perdida, à medida que a sensação de desamparo e desânimo se torna sua consciência sanitária. Associado a isso, a realidade da mudança é algo distante ao usuário que se sente excluído do poder e depende de outro para exercê-lo. É necessário, portanto, que o usuário se enxergue como peça-chave para a resolução dos problemas, pois os vivencia diariamente, seja reclamando, denunciando ou sugerindo soluções éticas (11).

Outro dado importante é referente ao uso da ouvidoria, que compôs as falas de 12% dos usuários que a utilizam como canal de participação. O objetivo da ouvidoria é vincular o usuário e o gestor do SUS na busca da melhoria da qualidade de serviços prestados. Essa estratégia de controle e participação social auxilia os gestores na direção, melhoria e desenvolvimento de práticas para atender a população (18).

Ainda assim, é necessário melhorar os resultados desse instrumento para envolver cada vez mais o usuário não-organizado, ou seja, aquele que necessita enxergar as mudanças advindas do uso dos meios de interlocução para que o nível de confiança no sistema aumente.

Nível de confiança

Foi avaliado o nível de confiança do usuário em relação aos serviços de saúde pública (Tabela 2).

Tabela 2 – Resultado da questão 6 do formulário de entrevistas

Sim	72%
Totalmente	12%
Muito	16%
Pouco	41%
Não soube descrever	3%
Não	28%
Total	100%

Fonte: Elaboração da autora.

A maioria dos usuários confia nos serviços (72%). Ao passo que, 41,3% dos participantes alegaram confiar pouco nos serviços.

Segundo Valentim e Kruel (19), a confiança é uma construção. Vários fatores complementam e influenciam o seu nível como: acontecimentos anteriores, realidade coletiva, emoções e sentimentos que a envolvem, falta de informação, reciprocidade, observação do comportamento e a cooperação. Todos esses fatores se aplicam no caso da saúde, onde o grau de confiabilidade nos serviços está relacionado com os recursos físicos, tecnológicos e humanos, principalmente com relação aos médicos.

Logo, quando o usuário se sente negligenciado e a situação de descaso se configura, além do grau de confiança diminuir, os serviços de saúde são vistos como um favor, não como exercício de direito adquirido, o que pode explicar a elevada porcentagem observada dos que confiam pouco nos serviços.

Santos et al. (18), baseados na teoria do "Capital Social", avaliaram a relação entre Capital Social e funcionamento satisfatório do SUS em duas cidades do Rio Grande do Sul. Capital Social. Os resultados obtidos na pesquisa mostraram quanto maior for o grau de confiança entre os cidadãos e as possibilidades de associação, maior será o Capital Social. Assim, o Capital Social facilita o controle social, possibilitando o melhor desempenho das ações do Estado.

Das informações

Diante do quadro apresentado, somada a pouca confiança nos serviços prestados pelo SUS e na perspectiva de que isso afeta o vínculo entre o usuário e o sistema, o resultado é o desinteresse. Se equacionássemos esse fenômeno teríamos: Desinteresse + Falta de informação = Reclamação.

Desse modo, foi analisada a obtenção de informações, por parte do usuário, sobre o atendimento de suas necessidade e seus direitos em relação aos serviços de saúde (Tabela 3).

Tabela 3 – Resultado da questão 5 do formulário de entrevistas

Leio informativos da SES/DF		8,3%
Leio illioillativos da SES/DI		0,370
Pergunto a outras pessoas		19,4%
Procuro a UBS/Hospital		51,4%
Através de agente comunitário de saúde		5,5%
Rádio e televisão		7%
Não faço nada	4,2%	
Outro	4.00/	
Outros	4,2%	100%
Total		10070

Fonte: Elaboração da autora.

Nota-se, a partir dos dados, que a maioria dos usuários obtém suas informações diretamente na Unidade Básica de Saúde (UBS) ou no hospital, ou seja, a porta de entrada do sistema se configura nessas duas frentes.

Dos outros dados obtidos, 19,4% dos usuários obtém informações sobre o atendimento de suas necessidades por meio da confiança depositada nas experiências mencionadas por outros usuários. Desse modo, a referência de atendimento de um se torna a avaliação de outro, e essa influência será refletida no momento de busca de assistência.

Um dos princípios que compõe a Lei 8080/90 (3), (art. 7°) é a "divulgação de informações quanto o potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário". No presente estudo, observou-se o uso de rádio e televisão (7%) como fonte de informações.

Para Martins (13), os diferentes modos de percepção da comunicação podem refletir em diferentes modos de intervenção na realidade. Dependendo de como o papel da comunicação for abordado na sociedade, pode favorecer ou dificultar a participação. O favorecimento pode ocorrer, no caso da saúde, à medida que fornece informações sobre direitos e fortalece o vínculo entre usuário e sistema, melhorando a percepção da participação popular nas políticas públicas.

Outros dados que merecem atenção são: o uso de informativos da Secretaria de Saúde (8,3%), e a obtenção de informações por meio dos agentes comunitários de saúde (5,5%). Esses dois importantes mecanismos de educação e comunicação em saúde devem ser trabalhados de forma a promover as informações aos usuários e fomentar o interesse pelas ações e pelo direito à saúde.

A respeito dos agentes de saúde, são os atores mais próximos da comunidade e conhecem a realidade das regiões nas quais estão inseridos. Podemos, então, considerá-los como educadores populares, como colaboradores da promoção de saúde, atuando na difusão e controle de informações. As atividades desses profissionais possuem caráter pedagógico e, quanto mais próxima estiver a comunicação entre usuário e agente, mais favorecida será a consciência e a ação da própria comunidade. A partir daí se alcançarão resultados mais promissores na atenção básica e na participação social.

Albuquerque e Stotz (20) afirmam que a educação popular se insere no contexto da participação popular, pois "é também um compromisso político com as classes populares, com a luta por condições de vida e de saúde, pela cidadania e pelo controle social".

[...] no momento em que atores sociais tomam consciência das causas mais profundas dos problemas de saúde e das relações sociais que os permeiam, podem apontar para a luta social de forma mais consequente, ficando também mais comprometidos com a saúde da comunidade. [...] Lideranças, profissionais e agentes comunitários de saúde estão diretamente envolvidos nesse processo, estimulados a lutar pela saúde da comunidade e compelidos a buscar na própria comunidade formas de resolver e minorar algumas questões de saúde que não podem e nem devem esperar só pelo Estado.

O preparo para essa atividade é de suma importância para os resultados sobre as condições da região assistida e, para que as atividades de educação não se esgotem em programas ocasionais ou de epidemias, visto que a educação é um dos instrumentos de construção da cidadania.

Conselhos de Saúde

Foi analisado o conhecimento do usuário sobre os Conselhos. O resultado dessa análise se deu a partir de três questionamentos fundamentais: organização, conhecimento e participação (Quadro 2).

Quadro 2 – Resultado das questões número 9, 10 e 11 do formulário de entrevistas

Objeto de estudo	Perguntas	Respostas	
		Sim	Não
Organização	Faz parte de movimento/organização de saúde?	4%	96%
Conhecimento	Sabe o que é um Conselho de Saúde e sua função?	24%	76%
Participação	Participou de alguma reunião do Conselho?	3%	97%

Fonte: Elaboração da autora.

Sob o quesito organização, foi observado que 96% dos usuários não fazem parte de qualquer movimento ou organização de saúde.

O grau de confiança entre os cidadãos pode gerar mobilização e atuação coletiva pelo acúmulo de capital social e isso contribui para a consolidação da consciência cívica.

Ora, se o SUS é uma política pública de caráter participativo, essa fragilidade associativa, representada pelos 4% que se organizam, somada à falta de cultura cívica, identificada nas respostas de 96% dos usuários, só enfraquece e desconstrói a confiança, tanto no direito social à participação quanto no direito à saúde, visto que ambos se complementam (21) (22).

A falta de organização social se reflete nos dois outros aspectos analisados: conhecimento e participação no conselho. Explorando esse dois dados, em conjunto, percebemos que 24% dos entrevistados conhecem o Conselho de Saúde, número considerado razoável; porém, dessa porcentagem, apenas 3% já participaram de alguma reunião do Conselho. Esses números se confrontam com os 76% que desconhecem a instância de controle social do SUS, e com os 97% que nunca participaram de qualquer reunião nesse espaço.

O Conselho de Saúde é um ambiente de pactuação, de controle e de participação entre os representantes da saúde (governo, prestadores de serviços, profissionais de saúde e usuários). A exigência legal de que a composição desse espaço se dê de forma paritária, sendo 50% de usuários e 50% dos demais segmentos, consolida o propósito de que o usuário deve ser o ator do sistema, pois enfrenta diretamente os problemas dos serviços oferecidos em sua realidade social (23).

Por fim, é possível afirmar que a falta de conhecimento dos usuários e de participação nos conselhos, influencia negativamente no processo de construção do SUS, principalmente no que se refere ao direito à saúde. É necessário, portanto, que se efetive e consolide, de fato, essa participação, e que a mesma acompanhe os processos evolutivos da sociedade, posto que isso seja condição fundamental para a realização da saúde (24) (25).

Considerações finais

Foi constatado que, cada vez mais, tem-se perdido, no sentido de efetividade, o que se positivou: o anseio por uma sociedade mais equânime, detentora de seus direitos e deveres, consciente e que exerce o controle social de forma transformadora.

O entendimento do SUS como política criada para garantir o direito à saúde é substituído pela ideia de concessão do Estado. No imaginário do usuário, o SUS é um sistema carente e não está associado à sua capacidade de exercer o direito adquirido. O controle social parece estar cada vez mais subordinado ao Estado, não o contrário.

Verificou-se, ainda, que o desconhecimento das leis na área da saúde e a falta de consciência política e sanitária promovem a sensação de resignação e submissão da situação de saúde. Quando o usuário se sente negligenciado e o grau de confiança no SUS diminui, os serviços de saúde são vistos como favor e o usuário acaba por pedir um direito que já possui.

Além disso, a baixa capacidade de organização, o pouco conhecimento e participação no Conselho de Saúde - que se apresenta distante e cheio de regras ao usuário não organizado - só enfraquece e desconstrói a confiança, tanto no direito social à participação quanto no direito à saúde, visto que ambos se complementam.

Diante de todas essas questões, torna-se necessário resgatar os valores e ideais de construção do SUS, desenvolver os valores coletivos da política de saúde e empoderar os representantes do sistema, especialmente o usuário.

Referências Bibliográficas

- 1 Amorim CR *et al.* Participação e Mobilização Social no SUS: Entraves, Desafios e Perspectivas. *Revista APS* [Internet]. 2012 [Acesso em 20 jul 2014], 15(3): 294-298. Disponível em http://pesquisa.bvsalud.org/portal/resource/pt/lil-655251.
- 2 Brasil. Lei nº 8080/90, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil [Internet]. Brasília, 20 set 1990 [Acesso em 08 set 2014]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil 03/Leis/L8080.htm

- 3. Brasil. Lei nº 8142/90, de 28 de dezembro de 1990. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil [Internet]. Brasília, 31 dez 1990 [Acesso em 08 set 2014]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8142.htm.
- 4 Demo, Pedro. *Pobreza Política:* Polêmicas do nosso tempo. São Paulo: Autores Associados; 1996.
- 5 Demo,P. *Participação é Conquista*: noções de política social participativa. São Paulo: Cortez; 1988.
- 6 Dallari DA. *O Renascer do direito:* direito e vida social, aplicação do direito, direito e política. São Paulo: Saraiva; 1996.
- 7 Lefevre F, Lefevre AMC. *O Discurso do Sujeito Coletivo*. Um novo enfoque em pesquisa qualitativa (Desdobramentos). Caxias do Sul: Educs; 2003
- 8 Figueiredo MZA, Chiari BM, Goulart BNG. Discurso do Sujeito Coletivo: uma breve introdução à ferramenta de pesquisa qualiquantitativa. *Distúrbios da Comunicação* [Internet], 2013 [Acesso em 28 set 2014], 25(1): 129-136. Disponível em http://revistas.pucsp.br/index.php/dic/article/view/14931.
- 9. Pacheco Filho AC, Garbin CAS. A saúde e seu direito sob o olhar do usuário. *Revista Brasileira de Pesquisa em Saúde* [Internet]. 2010 [Acesso em 04 set 2014], 12(3): 39-45, 2010. Disponível em http://periodicos.ufes.br/RBPS/article/view/825.
- 10 Bartolomei CEF, Carvalho MS de, Delduque MC. A Saúde é um Direito! *Saúde em Debate* [Internet]. 2003 [Acesso em 08 set 2014], 27(65): 184-191. Disponível em http://bases.bireme.br/cgi-

<u>bin/wxislind.exe/iah/online/?IsisScript=iah/iah.xis&nextAction=lnk&base=LILACS&exprSearch=394022&indexSearch=ID&lang=i</u>

- 11 Bosi MLM, Affonso KC. Cidadania, participação popular e saúde: com a palavra, os usuários da Rede Pública de Serviços. *Cadernos de Saúde Pública* [Internet]. 1998 [Acesso em 04 de set 2014], 14 (2): 355-365. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci arttext&pid=S0102311X1998000200020&In g=en&nrm=iso.
- 12 Brasil. Conselho Nacional de Secretários de Saúde CONASS. *A saúde na opinião dos brasileiros/Conselho Nacional de Secretários de Saúde*. Brasília, 2003.
- 13 Silva GM, Rasera EF. A construção do SUS-problema no jornal Folha de S. Paulo. *História, Ciências, Saúde-Manguinhos* [Internet]. 2014 [Acesso em 23 out 2014], 21(1): 61-76. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-59702014000100061&lng=en&nrm=iso

- 14 Paim, J. O que é o SUS? Rio de Janeiro: Fiocruz; 2009.
- 15 Guimarães LHP. A simplificação da linguagem jurídica como instrumento fundamental de acesso à justiça. *Publicatio UEPG: Ciências Humanas, Linguística, Letras e Artes* [Internet]. 2012 [Acesso em 23 out 2014], 20(2): 173-184. Disponível em http://www.revistas2.uepg.br/index.php/humanas/article/view/4270.
- 16 Neumann ZA. Controle Social e Cidadania. *Revista do TCU* [Internet]. 2004 [Acesso em 01 nov 2014], 1(102): 9-18. Disponível em: http://portal3.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2054642.PDF.
- 17. Crevelim MA, Peduzz M. Participação da comunidade na equipe de saúde da família: é possível estabelecer um projeto comum entre trabalhadores e usuários? *Ciência e Saúde coletiva* [Internet]. 2005 [Acesso em 08 ago 2014], 10(2): 323-331. Disponível em

http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S141381232005000200010&ln g=en&nrm=iso.

- 18 Santos CC da SS, Bastos RL. Participação Social: A Construção da Democracia na Saúde Brasileira. *Revista Brasileira de Pesquisa em Saúde, Ceará* [Internet]. 2011 [Acesso em 18 jul 2014], 24(3): 266-273. Disponível em http://pesquisa.bvsalud.org/portal/resource/pt/lil-602540.
- 19 Valentim IVL, kruel AJ. A importância da confiança interpessoal para a consolidação do Programa de Saúde da Família. *Ciência & Saúde Coletiva* [Internet]. 2007 [Acesso em 28 out 2014], 12(3): 777-788. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci arttext&pid=S141381232007000300028&In g=en&nrm=iso.
- 20 Albuquerque PC de, Stotz EN. A educação popular na atenção básica à saúde no município: em busca da integralidade. *Interface-Comunicação, Saúde, Educação* [Internet]. 2004 [Acesso em 23 out 2014], 8(15): 259-274. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci arttext&pid=S141432832004000200006&In g=en&nrm=iso
- 21 Guizardi FL, Pinheiro R. Dilemas culturais, sociais e políticos da participação dos movimentos sociais nos Conselhos de Saúde. *Ciência & Saúde Coletiva* [Internet]. 2006 [Acesso em 16 set 2014], 11(3): 797-805, 2006. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci arttext&pid=S141381232006000300027&In g=en&nrm=iso.
- 22 Labra ME, Figueiredo JS. Associativismo, participação e cultura cívica. O potencial dos conselhos de saúde. *Ciência & Saúde Coletiva* [Internet]. 2002 [Acesso em 1 out 2014], 7(3): 537-547. Disponível em

Cad. Ibero-Amer. Dir. Sanit., Brasília, v.4, n.3, jul./set. 2015 ISSN 2358-1824

http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S141381232002000300011&lng=en&nrm=iso

23 Assis MMA. O Processo de construção do controle social no Sistema Único de Saúde e a gestão nos espaços institucionais. *Saúde em Debate* [Internet]. 2003 [Acesso em 08 set 2014], 27(65): 324-335. Disponível em http://bases.bireme.br/cgibin/wxislind.exe/iah/online/?IsisScript=iah/iah.xis&nextAction=lnk&base=LILACS&exprSearch=394034&indexSearch=ID&lang=p

24 Conserva AM *et. al.* Participação social na construção do SUS: uma análise à luz da experiência brasileira. *Cadernos Ibero-americanos de Direito Sanitário* [Internet]. 2014 [Acesso em 10 nov 2014], 3(2): 1-9. Disponível http://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/13.

25 Coelho JS. Construindo a Participação Social no SUS: um constante repensar em busca de equidade e transformação. *Saúde e Sociedade* [Internet]. 2012 [Acesso em 20 ago 2014], 21(1): 138-151. Disponível em: http://www.revistas.usp.br/sausoc/article/view/48776.

Recebido para publicação em 22 de janeiro de 2015. Admitido para publicação em 02 de julho de 2015.

Cad. Ibero-Amer. Dir. Sanit., Brasília, v.4, n.3, jul./set. 2015 ISSN 2358-1824

Medida de Segurança: a violação do direito à saúde a partir do conceito de periculosidade

Safety Measure: the violation of the right to health from the concept of dangerousness

Valéria Rondon Rossi¹

Resumo: A relação dos fenômenos da loucura e criminalidade foi um ponto estratégico para a constituição da medicina mental — psiquiatria - e para a constituição de instituições de controle, punição e regeneração. O objetivo do trabalho é questionar se esse modelo de intervenção psiquiátrico-penal garante ao louco infrator o respeito ao seu direito à saúde A hipótese é que a periculosidade é um conceito não científico, balizado por conceitos morais que identificam loucura como manifestação de perigo. A pesquisa é descritiva de caráter qualitativo, baseada em revisão bibliográfica e análise de dados coletados pela pesquisa "A Custódia e o Tratamento Psiquiátrico no Brasil: censo 2011". Conclui-se que a medida se justifica por dispositivo frágil do ponto de vista psiquiátrico e penal — a periculosidade do indivíduo —, que não apresenta elementos objetivos de identificação e quantificação, indicando tendência à adoção de modelo punitivo voltado à defesa social em detrimento da ressocialização do louco infrator.

Palavras-chave: Loucura, Periculosidade, Medida de Segurança, Direito à saúde.

Resumen: La relación entre los fenómenos de la locura y del crimen fue un punto estratégico para la constitución de la medicina mental y para la formación de las instituciones de control, castigo y regeneración. El propósito de este artículo es cuestionar si este modelo de intervención psiquiátrica-penal garantiza al loco infractor el respeto a su derecho a la salud, o si es un mecanismo para garantizar el orden social a partir de la clasificación de los individuos considerados peligrosos. La hipóthesis del trabajo es que la peligrosidad es un concepto no científico, marcado por conceptos morales que identifican a la locura como una manifestación de peligro en sí misma. Este estudio es de carácter descriptivo y cualitativo, basado en la revisión bibliográfica y análisis de los datos recogidos por la investigación "La custodia y el tratamiento psiquiátrico en Brasil: Censo 2011". Se puede concluir que la medida de seguridad se justifica por un dispositivo frágil del punto de vista psiquiátrico y penal - la peligrosidad del individuo - que no es basada en una identificación o cuantificación de factores objetivos, lo que indica una tendencia a adoptar un modelo punitivo centrado en la defensa social a expensas de la rehabilitación del loco delincuente.

Palabras-Ilave: Locura, Peligrosidad, Medida de Seguridad, Derecho a la salud.

Abstract: The relationship between the phenomena of insanity and criminality was a strategic point for the constitution of mental medicine – psychiatry – and for the establishment of institutions of control, punishment and regeneration. The purpose of this paper is to question whether this model of criminal-psychiatric intervention ensures to the insane criminal offender the respect to his/her right to health, or if it is a mechanism for ensuring social order by isolating individuals considered dangerous. The paper's hypothesis is that dangerousness

_

¹ Psicóloga, Especialista em Direito Sanitário pela FIOCRUZ – Brasília. Especialista em Gestão em Saúde pela UNESP. Especialista na Docência na Educação Superior. Psicóloga perita complementar na Gerência de Saúde Ocupacional e Segurança do Trabalhador – GESOST da Coordenação de Saúde Ocupacional – COSAÚDE / SEE/DF. Professora de Psicologia da Secretaria de Estado de Educação do Distrito Federal. Brasília, Brasíl. E-mail: vrrossi@gmail.com.

is a nonscientific concept, marked by moral concepts that identify madness as a manifestation of danger in itself. It is a descriptive and qualitative research, based on literature review and analysis of data collected by the survey "The Custody and Psychiatric Treatment in Brazil: 2011 Census". It is concluded that the security measure is justified by a fragile psychiatric and criminal concept - the dangerousness of the individual – which does not provide identification and quantification purposes elements, indicating a tendency to adopt a punitive model focused on social defense at the expense of rehabilitation of the insane criminal offender.

Keywords: Insanity, Dangerousness, Safety Measure, Right to health.

Introdução

Desde o início das civilizações a loucura despertou, alternadamente, curiosidade e terror em todas as esferas que compõem a sociedade. Ora considerada sinal de divindade ou inspiração artística e intelectual, ora relegada ao desprezo social e descrita como fonte de desordem e perigo, as percepções acerca da loucura sofreram mudanças e ressignificações ao longo da história (1).

A relação estabelecida entre o fenômeno da loucura e a criminalidade foi um ponto estratégico para a constituição da medicina mental – psiquiatria – e, por consequência, para a constituição de instituições de controle, punição e regeneração (2) (3). Constata-se que a criação do manicômio foi a resposta social à loucura (4) (5). E o manicômio judiciário o lugar destinado às pessoas perigosas que deveriam ficar excluídas da sociedade, o indivíduo portador de transtorno mental autor de algum delito, ou seja, o louco infrator.

Os loucos infratores são considerados inimputáveis no Brasil, o que significa que não são indivíduos a quem se possa aplicar uma pena, pois não são reputados responsáveis por seus atos. O objetivo do presente artigo é questionar se esse modelo de intervenção psiquiátrico-penal garante ao louco infrator o respeito ao seu direito à saúde ou se é, por outro lado, um mecanismo de garantia da ordem social a partir da apartação de sujeitos considerados perigosos. A hipótese do trabalho é de que a periculosidade é um conceito não-científico, balizado por conceitos morais que identificam a loucura como uma manifestação de perigo em si e permitem a apartação indefinida dos loucos infratores, não uma avaliação sobre tratamento e saúde.

A construção desse estudo apresenta-se uma discussão sobre os conceitos de inimputabilidade, periculosidade e medida de segurança para a doutrina jurídica e para o direito penal. Por fim, o arcabouço teórico é utilizado para subsidiar a análise dos dados apresentados na pesquisa "A Custódia e o Tratamento Psiquiátrico no Brasil: Censo 2011"

Cad. Ibero-Amer. Dir. Sanit., Brasília, v.4, n.3, jul./set. 2015 ISSN 2358-1824

(6), com o objetivo de avaliar empiricamente de que forma o atual modelo de tratamento e punição imposto aos loucos infratores tem influenciado suas vidas no interior dos Estabelecimentos de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (ECTPs), antigos manicômios judiciários. São avaliados, nesse ponto, aspectos relativos à entrada no sistema, à permanência, possibilidade de saída pela suspensão da medida – cessação de periculosidade – e observância aos direitos e garantias dos portadores de sofrimento mental.

Metodologia

Trata-se de pesquisa descritiva de caráter qualitativo, baseada especialmente em revisão bibliográfica e análise de dados coletados no trabalho "A Custódia e o Tratamento Psiquiátrico no Brasil: Censo 2011", realizado pela equipe da ONG Anis – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero². Assim, o estudo reveste-se de caráter qualitativo e exploratório, pois se destina a investigar uma realidade pouco conhecida e debatida, a internação manicomial no Brasil. Uma das principais características da pesquisa exploratória é a flexibilidade no seu planejamento e a utilização do levantamento bibliográfico como principal fonte (7).

A revisão da literatura acerca do tema foi principalmente realizada mediante consulta à base de dados eletrônicos da Biblioteca Virtual em Saúde e Scielo, para a coleta dos dados necessários à execução da pesquisa. Os critérios de inclusão para seleção dos artigos foram: artigos nacionais, publicados no idioma português, no período de 2002 – após a Reforma Psiquiátrica ocorrida com a aprovação da Lei nº 10.216/2001 (8) – a 2014, cuja abordagem tivesse referência direta com o tema.

A partir de ampla revisão bibliográfica e da leitura criteriosa dos artigos encontrados, a análise seguiu as perspectivas propostas por Minayo (9), por meio da análise temática, operacionalizada em três etapas: a pré-análise, a exploração do material e o tratamento dos resultados e interpretação.

_ ?

² Esta pesquisa foi, até o momento, o primeiro e único esforço para realização de um levantamento sobre os manicômios judiciários no Brasil. Encomendado pelo Ministério da Justiça, "A Custódia e o Tratamento Psiquiátrico no Brasil – Censo 2011" foi coordenado pela antropóloga e professora da Universidade de Brasília (UnB), Debora Diniz.

Da Loucura Divina à Loucura Perigosa – o Processo de Psiquiatrização da Loucura

A loucura nem sempre foi considerada um problema, uma condição existencial pejorativa ou negativa. Pelo contrário, houve tempos na história humana em que sinais de desrazão foram considerados manifestações de uma existência superior. Na Grécia antiga, por exemplo, acreditava-se que o ser delirante era um privilegiado, pois tinha a capacidade de se comunicar com as divindades, com o sagrado. Era prerrogativa de somente alguns terem acesso às verdades divinas (10).

Há evidências de que até o período que se convencionou chamar Idade Média, os loucos não eram submetidos a processos de reclusão, podiam andar livremente pelas cidades, circular entre as pessoas e viver de caridade pelas ruas. No Renascimento, a loucura passou por dois momentos, conforme Machado (11): em uma primeira fase, foi entendida como uma espécie de vocação, propensa às artes plásticas e às pinturas; na segunda, mais elaborada a partir de saberes filosóficos e literários, passou a ser compreendida como uma desmoralização do saber.

Silveira e Braga (12) demonstram nos seus estudos que "paulatinamente, a loucura vai se afastando do seu papel de portadora da verdade e vai se encaminhando em uma direção oposta", pois, segundo esses autores, "a loucura já não é mais porta-voz da verdade divina e em pouco tempo passará a ocupar o lugar de representante simbólico do mal". Dessa forma, a loucura que antes era tolerada ou mesmo admirada, passa a ser rejeitada e atribuída à desordem social. No século XVI, a visão da loucura passa a ser entendida como um processo de desrazão, como tudo aquilo que uma sociedade enxerga como sendo seu outro: a estranheza, a ameaça, a alteridade radical (10).

No decorrer do século XVII, as ideias de despossessão da razão e possessão demoníaca passaram coabitar os diagnósticos médicos, mas para diferentes indivíduos. Dechambre (13) afirma que os médicos "diante de manifestações dos insensatos e dementes" tinham duas possibilidades: "ora se orientavam pelo diagnóstico organicista, ora pelo metafísico, mas um excluía o outro". Concepções religiosas e biologizantes conflitavam: o indivíduo podia ser considerado insensato, por origens orgânicas; ou demente, porque possuído pelo demônio.

Os hospitais gerais e as Santas Casas já nessa época abrigavam todos aqueles considerados necessitados de internação, como os leprosos, as prostitutas, os loucos e até

os criminosos. Goffman (14) define esses lugares como "instituição total", um local onde um grande número de indivíduos com situação semelhante, separados da sociedade mais ampla por considerável período de tempo levam uma vida fechada e formalmente administrada. Todavia, esses espaços ainda não tinham a conotação da medicalização, e, com isso, os loucos não passavam por tratamento médico específico.

É no século XVIII que o fenômeno da loucura, segundo Foucault (15), passa a ser definitivamente objeto do saber médico, passa a ter o *status* de alienação e o reconhecimento como doença mental, o que faz com que seja passível de tratamento e cura. Não é mais descrita como um domínio do divino ou do inexplicável, mas como domínio da ciência. Assim, o louco é o alienado, tendo essa expressão a mesma origem etimológica de *alien*, estrangeiro de fora do mundo e da realidade.

Ocorre, então, o marco inaugural da chamada medicina mental, o nascimento da psiquiatria como uma área especializada e responsável por ditar destino aos tidos como loucos e alienados. Surge o manicômio como instituição para abrigar o louco separadamente dos demais indivíduos desviantes. A perspectiva é, em tese, de saúde: nessa instituição a loucura seria tratada por médicos com vistas à cura, de acordo com a ordem fundada pelo médico francês Philippe Pinel, considerado o fundador da psiquiatria. O método criado por Pinel estabelecia a doença como problema de ordem moral e, assim, o método terapêutico para a loucura era denominado "tratamento moral", o qual era baseado em confinamentos, sangrias e purgativos, sendo esse o primeiro método terapêutico para a loucura na modernidade (16) (4) (15).

Foucault (5) afirma que a transformação do hospital psiquiátrico numa instituição medicalizada se deu a partir da ação sistemática e dominante da disciplina, da organização e esquadrinhamento médicos, sendo o momento em que a loucura transformou-se em questão social, passando a ser regulada e contida numa instituição. Não se tratava de um tratamento mais humano e, muito menos, de um reconhecimento positivo da loucura, mas de uma meticulosa operação na qual pela primeira vez há a união do pensamento médico com a prática do internamento (17).

A loucura firmou-se como verdade médica e a psiquiatria efetivando-se como "um imperativo de ordenação dos sujeitos", conforme afirma Amarante (18). A psiquiatria como saber científico, o psiquiatra como médico especialista e o manicômio como única instituição destinada ao tratamento terapêutico da doença mental perigosa (19).

Manicômio e Manicômio Judiciário - Lugar Social do Louco e do Louco Infrator

As unidades hospitalares criadas para pessoas portadoras de transtornos mentais com o cunho segregacionista, começaram a funcionar no início do século XX, no Brasil, os espaços asilares para receber e tratar os ditos loucos criminosos, pessoas portadoras de transtornos mentais que cometeram delitos (20). A criação oficial dos manicômios judiciários ocorreu pelo Decreto nº 1.132, de 22 de dezembro de 1903 (21). A criação de manicômios judiciários ou criminais visou garantir a separação entre loucos criminosos e criminosos comuns (22). A tônica de exclusão proporcionada pela instituição asilar estabelece a diferença entre loucos comuns e loucos criminosos.

O manicômio judiciário figura como uma instituição "prisão de caráter especial, prisão e manicômio ao mesmo tempo" (2), pretendendo corresponder aos interesses tanto da área de saúde como do âmbito jurídico. Nesse sentido, Barros-Brisset (13) explica que sendo unânime o entendimento de que a periculosidade era intrínseca à loucura, então, "o direito deveria apresentar um mecanismo especial para tratar o indivíduo perigoso, separando-o da sociedade até cessar a sua periculosidade, em nome da defesa social".

A partir do encontro da periculosidade social da loucura com o conceito de doença mental trazido pela medicina ocorreu "uma sobreposição entre punição e tratamento, uma quase identidade do gesto que pune e aquele que trata" (23).

A Inimputabilidade, a Periculosidade e a Medida de Segurança no Código Penal

Na opinião de Marques (24), a introdução formal do instituto das medidas de segurança foi a mais profunda modificação proposta pelo Código Penal de 1940 em relação ao sistema penal anterior, que definia que os loucos ou insanos que houvessem cometido crimes deveriam ser entregues às suas famílias ou, então, recolhidos e internados em casas especialmente destinadas a acolhê-los. As medidas de segurança foram sistematizadas no anteprojeto de código penal de Virgílio de Sá Pereira em 1927, "no qual se inaugurou o reconhecimento expresso à responsabilidade diminuída ou atenuada" (25).

Mas, foi no Código de 1940 que 'as medidas de segurança vieram a consolidar-se [...] e generalizar-se como alternativa para aqueles que eram "criminosos natos e incidiam em conduta humana típica e antijurídica, mas que eram inimputáveis" (26).

Dessa forma, o indivíduo infrator somente será isento de pena e, assim, considerado inimputável para ser absolvido, de acordo com o Código Penal, se seu estado mental o tiver privado completamente da capacidade psicológica, ou seja, se o fator patológico tiver eliminado inteiramente tanto a sua função ou capacidade de entendimento como a de vontade em relação à sua conduta criminosa. O critério adotado é, portanto, biopsicológico. Zaffaroni e Pierangeli (27).

Esse procedimento se difere da pena, pois, enquanto a pena tem caráter declaradamente punitivo, a medida de segurança tende a se apresentar de forma mais preventiva (20).

A longa permanência da loucura como perigo no imaginário social e na engrenagem penal faz com que não se questione com frequência se a internação asilar de fato se propõe a proporcionar melhora ao quadro de sofrimento do sujeito, pois o afastamento da convivência social já seria suficiente sob uma perspectiva de contenção de riscos.

Do Risco ao Perigo e à Periculosidade

Apesar da pluralidade de conceitos a respeito do entendimento do risco, existe um elemento transversal a todas as suas definições: a distinção entre possibilidade e realidade (28), ou seja, aquilo que é possível acontecer pode ou não transformar-se em realidade. Nesse sentido, fica evidente que a incerteza é uma das dimensões do risco. Ewald (28) afirma que o cálculo do risco desenvolve formas e métodos para transformar o imprevisível em previsível.

Nos Séculos XIX e XX foram desenvolvidas várias definições para a noção de periculosidade, sendo concebida geralmente como a probabilidade, e não a mera possibilidade de que uma pessoa venha a reincidir no crime, conforme Bourgeois e Bénézech (31).

Cohen (32) explica que "a periculosidade não está vinculada ao ato em si, mas sim à falta de compreensão do indivíduo que vai infringir uma proibição legal ou à sua

incapacidade de determinar-se de acordo com esse entendimento". Esse entendimento faz com que seja possível não julgar exatamente o ato praticado, mas a personalidade da pessoa (33), pois o objetivo da intervenção penal para inimputáveis não é a punição de um crime cometido, mas a prevenção de crimes futuros. Assim, a periculosidade torna-se o fundamento do direito de prevenir, ainda que só possa ser enunciada depois de um primeiro crime.

A questão que emerge dessa análise é se é possível definir a medida de segurança como uma intervenção de saúde, mesmo que se baseie no conceito de periculosidade. Se o fundamento primordial da medida é garantir a segurança social, como indicado pelo próprio nome do instituto, que atenção à saúde é possível? Constata-se que a periculosidade criminal implica necessariamente um juízo de probabilidade de o sujeito vir a cometer novos delitos, mas nada diz sobre seu sofrimento mental ou necessidades de cuidado.

A Criminalização da Doença Mental e a Patologização do Ato Delituoso

O manicômio judiciário no Brasil passou a ser denominado Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (HCTP) a partir da Reforma Penal de 1984, sendo que os Estabelecimentos de Custódia e Tratamento Psiquiátrico incluem não só os hospitais, mas também as Alas de Tratamento Psiquiátrico localizadas no interior de presídios ou penitenciárias.

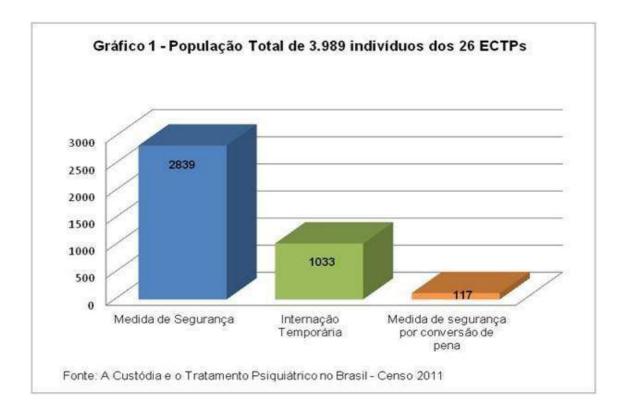
De acordo com o Censo dos Estabelecimentos de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (ECTPs), realizado no ano de 2011, o Brasil conta com 23 Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (HCTPs) e 3 Alas de Tratamento Psiquiátrico (ATPs), localizadas em complexos penitenciários (6).

Constatou-se que em 2011 a população total dos 26 ECTPS era formada por 3.989 indivíduos, dos quais 92% (3.684) eram homens e 7% (291) eram mulheres. A maioria era composta por sujeitos que já enfrentavam situação de vulnerabilidade dentro da sociedade. Nesse contexto, o Censo 2011 aponta que parte considerável dos internos é formada por pardos e pretos (44%), que em geral possuem baixo nível de escolaridade, com 23% de analfabetos e 43% com nível fundamental incompleto. Havia também uma concentração de indivíduos que exerciam ocupações que exigem pouca ou nenhuma qualificação, e que correspondem a baixa remuneração, como vendedores em comércio e trabalhadors na área

agropecuária (31%) e trabalhadores industriais (22%). Os desempregados constituíam 17% da população (6).

A População dos Estabelecimentos de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (ECTPs)

O Censo 2011 demonstra que dos 3.989 indivíduos, 2.839 estavam em medida de segurança, 117 estavam em medida de segurança por conversão de pena e 1.033 estavam em situação de internação temporária (Gráfico 1).

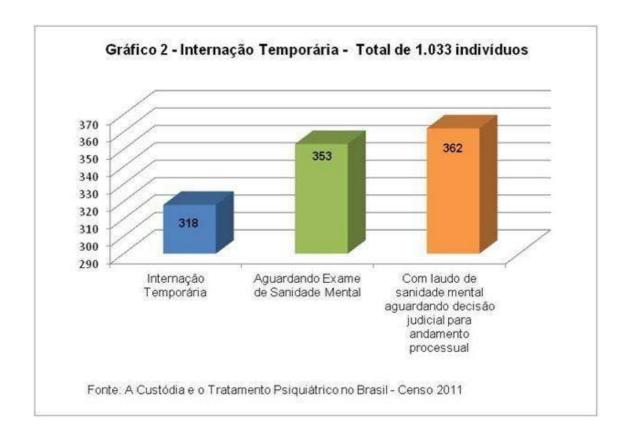


Dos 2.839 indivíduos em medida de segurança no Brasil cerca de 69% (1.963) dos indivíduos não haviam cometido nenhuma infração penal anterior à que conduziu a atual medida de segurança, ou seja, antes de suas internações e, assim, poderiam ser considerados réus primários. A primariedade é um dos fatores que favorece a aplicação de medida alternativa à reclusão para os crimes de baixo potencial ofensivo no sistema penal comum, mas no caso de loucos infratores é ignorado.

Os Indivíduos em Internação Temporária

Em situação temporária, dos 1.033 indivíduos, 34% (353) estavam internados para realizar exame de sanidade mental, sendo que 27% (97) aguardavam dentro do prazo legal previsto pelo Código de Processo Penal, de 45 dias, e 69% (244) aguardavam por um período superior a esse prazo (Gráfico 2).

Constata-se que não são garantidas as determinações legais devido à média de atraso para a realização desses exames ser em torno de 10 meses, quase sete vezes mais que o prazo definido como aceitável. Além disso, 35% (362) dos indivíduos em internação temporária já tinham o laudo de sanidade mental, porém aguardavam decisão judicial para andamento processual (Gráfico 2).



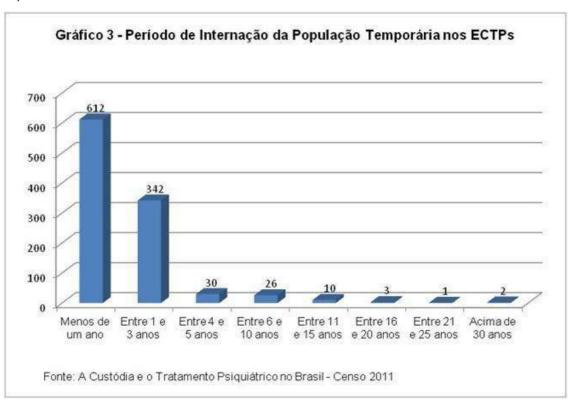
Observa-se que o indivíduo, mesmo sem ter a insanidade estabelecida, por estar aguardando a realização do exame de sanidade mental, deve ser encaminhado a uma instituição hospitalar, sem indicação médica e sem orientação para submissão a tratamento, mas por ter ordem estritamente judicial. Assim, são no mínimo 45 dias – e, na prática, muito

mais que isso – em que esse indivíduo poderá ficar internado em um manicômio ou instituição similar, capaz de, por seus próprios mecanismos de isolamento social, alterar a conduta e a disposição psicoafetiva de qualquer indivíduo.

O Período de Internação da População Temporária e a confirmação da apartação como defesa social

População temporária é aquela que não recebeu sentença de medida de segurança, ou seja, que está internada sem determinação clara da justiça sobre a necessidade de estar lá. Vale destacar que entre a população temporária dos ECTPs 59% (612) estavam internados havia menos de um ano, 31% (324) estavam internados entre um e três anos, 3% (30) estavam internados entre quatro e cinco anos, 3% (26) estavam internados entre seis e dez anos, 1% (10) estava internado entre onze e quinze anos, 0,3%

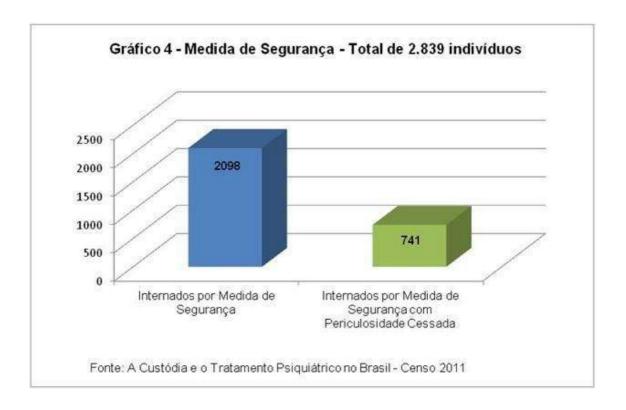
(3) estava internado entre dezesseis e vinte anos, um (1) único indivíduo estava internado entre 21 e 25 anos, e dois (2) indivíduos estavam internados havia mais de trinta anos (Gráfico 3).



A porcentagem de indivíduos em internação temporária prolongada pode até ser vista como pequena em comparação com o total, mas evidencia a possibilidade de absurdo desse sistema: é possível que sujeitos sejam abandonados aos manicômios por décadas sem que haja resposta oficial do Estado sobre sua situação.

Os Indivíduos em Medida de Segurança

Os dados do Censo 2011 demonstram que pelo menos 25% (741) dos indivíduos em medida de segurança não deveriam estar internados, por diversos motivos: já receberam laudo de cessação de periculosidade, sentença de desinternação, extinção de medida de segurança, alta médica ou desinternação progressiva da justiça, ou mesmo estão em internação sem processo judicial (Gráfico 4).



É importante esclarecer que após declarada a cessação da periculosidade, a pessoa internada em medida de segurança tem direito a receber a sentença de desinternação condicional, a qual tem o prazo de doze meses e, após esse período, caso não haja intercorrência que leve o indivíduo à reinternação em ECTPs, a medida de segurança

é considerada extinta. Verificou-se que a saída dos manicômios tem sido negada a pelo menos 741 indivíduos que já obtiveram esse direito, o que representa um quarto da população total dos ECTPs.

Além disso, 41% (1.153) desta população em medida de segurança estava em atraso com a realização anual do exame de cessação de periculosidade.

De acordo com Cintra Júnior (34), "a inimputabilidade acaba tendo, em razão da lei, um tratamento muito mais penal que terapêutico", pois a instância custodial acaba prevalecendo através da justificativa de medida de segurança social.

O Censo 2011 demonstra ainda que o segundo maior grupo populacional internado é de deficientes mentais (classificados pelo CID 10 como "retardo mental"), compondo 16% da população total (6). A reclusão desses indivíduos fere diretamente a Convenção de Pessoas Portadoras de Deficiência das Nações Unidas, da qual o Brasil é signatário.

Para Queiroz (2010), respeitando a Lei nº 10.216/2001:

(...) independentemente da gravidade da infração penal cometida, preferir-se-á o tratamento menos lesivo à liberdade do paciente, razão pela qual, independentemente da pena cominada (se reclusão ou detenção), o tratamento ambulatorial (extra-hospitalar) passa a ser regra, e a internação, a exceção, apesar de o Código dispor em sentido diverso (36).

O Período de Cumprimento da Medida de Segurança e a reafirmação do modelo hospitalocêntrico nos ECTPs

O Censo 2011 demonstrou que, 56% (1.648) das pessoas em medida de segurança estavam internadas há mais tempo do que a pena mínima que poderiam ter sofrido se não fossem considerados inimputáveis. Além disso, 21% (606) das pessoas internadas cumpriam medida de segurança há mais tempo que a pena máxima em abstrato para a pena relativa ao ato infracional cometido.

A pesquisa do Censo 2011 identificou diversas situações alarmantes, dentre as quais dez dos casos mais graves. (Tabela 1).

Tabela 1 - População em medida de segurança internadas há mais tempo do que a pena mínima que poderiam ter sofrido se não fossem considerados inimputáveis

Crime	Data da Sentença	Tempo da MS	Pena Máxima em Abstrato
Tentativa de furto	10/10/1979	32 anos	2 anos e 8 meses
Homicídio culposo	30/05/1979	31 anos	3 anos
Lesão corporal	10/01/1985	26 anos	1 ano
Lesão corporal	03/09/1985	25 anos	1 ano
Incêndio culposo	27/01/1986	25 anos	2 anos
Lesão corporal	27/05/1988	23 anos	1 ano
Lesão corporal	20/05/1988	22 anos	1 ano
Homicídio culposo	13/06/1986	24 anos	3 anos
Tentativa de estrupo e violação de domicílio	21/02/1983	28 anos	6 anos e 11 meses
Homicídio culposo	05/08/1987	24 anos	3 anos

A periculosidade criminal que justifica essa permanência prolongada funda-se, portanto, na ideia de que o louco infrator, movido por certos apetites e impulsos que são próprios a seu transtorno mental, provavelmente praticará novos delitos, configurando-se a

medida de segurança como a única modalidade sancionatória adequada para tratá-lo ou

simplesmente neutralizá-lo (37).

Pode-se concluir que a medida de segurança se justifica por um dispositivo frágil do ponto de vista psiquiátrico e penal – a periculosidade do indivíduo –, que nada mais é do que um prognóstico impossível de ser provado, porque não apresenta elementos objetivos de identificação e quantificação. A utilização desse conceito indica uma clara tendência à adoção de um modelo punitivo voltado para a defesa social, no qual as penas tendem a se alongar na mesma medida em que os direitos dos apenados são restringidos, o que ocorre em detrimento da ressocialização do louco infrator e da atenção ao seu direito à saúde (41).

Considerações Finais

O paradigma psiquiátrico clássico, inaugurado com Phillipe Pinel, classificou o portador de sofrimento mental como um sujeito que traz em si um déficit moral intrínseco, portador de um mal moral, e assim proporcionou a renovação do conceito de alienação mental.

A medicina e o saber-poder psiquiátrico continuam ao longo da história recente com a capacidade de definir e decidir sobre o que é o normal, o anormal e o patológico, como também exercer o poder normalizador sobre essas subjetividades. A perícia médica, e mais especificamente a psiquiatria forense, é a área que dispõe da função de constatar a insanidade mental, a periculosidade do indivíduo e a cessação da periculosidade do sujeito.

A ideia pineliana de um déficit moral intrínseco na loucura, que faz dos loucos indivíduos intrinsecamente perigosos, é algo que se arrasta imutavelmente em todas as teses sobre a periculosidade e permanece até os dias de hoje.

Os Estabelecimentos de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (ECTPs) integram o sistema penitenciário e, consequentemente, seguem as determinações da Lei de Execução Penal, com isso, acabam mantendo um modelo desvinculado de um sistema integrado de atenção em saúde mental, assim, confirmando a ideia de que a medida de segurança se identifica mais com a pena do que com um instrumento terapêutico.

A Lei de Reforma Psiquiátrica trouxe um modelo substitutivo de saúde mental que se constitui em importante passo no sentido de resgatar a cidadania do portador de sofrimento psíquico. A promulgação dessa Lei, no entanto, não provocou nenhuma alteração significativa na sistemática de aplicação das medidas de segurança.

A presunção da periculosidade intrínseca à loucura é o que permite a permanência desse regime de saber-poder que encarcera os chamados inimputáveis com base no medo social, e não lhes garante o devido acesso à saúde.

Assim, resta claro que o modelo manicomial, baseado em uma legislação penal que identifica na loucura uma possibilidade de perigo, precisa ser repensado para que se garanta verdadeira atenção em saúde ao louco infrator. Por fim, importante destacar que o resgate da cidadania dessas pessoas portadoras de sofrimento mental em conflito com a lei não se exaure com a extinção pura e simples dos Estabelecimentos de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, pois é necessário que se discuta e se exija a implementação de políticas de saúde mental voltadas a afirmar a atual legislação.

Referências Bibliográficas

- 1 Castro UR de. *Reforma psiquiátrica e o louco infrator:* novas ideias, velhas práticas. Brasília: Hinterlândia; 2009.
- 2 Carrara S. *Crime e loucura:* o aparecimento do manicômio judiciário na passagem do século. Rio de Janeiro: EdUERJ; 1998.
- 3 Corrêa JM. O doente mental e o direito. São Paulo: Iglu; 1999.
- 4 Costa ACF. Direito, saúde mental e reforma psiquiátrica. In: Márcio Iorio Aranha, organizador. *Direito sanitário e saúde pública*, Brasília: Ministério da Saúde; 2003. [Internet]. Brasília, 2003. [Acesso em 10 out 2014]. Disponível em http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/direito san v1.pdf..
- 5 Foucault M. História da loucura na idade clássica. São Paulo: Perspectiva; 2004a.
- 6 Diniz DA. *Custódia e o Tratamento Psiquiátrico no Brasil Censo 2011*. Brasília: Letras Livres; 2013. [Acesso em 10 out 2014]. Disponível em: http://newpsi.bvspsi.org.br/ebooks2010/pt/Acervo_files/custodia_tratamento_psiquiatrico_n_obrasil_censo2011.pdf.
- 7 Gil AC. Métodos e técnicas de pesquisa social. São Paulo: Atlas; 2007.
- 8 Brasil. Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001. *Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental*. [Internet]. Brasília, 6 abr 2001. [Acesso em 10 out 2014]. Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil-03/Leis/LEIS-2001/L10216.htm.
- 9 Minayo MC de S. *O desafio do conhecimento*: pesquisa qualitativa em saúde. São Paulo: Hucitec: 2006.
- 10 Pelbart PP. *Da clausura do fora ao fora da clausura loucura e desrazão*. São Paulo: Brasiliense: 1989.
- 11 Machado R *et al. Danação da norma:* a medicina social e constituição da psiquiatria no Brasil. [Internet]. Rio de Janeiro: Edições Graal; 1978. [Acesso em 10 out 2014] .Disponível e:
- http://minhateca.com.br/niltonvarela/Documentos/Ebooks/Hist*c3*b3ria++Teoria+e+Historiografia/MACHADO*2c+Roberto.+Dana*c3*a7*c3*a3o+da+norma++medicina+social+e+constitui*c3*a7*c3*a3o+da+psiquiatria+no+Brasil,1325198.pdf.
- 12 Silveira LC, BRAGA VAB. Acerca do conceito de loucura e seus reflexos na assistência de saúde mental. *Revista Latino-Americana de Enfermagem* [Internet]. 2005 [Acesso em 10 out 2014], 13(4): 591-595. Disponível em http://www.scielo.br/pdf/rlae/v13n4/v13n4a19.pdf.
- 13 Barros-Brisset FO de. Genealogia do conceito de periculosidade. *Responsabilidades* [Internet]. 2011 [Acesso em 10 out 2014], 1(1): 37-52. Disponível em

http://www8.tjmg.jus.br/presidencia/programanovosrumos/pai_pj/revista/edicao_01_1/02-GENEALOGIA%20DO%20CONCEITO%20DE%20PERICULOSIDADE.pdf.

- 14 Goffman E. *Manicômios, Prisões e Conventos*. São Paulo: Perspectiva; 2003.
- 15 Foucault M. Microfísica do Poder. São Paulo: Graal; 2004b.
- 16 Resende H. Política de saúde mental no Brasil: uma visão histórica. *Cidadania e loucura: políticas de saúde mental no Brasil*. Petrópolis: Vozes, co-edição ABRASCO; 2001.
- 17 Foucault M. O poder psiquiátrico. São Paulo: Martins Fontes; 2006.
- 18 Amarante PD de C. *Loucos pela vida*: a trajetória da reforma psiquiátrica no Brasil. Rio de Janeiro: FIOCRUZ; 1998.
- 19 D'incao MA. *Sociabilidade e doença mental*. Doença mental e sociedade: uma discussão interdisciplinar. Rio de Janeiro: Graal; 1992.
- 20 Correia LC, LIMA IMSO, Alves VS. Direitos das pessoas com transtorno mental autoras de delitos. *Cadernos de Saúde Pública* [Internet]. 2007 [Acesso em 10 out 2014], 23(9): 1995-2012. Disponível em http://www.scielo.br/pdf/csp/v23n9/02.pdf.
- 21 Brasil. Decreto nº 1.132, de 22 de dezembro de 1903. *Reorganiza a assistência a alienados. In:* Collecção de Leis da República dos Estados Unidos do Brasil de 1903 Actos do Poder Legislativo. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1903.[Internet]. Brasília. [Acesso em 10 out 2014]. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1132-22-dezembro-1903-585004-publicacaooriginal-107902-pl.html.
- 22 Musse, L. B. *Políticas Públicas em Saúde Mental do Brasil na perspectiva do Biodireito:* as experiências dos estados de Minas Gerais e São Paulo sob a égide da Lei nº 10.216/2001 e suas implicações. [Tese] [Internet]. São Paulo: Programa de Doutorado em Filosofia do Direito e Estado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; 2006. [Acesso em 10 out 2014]. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/args/cp011773.pdf.
- 23 Barros DD. Cidadania *versus* periculosidade social: a desinstitucionalização como construção do saber. *Psiquiatria Social e Reforma Psiquiátrica* [Internet]. 1994ª [Acesso em 10 out 2014], 171-195. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_nlinks&ref=000086&pid=S1413294X2004000200 02000001&lng=en.
- 24 Margues JF. Tratado de Direito Penal. VIII. São Paulo: Millenium Editora; 2000.
- 25 Prado LR. *Curso de direito penal brasileiro, v. 1:* parte geral, arts. 1º a 120. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2011.
- 26 Lebre, M. Medidas de segurança e periculosidade criminal: medo de quem? *Responsabilidades* [Internet]. 2013 [Acesso em 10 out 2014], 2(2): 273-282. Disponível em

http://www8.tjmg.jus.br/presidencia/programanovosrumos/pai_pj/revista/edicao_02_02/06_ResponsabilidadesV2N2_Norte02.pdf.

- 27 Zaffaroni ER, Pierangeli JH. *Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral.* São Paulo: Revista dos Tribunais; 2004.
- 28 Areosa J. *O risco no âmbito da teoria social. In:* VI Congresso Português de Sociologia, 2008 [Internet]. Lisboa: *Mundos Sociais: Saberes e Práticas*, 2008, 323. [Acesso em 10 out 2014]. Disponível em http://www.aps.pt/vicongresso/pdfs/323.pdf.
- 29 Palomba G. *Tratado de Psiquiatria Forense Civil e Penal*. São Paulo: Atheneu; 2003.
- 30 Mayrink da Costa, *Direito Penal*. São Paulo: Forense, 2008
- 31 Almeida FM de. *Fronteiras da Sanidade:* Da "Periculosidade" ao "Risco" na articulação dos discursos psiquiátricos forense e jurídico no Instituto Psiquiátrico Forense Maurício Cardoso de 1925 a 2003 [Teste] [Internet]. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul; 2009. [Acesso em 10 out 2014]. Disponível em: https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/18411/000727172.pdf?sequence=1.
- 32 Cohen C. *Medida de segurança*. Saúde mental, crime e justiça. São Paulo: EDUSP; 2006a.
- 33 Quinet A. Crime e responsabilidade. *Psicanálise e Psiquiatria*: controvérsias e convergências. Rio de Janeiro: Rios Ambicioso; 2001.
- 34 Cintra Júnior DAD. *Direitos humanos e saúde mental*. Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2003:151-162.
- 35 Brasil. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. *Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007*. [Internet]. Brasília. [Acesso em 10 out 2014]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm.
- 36 Queiroz P. Curso de Direito Penal: Parte Geral. Rio de Janeiro: Juspodivm; 2010.
- 37 Lebre, M. *A Inconstitucionalidade da Medida de Segurança face a Periculosidade Criminal.* [Dissertação] [Internet]. Curitiba: Programa de Mestrado das Faculdades Integradas do Brasil (UniBrasil); 2009. [Acesso em 10 out 2014]. Disponível em: http://www.facbrasil.edu.br/sitemestrado/_pdf/marcelo_lebre.pdf.
- 38 Rauter C. Criminologia e Subjetividade no Brasil. Rio de Janeiro: ICCrim; 2003.
- 39 Barros DM de, Teixeira EH. Manual de Perícias Psiguiátricas. São Paulo: Artmed; 2015.
- 40 Hungria, N. Dotti, RA. Comentários ao Código Penal. São Paulo: GZ Editora, 1984

Cad. Ibero-Amer. Dir. Sanit., Brasília, v.4, n.3, jul./set. 2015 ISSN 2358-1824

- 41 Santos NAG. *Do hospício à comunidade:* políticas públicas de saúde mental. [Internet]. Florianópolis: Letras Contemporâneas; 1994. [Acesso 10 out 2014]. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/111916.
- 42 Bastos CL. Opinião. *Psychiatry On-line Brazil*, [Internet]. 2007 [Acesso em 10 out 2014], 12(10). Disponível em: http://www.polbr.med.br/ano07/lbp1007.php.
- 43 Peres MFT, Nery Filho A. A doença mental no direito penal brasileiro: inimputabilidade, irresponsabilidade, periculosidade e medida de segurança. *História, Ciências, Saúde*. [Internet]. 2002 [Acesso em 10 out 2014], 9(2): 335-55. Disponível em http://www.scielo.br/pdf/hcsm/v9n2/a06v9n2.pdf.

Recebido para publicação em 30 de janeiro de 2015. Admitido para publicação em 02 de julho de 2015.

Cad. Ibero-Amer. Dir. Sanit., Brasília, v.4, n.3, jul./set. 2015 ISSN 2358-1824

As teorias do mínimo existencial e da reserva do possível como retrocessos à efetivação do direito à saúde no Brasil

Minimum existential and possible reservation theories as setbacks to the implementation of the right to health in Brazil

Jarbas Ricardo Almeida Cunha¹

Resumo: Este artigo analisa as teorias do mínimo existencial e da reserva do possível como retrocessos à efetivação do direito à saúde no Brasil. Utiliza-se a metodologia histórico-dialética para demonstrar o caminho da construção intelectual de ambas as teorias, desde o surgimento no direito constitucional alemão até sua aplicação no constitucionalismo brasileiro com os específicos impactos no Direito Sanitário em nossa realidade.

Palavras-chave: Mínimo Existencial, Reserva do Possível, Direito à Saúde.

Abstract: This article examines the theories of minimum existential and possible reservation as setbacks to the implementation of the right to health in Brazil. It uses the historical-dialectic methodology to demonstrate the path of intellectual construction of both theories, since the appearance in German constitutional law until its implementation in the Brazilian constitutionalism with specific impacts on Health Law in our reality.

Keywords: Minimum existential, Possible reservation, Right to Health.

Resumen: Este artículo examina las teorías del mínimo existencial y reserva del posible como retrocesos en la realización del derecho a la salud en Brasil. Utiliza la metodología histórico y dialéctica de demostrar el camino de la construcción intelectual de ambas teorías, desde su orígen en el derecho constitucional alemán hasta su aplicación en el constitucionalismo brasileño con los impactos específicos sobre el Derecho a la Salud en nuestra realidad.

Palabras-llave: Mínimo Existencial, Reserva del Posible, Derecho a la Salud.

Introdução

Abordaremos neste artigo o percurso intelectual das teorias do mínimo existencial e da reserva do possível, desde seu advento no direito constitucional alemão, por meio da interpretação da Lei Fundamental de Bonn, até sua aplicação no direito constitucional brasileiro e seus reflexos na aplicação do direito à saúde no Brasil.

CIADS – 2015 DOI: http://dx.doi.org/10.17566/ciads.v4i3.199 Página 94

¹ Graduado em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto – UFOP. Especialização em Direito Sanitário pela Fundação Oswaldo Cruz - Fiocruz Brasília. Mestrado em Política Social pela Universidade de Brasília – UnB. Analista Técnico de Políticas Sociais (ATPS) no Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS). Professor de Direito Constitucional Sanitário. E-mail: jarbas.ricardo@yahoo.com.br.

Cad. Ibero-Amer. Dir. Sanit., Brasília, v.4, n.3, jul./set. 2015 ISSN 2358-1824

Iniciaremos nossa argumentação com a teoria do mínimo existencial, analisando a construção do conceito e sua caracterização como retrocesso sanitário em nosso país; a seguir, dissertaremos sobre a teoria da reserva do possível, assim como a construção do conceito e a classificação como um retrocesso na realidade jurídica brasileira e, por fim, analisaremos comparativamente os dois institutos alertando para a dissonância normativa com a Constituição da República Federativa do Brasil, em especial no que se refere à consolidação do direito à saúde.

Metodologia

A metodologia empregada no desenvolvimento deste trabalho enquadra-se no que Moreno (1) classifica como metodologia dialética. Esta metodologia reconhece que o campo do Direito Sanitário refere-se a uma realidade complexa, que demanda conhecimentos distintos e integrados e uma interação constante entre teoria e prática, para que ambas se alimentem reciprocamente, e se repensem.

Para desenvolvermos nossa argumentação realizaremos uma revisão bibliográfica sobre a temática proposta com o subsídio de artigos, livros, teses e sítios eletrônicos, utilizando a metodologia histórico-dialética que consiste em compreender uma realidade integrada no sentido de totalidade, abarcando o jurídico, o político e o econômico em sua análise.

DO MÍNIMO EXISTENCIAL

A Construção do Conceito do Mínimo Existencial

O mínimo existencial - também conhecido como "conteúdo mínimo", "mínimo vital", "núcleo essencial", "substância mínima" dos direitos fundamentais surgiu da cultura jurídica alemã, na segunda metade do século XX. No país germânico este conceito é desenvolvido e ratificado não só no âmbito jurídico, mas, também, no legislativo e administrativo, tornando-se uma referência na solução de litígios e influenciando o direito comparado.

As teses doutrinárias sobre o mínimo existencial foram criadas na Alemanha, especificamente porque a clássica Lei Fundamental ou Constitucional de Bonn, de 1949², não trazia em seu bojo qualquer tipo de direito social de cunho prestacional³.

Dessa maneira, a discussão em torno da garantia de um mínimo indispensável para uma existência digna ocupou um papel preponderante tanto nas questões préconstituição (por meio de Assembleia Constituinte), quanto na constituição em si (denominada Lei Fundamental de Bonn).

Como enfatizado por Krell (2), o Tribunal Constitucional Alemão lastreou a construção do mínimo existencial em dois elementos concordantes e fundamentadores de uma interpretação hermenêutica progressista no direito atual: o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida em sua completude, ou seja, na sua integridade física e mental. Enquanto o primeiro - princípio da dignidade da pessoa humana - estava inserido de modo normativo na Lei Fundamental de Bonn, especificamente em seu artigo I, inciso I; o segundo – direito à vida em sua completa integridade – inseria-se no artigo 20, inciso I da mesma Carta Constitucional. Sendo assim, a Corte Suprema alemã determinou uma ajuda social (*Sozialhilfe*), com base em uma interpretação constitucional prospectiva, estipulando que o Estado, de forma obrigatória, oferecesse uma contribuição social – em forma de programa de transferência de renda – a quem comprovasse ser hipossuficiente, preenchendo, dessa forma, o vazio deixado pelo texto constitucional no que se refere aos direitos sociais, influenciando a jurisprudência e a doutrina não somente de seu país, como de outras plagas internacionais.

Portanto, segundo Krell (2), a tese do mínimo existencial foi uma espécie de *mea culpa* da Carta de Bonn, já que esta negligenciava qualquer tipo de direito social tendo que encontrar um instrumento jurídico capaz de restituir esse vazio de dignidade humana.

Pouco depois, logo após a Segunda Guerra Mundial, Bachof (3) conseguiu construir uma argumentação – restrita apenas à doutrina jurídica - sobre o mínimo existencial em que aliava o direito civil e político ao direito social. Sustentava que o mínimo existencial, ligado à dignidade humana, não estaria resumido apenas à questão da liberdade, mas, principalmente, a um mínimo de segurança social como saúde, educação e moradia.

CIADS - 2015

² È a vigente Constituição da Alemanha.

³ Excepcionalmente existe a previsão da proteção da maternidade e dos filhos, compensação de desigualdades fáticas no que diz respeito à discriminação das mulheres e dos portadores de necessidades especiais.

Nessa mesma época, de acordo com Alexy (4), o Tribunal Constitucional da Alemanha começa a trilhar a argumentação supracitada de Bachof (3). Em sua jurisprudência, proferiu duas decisões fundamentais em relação aos direitos sociais prestacionais, que teve como escopo o fundamento conceitual do mínimo existencial.

Precisamente, em 1951, ocorreu a primeira decisão, que tinha como tema a assistência social. Nessa decisão, num movimento inicial de ausência de garantia, o Tribunal Constitucional Alemão desobriga o Estado de proteger o indivíduo de suas necessidades materiais e também a uma assistência totalmente gratuita.

Com a polêmica originada a partir dessa decisão, o Tribunal Alemão tenta redimirse declarando que não significa que o indivíduo não tenha nenhum direito constitucionalmente garantido à assistência social, o Estado pode prover uma assistência mínima, a ser formulada *a posteriori*. Destarte, a discussão avança e, em 1975, o Tribunal profere uma decisão em que afirma que um dos deveres inquestionáveis do Estado Alemão é a assistência aos necessitados, devendo lhes garantir "o mínimo", ou seja, condições básicas para uma existência humana digna. Dessa forma, consagrouse pela primeira vez um direito fundamental a um mínimo existencial embalado pelos ótimos desempenhos econômicos do Estado do Bem Estar Social alemão, à época.

E a segunda decisão foi muito mais polêmica, tratava-se do caso de vagas nas universidades (que eram poucas) para os estudantes correspondentes ao que é o ensino médio brasileiro (que eram muitos), que pleiteavam a entrada na vida acadêmica. Portanto, foi uma questão referente ao *númerus clausus*. O Tribunal Constitucional Alemão proferiu uma dúbia decisão, pois ao mesmo tempo em que permitiu que todo cidadão que tivesse concluído o ensino médio deveria ingressar nas universidades (um mínimo existencial educacional), também deixou aberta a questão sobre a criação de novas vagas – questão que se resolveria com a teoria da "reserva do possível", que veremos no próximo item (5).

Depois de avaliarmos esse novo instrumento jurídico em seu país de origem, analisaremos este conceito do mínimo existencial em nosso país.

No Brasil, esse debate é muito recente, ganhando força na última década e, ainda se encontrando em permanente construção doutrinária. Juristas como Torres (5), Barcellos (6) e Sarlet (7) têm contribuído com novos enfoques sobre o tema.

De acordo com Torres (5), as características centrais do mínimo existencial se coadunam sobremaneira com os denominados direitos da liberdade: sua condição de pré-constitucionalidade, pois é inerente à pessoa humana, independente da formação de uma Constituição; é direito público subjetivo de qualquer cidadão, fortalecendo a interpretação de que o mínimo existencial é que influencia a ordem jurídica e não o seu contrário, apresenta validade *erga omnes*, ou seja, tem consequências, sejam estas diretas ou indiretas, para toda a coletividade, como no exemplo de uma justificativa de estado de necessidade e, por último, apresenta-se imbuído de historicidade, vale dizer, variando de acordo com o contexto social e econômico e a identidade territorial que deseja abarcar.

Já Barcellos (6) advoga que o mínimo existencial deve preceder o princípio da dignidade da pessoal humana, devendo o Estado ofertar para os cidadãos um núcleo com um conteúdo básico, já que a efetivação do mínimo é condição *sine qua non* para a classificação de um ser digno ou indigno perante as características do sistema capitalista. O núcleo básico do mínimo existencial, em relação aos elementos matérias da dignidade, deve ser composto por uma proteção estrutural objetiva e subjetiva que satisfaça, minimamente, o cidadão perante o sistema capitalista em que vive, dada aí todas as características de países, sejam estes centrais ou periféricos na geopolítica estabelecida.

Barcellos (6) ainda enumera, de forma explícita, como seria constituído este mínimo existencial: saúde básica, educação fundamental, acesso à justiça e assistência aos desamparados, este último, englobando alimentação, vestuário e abrigo.

Sarlet (7) está de acordo com as construções conceituais do mínimo existencial feitas por seus colegas, porém, ele chama atenção para a restrição desse conceito, alertando que não se pode quantificá-lo de forma única e definitiva, pois o mínimo existencial varia conforme o lugar, tempo, padrão socioeconômico vigente, esfera econômica e financeira, expectativas e necessidades, que no caso da interpretação dada por esse autor, podem se confundir com desejos e aspirações individuais.

Sarlet (7) completa seu raciocínio ao elucidar como se daria a definição desse mínimo existencial, tendo como referência o papel dos legisladores e dos juízes: cabendo ao legislador a função de dispor sobre a forma da prestação, seu montante, as condições para sua fruição, entre outros aspectos a serem considerados e aos tribunais

caberiam decidir sobre este núcleo existencial mínimo, mas apenas em casos de omissão ou desvio de finalidade por parte dos órgãos legiferantes.

A conclusão a que chegam esses juristas é que em um país com tamanha desigualdade social, como o Brasil, não existem elementos concretos que possam efetivar todos os direitos fundamentais para todas as pessoas, embora concordem que há uma contradição nesse tipo de argumentação, pois a erradicação da total desigualdade é um dos objetivos e fundamentos do Estado Democrático de Direito no Brasil, de acordo com a Constituição Federal.

Assim, em uma conjuntura em que nem todos os direitos fundamentais são respeitados, a teoria do mínimo existencial em nosso país permite racionalizar as supostas escassez e má gestão/má distribuição dos recursos orçamentários, sendo de fundamental importância para a atuação dos três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) para garantir aos cidadãos mais necessitados um direito óbvio da cidadania, ou seja, um mínimo necessário para que possam existir de forma digna (5).

O Mínimo Existencial como Retrocesso Sanitário

Depois de analisarmos a construção do mínimo existencial, desde sua origem na Alemanha até sua chegada ao Brasil, direciona-se, a partir deste ponto, uma explanação com a incumbência de comprovar como o conceito de mínimo existencial foi construído, tendo o intuito, consciente ou não, de retroceder as conquistas abarcadas nos direitos sociais de nossa Constituição.

Para iniciar, houve uma falha teórica de nossos doutrinadores, que professam o mínimo existencial no que tange à transferência deste conceito da Alemanha para o nosso direito pátrio. Essa transferência se deu de forma mecânica, sem atentar para duas observações fundamentais: a primeira, em relação à abissal diferença de conteúdo das Cartas Políticas germânica e brasileira; a segunda, referente à distância social, formação política e econômica, também imensa, que separa a realidade desses países.

.

⁴ Segundo o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), com dados de 2010, o Brasil é o 10º país mais desigual do mundo, dentre 126 países pesquisados.

Cad. Ibero-Amer. Dir. Sanit., Brasília, v.4, n.3, jul./set. 2015 ISSN 2358-1824

Não há argumentação de defesa sobre a existência de um "mínimo existencial" no Brasil, já que nossa Constituição - classificada como dirigente, ou seja, dirige e indica ao Estado como atuar no contexto sociopolítico - erigiu um extenso rol de direitos sociais de cunho prestacional, como obrigação de executar em prol da melhoria dos serviços públicos, atingindo, dessa forma, o conjunto da população; diferentemente da Constituição Alemã, que destaca os direitos liberais, a forma de governo e o controle de constitucionalidade, quase que não citando nenhuma forma de direito social. Sendo assim, na cultura constitucional germânica, a elaboração de um mínimo de dignidade para os seus cidadãos se torna fundamental para uma sociedade que se pretenda justa e solidária, já que não há previsão constitucional sobre os direitos sociais.

Já no caso do Brasil, a construção doutrinária de um mínimo de provimentos, sejam estes materiais ou não, seria um retrocesso constitucional, pois o que seria válido e eficaz em nossa realidade seria a concretização do rol dos direitos sociais do texto constitucional, direitos esses, resultado de muita luta e organização dos movimentos sociais e não um mínimo que, ao mesmo tempo que é limitado, também limita, não somente o texto constitucional no que ele de fato poderia ser, como também a coletividade de cidadãos em seus direitos mais elementares, para a formação de uma vida digna. Dessa maneira, a tese sobre o mínimo existencial é deslocada e contraproducente em nosso país, retrocedendo conquistas constitucionais.

E complementando, a Alemanha, assim como os países centrais da Europa (França, Inglaterra, Itália), goza de uma tradição de um Estado Social ainda atuante, apesar de todos as restrições sofridas⁵, podendo o país germânico se dar ao luxo de não constitucionalizar direitos sociais. Já o Brasil, país de imensa desigualdade social, não pode confiar sua esperança de ratificação dos direitos sociais a uma espécie de mínimo vital, devendo perseguir, intermitentemente, os direitos fundamentais sociais de nossa Constituição em sua completude. Como relata Krell (2) não se trata de analisar a Constituição como um texto bíblico, beirando o messianismo, mas apenas exigir que o Estado brasileiro – e Estado no sentido mais *lato* possível: Executivo, Legislativo, Judiciário, Conselhos Populares – leve a sério os mandamentos constitucionais.

⁵ Principalmente no contexto da crise econômica atual, que teve início em 2007/2008.

Perquirindo incisivamente sobre a tentativa de construção do conceito do mínimo existencial, vimos que, até o momento, há uma hesitação sobre a cientificidade desse conceito, sobre o que, realmente, ele abrange. Como ressalta Wang (8) a teoria do mínimo existencial tem a pretensão de definir o núcleo essencial dos direitos sociais, como uma espécie de guia e farol para o intérprete na busca da concretização desses direitos, mas o mínimo em análise demonstra-se variável, influencia e é influenciado por uma série de circunstâncias e especificidades de cada caso concreto, colocando em dúvida, portanto, a capacidade de servir de referência para a definição do tal mínimo de dignidade. Algumas perguntas são importantes para tentar resolver o problema colocado: como é formado um núcleo essencial de um direito, qual sua abrangência, como se inicia e como se finda? Não há receita de bolo para definir os contornos do mínimo existencial, muito menos servir de referência.

Netto (9) também reforça essa análise ao questionar a falta de parâmetros para definir o conceito de mínimo existencial e também contesta a ausência sobre quem deve delimitar e dar eficácia ao conceito, destacando que não há contornos definidos para a tomada de decisão e ação no plano concreto, seja numa lei, na administração ou em uma decisão judicial, a complementação desse estágio via controle social também é deficitária, não há ainda uma sistematização concreta sobre como e em quais situações esse mínimo definiria o núcleo de direitos sociais e, o mais importante, quem o definiria.

Netto (9) e Wang (8) também atentam para o fato de haver uma contradição sobre a decisão de um mínimo existencial, caso haja conflito institucional entre algum dos três Poderes de nossa República, podendo propiciar uma rusga ou até mesmo crise que se reflita sobre as políticas públicas.

Sobre a especificidade do "direito à saúde", o mínimo existencial está sendo desenvolvido com o claro intuito de restringi-lo somente à saúde básica, como vimos na definição de Barcellos (6). Também serve para legitimar projetos de lei que almejam restringir ou excluir o direito à saúde da Constituição, principalmente de seu art. 196⁶, que sustenta a universalidade e integralidade do direito à saúde, demonstrando, dessa forma, um explícito retrocesso social.

O fenômeno da judicialização da saúde – que vem a ser a luta constante dos cidadãos pelo efetivo cumprimento da Constituição - vem sofrendo críticas com um sério ranço conservador, legitimadas pelo mínimo existencial. Com exceção de casos como

Cad. Ibero-Amer. Dir. Sanit., Brasília, v.4, n.3, jul./set. 2015 ISSN 2358-1824

medicamentos ou tratamentos sem eficácia comprovada ou que possuem alternativas ao paciente comprovadamente com o mesmo resultado científico e com custo menor ao erário, o juiz não poderá justificar sua negativa de atendimento ao paciente que recorra à justiça com base no argumento do mínimo existencial, pois em praticamente todas essas situações está se relacionando com o delicado tema do direito inalienável à vida e à dignidade da pessoa humana, que não corresponde nem de longe a um certo "mínimo vital", pois para a manutenção da vida deve-se atentar para o máximo de atendimento e tratamento, ocasionando a busca pelo melhor dos medicamentos, sendo este um dos exemplos mais recorrentes da denominada judicialização da saúde.

Amaral (10) e Netto (9) ratificam essa análise ao defender que o Estado-Juiz não deve considerar nem mesmo se o requerente tem recursos financeiros para custear o tratamento/medicamento requerido, já que em poucos casos se justificaria uma não concessão, pois a maior parte dos gastos com medicamentos concedidos pelo Poder Judiciário vai para aquisição de produtos de altíssimo custo, ou seja, não há fornecimento nem mesmo pelo plano privado de saúde, mesmo com uma série de isenções e desonerações que o Governo presenteia esses grupos empresários do ramo sanitário⁷. Deve-se pensar, para amenizar o quadro da judicialização da saúde, também o papel da saúde privada em nosso sistema de saúde, inclusive em nosso sistema público (SUS), que tem, como desafio, que continuar a ser único (11).

Vimos, portanto, que o denominado mínimo existencial tem como escopo retroceder os direitos sociais à categoria de um direito natural, um mínimo de cidadania que não condiz com a natureza preceptiva de nossa Constituição.

Assim, pela orientação hermenêutica progressista de nossas normas constitucionais, interpretamos com base no princípio da proibição do retrocesso social⁸, buscando a anulação do conceito de mínimo existencial com o argumento de que não podemos voltar a um estágio antiquado em que só havia a consolidação formal de direitos que representavam "migalhas de cidadania" (12).

6 6

⁶ "Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação." CF/88.

Ocké-Reis (2013) estima que a renúncia de arrecadação fiscal em saúde, no ano de 2011, alcançou significativos R\$ 16 bilhões, o equivalente a 22,5% do investimento público federal na área.

lberoamericanos de Derecho Sanitario

Cad. Ibero-Amer. Dir. Sanit., Brasília, v.4, n.3, jul./set. 2015 ISSN 2358-1824

Para além do positivismo jurídico, ousa-se também analisar o conceito de mínimo existencial comparando e fazendo o contraponto com o conceito de básico social, ou seja, em uma análise para além do direito. Pereira¹³ destaca que não se pode confundir os termos mínimo e básico, pois, apesar de sua quase irmandade semântica, são bastante diferentes em termos político-sociais. Enquanto o mínimo exige uma proteção por baixo, rasteira, somente se atentando às necessidades biológicas para a pura e simples sobrevivência, sem se preocupar com o desenvolvimento físico e mental do ser humano, para que alcance percepção crítica sobre seu lugar e posicionamento perante o sistema capitalista; o básico deve ser algo fundamental, para além de uma satisfação simplista, que dê oportunidades de fato para que o ser humano se reconheça como tal, no completo bem-estar de sua saúde física, concomitante com um grau subjetivo de autonomia cidadã, refletindo sobre seus objetivos e crenças.

Pereira (13), ao nos apresentar a construção intelectual do mínimo, só ratifica a perspectiva de retrocesso incluída nesse conceito. A autora inicia trazendo as contribuições do representante da Escola Austríaca de Economia, Friedrich Hayek, em defesa de um mínimo de renda somente para pessoas que não apresentem condições para participação no mercado de trabalho: enfermas, pessoas física e mentalmente incapazes, viúvas e órfãos. Hayek (14) defende um mínimo como dever moral e não cívico, uma mínima rede de segurança para amenizar a pobreza extrema, numa conceituação de dimensão biológica ou mero alívio para necessidades animais.

A defesa de um mínimo para Hayek (14) é expansiva, englobando uma série de ações no campo da micro e macroeconomia: a defesa de um Estado Mínimo, políticas assistencialistas mínimas e focalizadas, atuação do mercado em políticas públicas estratégicas, preferindo até mesmo uma ditadura liberal frente a uma democracia que não cumpra com os ideários de sua doutrina.

⁸ O Princípio da Proibição do Retrocesso Social defende a garantia dos direitos sociais constitucionalizados, protegendo-os de qualquer iniciativa de restrição e/ou supressão dos mesmos.

O segundo autor apresentado por Pereira (13) é o filósofo político John Rawls, que apresenta a defesa de um mínimo efetivado pelo Estado para os mais pobres (de acordo com um corte de renda estabelecido) para equacionar os desequilíbrios propiciados pelo mercado. Defende uma ordem léxica em que se pressupõe que o princípio da liberdade e oportunidade esteja à frente do princípio da igualdade, demonstrando pífia preocupação com uma igualdade material, fortalecendo, dessa forma, a igualdade formal, em que a *lex mercatoria* estaria acima de qualquer princípio distributivo.

Pereira (13) ainda destaca quatro semelhanças entre Hayek (14) e Rawls (15): a) o mercado tem papel de destaque numa sociedade onde as diferenças das classes sociais são resolvidas com base em uma folha de papel, qual seja o contrato, sendo uma das facetas mais versáteis e convincentes da legitimação do sistema capitalista; b) apologia do fetichismo da mercadoria, que é o modo pelo qual as formas econômicas do capitalismo ocultam as relações sociais a elas subjacentes, como, por exemplo, quando o capital, como quer que seja compreendido, e não a mais-valia, é tido como a fonte do lucro; c) incentivo às desigualdades criadoras como basilares para a manutenção de uma competição no sistema capitalista, naturalizando a pobreza numa espécie de *darwinismo social*, em que os direitos sociais são vistos como empecilho ao avanço econômico e; d) inclusão individual, pois o mínimo existencial deve favorecer apenas a indivíduos, por isso o destaque para a dignidade da pessoa humana, não devendo referir-se à coletividade ou classes sociais.

Portanto, o conceito de mínimo seria próximo de um mínimo de subsistência, resposta isolada e emergencial aos efeitos da pobreza extrema, uma política assistencialista conjuntural, que legitima as desigualdades sociais e a concentração de renda numa sociedade dividida em classes.

Para contrapor ao mínimo surge o conceito de básico social, demonstrado por Pereira (13), com base na tese de Doyal e Gough (16), que conceitua o básico como uma política em movimento rumo ao alargamento social de direitos, numa integralidade e junção com as três gerações do direito: liberal, social e difuso, e não somente com políticas assistencialistas e focalizadas.

Os programas, na conceituação do básico social, devem estar encadeados, complementando-se, mutuamente, no caso da saúde pública brasileira, por exemplo, o Programa Saúde da Família (PSF) deve ser efetivado juntamente com a vigilância sanitária, saneamento básico, assistência, prevenção, entre outros.

Para Pereira (13), com base nos autores supracitados, o básico social deve conter duas características imprescindíveis: ser objetivo e universal. Ser objetivo no sentido de que sua especificação teórica e empírica deve ser independente de preferências ou desejos pessoais; e universal, no que se refere às consequências do não cumprimento de um bem estar à coletividade, proporcionando sérios prejuízos decorrentes de sua não satisfação adequada, em qualquer pessoa, em qualquer parte do mundo, em qualquer cultura. A definição de sérios prejuízos também é conceituada por Pereira (13), que menciona como impactos negativos relevantes que possam impedir ou por em sério risco a possibilidade objetiva e subjetiva dos seres humanos de viver física e socialmente em condições de poder expressar a sua capacidade de participação ativa e crítica.

Doyal e Gough (16) destacam que as necessidades humanas básicas objetivas e universais são a "saúde física" e a "autonomia", que devem ser efetivadas por meio de uma política pública atuante, de modo conjunto. Ambas são pressupostos iniciais para uma vida digna, não se resumindo como um fim em si mesmas. A saúde física seria como um axioma para o desfrute da vida, sendo uma necessidade humana primária, que tem como indicadores básicos a taxa de mortalidade e a expectativa de vida. A saúde física é como um lastro para o alcance da autonomia, esta seria a capacidade do indivíduo de eleger objetivos e crenças, de valorá-los com discernimento e de pô-los em prática sem opressões, não somente no sentido de se fazer ciente de sua posição como indivíduo, mas, principalmente, como pertencente a uma coletividade, respeitando regras e valores que devem ser construídos de forma democrática e participativa.

Portanto, o básico social se diferencia do mínimo existencial no sentido de que é uma política estrutural, exigindo reformas de base, como a efetivação de uma reforma sanitária com base em nossa Constituição, política de Estado e não de Governo, com total afinidade com os ditames constitucionais. No caso do direito sanitário, isso significa a luta pela concretização dos princípios do Sistema Único de Saúde (SUS), quais sejam a universalidade, integralidade, equidade, de acordo com a implementação de políticas sociais e econômicas, com o fim de ratificar objetiva e subjetivamente a saúde

Cad. Ibero-Amer. Dir. Sanit., Brasília, v.4, n.3, jul./set. 2015 ISSN 2358-1824

pública brasileira.

Depois de analisarmos criticamente o conceito de mínimo existencial, passaremos, a seguir, à análise de outro retrocesso sanitário: a reserva do possível.

DA RESERVA DO POSSÍVEL

A Construção do Conceito da Reserva do Possível

A teoria da reserva do possível também deve a sua origem à Alemanha, especificamente à Corte Constitucional Federal germânica, na década de 1970, para ser um contraponto, um limite, às "benesses" do Estado do Bem Estar Social. Tudo começou com um julgado do Tribunal Constitucional alemão referente ao acesso, pelos estudantes, às vagas das universidades públicas – *numerus-clausus Entscheidung*⁹, em 18 de julho de 1972, baseado no artigo 12, § 1º da Constituição 10 (17).

A Corte apreciou um caso no qual uma ação judicial tinha como escopo permitir a determinado estudante cursar o ensino superior público, no caso específico, a Faculdade de Medicina. Tal ação se baseava na garantia prevista pela Lei Federal alemã (Lei Fundamental de Bonn) que garantia a livre escolha de trabalho, ofício ou profissão, tendo em vista que não havia disponibilidade de vagas em número suficiente para todos os interessados em frequentar as universidades públicas.

Na decisão proferida pelo Tribunal, ficou estabelecido que só se pode exigir do Estado o atendimento de um determinado interesse, ou a execução de uma prestação específica em benefício do interessado, desde que observados os limites da razoabilidade e proporcionalidade; e a decisão completava o julgado relatando que os sujeitos à reserva do possível devem sopesar a racionalidade de cada caso concreto, refletindo sobre o aspecto econômico do Estado (2).

Ou seja, essa conclusão obstaculizaria qualquer pretensão acima de um patamar considerado logicamente razoável de exigências sociais, razão pela qual o Tribunal decidiu, neste caso específico, que o Poder Público não estaria obrigado a disponibilizar um número ilimitado de vagas para acolher todos os interessados em ingressar nas uni-

٠.

⁹ O mesmo caso do mínimo existencial.

^{10 &}quot;Todos os alemães têm o direito de eleger livremente a sua profissão, o lugar de trabalho e o lugar de formação" tradução de "alle deutschen haben das recht, beruf, asbeitsplatz und ausbildungsstätte frei zu wählen" (DEUTSCHLAND, 2012).

versidades públicas. Esse caso teve grande repercussão social e acabou incidindo sobre casos semelhantes.

A teoria da reserva do possível foi se desenvolvendo na Europa até seu advento no âmbito jurídico brasileiro, evoluindo de uma maneira mais sistematizada a partir dos anos 2000, juntamente com o "mínimo existencial".

No Brasil, os mesmos doutrinadores¹¹ que se debruçaram sobre o instituto do mínimo existencial também se prontificaram a estudar com mais afinco a reserva do possível. Barcellos (6) relata que o advento da reserva do possível é concernente ao debate sobre a limitação dos recursos disponíveis frente às numerosas necessidades da população, principalmente em relação às requisições de atendimento à saúde, especificamente em relação aos altos custos dos medicamentos. A autora atenta para o fato de que há um limite orçamentário e que, consequentemente, pode terminar em uma frustração para a população ao constatar que o Estado não tem recursos suficientes para suas infinitas necessidades.

Autores como Sarlet (18), Kelbert (17) e Moreira (19) definem a reserva do possível em três características principais: a) disponibilidade fática de recursos; b) disponibilidade jurídica de recursos materiais e humanos e; c) a proporcionalidade na prestação.

Sobre a disponibilidade fática de recursos, a reserva do possível é interpretada para legitimar a ausência total de recursos para a realização de direitos prestacionais, a observação a ser registrada é que essa ausência de recursos deve ser comprovada, não apenas alegada, sob pena de responsabilidade do administrador. Destaca-se que a ausência de recursos não se restringe somente aos recursos financeiros, mas também aos recursos humanos ou materiais, como por exemplo, a falta de médicos e de leitos em hospitais.

Sobre a segunda característica da reserva do possível – disponibilidade jurídica de recursos materiais e humanos – os autores supracitados afirmam que há recursos existentes, porém não estão disponíveis e não podem ser utilizados, é o caso, portanto, da problemática ligada à autonomia jurídica de disposição, já que o Estado deve ter a

¹¹ Barcellos (6), Sarlet (18), entre outros.

capacidade jurídica (poder de dispor), sem o qual nada lhe adiantam os recursos existentes, assim, a peça orçamentária não possui caráter vinculante para o administrador, com exceção do remanejamento de verbas – que deve ser plenamente justificado - previsto na própria lei orçamentária.

Sobre a terceira e última característica da reserva do possível – proporcionalidade na prestação – está sendo construída no sentido de analisar cada caso concreto com todas as suas nuances de cunho político, jurídico e econômico, já que o instituto da reserva do possível apresenta uma forma dialética em relação à prestação de direitos fundamentais sociais: pode ser apresentada como um limite fático e jurídico, como vimos acima; mas, ao mesmo tempo, apresenta-se como uma garantia de efetivação dos direitos relatados, caso seja considerado o núcleo essencial mínimo desses direitos, o que, em ambos os casos, pode transparecer a ideia de retrocesso, já que os limites gerados, seja numa interpretação lata sobre o tema, seja demonstrando critérios como proporcionalidade, sempre trabalharão com o foco de restringir ou limitar a efetivação de direitos sociais, como o direito à saúde.

No Brasil, nossos doutrinadores supramencionados foram mais duros e restritivos do que os seus colegas alemães, pois essa tripartição se diferencia do conceito original germânico em relação à segunda característica descrita - "disponibilidade jurídica de recursos materiais e humanos" - que significa que, antes de serem garantidos os direitos sociais, deve-se observar a disposição orçamentária específica, priorizando o orçamento aos direitos.

Portanto, só se podem efetivar direitos na medida do possível, pois o Estado, supostamente, não tem recursos para além dessa escassa possibilidade financeira. Ao limitar a amplitude de direitos sociais aos cidadãos, se incorre, fatalmente, em uma restrição desses direitos, havendo, portanto, um claro retrocesso.

A Reserva do Possível como Retrocesso Sanitário

Assim como o mínimo existencial, o conceito de reserva do possível não pode ser aplicado em nossa realidade, como destaca Krell (2). Caso os doutrinadores ou operadores do Direito alemão se confrontassem com o quadro socioeconômico de exclusão social do Brasil e, consequentemente, com a ausência de condições mínimas para o usufruto de uma existência digna, passariam a exigir a atuação do Poder

Judiciário para, juntamente com outros poderes da República, tentar amenizar as desigualdades sociais existentes.

Krell (2) ainda destaca que se as condições para a efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais se resumirem a existência de recursos financeiros nos caixas de governos, a eficácia em torno dessa efetivação se aproximará de zero, realçando que não se devem colocar os direitos sociais abaixo das condicionantes econômicas, sob o risco de relativizar a universalidade desses direitos, podendo ocasionar uma crise do incipiente Estado Social e Democrático de Direito brasileiro, que ainda está em via de consolidação, não sendo positivo comparar com uma economia central do continente europeu, com outro tipo de formação cultural e institucional.

Cunha Jr. (20), ratificando o pensamento de Krell (2), é ainda mais incisivo, ao constatar que, mesmo com os avanços conjunturais nos últimos anos, representados por políticas de transferência de renda, não há mudança estrutural efetivada no Brasil, o qual ainda figura entre os países líderes de estatísticas de concentração de renda e de população sobrevivendo abaixo da linha de pobreza. Tal conjuntura sinaliza que devemos exigir que os direitos sociais sejam retirados da condição de reféns, do condicionamento provocado propositadamente pela justificativa da reserva do possível.

Continuando nossa análise sobre a reserva do possível, este conceito, como relatamos, é dividido em dois tipos: reserva do possível fática e jurídica. O primeiro se caracteriza a um contingenciamento financeiro, a que se encontram submetidos os direitos prestacionais; e, o segundo, diz respeito à ausência de previsão orçamentária que destine os recursos à consecução de um determinado interesse, ou requerimento de uma determinada demanda (21).

Sobre a reserva do possível fática há também crítica sobre a ausência de critérios que possam balizá-la, correndo o risco de se tornar uma ficção conceitual, como relata Souza (22):

A reserva do possível fática (ausência de recursos) é um conceito ainda mais problemático, ainda mais fluido, ainda mais polêmico que o de mínimo existencial. Tem sido alegada indiscriminadamente pelo Poder Público para se furtar à implementação de direitos fundamentais e não existem ainda critérios objetivos para delimitá-la.

Cad. Ibero-Amer. Dir. Sanit., Brasília, v.4, n.3, jul./set. 2015 ISSN 2358-1824

Farena (23) destaca o risco de se colocar como pressuposto básico para a efetivação dos direitos sociais a quantidade de recursos suficientes do Estado, podendo representar um retrocesso social que imobilize as pretensões contidas em nossa Carta Magna:

As alegações de negativa de efetivação de um direito social com base no argumento da reserva do possível devem ser sempre analisadas com desconfiança. Não basta simplesmente alegar que não há possibilidades financeiras de se cumprir a ordem judicial; é preciso demonstrá-la. O que não se pode é deixar que a evocação da reserva do possível converta-se em verdadeira razão de Estado econômico, num AI-5 econômico que opera, na verdade, como uma anti-Constituição, contra tudo o que a Carta consagra em matéria de direitos sociais.

Já sobre a reserva do possível jurídica, a crítica é sustentada pela defesa de um maior protagonismo do Poder Judiciário no que tange ao controle da legislação orçamentária. Para Grau (24), a atuação do Poder Judiciário, em colaboração com os demais Poderes, deve ser totalmente pró-desenvolvimento dos direitos sociais, combatendo todo o retrocesso que venha a surgir, pois o processo de aplicação do direito, por meio do mandamento advindo das decisões judiciais é um processo de permanente recriação e atualização do direito, abrindo espaços para inovações e retirando principalmente o juiz do estado de letargia de ser apenas "a boca da lei", devendo não apenas reproduzir, mas produzir o direito com o intuito de efetivar a aplicação constitucionalmente imediata de um direito fundamental social, é o caso de inverter as prioridades. O direito social é que deve influenciar o orçamento e não o contrário.

Para concluirmos sobre a reserva do possível fática e jurídica, destacaremos a passagem de Cunha Jr. (20), na qual ele defende que existem recursos financeiros no âmbito do Estado para garantir os direitos sociais, e o que ocorre na realidade é uma má distribuição desses recursos e, até mesmo, desvios ilícitos. Nesse caso, sustenta o autor, de forma implícita, é que o Poder Judiciário deve atuar tendo como referência o princípio da proibição do retrocesso social, para evitar teses restritivas como a reserva do possível, ao alertar sobre instrumentos de fiscalização sobre o gasto público, para evitar casos como desvios de verbas com obras superfaturadas, cartões corporativos, corrupção ativa e passiva, empresas corruptoras e corruptas, cultura "do favor e do jeitinho", para que esse dinheiro seja aplicado para as necessidades básicas do

Cad. Ibero-Amer. Dir. Sanit., Brasília, v.4, n.3, jul./set. 2015 ISSN 2358-1824

do ser humano, de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana.

É axiomático que o direito à saúde, assim como todos os direitos, não é absoluto, devendo-se analisar a proporcionalidade, a razoabilidade e o caso específico em si. Mas, usar o argumento de que não há recursos disponíveis, de modo irresponsável, ou seja, sem comprovação empírica, é característica de setores que tem como escopo principal restringir e, até mesmo, retirar o direito à saúde da Constituição, atacando, principalmente, os princípios da integralidade e da universalidade. É urgente, também aqui, que a hermenêutica jurídica atue com o fito de proibir este retrocesso social denominado "reserva do possível".

Complementaremos esse raciocínio com a citação de trecho da tese de doutorado de Fernando Aith (25), intitulada "Teoria Geral do Direito Sanitário Brasileiro":

[...] a diretriz de integralidade das ações e serviços públicos de saúde representa um importante instrumento de defesa do cidadão contra eventuais omissões do Estado, pois este é obrigado a oferecer, prioritariamente, o acesso às atividades preventivas de proteção da saúde. A prevenção é fundamental para evitar a doença, entretanto, sempre que esta acometer um cidadão, compete ao Estado oferecer o atendimento integral, ou seja, todos os cuidados de saúde cabíveis para cada tipo de doença, dentro do estágio de avanço do conhecimento científico existente. Assim, sempre que houver uma pessoa doente, caberá ao Estado fornecer o tratamento terapêutico para a recuperação da saúde dessa pessoa de acordo com as possibilidades oferecidas pelo desenvolvimento científico. Assim, não importa o nível de complexidade exigido, a diretriz de atendimento integral obriga o Estado a fornecer todos os recursos que estiverem ao seu alcance para a recuperação da saúde de uma pessoa, desde o atendimento ambulatorial até os transplantes mais complexos. Todos os procedimentos terapêuticos reconhecidos pela ciência e autorizados pelas autoridades sanitárias competentes devem ser disponibilizados para a proteção da saúde da população.

Portanto, a consecução do direito à saúde por parte do Estado é obrigatória e deve atender a todos. A reserva do possível não deve ser usada como argumento a obstaculizar essa conquista da nossa cidadania, pois, como vimos, ela necessita de uma melhor definição em relação a seus critérios objetivos, assim como precisa comprovar seu pressuposto básico - a escassez de recursos por parte do Estado brasileiro.

A Relação entre o Mínimo Existencial e a Reserva do Possível

Tanto o mínimo existencial quanto a reserva do possível, em termos históricojurídicos, são institutos incipientes que ainda não encontraram tratamento exaustivo por parte da doutrina. Dessa maneira, deve-se estudar o tema com atenção, pois há uma relação direta entre estes institutos e a efetivação dos direitos fundamentais, incluindo aqui o direito à saúde.

Para demonstrarmos da melhor forma possível a relação entre ambos os institutos em tela e as indagações contidas neles, recorremos a Oliveira e Calil (26) que questionam, primeiramente, sobre a precedência de um instituto sobre o outro, já que não há uma comprovação de qual deles dá a devida sustentação à existência doutrinária do outro. A pergunta a que os autores não encontram resposta é a seguinte: se a reserva do possível limita os direitos sociais a um mínimo necessário a uma existência digna, ou a reserva do possível, inclusive reserva financeira, seria de aplicação geral, apenas encontrando restrição em relação a um núcleo dignitário mínimo?

Logo depois, complementando o raciocínio, Oliveira e Calil (26) levantam várias questões sobre a relação entre o mínimo existencial e a reserva do possível, como, por exemplo, em torno da indeterminação se a reserva do possível é empecilho e entrave à aplicação fática dos direitos prestacionais, com exceção ao núcleo essencial que completa esses direitos ou se a reserva do possível é a responsável por delinear o mínimo essencial, restringindo, dessa forma, todos os direitos que a ele não pertencem:

Caso se entenda que a reserva do possível é um obstáculo fático aos direitos prestacionais, está-se perante uma teoria absoluta do núcleo essencial, pois seriam intangíveis pela reserva do possível, nada mais podendo olvidar a exigibilidade desse conjunto de direitos subjetivos.

Ao contrário, se a conclusão for de que o delineamento do mínimo essencial é dado pela reserva do possível, esse conjunto de direitos derivará de uma ponderação, sendo que pode ser restringido no caso concreto. Sob este prisma, o mínimo essencial apenas existiria em decorrência da existência da reserva do possível, o que não ocorre em verdade. Adotada esta tese, a reserva do possível deixa de ser um elemento da ponderação, passando a fazer parte do embate, considerando-a, sim, como característica dos direitos prestacionais (26).

Portanto, como se vê, ainda há muito que destrinchar sobre a relação entre o mínimo existencial e a reserva do possível e, como já referido, temos que continuar atentos às elaborações sobre esses dois institutos, poise les apresentam uma relação

direta e constante com a legitimação e justificativa para a restrição e/ou exclusão dos direitos fundamentais sociais, em especial, o direito à saúde.

Considerações Finais

A construção conceitual das teorias do mínimo existencial e da reserva do possível deve ser avaliada com razoabilidade e proporcionalidade ao ser aplicada no Brasil, pelo fato de sermos um país de modernidade tardia e, consequentemente, termos uma situação juspolítica e econômico-social muito distinta da Alemanha; além, das situações históricas inerentes a cada contexto à época de aplicação dessas teses.

A análise comparativa dos documentos constitucionais de ambos os países não deixam dúvidas quanto à dissonância hermenêutica da aplicação desses conceitos: enquanto na Alemanha a origem e desenvolvimento do mínimo existencial e da reserva do possível podem ser considerados como instrumentos de salvaguarda da dignidade da pessoa humana, no Brasil constata-se um retrocesso social, principalmente em relação ao direito constitucional à saúde.

Nosso direito à saúde, estruturado e consolidado pela Constituição de 1988, apresenta como características principais sua universalidade, integralidade e participação social subsumidos em um Sistema Único de Saúde (SUS), que ratifica esse direito social fundamental de relevância pública.

A aplicação do mínimo existencial e da reserva do possível limitaria as conquistas do SUS a um mínimo sanitário represado por restrições orçamentárias, não efetivando o direito à saúde em todos os seus níveis, nem reconhecendo seus objetivos, fundamentos e princípios, obstaculizando as conquistas e anulando a tentativa de ratificação do direito sanitário constitucional brasileiro.

Dessa forma, é necessário pensarmos alternativas doutrinárias e conceituais coerentes com a efetivação do direito à saúde no Brasil, para não endossarmos projetos de retrocessos sanitários com o intuito de restringir e, até mesmo, extinguir o SUS de nossa Constituição.

Referências Bibliográficas

- 1 Moreno N. Lógica Marxista e Ciências Modernas. São Paulo: Sundermann; 2007.
- 2 Krell AJ. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*: Os (Des) Caminhos de um Direito Constitucional "Comparado". Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris; 2002.
- 3 Bachof O. Begriff und Wesen des Sozialen Rechtsstaates. *VVDStRL*. 1954 [Acesso em 30 abr 2015], n. 12. Disponível em: http://www.degruyter.com/view/product/667...
- 4 Alexy R. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Saraiva; 2011.
- 5 Torres RL. O Direito ao Mínimo Existencial. Rio de Janeiro: Renovar; 2009.
- 6 Barcellos AP. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Renovar; 2012.
- 7 Sarlet IW. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado; 2012.
- 8 Wang DWL. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: Algumas Aproximações (Resenha). *Revista de Direito Sanitário* [Internet]. 2009 [Acesso 10 mar 2015], 10(1): 308-318. Disponível em http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13158/14965.
- 9 Netto LC. *O Princípio de Proibição de Retrocesso Social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; 2010.
- 10 Amaral G. Direito, Escassez e Escolha. Rio de Janeiro: Lumen Juris; 2010. 11
- Ocké-Reis CO. SUS: O Desafio de Ser Único. Rio de Janeiro: Fiocruz; 2012. 12
- Marmelstein, G. Curso de Direitos Fundamentais. São Paulo: Atlas; 2011.
- 13 Pereira P. Necessidades Humanas. São Paulo: Cortez; 2011.
- 14 Hayek F. *O Caminho da Servidão*. São Paulo: Instituto Ludwing von Mises. Brasil; 2010.
- 15 Rawls J. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes; 2000.
- 16 Doyal L, Gough I. Teoria de las Necesidades Humanas. Madrid: Icaria; 2010.
- 17 Kelbert F. Reserva do Possível e a Efetividade dos Direitos Sociais no Direito Brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado; 2011.

- 18 Sarlet IW, Figueiredo MF. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: Algumas aproximações. *In*: SARLET, I. W.; TIMM, L. B. *Direitos Fundamentais:* Orçamento e Reserva do Possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado; 2008. p. 13-50.
- 19 Moreira A. As Restrições em Torno da Reserva do Possível: uma análise crítica. Belo Horizonte: Fórum; 2011.
- 20 Cunha JRD da. *Controle de Constitucionalidade*: Teoria e Prática. Porto Alegre: Jus Podivm; 2014.
- 21 Pereira ALP. *Reserva do Possível*: Judicialização de Políticas Públicas e Jurisdição Constitucional. Curitiba: Juruá; 2014.
- 22 Souza LM. Reserva do Possível x Mínimo Existencial: O Controle de Constitucionalidade em Matéria Financeira e Orçamentária como Instrumento de Realização dos Direitos Fundamentais. *In:* XVI Congresso Nacional do CONPEDI, 2008. Brasília. [Acesso em 30 abr 2015]. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/luciane_moessa_de_souza2.pdf.
- 23 Farena DA. Saúde na Constituição Federal. [Internet]. *Boletim do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública* (jan. 1997); São Paulo, 3 (4): 12-14.
- 24 Grau E. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros; 2011.
- 25 Aith F. *Teoria Geral do Direito Sanitário Brasileiro*. [Tese]. São Paulo: Programa de Doutorado em Serviços de Saúde Pública Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, São Paulo; 2006. [Acesso em 30 abr 2015]. Disponível em: http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/6/6135/tde-23102006-144712/.
- 26 Oliveira RSL, Calil MLG. Reserva do Possível, Natureza Jurídica e Mínimo Existencial: Paradigmas para uma definição. *In* XVI Congresso Nacional do CONPEDI, 2008. Brasília. [Acesso em 30 abr 2015]. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasilia/11 369.pdf

Recebido para publicação em 12 de maio de 2015. Admitido para publicação em 01 de julho de 2015.

CIADS – 2015 DOI: http://dx.doi.org/10.17566/ciads.v4i3.199 Página 115

Judicialização da Política de Assistência Farmacêutica: Discussão sobre as Causas de Pedir no Distrito Federal

Judicialization of Pharmaceutical Assistance Policy: discussion of causes for the actions in Federal District

Simone Honorato¹

Resumo: O direito à saúde, garantido constitucionalmente, abriu a possibilidade de sua tutela judicial pelo cidadão, fazendo crescer o número de ações judiciais e gerando o fenômeno da judicialização da saúde. A pesquisa discutiu as causas de pedir verificadas nos acórdãos do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), relativos às acões impetradas contra a Secretaria de Saúde do Distrito Federal (SES/DF) para o fornecimento de medicamentos, e identificou os medicamentos pleiteados, bem como suas classes terapêuticas. Tratou-se de estudo transversal e retrospectivo de abordagem qualiquantitativa abrangendo os anos de 2010 a 2012. A amostra selecionada foi de 359 acórdãos. Foi verificado que 37,0 % das ações demandavam medicamentos não elencados em listas oficiais; 24,2 % motivaram-se pela falta do medicamento na SES/DF e 13,4% por interrupção no fornecimento. As classes terapêuticas mais demandadas foram: 22,8% de antineoplásicos e imunomoduladores; 22,7% para o sistema nervoso e 12% de cardiovasculares. Apesar dos esforços do Estado previstos nas políticas públicas, verificou-se que atos administrativos dos gestores do SUS impactaram diretamente na judicialização da assistência farmacêutica, resultando nas demandas judiciais por medicamento contra a SES/DF.

Palavras-chave: Assistência Farmacêutica, Judicialização da Assistência Farmacêutica, Decisões Judiciais, Sistema Único de Saúde.

Abstract: The right to health, constitutionally guaranteed, opened the possibility of judicial protection for the citizen, growing the number of lawsuits and generating the Health Judicialization phenomenon. The research discussed the causes of action observed in the judgments of the Court of Justice of the Federal District and Territories (TJDFT) related to lawsuits filed against the Federal District Health Department (SES / DF) for the supply of medicines, and identified medicines pleaded, as well as its therapeutic classes. This was cross-sectional retrospective study of qualitative and quantitative approach covering the years 2010 to 2012. The selected sample of 359 cases. It was found that 37.0% of the shares demanded drugs not listed on official lists; 24,2% were motivated by the lack of medicine in the SES / DF and 13.4% for disruption in supply. The highest demanded therapeutic classes were: 22.8% of antineoplastic and immunomodulating agents; 22.7% to 12% nervous system and cardiovascular. Despite the efforts of the planned public policy of the state, it was found that administrative acts of SUS managers had impact directly on the judicialization of pharmaceutical care, resulting in lawsuits by drug against SES / DF.

Keywords: Pharmaceutical Assistance, Judicialization of Pharmaceutical Services, judgments, Health System.

1

¹Departamento de Saúde Coletiva, Universidade de Brasília (UnB). Brasília, DF, Brasil. E-mail: simone.honorato@uol.com.br

Cad. Ibero-Amer. Dir. Sanit., Brasília, v.4, n.3, jul./set. 2015 ISSN 2358-1824

Resumen: El derecho a la salud, garantizado por la Constitución, se abrió la posibilidad de la protección judicial de los ciudadanos, al crecer el número de demandas y la generación de la legalización del fenómeno salud. La investigación analizó las causas de acción que se observan en el Tribunal de Justicia del Distrito Federal y Territorios (TJDFT) relacionados con demandas presentadas contra el Departamento de Salud del Distrito Federal (SES / DF) para el suministro de medicamentos y medicamentos identificados declarado, así como sus clases terapéuticas. Este fue un estudio retrospectivo transversal del enfoque cualitativo y cuantitativo para los años 2010 y 2012. La muestra seleccionada de 359 casos. Se encontró que 37,0% de las acciones exigió drogas no mencionadas en las listas oficiales; 24,2% motivado por la falta de medicamentos en el SES / DF y el 13,4% para la interrupción en el suministro. Las más altas clases terapéuticas de demanda fueron: 22.8% de los agentes antineoplásicos e inmunomoduladores: 22,7% a 12% del sistema nervioso y cardiovascular. A pesar de la política pública prevista de los esfuerzos estatales, se encontró que los actos administrativos de los gestores del SUS impactados directamente sobre la legalización de la atención farmacéutica, lo que resulta en demandas por drogas contra SES / DF.

Palabras-Ilave: Asistencia Farmacéutica, Legalización de Servicios Farmacéuticos, juicios, Sistema de Salud

Introdução

Os princípios que nortearam o chamado Movimento da Reforma Sanitária no Brasil foram contemplados no texto da Constituição Federal de 1988 (1), que inseriu a saúde, no art. 196, como direito social universal, integral, descentralizado, acessível, democrático, 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.

Conforme disposto na Carta Magna, em seu art. 5º - § 1º "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata" e se prestam a obrigar que o Estado tome medidas para melhorar as condições sociais dos cidadãos, no sentido de diminuir as desigualdades sociais.

Sant"Ana et al. (2) enfatizam que a positivação do direito à saúde ocorrida no Brasil trouxe como repercussão mais imediata da reforma no sistema o estabelecimento de uma nova relação jurídica entre o Estado e seus cidadãos, que adquiriram direitos sociais e subjetivos, abrindo-se a possibilidade de tutela judicial do direito à saúde. No entanto, no âmbito da assistência farmacêutica pública, apesar dos esforços do Estado previstos nas políticas relacionadas ao tema, estudos demonstram que ainda há falhas no sistema para

atender a demanda da população em relação ao fornecimento de medicamentos.

O início do movimento de judicialização da saúde e da assistência farmacêutica no Brasil se deu com os pacientes da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS). A articulação desse grupo de pacientes resultou na promulgação da Lei nº 9.313, de 13 de novembro de 1996 (3), que instituiu a distribuição gratuita de medicamentos, pelo SUS, para os portadores do vírus da imunodeficiência humana (HIV). A partir da incorporação dos medicamentos dedicados ao tratamento dessa moléstia ao elenco do SUS, a demanda pela via judicial por esses medicamentos diminuiu, porém a partir desse momento outras demandas começaram a surgir. Em estudos recentes no Rio de Janeiro, a demanda relacionada ao HIV/AIDS continua muito baixa, inferior a 5%.

Nesse cenário, a via Judicial representa ao cidadão a possibilidade de acesso integral à saúde, fundamentado na norma constitucional, seja para tratamentos, diagnósticos, realização de exames, internações em UTI ou acesso aos medicamentos.

Segundo um estudo de 2005 no estado de São Paulo, 62% dos medicamentos demandados judicialmente faziam parte de listas de medicamentos de programas do SUS. Já em 2006, no mesmo estado, outro estudo apontou que a maioria (77%) das ações ajuizadas contra a Secretaria de Saúde demandava acesso a produtos e serviços não previstos nos protocolos e programas executados pelo SUS naquele estado. No Distrito Federal, achados demonstraram que 47% dos medicamentos pleiteados pela via judicial de 1997 até 2005, faziam parte da Relação Nacional de Medicamentos (RENAME).

Nesse contexto, Sant´Ana et al. (1) destacam que a judicialização da assistência farmacêutica isoladamente não é suficiente para reduzir as desigualdades em saúde. No entanto, a atuação do Poder Judiciário nessas demandas possibilita o acesso imediato a um direito constitucional e provoca os gestores de saúde a adequar os programas às necessidades da população.

Identifica-se a tendência crescente de envolvimento do Poder Judiciário, antes um Poder periférico inacessível aos leigos, com a questão social, agora se mostrando uma instituição central à democracia brasileira, tanto na política quanto no âmbito social, tornando-o mais presente e aumentando sua visibilidade na mídia e em pesquisas universitárias.

Objetivou-se nesse estudo, identificar as causas de pedir que motivaram as ações contra a Fazenda Pública do Distrito Federal entre 2010 e 2012 e discutir as situações que levaram os pacientes a buscarem a via judicial para obter o fornecimento de medicamentos pelo Sistema Único de Saúde, verificando a tendência decisória do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT). Igualmente buscou-se identificar o rol dos medicamentos pleiteados e suas classes terapêuticas, bem como os componentes mais demandados.

Método

Tratou-se de estudo de corte transversal descritivo retrospectivo, limitado aos anos de 2010 a 2012. A pesquisa teve caráter jurisprudencial, com abordagem quali-quantitativa por análise de conteúdo. Os dados foram coletados no banco eletrônico do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) e foi realizada a análise das demandas judiciais que alcançaram a segunda instância de julgamento, sendo escolhidos como unidades de análise, os acórdãos emitidos pelo colegiado do TJDFT. Os objetos de análise foram as decisões colegiadas (acórdãos) do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios referentes às ações impetradas por indivíduos contra o Secretário de Saúde do Distrito Federal, requerendo o fornecimento de medicamentos pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

Iniciou-se a pesquisa com a busca pelo descritor "medicamento", na base de dados públicos do TJDFT. Foram incluídos acórdãos referentes, exclusivamente, ao fornecimento de medicamentos pelo Sistema Único de Saúde, e foram excluídos aqueles referentes a demandas por procedimentos cirúrgicos, por exames de diagnósticos, por internações em unidades de terapia intensiva, entre outros pedidos.

Após a seleção, foi realizada a leitura flutuante de todos os acórdãos e foi realizada a codificação dos dados brutos, buscando identificar sistematicamente as unidades de registro que definissem o tema das categorias. Utilizou-se exclusivamente o texto descrito no acórdão, assim, um acórdão que citava claramente a demanda direta ao judiciário, foi enquadrado nessa categoria, independente do detalhamento de qual medicamento se tratava e se o mesmo estava nas listas do Sistema. Desse modo surgiram sete categorias pautas nas causas de pedir do demandanete, que motivaram seu ingresso no Sistema

Judiciário, detalhadas no Quadro 1.

Quadro 1 – Categorias de análise das causas de pedir nos mandados de segurança do TJDFT – 2010/2012

	Nome da Categoria	Resumo da categoria		
1	Solicitação Administrativa Indeferida	Casos em que o medicamento estava presente em listas oficiais do SUS, porém o pedido administrativo foi indeferido formalmente.		
2	Solicitação Administrativa Não Respondida	Casos em que o medicamento não estava elencado nas listas do SUS, porém o paciente entrou com pedido de fornecimento pela via administrativa e não obteve nenhuma resposta.		
3	Demanda Direta ao Judiciário	Casos em que o paciente entrou com mandado direto no Sistema Judiciário sem procurar a via administrativa anteriormente.		
4	Falta do Medicamento	Casos em que o medicamento estava elencado no SUS, porém não havia disponibilidade no estoque da SES/DF.		
5	Fornecimento Interrompido ou intermitente	Casos em que os pacientes que estavam em tratamento pararam de receber o medicamento temporária ou definitivamente por decisão administrativa.		
6	Medicamento não Elencado em Listas Oficiais	Casos em que o medicamento não constava em listas oficiais do SUS.		
7	Medicamento Não Registrado no Brasil Casos em que o medicamento não possuía autorização comercialização concedida pelo órgão competente no Brasil, caso atual a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA			

Fonte: Acórdãos coletados do site do TFDFT.

O estudo apresentou algumas limitações sendo a principal delas a impossibilidade de consulta física à petição inicial e documentos originais como receituários médicos e laudos de exames. Todas as informações utilizadas nessa pesquisa foram retiradas dos acórdãos publicados pelo colegiado do TJDFT, no banco de dados eletrônico.

Para a confirmação da presença do medicamento em listas oficiais da assistência farmacêutica no Distrito Federal (REME/DF), foram consideradas as listas disponíveis no sítio eletrônico da Secretaria de Atenção à Saúde do Distrito Federal (SAS/DF), vigentes entre 2010 e 2012, referentes à atenção básica, componente especializado e medicamentos estratégicos. No entanto, verificou-se que muitas das ações haviam sido iniciadas em anos anteriores ao período do estudo, de modo que a amostra continha pleitos iniciados desde 2004. Para esses casos foram pesquisadas as RENAME vigentes à época da propositura da ação.

Os medicamentos encontrados foram classificados de acordo com o Sistema Anatômico Terapêutico Químico *ATC* (*Anatomical Therapeutic Chemical*) (4), que desde 1996, passou a ser reconhecido pela Organização Mundial de Saúde (OMS) como padrão internacional para os estudos de utilização de medicamentos (EUM). Para esse estudo utilizou-se o primeiro nível da classificação no sistema de classificação *ATC*, no qual os fármacos são divididos em 14 diferentes grupos, de acordo com o órgão ou sistema no qual eles atuam. Apenas para os fármacos classificados no grupo L (Agentes Antineoplásicos), estendeu-se a classificação até o segundo nível, diferenciando-se os antineoplásicos e os imunossupressores.

O Componente da Assistência Farmacêutica foi identificado no elenco de medicamentos pela verificação da presença dos mesmos nas listas oficiais do SUS.

O projeto de pesquisa foi submetido à apreciação do Comitê de Ética em Pesquisa com Seres Humanos da Faculdade de Ciências Saúde da Universidade de Brasília (CEP-FS/UnB). Tendo em vista que o estudo não envolveu diretamente seres humanos e utilizou de base de dados pública, o referido CEP opinou pela aprovação do projeto e dispensa do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE).

Resultados

Após a análise das causas de pedir nos 359 acórdãos, foram elaboradas sete categorias relacionadas aos motivos do ingresso do demandante no sistema judiciário, sendo elas: "Solicitação Administrativa Indeferida", "Solicitação Administrativa Não Respondida", "Demanda direta ao Judiciário", "Falta do Medicamento", "Fornecimento Interrompido ou intermitente", "Medicamento não elencado em Listas Oficiais", "Medicamento Não Registrado no Brasil".

A busca inicial pelo descritor "medicamento" alcançou um retorno de 1614 acórdãos entre os anos de 2010 e 2012. Desses, foram excluídos os que eram referentes a demandas por procedimentos cirúrgicos, por exames de diagnósticos, por internações em unidades de terapia intensiva entre outros pedidos. Desse modo, foram considerados para análise 359 acórdãos no total, sendo 118 em 2010, 141 em 2011 e 100 do ano de 2012. O resultado da categorização está disposto na Tabela 1.

Tabela 1 – Frequência das Causas de Pedir nos acórdãos do TJDFT entre 2010 e 2012

CATEGORIAS DE ANÁLISE	2010	2011	2012		
Causas de Pedir	N (%)	N (%)	N (%)	TOTAL N	%
Solicitação Administrativa	8 (6,8%)	4 (2,8%)	8 (8,0%)	20	(5,57%)
Solicitação Administrativa Não	15 (12,7%)	25 (17,7%)	11 (11,0%)	51	(14,2%)
Demanda Direta ao Judiciário	4 (3,4%)	4 (2,80%)	0	8	(2,2%)
Falta do Medicamento	34 (28,8%)	33 (23,4%)	20 (20,0%)	87	(24,2%)
Fornecimento Interrompido ou	1 (0,80%)	21 (14,9%)	26 (26,0%)	48	(13,4%)
Medicamento não Elencado	54 (45,8%)	49 (34,8%)	30 (30,0%)	133	(37,0%)
Medicamento Não Registrado	2 (1,7%)	5 (3,5%)	5 (5,0%)	12	(3,3%)
TOTAL DE ACÓRDÃOS	118 (100%)	141 (100%)	100 (100%)	359	(100%)

Fonte: Acórdãos coletados no site do TJDFT, 2010-2012.

Na análise estratificada da amostra, considerando apenas Mandados de Segurança (n=181), a segurança foi concedida em pouco mais de noventa por cento dos casos e houve a negativa pelo colegiado do TJDFT em quase quatro por cento. Além disso, a concessão parcial da segurança esteve presente em 4,4% dos acórdãos, na maioria das vezes relacionada ao período de validade do mandado, que variou entre 30 dias, seis meses a um ano.

Conforme a classificação no nível 1 do código ATC, no total de frequência dos medicamentos identificados (n=534), 22,8% (n=122) eram Agentes Antineoplásicos e Imunomoduladores (Grupo L), sendo que desses, 50% (n=61) foram classificados no subgrupo L01 como antineoplásicos e 28,7% (n=35) no subgrupo L04 como imunossupressores; 22,7% (n=121) eram do Sistema Nervoso (grupo N); 12 % (n=64) eram do Aparelho Cardiovascular (grupo C). A distribuição nas classes terapêuticas encontradas encontra-se na Tabela 2.

Tabela 2 - Frequência de distribuição dos medicamentos de acordo com o 1º nível da classificação Anatômico Terapêutico ATC, nos acórdãos do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios entre janeiro de 2010 e dezembro de 2012.

Grupos Anatômicos Terapêuticos 1º nível ATC	N	Frequência (%)
(L) Agentes antineoplásicos e imunomoduladores		22,8
(N) Sistema nervoso central	121	22,7
(C) Aparelho cardiovascular	64	12,0
(B) Sangue e órgãos hematopoiéticos	62	11,6
(A) Aparelho digestivo e metabolismo	48	9,0
(J) Anti-infecciosos gerais para uso sistémico	27	5,1
(M) Sistema musculoesquelético	24	4,5
(G) Aparelho genito-urinário e hormônios sexuais	21	3,9
(H) Hormônios sistémicos, excluindo hormônios sexuais e insulinas	18	3,4
(S) Órgãos Sensoriais - oftálmicos	16	3,0
(R) Aparelho respiratório	7	1,3
N/A - fitoterápicos	2	0,4
(D) Medicamentos dermatológicos	1	0,2
(P) Antiparasitários	1	0,2
Total	534	100

Fonte: Acórdãos coletados no site do TJDFT, 2010-2012.

Uma das dificuldades para agrupar as ações estudadas nos respectivos Componentes da Assistência Farmacêutica foi o fato de que as prescrições médicas podiam conter mais de um medicamento, pertencentes a diferentes Componentes, porém a demanda judicial ter sido motivada por problemas no fornecimento de apenas um dos itens do receituário. Observou-se nessa amostra que os medicamentos do Componente Básico normalmente não se mostraram alvo principal das demandas, apesar do receituário ser demandado por completo.

Em relação à presença dos medicamentos nas listas oficiais da assistência farmacêutica no SUS, verificou-se que dos 534 medicamentos identificados, 47,4 % (n=253) não estavam presentes em nenhum componente da assistência e 13,1% (n=70) corresponderam a antineoplásicos. No Componente Básico corresponderam 13,5% (n=72), no Componente Especializado foram 20% (n=107) e no Componente Estratégico foram 1,9% (n=10). Exclusivo para atendimento hospitalar e outros programas 1,9% (n=10) e medicamentos sem registro totalizaram 2,2% (n=12).

Cad. Ibero-Amer. Dir. Sanit., Brasília, v.4, n.3, jul./set. 2015 ISSN 2358-1824

A distribuição por Componentes da Assistência, no entanto, evidenciou que o Componente Especializado continua sendo o principal foco de demandas judiciais dentre os medicamentos elencados.

Discussão

Macedo et al. (5) enfatizam que é preciso identificar as razões que motivam cada ação, de modo que as decisões estejam amparadas por pleno conhecimento das políticas públicas de saúde, das listas de medicamentos de fornecimento público e das alternativas disponíveis no Sistema Único de Saúde, dos protocolos e restrições ao uso dos medicamentos.

O estudo atual evidenciou uma mudança discreta no padrão decisório do colegiado, uma vez que as concessões não foram sempre em favor do autorpaciente, como verificado em outros estudos, por exemplo, em 2008 no Distrito Federal verificou-se que em todas as ações estudadas, o provimento era em favor do autor-paciente. Em 2006 no estado do Rio de Janeiro, outro estudo relatou que 100% dos processos obtiveram liminarmente seus pleitos e apenas três sentenças finais foram negadas. No caso das Apelações estudadas, houve ainda dois indeferimentos nos pedidos de tutela antecipada e sentenças finais negadas, relacionadas a casos de pedidos de medicamentos sem registro no país.

Dentre as categorias de análise das causas de pedir elaboradas nesse estudo, percebe-se que os demandantes recorrem ao sistema judiciário majoritariamente após alguma insuficiência administrativa, ou seja, as demandas diretas ao sistema, sem antes ter passado pelo trâmite administrativo para a obtenção do medicamento aparecem em apenas oito dos casos estudados.

Os casos de solicitação de medicamentos não presentes em listas oficiais se mostraram a maior causa de não prestação da assistência farmacêutica pela Secretaria de Saúde do Distrito Federal, representando 37% do total de acórdãos estudados e apesar de frequente, estudos realizados em Minas Gerais e em São Paulo apontaram que mais da metade das demandas nesses estados, 56% e 77% respectivamente, são por medicamentos não elencados em listas oficiais. As solicitações avaliadas como improcedentes pela Secretaria de Saúde que resultaram em indeferimento formal dos pleitos apareceram numa frequência de 3,3% dos casos no DF.

Conforme observado por Romero (6), a ausência de explicações detalhadas sobre os critérios técnicos e fundamentos dos protocolos clínicos e das listas de medicamentos nas peças recursais e de defesa são mal recebidas pelos julgadores.

A insuficiência no abastecimento dos medicamentos elencados na Secretaria de Saúde do DF aparece em seguida como motivação das ações nos anos de 2010 e 2011 e o fornecimento intermitente ou mesmo interrompido, mostra-se expressivo já em 2011, tendo se tornado a segunda causa maior de demandas em 2012, por conta da decisão administrativa de interromper o fornecimento do Concentrado de Fator VIII de Origem Recombinante, utilizado no tratamento de hemofilia A grave, por não apresentar evidência de superioridade em relação ao tratamento com o mesmo fator de origem plasmática.

A frequência de demandas por medicamentos não registrados no país parece não ser o foco das demandas no presente estudo, pois representou 3,3% das ações, mostrando inclusive frequência menor do que a encontrada em outro estudo realizado em Minas Gerais, que chegou a registrar 5% desse tipo de pedido.

A alta frequência de pedidos por medicamentos antineoplásicos chama a atenção pela presença em 22,8% dos casos no DF, uma vez que o fornecimento desse tipo de terapia segue políticas e diretrizes próprias, por meio dos Centros de Alta Complexidade em Oncologia (CACON). Outras pesquisas discutem essa situação em que o alto custo desses medicamentos evidenciaria a forte distorção que as ações judiciais estão causando ao SUS por retirarem recursos para a compra de medicamentos pertencentes a outros componentes da assistência farmacêutica e forçarem a incorporação de novas tecnologias.

Considerações Finais

Os casos judicializados estudados demonstraram que não inclusão de medicamentos em listas oficiais e as falhas no abastecimento dos medicamentos elencados nas listas oficiais foram as maiores motivações para as ações contra o Distrito Federal entre os anos de 2010 e 2012, seja devido à indisponibilidade nos estoques ou mesmo à descontinuidade no fornecimento dos medicamentos.

Verificou-se que atos administrativos dos gestores do SUS impactam diretamente na judicialização da assistência farmacêutica, por exemplo, a decisão de suspender o fornecimento do Fator de Coagulação VIII recombinante aos portadores

Cad. Ibero-Amer. Dir. Sanit., Brasília, v.4, n.3, jul./set. 2015 ISSN 2358-1824

de Hemofilia A no Distrito Federal, teve como consequência o aumento imediato das demandas judiciais por esse produto.

Algumas mudanças no padrão de julgamento, apontadas no estudo atual, evidenciadas com a menor frequência da concessão da segurança nos caso dos mandados julgados, aponta que o judiciário pode estar discutindo o mérito da judicialização da saúde com mais propriedade.

No entanto a efetivação do direito à saúde apresenta-se garantido pelo sistema judiciário, mesmo na existência de políticas públicas e diretrizes específicas, como no caso dos medicamentos antineoplásicos, que alerta para o desconhecimento do judiciário quanto à prestação dessa terapêutica pelo SUS.

Após avaliação dos acórdãos do estudo, infere-se que o reconhecimento do direito a assistência farmacêutica pela população ainda não está consolidado, uma vez que nos casos de ausência de resposta ao demandante após a solicitação de medicamentos pela via administrativa, os mesmos não geraram demandas imediatas ao judiciário, muitas vezes os cidadãos relataram esperar meses até entrar no sistema judiciário, ou seja, a expectativa da população é de que o poder executivo se organize para a prestação da assistência farmacêutica.

Observou-se, ainda, neste estudo, que o argumento da ausência dos medicamentos em listas oficiais não foi levado em consideração pelos julgadores para a negativa no fornecimento do medicamento, pois em suas argumentações, estes consideravam que as listas de medicamentos elencados se prestam a orientar a assistência farmacêutica, mas nunca a limitá-la. Nesse contexto, a compreensão da dinâmica entre a política pública, os operadores do direito e os usuários do sistema é essencial para efetividade do direito à saúde e para a ampliação do acesso à justiça e à saúde.

Referências Bibliográficas

1 Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. [Internet] Brasília. [Acesso em 17 ago 2013]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil 03/constituicao/constituicaocompilado.htm

2 Sant'ana JMB et al. Essencialidade e assistência farmacêutica: considerações sobre o acesso a medicamentos mediante ações judiciais no Brasil. Revista

Cad. Ibero-Amer. Dir. Sanit., Brasília, v.4, n.3, jul./set. 2015 ISSN 2358-1824

Panamericana de Salud Publica [Internet]. 2011 [Acesso em 20 de maio 2013], 29(2): 138-144. Disponível em http://www.scielosp.org/pdf/rpsp/v29n2/a10v29n2.pdf

- 3 Brasil. Lei nº 9.313, de 13 de novembro de 1996. Dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do HIV e doentes de AIDS. Diário Oficial da União [Internet] Brasília, 14 nov 1996. [Acesso em 24 mar 2014]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9313.htm
- 4 WHO Collaborating Centre for Drug Statistics Methodology, Guidelines for ATC classification and DDD assignment, 2013. Oslo, 2012. [Acesso em 18 mai 2013]. Disponível em: http://www.whocc.no/filearchive/publications/1_2013guidelines.pdf
- 5 Macedo EI de, Lopes LC, Barberato-Filho S. Análise técnica para a tomada de decisão do fornecimento de medicamentos pela via judicial. Revista de Saúde Pública [Internet]. 2011 [Acesso em 24 mar 2014], 45(4): 706–713. Disponível em http://www.scielo.br/pdf/rsp/v45n4/2603.pdf
- 6 Romero LC. A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal em ações de medicamentos. Revista de Direito Sanitário [Internet]. 2010 [Acesso em 20 de maio 2013], 11(2): 11–59. Disponível em http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13207.

Recebido para publicação em 12 de maio de 2015. Admitido para publicação em 01 de julho de 2015.

La Internacionalización de las Bases de Datos Genéticos: Beneficios y Riesgos

Internationalization of genetic databases: Benefits and Risks

Inmaculada Vivas Tesón¹

RESUMEN: La información genética en las bases de datos están en constante crecimiento. La defensa de la opinión de que el contenido de estas bases debería estar a disposición de científicos de todo el mundo, tiene riesgos y beneficios. Este artículo tiene como alcance trazar la escena internacional esta investigación genómica y la creación de un espacio virtual centralizado de la información genética con el único propósito de la investigación y las implicaciones legales de los datos personales de los pacientes.

Palabras clave: Genoma, internacionalización, enfermedades

RESUMO: As informações genéticas em bases de dados estão em constante crescimento. A defesa de opinião de que o conteúdo dessas bases devem estar disponíveis para os cientistas de todo o mundo, apresenta riscos e benefícios. Este artigo tem como escopo tracar o cenário internacional dessa investigação genômica e a criação de um espaço virtual centralizado de informação genética com fins exclusivos de pesquisa e as implicações jurídicas dos dados pessoais dos pacientes.

Palavras-chave: Genoma, internacionalização, enfermidades.

ABSTRACT: The genetic information in databases are constantly growing. The defense of the view that the content of these bases should be available to scientists from all over the world has risks and benefits. This article has as its scope the goal to trace in the international scene this genomics research and the creation of a centralized virtual space of genetic information with the sole purpose of research and legal implications of personal data of patients.

Keywords: Genome, internationalization, diseases

Introducción

Todos estamos de acuerdo en que ojalá el cáncer, la diabetes o el Alzheimer tuvieran lo antes posible una solución (¡daríamos lo que fuera!).

Somos conscientes de que, en estos momentos, existe un gran número de investigadores en distintos rincones del mundo secuenciando genomas de personas para investigar sobre éstas y otras muchas enfermedades.

¹ Profesora Titular de Universidad de Sevilla. Facultad de Derecho. Sevilla, España. E-mail: ivivas@us.es

Los centros investigadores con capacidad para estudiar los genes humanos se han multiplicado a un ritmo vertiginoso y, en consecuencia, también los estudios y los datos genéticos, además de los notables avances en bioinformática.

Hoy día, existe un universo de posibilidades para la investigación genómica, pero tal vez se trate de un universo disperso y desaprovechado científicamente.

En la actualidad, existen bases de datos genéticos con fines de investigación de diversos tipos (de titularidad privada y pública; de acceso público y restringido), dimensiones y objetivos que contienen información muy valiosa para que la comunidad científica internacional realice estudios genéticos y análisis comparativos, pero también muy dispersa.

El ingente volumen de información genética almacenada en las bases de datos están superando las previsiones, lo que unido a los enormes avances en el campo de la medicina personalizada y preventiva (la farmacogenética), quizás nos deba llevar a plantearnos, en el momento actual, un salto cualitativo en un contexto científico nuevo, en un escenario globalizado.

Un paso indudablemente importante fue la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica, la cual permite el almacenamiento de datos genéticos de carácter personal², pero ahora nos planteamos si es posible subir un peldaño más: ¿es posible integrar toda la información genética almacenada en las distintas bases de datos haciéndola útil y accesible a la comunidad científica internacional?

La respuesta suscita cuestiones éticas y jurídicas que resolver. Por razones evidentes, centraremos nuestra atención en las segundas.

La Creación de un Espacio Virtual Centralizado de Información Genética con Fines de Investigación

Ante todo, es preciso advertir que, de un lado, se afrontarán en las próximas páginas aspectos relativos a la gestión de la información genética, no, por tanto, a la problemática que rodea a la dimensión física de la muestra biológica y, de otro, que

_

² La LIB define, en su art. 3.j), el "dato genético de carácter personal" como aquélla información sobre las características hereditarias de una persona, identificada o identificable obtenida por análisis de ácidos nucleicos u otros análisis científicos.

nuestra atención se centrará en las bases de datos genéticos con fines de investigación biomédica (art.18, ley 11/2007) y, por consiguiente, no en aquéllas con finalidades sanitarias ni forenses o judiciales (ley orgánica 10/2007).

Claro lo anterior, el interrogante que formulamos es el siguiente: ¿por qué no armonizar los procedimientos de depósito, gestión y acceso a los datos genéticos de las distintas bases o repositorios de centros, proyectos investigadores con el fin de centralizar dicha información y compartirla con la comunidad científica mundial? ¿Por qué no interconectamos las distintas bases de datos o las integramos en una única plataforma virtual o nube³ a nivel estatal o internacional que contenga toda la información genética?

Dicho de otro modo, ¿no sería útil acceder por internet a una base de datos genéticos con un buscador especializado que permitiera a los investigadores de cualquier parte del mundo, con su correspondiente licencia de uso, realizar consultas de ADN para desarrollar sus experimentos comparando cientos o miles de genomas?

La interconexión o integración de bases de datos puede ser clave para la investigación científica. Sería muy útil estrechar lazos y aunar esfuerzos y, muy especialmente, recursos materiales y humanos⁴.

Es evidente que los beneficios del uso compartido de datos genéticos son innegables, pero si bien cuando se trata de hacer secuencias genéticas de animales o de plantas dicha interconexión o integración de base de datos no plantearía problemas jurídicos, no puede decirse lo mismo cuando se trata de personas.

Cuando se trata de información genética humana comienzan los interrogantes y las dudas desde la óptica jurídica. En relación a los seres humanos, no todo está permitido bajo el argumento de la libertad de la ciencia e investigación o del "interés humanitario" (1)

La cuestión se centra en identificar las libertades, derechos e intereses en juego y dignos de tutela por el Derecho, así como realizar un balance equilibrado de los mismo. A cuestiones reales nuevas (como la que aquí se plantea), soluciones jurídicas nuevas.

³ Ya en 1998, el Parlamento islandés aprobó una ley que permitía la creación de una base de datos centralizada, con información genealógica, genética y médica individual de todos los ciudadanos de Islandia. Asimismo, podemos citar el Proyecto 1000 Genomas, Google Genomics, puesto en marcha en marzo de 2014 o el Archivo Europeo del Genoma y Fenoma (EGA).

⁴ El art. 88 LIB contempla la colaboración del Sistema Nacional de Salud con otras instituciones y organizaciones implicadas en la investigación para la utilización conjunta de infraestructuras científicas y el desarrollo de proyectos de investigación.

Es indudable que el Derecho debe acompañar a la Ciencia (eminentemente dinámica o cambiante y sin fronteras) para permitir que avance, si bien, dada la rapidez con la que acontecen sus progresos, el Derecho, en este ámbito, se queda necesariamente atrás; Derecho y Ciencia caminan a dos velocidades distintas. Por ello, tal vez, en estos últimos años, más que crearse figuras jurídicas, las ya existentes se han ido amoldando a las nuevas realidades. La elasticidad del Derecho es más que evidente: piénsese en el valor e importancia que han alcanzado el derecho a la autodeterminación, a la intimidad y a la confidencialidad (se habla de una privacidad genética) y, en consecuencia, la relevancia que reviste, hoy día, el consentimiento informado; el valor de la dignidad humana; la no discriminación por razones genéticas; existe un nuevo concepto de familia, la "familia genética" (del que no forman parte el cónyuge ni los hijos adoptivos y que, en cambio, integran personas extrañas como los donantes de gametos) y, en consecuencia, se alude a un parentesco y línea genéticos.

El Derecho resuelve problemas y trata de eliminar, en lo posible, obstáculos, pero existen principios y límites que respetar y que, por tanto, son infranqueables. Todos ellos, en el ámbito biomédico, pueden simplificarse en uno: el respeto a la dignidad humana (DECLARACIÓN SOBRE GENOMA HUMANO DEL COMITÉ INTERNACIONAL DE BIOÉTICA - CIB, DE LA UNESCO).

Así las cosas, la cuestión aquí planteada podría formularse del siguiente modo: ¿es posible un intercambio responsable, seguro y eficaz de la información genética a nivel mundial entre las distintas comunidades de investigación, cumpliendo con los más altos estándares de privacidad y respeto a la dignidad humana de la persona?

La cuestión aquí planteada, el uso compartido de la información genética, trasciende la libre elección individual y la actividad legislativa nacional, pasando a adquirir una dimensión jurídico-política internacional en la cual ha de marcarse, con suma nitidez, unos mínimos de lo que está permitido, prohibido y es obligatorio.

⁵ Según el art. 1 de la Recomendación n. R (97) 5, de 13 de febrero de 1997, del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros, sobre la protección de datos médicos, "la expresión "datos genéticos" se refiere a todos los datos, cualquiera que sea su clase, relativos a las características hereditarias de un individuo o al patrón hereditario de tales características dentro de un grupo de individuos emparentados".

Vayamos por partes.

Las Singularidades del Dato Genético de Carácter Personal

1. Sus implicaciones más allá de la persona

El dato genético humano, definido por la Declaración Internacional de la UNESCO sobre los Datos Genéticos Humanos de 16 de octubre de 2003, como "información sobre las características hereditarias de las personas, obtenida por análisis de ácidos nucleicos u otros análisis científicos" (ART. 2.I) presenta unas características que lo singularizan al identificar el carácter único de cada individuo, puesto que el código genético de cada persona es exclusivo, pero también puede proporcionar información sobre otros sujetos (Art. 4 DE LA DECLARACIÓN INTERNACIONAL DE LA UNESCO SOBRE LOS DATOS GENÉTICOS HUMANOS) y, por lo tanto, afectar a derechos e intereses no sólo individuales sino también de terceros.

De este modo, la singular información genética de los sujetos trasciende su individualidad para afectar a la familia y a la sociedad y es por ello por lo que es especialmente sensible y requiere un alto nivel de seguridad (LEY ORGÁNICA 15/1999).

Así las cosas, es curioso cómo la libertad de un individuo a participar en una investigación puede entrar en conflicto con la de otro individuo o de toda una comunidad a no participar, ya que las consecuencias de los estudios genéticos pueden llegar a repercutir (positiva o negativamente) en otras personas o grupos. Por tanto, existe un principio de doble protección: del individuo y del grupo o comunidad.

Además, la información genética puede ser relevante (biológica y culturalmente) con posterioridad a la obtención del material biológico, pues los descubrimientos son absolutamente impredecibles en dicho momento, de manera que la posibilidad de informar *ex ante* a los sujetos sobre el uso a futuro de las muestras y datos asociados es limitada.

Por todo ello, el dato personal genético, al que, como tal, se le deben aplicar los principios y garantías de la legislación de protección de datos (Art. 5.1 LIB), presenta particularidades respecto a los derechos de su titular, su tratamiento y sus usos y finalidades. Tiene implicaciones individuales o colectivas, positivas o negativas.

1.2.- Privacidad y riesgos de la 'nube genética'

Dada la peculiar naturaleza de la información genética, la privacidad es una de las cuestiones cruciales en esta materia.

Resulta clave el art. 14 de la ya citada Declaración Internacional de Datos Genéticos Humanos:

- a) Los Estados deberían esforzarse por proteger la privacidad de las personas y la confidencialidad de los datos genéticos humanos asociados con una persona, una familia o, en su caso, un grupo identificables, de conformidad con el Derecho interno compatible con el Derecho internacional relativo a los derechos humanos.
- b) Los datos genéticos humanos, los datos proteómicos humanos y las muestras biológicas asociados con una persona identificable no deberían ser dados a conocer ni puestos a disposición de terceros, en particular de empleadores, compañías de seguros, establecimientos de enseñanza y familiares de la persona en cuestión, salvo por una razón importante de interés público en los restringidos casos previstos en el Derecho interno compatible con el Derecho internacional relativo a los derechos humanos o cuando se haya obtenido el consentimiento previo, libre, informado y expreso de esa persona, siempre que éste sea conforme al Derecho interno y al Derecho internacional relativo a los derechos humanos. Debería protegerse la privacidad de toda persona que participe en un estudio en que se utilicen datos genéticos humanos, datos proteómicos humanos o muestras biológicas, y esos datos deberían revestir carácter confidencial.
- c) Por regla general, los datos genéticos humanos, datos proteómicos humanos y muestras biológicas obtenidos con fines de investigación científica no deberían estar asociados con una persona identificable. Aun cuando estén disociados de la identidad de una persona, deberían adoptarse las precauciones necesarias para garantizar la seguridad de esos datos o esas muestras biológicas.
- d) Los datos genéticos humanos, datos proteómicos humanos y muestras biológicas obtenidos con fines de investigación médica y científica sólo podrán seguir estando asociados con una persona identificable cuando ello sea necesario para llevar a cabo la investigación, y a condición de que la privacidad de la persona y la confidencialidad de los datos o las muestras biológicas en cuestión queden protegidas con arreglo al Derecho interno.

e)Los datos genéticos humanos y los datos proteómicos humanos no deberían conservarse de manera tal que sea posible identificar a la persona a quien correspondan por más tiempo del necesario para cumplir los fines con los que fueron recolectados o ulteriormente tratados".

Así las cosas, ¿qué tipo de datos podrían incluirse en la "nube genética": datos asociados⁶, datos disociados⁷ o datos irreversiblemente disociados de una persona identificable⁸?

Si lo que nos planteamos es una especie de Red global de almacenamiento y uso del ADN con fines de investigación, debemos inclinarnos por datos genéticos anonimizados⁹ (la Declaración contempla que, para tales fines, "por regla general", 'ho deberían estar asociados con una persona identificable" – art. 14.c), sin embargo, a continuación, permite que excepcionalmente puedan seguir estando asociados con una persona identificable "cuando ello sea necesario para llevar a cabo la investigación, y a condición de que la privacidad de la persona y la confidencialidad de los datos o las muestras biológicas en cuestión queden protegidas con arreglo al Derecho interno" –art. 14.d)-).

De este modo, la anonimización permitiría el libre uso de los datos genéticos, de modo que el sujeto fuente no sufriría ningún perjuicio. Sin embargo, es importante subrayar que existen problemas derivados de la dificultad de lograr una disociación verdaderamente irreversible de la persona de que se trate. El anonimato no está completamente garantizado, ya que es posible, con facilidad, re-identificar a la persona de forma indirecta mediante la combinación de la información genética con otros datos de dominio público (p. ej. accesibles mediante internet).

⁶ Según los define la Declaración Internacional de Datos Genéticos Humanos, son aquellos datos que contienen información como el nombre, la fecha de nacimiento y la dirección, gracias a la cual es posible identificar a la persona a la que se refieren (art. 2, ix).

⁷ Definidos por la Declaración Internacional de Datos Genéticos Humanos como aquellos datos no asociados con una persona identificable por haberse sustituido o desligado toda la información que identifica a esa persona utilizando un código (art. 2,x).

⁸ Conforme a la Declaración Internacional de Datos Genéticos Humanos, son aquellos datos que no pueden asociarse con una persona identificable por haberse destruido el nexo con toda información que identifique a quien suministró la muestra (art. 2,xi).

⁹ Según el art. 3 de la LIB, letra h) "Dato anónimo" es el dato registrado sin un nexo con una persona identificada o identificable y en su letra i) define el "Dato anonimizado o irreversiblemente disociado" como aquél que no puede asociarse a una persona identificada o identificable por haberse destruido el nexo con toda información que identifique al sujeto, o porque dicha asociación exige un esfuerzo no razonable, entendiendo por tal el empleo de una cantidad de tiempo, gastos y trabajo desproporcionados.

El art. 50.2 LIB dispone: "los datos genéticos de carácter personal sólo podrán ser utilizados con fines epidemiológicos, de salud pública, de investigación o de docencia cuando el sujeto interesado haya prestado expresamente su consentimiento, o cuando dichos datos hayan sido previamente anonimizados" y, a continuación, en su apartado 3º, contempla la excepción de que los datos genéticos puedan ser codificados.

Existen brechas de seguridad y dado, por tanto, que la persona se hace absolutamente vulnerable, exponiéndose a un "desnudo genético integral" en la red (y no sólo ella, sino también otras personas), el procedimiento para la prestación del consentimiento informado debería contemplar mecanismos de información precisa y clara acerca de la trascendencia del acto que la persona va a consentir y de los riesgos que está dispuesta a asumir, debiéndose comprobar (tal vez a través de un cuestionario) que dicha información así como la relevancia, significado y el valor del consentimiento han sido efectivamente comprendidas 11. Dicho de otro modo, el consentimiento informado no puede convertirse en un mero trámite burocrático, sino que ha de tratarse de un consentimiento realmente informado y, si es posible, para evitar recabarlo cada vez que exista una acción científica nueva y las dificultades que encierra el recontactar al sujeto fuente, que legitime ab initio la práctica de todas aquellas operaciones imprevisibles a la hora de la obtención de la muestra biológica, esto es, que se trate de un consentimiento general.

Y el consentimiento informado para que mis datos genéticos sean utilizados para fines de investigación, ¿de he prestarlo yo o todas las personas a las que pudiera afectar algún estudio genético y, eventualmente, resultar estigmatizadas por algún descubrimiento? ¿sería necesario el permiso previo de los demás familiares?¹²

Dado que el consentimiento informado podría tener repercusiones colaterales, ¿cómo se respeta el derecho a no saber de otros familiares, quienes optan por ello en aras de su tranquilidad o equilibrio psíquicos? El consentimiento informado, ¿deja de tener carácter estrictamente individual?

¿Y qué ocurre con el consentimiento a que se compartan los datos genéticos de menores o incapacitados judicialmente?

Por otra parte, podría producirse una discriminación genética en el ámbito laboral (con consecuencias permanentes, no temporales) o en el de seguros de

1

La gráfica expresión no es nuestra sino corresponde al titular de una noticia publicada en el Diario El País por Javier Sampedro el 17 de enero de 2013. Disponible en: http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/01/17/actualidad/1358445379_181975.html.

¹¹ Interesante resulta el trabajo de ALLEN, J./MCNAMARA, B.: "Reconsidering the value of consent in biobank research", en Biotehics, 2011 Mar;25(3):155-66. doi: 10.1111/j.1467-8519.2009.01749.x., en el que los autores realizan un estudio a través de entrevistas a donantes de muestras biológicas para un estudio sobre el cáncer en Australia se comprueba si efectivamente entendieron el significado de la investigación y del consentimiento.

¹² Conforme a lo dispuesto por el art. 5.2, párrafo 2ª de la LIB, la respuesta debe ser afirmativa: "en el supuesto de

L'Conforme a lo dispuesto por el art. 5.2, párrafo 2ª de la LIB, la respuesta debe ser afirmativa: "en el supuesto de que los datos obtenidos del sujeto fuente pudieran revelar información de carácter personal de sus familiares, la cesión a terceros requerirá el consentimiento expreso y escrito de todos los interesados".

salud¹³. Al respecto, la Carta de Derechos Fundamentales de la UE de 7 de diciembre de 2000, en su art. 21.1¹⁴, prohíbe toda discriminación, en particular, por razón de características genéticas. En igual sentido se pronuncia la Declaración Internacional sobre los datos genéticos humanos de 2003, en su art. 7 a)¹⁵ y el art. 6 LIB. Por tanto, nadie puede ser estigmatizado por razones genéticas. Existe la dignidad de la persona, con independencia de su genotipo¹⁶.

¿Y si se llegara a crearse un ADN sintético e, intencionadamente, apareciera en la escena de un crimen?

Otra cuestión a tener en cuenta: la bioseguridad. ¿Con qué medidas de seguridad es almacenada la información genética? ¿y si hay un robo de datos para su más que probable ulterior comercialización?¹⁷

Necesitamos que nuestros datos genéticos, ya sea por su valor preciado, ya sea por su eventual nocividad, estén contenidos y custodiados en una auténtica caja fuerte con extremas medidas de seguridad¹⁸. La puesta a disposición de nuestros datos genéticos en la red podría implicar la pérdida de nuestro yo (en este punto, habría que preguntarse: ¿daríamos lo que fuera, incluso nuestro "yo"?).

_

¹³ A la discriminación genética hace mención la Declaración Universal sobre el Genoma y Derechos Humanos del 11 de noviembre de 1997 (art. 6); la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos del 16 de octubre de 2003 (art. 7) y la Declaración universal sobre Bioética y Derechos Humanos de19 de octubre de 2005 (art. 11).

¹⁴ Art. 21.1: "Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, r eligión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual".

¹⁵ Art. 7.a) de la Declaración Internacional sobre los datos genéticos humanos de 2003: "debería hacerse todo lo posible por garantizar que los datos genéticos humanos y los datos proteómicos humanos no se utilicen con fines que discriminen, al tener por objeto o consecuencia la violación de los derechos humanos, las libertades fundamentales o la dignidad humana de una persona, o que provoquen la estigmatización de una persona, una familia, un grupo o comunidades".

¹⁶ El art. 2: "(a) Cada individuo tiene derecho al respeto de su dignidad y derechos, cualesquiera que sean sus características genéticas", y el artículo 6 de la Declaración de la UNESCO Declaración universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos que fue aprobada en Asamblea de la UNESCO, el 11 de noviembre de 1997, establece que "nadie podrá ser objeto de discriminaciones fundadas en sus características genéticas, cuyo objeto o efecto sería atentar contra sus derechos humanos y libertades fundamentales y el reconocimiento de su dignidad".

¹⁷ Desde el punto de vista de la responsabilidad penal, es preciso diferenciar dos conductas delictivas: la del investigador/médico que, teniendo autorización para acceder a la base de datos no anonimizada, se apodera de los datos contenidos en la misma y los utiliza para fines distintos a la investigación médica que está realizando; y la del investigador que, sin autorización alguna, accede a una base de datos. Una apropiación no consentida de las bases de datos biogenéticas para la investigación constituirá un delito de espionaje informático (art. 278 CP); y el apoderamiento, acceso utilización o modificación de datos no anonimizados para la investigación contenidos en una base es un delito de descubrimiento y revelación de secretos que afecta a la intimidad y a la identidad informática (art. 197 CP).

¹⁸ La gráfica expresión es de MACILOTTI, M./IZZO, U./PASCUZZI, G./BARBARESCHI, M.: "La disciplina giuridica delle biobanche", en *Pathologica*, 2008, pág. 86.

1.3 El Uso Compartido de Datos Genéticos: Su Cobertura Normativa

En el ámbito de la biomedicina, nos encontramos con una gran variedad normativa, pues contamos con regulaciones internacionales¹⁹, europeas²⁰, nacionales (si bien son pocos los países que cuentan con regulación propia) y, en nuestro caso, autonómicas. Un verdadero puzzle normativo²¹.

Además, ha de tenerse en cuenta la existencia de otros documentos que, pese a su importancia en el impulso de la actividad legislativa, carecen de fuerza vinculante (recomendaciones, códigos de conducta, etc.), así como el amplio papel concedido a los Comités de ética. En dicho rompecabezas encontramos disposiciones normativas que contemplan el derecho de la persona a participar en el progreso científico²², la libertad científica²³, la circulación transfronteriza de datos genéticos humanos y la cooperación internacional al respecto²⁴, el uso compartido de datos²⁵, así como el

11

¹⁹ Entre otras, Declaración de Helsinki de 1964; Convenio de Oviedo de 1997; la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos del 16 de octubre de 2003 y la Declaración universal sobre Bioética y Derechos Humanos del 19 de octubre de 2005.

²⁰ Carta Europea de Derechos fundamentales de 2000.

²¹ Para AZZINI, S.: "Biobanche, consenso e fonti del Diritto: un caso si eccezionale disordine", en *La disciplina delle biobanche ai fini terapeutici e di ricerca*, en CASONATO, PICIOCCHI y VARONESI, 2012, Università di Trento, pág. 150

⁽http://eprints.biblio.unitn.it/3979/1/casonato piciocchi veronesi quaderno 101 versione corretta giov19apr2012. pdf), "I"analisi delle odierne fonti del diritto e del modo in cui queste interagiscono tra loro dimostra che la situazione della regolamentazione giuridica delle biobanche, con particolare riferimento al consenso informato, non rappresenta un caso di eccezionale disordine delle fonti normative ma, al contrario, è un esempio di tale situazione".

²² Art. 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

²³ Art. 15 de Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.

²⁴ Art. 15 de Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.

Art. 18 de la Declaración Internacional de la UNESCO de datos genéticos humanos: "Circulación y cooperación internacional

a) De conformidad con su Derecho interno y con los Acuerdos internacionales, los Estados deberían regular la circulación transfronteriza de datos genéticos humanos, datos proteómicos humanos y muestras biológicas para fomentar la cooperación médica y científica internacional y garantizar un acceso equitativo a esos datos. Con tal sistema debería tratarse de garantizar que la parte que reciba los datos los proteja adecuadamente con arreglo a los principios enunciados en esta Declaración.

b)Los Estados deberían hacer todo lo posible, teniendo debidamente en cuenta los principios establecidos en la presente Declaración, para seguir fomentando la difusión internacional de conocimientos científicos sobre los datos genéticos humanos y los datos proteómicos humanos, favoreciendo a este respecto la cooperación científica y cultural, en particular entre países industrializados y países en desarrollo.

c)Los investigadores deberían esforzarse por establecer relaciones de cooperación basadas en el respeto mutuo en materia científica y ética y, a reserva de lo dispuesto en el Artículo 14, deberían alentar la libre circulación de datos genéticos humanos y datos proteómicos humanos con objeto de fomentar el intercambio de conocimientos científicos, siempre y cuando las partes interesadas observen los principios enunciados en esta Declaración. Con tal propósito, deberían esforzarse también por publicar cuando corresponda los resultados de sus investigaciones".

Art. 23 de la Declaración Internacional de la UNESCO de datos genéticos humanos: "Aplicación

b) En el contexto de la cooperación internacional, los Estados deberían esforzarse por llegar a acuerdos bilaterales y multilaterales que permitan a los países en desarrollo generar la capacidad necesaria para participar

aprovechamiento compartido de los beneficios²⁶, pero también otras que salvaguardan el respeto a los derechos humanos de la persona.

en la creación y el intercambio de saber científico sobre los datos genéticos humanos y de las correspondientes competencias técnicas".

Entre los Códigos éticos y Protocolos relativos al uso compartido de datos podemos citar:

- Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS 1946)
- Principios de Bermudas sobre secuenciación del genoma humano (1996)
- Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos (UNESCO 1997)
- Convención de Derechos Humanos y Biomedicina (Consejo de Europa 1997)
- Declaración sobre muestra de ADN: control y acceso (HUGO 1998)
- Declaración sobre bases de datos genómicas humanas (Comité de Ética del HUGO 2002)
- Declaración sobre las consideraciones éticas de las bases de datos de salud (AMM 2002)
- Pautas éticas internacionales para la investigación biomédica en seres humanos (CIOMS, OMS 2002)
- Iniciativa de Budapest para el acceso abierto (2002)
- Uso compartido de datos de proyectos de investigación biológicos a gran escala: un sistema de responsabilidad tripartita (Declaración de Fort Lauderdale, 2003)
 - Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos (UNESCO, CIB 2003)
- Sociedad Europea de Genética Humana: almacenamiento de datos y bancos de ADN con fines de investigación biomédica (SEGH 2003)
 - Declaración Internacional sobre Bioética y Derechos Humanos (UNESCO 2005)
- · Protocolo Adicional de la Convención de Derechos Humanos y Biomedicina en relación a la Investigación Biomédica (Consejo de Europa 2005)
- Recomendación Rec (2006) 4 del Comité de Ministros a los Estados Miembros, sobre investigación con material biológico de origen humano (Consejo de Europa 2006)
- Principios y directrices de la OCDE sobre el acceso a los datos de la investigación financiada con fondos públicos (OCDÉ 2007)
 - Pautas éticas internacionales para estudios epidemiológicos (CIOMS, OMS 2008)
- Recomendaciones de la cumbre internacional de 2008 sobre divulgación de datos proteómicos y políticas de uso compartido (Principios de Amsterdam, 2008)
- Directrices para los biobancos humanos y las bases de datos de investigación genéticas (OCDE 2008. 2009)
 - Declaración de Toronto sobre uso compartido de datos en prepublicación (2009).
 - Declaración conjunta de financiadores de investigación médica (2011).
- Buenas prácticas para biorepositorios: obtención, almacenamiento, recuperación y distribución de materiales biológicos para investigación ISBER 2012).
- · Conducta responsable en la iniciativa de investigación global: un informe sobre políticas de actuación (InterAcademy Council 2012).
 - Declaración de Helsinki (AMM 2013).
- Directrices sobre la protección de la privacidad y flujos transfronterizos de datos personales (OCDE 2013).
- •Marco de actuación para el uso compartido responsable de datos genómicos y relativos a la salud (2014) del Global
 - Alliance for Genomics and Health.

 26 Art. 19 de la Declaración Internacional de la UNESCO de datos genéticos humanos: Aprovechamiento compartido de los beneficios
 - "a) Los beneficios resultantes de la utilización de datos genéticos humanos, datos proteómicos humanos o muestras biológicas obtenidos con fines de investigación médica y científica deberían ser compartidos con la sociedad en su conjunto y con la comunidad internacional, de conformidad con la legislación o la política internas y con los acuerdos internacionales. Los beneficios que deriven de la aplicación de este principio podrán revestir las siguientes formas:
 - i) asistencia especial a las personas y los grupos que hayan tomado parte en la
 - ii) acceso a la atención médica;
 - iii) nuevos diagnósticos, instalaciones y servicios para dispensar nuevos tratamientos o medicamentos obtenidos gracias a la investigación:
- iv) apoyo a los servicios de salud;
- v) instalaciones y servicios destinados a reforzar las capacidades de investigación;
 - vi) incremento y fortalecimiento de la capacidad de los países en desarrollo de obtener y tratar datos genéticos humanos, tomando en consideración sus problemas específicos;
- vii) cualquier otra forma compatible con los principios enunciados en esta Declaración.
- b) El Derecho interno y los Acuerdos internacionales podrían fijar limitaciones a este respecto".

CIADS - 2015 Página 138 DOI: http://dx.doi.org/10.17566/ciads.v4i3.202

En relación a la cuestión planteada en estas páginas, son precisos compromisos institucionales (no individuales de cada investigador) y de nivel internacional que garanticen un uso eficiente y seguro de la información genética, si bien ello no resulta nada fácil, dada la complejidad ideológica, política, jurídica y cultural del Mundo.

En el orden internacional, creemos necesaria una norma explícita (estimamos que es posible la aplicación por analogía de alguna ya existente) que contemple:

- Un Estándar de Protección de los Derechos Fundamentales;
- Un Protocolo Marco de Actuación en el acceso y uso de información genética;
- Un protocolo de consentimiento informado estandarizado de cesión de los datos genómicos;
 - Condiciones de acceso; ¿público o de libre acceso (con datos anonimizados) o restringido con protocolos estrictos supeditados a Comités de acceso de datos (el usuario deba presentar su currículum y acreditar oportunamente que trabaja para una organización sin ánimo de lucro)?;
- Comunicación de los resultados a los individuos y/o a los grupos;
- Procedimientos para poner fin al uso compartido de datos;
 - Establecer medidas de seguridad proporcionadas que reduzcan el riesgo de un acceso no autorizado, la pérdida de los datos y su uso indebido;
- Sanciones.

A nivel nacional, ¿necesitamos una Ley de no discriminación por características genéticas?²⁷ A nuestro entender, creemos que el art. 14 CE, si bien no hace expresa mención a dicho tipo de discriminación, la cual tendría cabida en su inciso final ("los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social") no la permite, por tanto, no es, en principio, necesaria. Asimismo, en la discriminación genética inter privatos, podríamos hablar

²⁷ La Ley de 21 de mayo de 2008 de no discriminación por información genética (Genetic Information Nondiscrimination Act o GINA, en inglés) es una ley de Estados Unidos diseñada para prohibir el uso inapropiado de la información genética en seguro médico y el empleo.

Cad. Ibero-Amer. Dir. Sanit., Brasília, v.4, n.3, jul./set. 2015 ISSN 2358-1824

de la eficacia horizontal de los derechos fundamentals o *Drittwirkung der Grundrech*²⁸.

¿Y una Ley de Garantías del patrimonio genético humano? Tal vez.

A Modo de Conclusión

Lo cierto es que nuestra vida genética y la de otras personas sea transparente y accesible a cualquiera causa vértigo.

La respuesta a los innumerables interrogantes en esta compleja materia pasa, a nuestro modo de ver, de un lado, por ser extremadamente cautelosos y elevar el nivel de protección de los derechos y libertades fundamentales; de otro, por generar confianza en el ciudadano hacia la comunidad científica acerca del valor del uso compartido de datos genómicos²⁹.

Referencias Bibliograficas

Azzini S. Biobanche, Consenso e fonti del Diritto: un caso si eccezionale disordine, en *La disciplina delle biobanche ai fini terapeutici e di ricerca*, en CASONATO, Piciocchi y Varonesi, 2012, Università di Trento, p. 117-150. [Acceso en 2 jun 2015] Disponible en:

http://eprints.biblio.unitn.it/3979/1/casonato piciocchi veronesi quaderno 101 versio ne corretta giov19apr2012.pdf.

Battistuzzi F, Bonsignor L, Ciliberti A, De Stefano R. La condivisione genetica: una relazione pericolosa? Il trattamento dei dati genetici del defunto nella realtà italiana. Generalità ed esemplificazione casistica. *Rivista Italiana di Medicina Legale e del Diritto in campo sanitário* n. 1: 59-67. [Internet]. 2014 [Acceso em 2 jun 2015] Disponible en:

²⁸ VIVAS-TESÓN, I.: "La horizontalidad de los derechos fundamentales", en *Bienes de la personalidad. XIII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho civil*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2008, págs. 205-213.

²⁹ Subrayan la importancia de la fiducia como elemento fundamental para el correcto funcionamiento de los biobancos MACILOTTI/IZZO/PASCUZZI/BARBARESCHI: "La disciplina giuridica delle biobanche", cit., pág. 99, la cual debe existir entre los tres actores en juego: donantes, gestores de biobancos e investigadores. Los citados autores subrayan que la relación de confianza que debe existir no sólo ha de ser jurídica sino también extrajurídica: "il Diritto infatti interviene la maggior parte delle volte a celebrare il momento patologico del rapporto di fiducia intercorrente tra i cittadini e la Scienza, ossia quando il rapporto di fiducia viene ad incrinarsi. Ma è necesario che il mondo della Sciencia medica si incarichi di alimentare tale rapporto, ponendosi come primario il problema della communicazione della Scienza ai cittadini. "Communicare correttamente la Scienza" è un ingrediente fondamentale perchè i cittadini decidano di donare i loro materiali biologici e di offrire i loro dati genetici alla ricerca. Tale operazione richiede uno sforzo in termini di adeguamento linguistico, di trasparenza, di capacità di ascolto, di capacità di auto legittimazione che rappresenterà il vero motore della espansione delle biobanks.

Página 141

Cad. Ibero-Amer. Dir. Sanit., Brasília, v.4, n.3, jul./set. 2015 ISSN 2358-1824

http://www.iusexplorer.it/Rivista/Rivista_Italiana_di_Medicina_Legale/LA_CONDIVISI_ONE_GENETICA_UNA_RELAZ?IdDatabanks=144&IdDocMaster=4139832.

CABALLERO NAVARRO, T. M. Investigación biomédica, tratamiento de muestras genéticas humanas y biobancos. *Revista Bioderecho.es* [Internet]. 2014 [Acceso em 2.jun.2015...], n. 1: 1-15. Disponible en http://revistas.um.es/bioderecho/article/view/209371.

CÁRCAR BENITO, J.E. Internet, genética y Bioderecho. Una aproximación a las pruebas genéticas por internet: su proliferación, cese y regulación. *Revista Bioderecho.es* [Internet]. 2014 [Acceso en 2.jun.2015], 1(1):1-20. Disponible en http://revistas.um.es/bioderecho/article/view/209291/167191.

FERIOLI, E.; PICOZZI, M. La conservazione del materiale biologico finalizzato alla ricerca scientifica: questioni giuridiche e riflessioni etiche sulle biobanche. *Rivista Medicina e Morale* [Internet]. 2011 [Acceso en.2.jun.2015], 4(2): 553-584. Disponible en

https://irinsubria.uninsubria.it/handle/11383/1731393#.VbY_5vIVhBc.

MACILOTTI, M.; IZZO, U.; PASCUZZI, G.; BARBARESCHI, M. La disciplina giuridica delle biobanche. *Pathologica* [Internet]. 2008 [Acceso en.11.jun.2012], 100:86-101. Disponible en http://www.tissuebank.it/publicazioni/Macilotti.pdf.

PACIA, R. Ricerca genetica, biobanche e consenso informato. *Famiglia e Diritto*, Italia, 2012, 8 (9):838-852.

Campione Biologico e consenso informato nella ricerca genetica: il possibile
ruolo delle biobanche. <i>Jus Civile</i> . Italia, p. 65-104, 2014. Disponible en:
http://www.juscivile.it/contributi/2014/05 Pacia.pdf. [Acceso em 13.abr.2015]

SULEKOVÀ, M. Le biobanche di ricerca. Problematiche ético-sociali tra diritti dell'individuo e prospettiva comunitária. Rivista *Medicina e Morale* [Internet]. 2013 [Acceso en.12.jun.2015], 63(3): 477-509. Disponible en: http://www.biblio.liuc.it/scripts/essper/ricerca.asp?tipo=scheda&codice=11266843.

TALLACCHINI, M. Dalle biobanche ai Genetic Social Networks. Immaginari giuridici e regolazione di materiali biologici e informazioni. *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Italia, v.1, p. 157-182, 2013. Disponible en: http://www.rivisteweb.it/doi/10.1436/73124. [Acceso en 30.mayo.2015]

Vivas-Tesón I. La horizontalidad de los derechos fundamentales. Bienes de la personalidad. XIII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho civil, 2006,

CIADS – 2015 DOI: http://dx.doi.org/10.17566/ciads.v4i3.202

Santander. Artigo. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2008, p. 205-

213. Disponible en: http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2996866. [Acceso em 30.mayo.2015]

Vivas-Tesón I. Bioinvestigación, biobancos y consentimiento informado del sujeto fuente vulnerable. *Diario La Ley*, nº 7911, de 27 de julio 2012, p. 1-12. Disponible en: http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3977884. [Acceso en 30.mayo.2015]

Vivas-Tesón I. Bioresearch, biobanks and informed consent from vulnerable donors in Spanish Law. *Europa e Diritto Privato*, Italia, fasc. 4. p.1069-1095. Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2535056. [Acceso en 12.jun.2015]

Vivas-Tesón I. Ricerca biologica, biobanche e consenso informato del soggetto fonte vulnerabile nel Diritto Spagnolo. *Rivista Critica del Diritto Privato* [Internet]. 2014 [Acceso en 30.mayo.2015], n. 1: 105-136. Disponible en http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4793962.

Vivas-Tesón I. Consentimiento del adulto frágil al tratamiento de muestras biológicas y datos genéticos con fines de investigación biomédica: comparación entre el Derecho Español e Italiano. *Revista de Derecho y Genoma Humano* [internet]. 2014 [Acceso en.29.mayo.2015], 40: 95-130. Disponible en http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4870063.

Recebido para publicação em 30 de junho de 2015. Admitido para publicação em 20 de julho de 2015.

SHORT COMMUNICATION/ COMUNICAÇÃO BREVE/BREVE COMUNICACIÓN

Research Methodology in Health Law

Metodología da Pesquisa em Direito Sanitário Metodología de la Investigación en Derecho Sanitario

Maria Célia Delduque¹, Sandra Mara Campos Alves²

Abstract: Legal research is usually limited to the field of analysis of doctrine and jurisprudence and also of the knowledge of legal-formal immediate sources. In the case of health law, whose central theme - health - has a great dynamism, it requires not only the analysis of the writing of normative acts and judicial decisions. The facts lining these acts, permeated by biomedical, political, social, economic issues, among others, deserve analysis arising from other sources of knowledge and scientific methodology which, combined with the hermeneutical method, are capable of conferring a more consistent scientific approach with the complexity of the health law.

Keywords: Health Law, Research Methodology, Legal Hermeneutics.

Resumo: A pesquisa jurídica costuma limitar-se ao campo da análise de doutrina e jurisprudência, e ainda, do conhecimento das fontes imediatas jurídico-formais. No caso do direito sanitário, cujo tema central — saúde — possui uma grande dinamicidade, exige não apenas a análise da letra de atos normativos e decisões judiciais. Os fatos que revestem estes atos, permeados de questões biomédicas, políticas, sociais, econômicas, entre outras, merecem análise oriunda de outras fontes do conhecimento e da metodologia científica que, aliadas ao método hermenêutico, se revelam capazes de conferir abordagem científica mais condizente com a complexidade do direito sanitário.

Palavras-chave: Direito Sanitário, Metodologia de Pesquisa, Hermenêutica Jurídica.

Resumen: La investigación jurídica se limita generalmente al campo de los análisis de la doctrina y la jurisprudencia, así como el conocimiento de las fuentes inmediatas-jurídico-formal. En el caso del derecho sanitário, cuyo tema central - la salud - tiene un gran dinamismo, requiere no sólo el análisis de la redacción de los actos legislativos y decisiones judiciales. Los hechos que cubren estos actos, impregnados de temas bio-

-

¹ Post-doctorate, University of Cantabria, Spain. PhD in public health and Specialist in health law at University of São Paulo. Deputy researcher at Oswaldo Cruz Foundation Brasilia, Brazil. E-mail: delduque@fiocruz.br
² Master's degree in Social Policy at University of Brasilia. Specialist in health law. Collaborating researcher at Fiocruz Brasilia, Brazil. Member of the Ibero-American network of health law. E-mail: sandramara@fiocruz.br

médicos, políticos, sociales, económicos, entre otros, merecen análisis que se derivan de otras fuentes de conocimiento y de la metodología científica que, combinado con el método hermenéutico, demuenstran ser capaz de dar enfoque científico más consistente con la complejidad del derecho sanitario.

Palabras-Ilave: Derecho Sanitario, Metodología de la Investigación, Hermenéutica Jurídica.

As stated by Silva (1), to speak about method in legal research "is entering in swampy ground", because legal research tends to be limited to the analysis of doctrine and jurisprudence. The qualitative analysis and statistics do not apply to legal research itself, although it cannot be denied that a qualitative analysis can be employed in an investigation of a legal basis and a statistical evaluation is not strange to this discipline.

The legal hermeneutics, however, is the method par excellence in the world of law. It turns out that the hermeneutical model already coexists with other methods that gradually are incorporated in the discipline, especially in the new ones such as the health law that approaches the borders of other disciplines and lays down multi and interdisciplinary dialogs, exchanging methods, models and concepts.

This is because the right to health came to integrate the list of fundamental rights of brazilian citizens with the Constitution of 1988. This document is both a political letter and a magna law. It's a political letter because it is the interpretation of the contemporary Brazilian society desire and it is a magna law because it is the maximum legal term, the supreme binding precept of Government acts and citizens.

The specialist in hermeneutics, examining the constitutional expressions relating to health and the right to health, shall consider, in the interpretation of the legal framework on health, these guidelines drawn by legal and politic planning which aims to guarantee the complete physical, mental and social well-being of the individual and of the society. This legal power emanating from the *Magna Charta* all contaminates, since the legislative formulation to acts of Governments, since the decision making of the authorities to the administrative activities of managers.

Thus, the words written in the Constitution bind not only the infraconstitutional legislator but also the interpreter, the health manager, the ordinary citizen, who while

reading and applying a law or rule of law, must do so having as the hermeneutic rule the consecrated words of the constituent legislator.

There are three species of hermeneutic rules (2):

- a) the legal
- b) the scientific
- c) the ones from the jurisprudence

In the ancient law of introduction to the civil code, some standards for the interpretation and application of laws were stipulated. The most important one, certainly, is the one that states that "there are no useless, superfluous or with no effect phrases or words on laws" (2).

This means that if the words of the law are as the reason, they must be taken in a literal sense. However, one should not, looking only at the letter of the law, destroy its intent and its spirit.

When the law makes no distinction, the interpreter should not do it, because violent interpretations constitute fraud on the law.

With regard to scientific rules - which are nothing more than the result of thinkers, jurists and philosophers of law about relationship and human conduct related phenomena and its application in the legal field (3) -, they have undeniable role of common sense and wisdom in the doctrinal field of law, interpreting rules and, often, saying the law.

Finally, the rules of jurisprudence, or the interpretation of laws in specific cases brought to trial by the judges. When it comes to health and sanitary laws it is needed to infuse the spirit of judge adding doses of social spirit, to interpret the law.

The knowledge of hermeneutics, or the set of rules that guide the art of ascertaining the Right contained in laws and in other ways (ordinances, decrees, resolutions, contracts, agreements, regulatory instructions etc) in order to apply it to the concrete case is necessary to the Right operator and to any interpreter of law which aims to find the best legal solution to the cases.

It appears therefore that the realization of a legal research requires from the researcher, being a right operator or not, the knowledge of the formal legal immediate sources. "Talk about sources is thinking of the metaphor of the emergence, of the emanation, of the birth or of the outcrop; talking about legal sources is thinking about detecting where the right arises" (4).

In the case of the health law, the study of these sources is of importance because the discussion of health is dynamic, not restricting itself to the limits of normative texts. The complexity of the topic requires from the researcher a quantity of knowledge that aggregating will lead to a better reasoning to interpret the information extracted from these sources.

The immediate formal legal sources³, according to Bittar (4) are: law, doctrine, jurisprudence, custom, equity, general principles of law, analogy and legal business. It is through these acts that the right takes body and the State expresses its legal or political and legal decisions.

Some of the sources used in the classification of Bittar are recognized by the Introduction to Civil Code law⁴ (Decree Law Number 4.657/1942), revealing that the Brazilian legal system, though tied to legal positivism, allows axiological changes of the standards, through legal and ideological instruments. These changes allow the adequation of the content of the standard the peculiarities of social relations being regulated (4).

The law is the formal legal immediate source of greater relevance in the legal area. It is understood as the act that emanates from the competent legislative authority and that makes the social conduct. "It is the way the standard or set of standards are within the legal system" (5).

The legal system is formed not only by laws, but by standards, which according to a hierarchy, comprise the legal system of a country.

They are: Constitution, amendment to the Constitution, complementary law, ordinary law, executive law, decree-law; legislative decree or provisional measure; resolutions; regulations; ministerial instructions; ordinances; memos; service orders... and still international treaties and conventions that were constituted as national law by means of decree. (5)

Obeying this hierarchy, the Constitution is the fundamental law of the legal system, and the remaining rules are to harmonise to its precepts. In the case of the health law, health was recognized in the Brazilian Constitution as fundamental and social law, requiring the State politicial and economic actions with a view to its implementation.

_

³ The classification of sources of law is not peaceful matter in the doctrine. For more information consult FERRAZ JUNIOR; GUSMÃO; DINIZ, etc.

⁴ Introduction to the Civil Code law - Art. 4 When the law is silent, the judge will decide the case according to the analogy, the customs and the general principles of law.

The doctrine, although does not have binding character, is of undeniable importance because the claims issued will ultimately influence the understanding of law operators. Similarly, the jurisprudence leads the applicators of law to a reinterpretation of understandings and praxis, conferring a greater dynamics to the legal text. They are tools that allow the updating and correction of time that these new perspectives and interpretations enter into our legal texts.

The customs must be understood as the reiteration of a behavior and/or practice within a society, with strength to remove effectiveness from certain standards by the complete disuse of them, or even to fill the content of some social practices. It is the strength of time used to update the legal system.

In turn, the equity is deeply embedded in the idea of justice. It is through the operator of law, when in the analysis of the case, that its decision is to be entered and may adjust or correct the contents of the law.

The general principles of law are the sources responsible for the structuring of the legal system through the study of the axiological content of standards. In this sense, the written law must, in its formulation, observe and answer to the general legal principles that inform a society. According to Ferraz Junior (5), "the general legal principles are reminiscent of the natural law as a source".

The analogy gives the law operator a solution to remedy any omissions of the law. Thus, in the absence of a specific rule for that real case, the law operator can use other standard that has a reflex application in the question to substantiate his decision. This source of law, if well used, would make it possible to mitigate the current legislative inflation, taken the impossibility and no need of establishing specific law standards to each situation.

Finally, the legal business that is constructed observing the legal precepts, or in their absence, observing the customs, the moral and the public order, should also be considered by the operator the law as an element that will guide the decisions taken, as the conclusion of this act bound the parties involved.

However, it is not just the analysis of the letter of the normative acts and court decisions that make the health law. The facts are constitute these acts, permeated by

biomedical political, social and economic issues, among others, deserve analysis from other sources of knowledge and from scientific methodology that, combined with the hermeneutical method, are capable of conferring a scientific approach more consistent with the complexity of health law.

The right to health, as a social right and a public subjective right, which brings the implicit question of distributive justice, and based on the principles of universality and completeness, is a complex law, which demands interventions and also complex knowledge production⁵.

Thus hermeneutics, an interpretive method, typical of positivist science of law, can, and must, for a better scientific analysis of issues involving the health law in contemporary times, be combined with other scientific methodologies.

Nietzsche, as referenced by many authors (6), has announced that "against positivism, which stops before phenomena and says: 'there are only facts', and I say: 'on the contrary, facts are what there are not; there are only interpretations'".

This clean and apparently simple phrase from Nietzsche synthesizes, however, a great discussion of the philosophy of science. It puts in question the so-called scientific neutrality of the scientific positivism, built on the iluminist pillars of the objective description and "true" of the facts of reality.

Let us be alert, as teaches us Alves (6), to the premise that the facts do not offer their own enlightenment. And that certain relationships and social phenomena are not confined to be explained positively by causal relationships. When we are faced with a social fact devoid of sense, of a clear sense, we must – as scientific interpreters we are are within this academic space –, create a sense of interpretation.

As Alves notes (6),

by habit, by constant repetition, we learn that certain things follow the others, that the events are organized in causal chains. But at the moment we cease to be simply interested in using practically these recipes, and we want to understand, we skip the facts to the interpretation.

_

⁵ As Morin (2000) highlights, the relevant knowledge must confront the complexity. And, in the words of the author, "Complexus means what it was constructed together; in fact, there is complexity when different elements are inseparable constituting the whole (as the economic, the political, the sociological, the psychological, the affective, the mythological), and there is an interdependent, interactive and inter-retroactive tissue between the knowledge object and its context, the parts and the whole, the whole and the parts, and the parts among each other. Therefore, the complexity is the union between unity and the multiplicity (p. 38) ".

For legal science to succeed in producing knowledge in health law and, consequently, be able to form law operators and health professionals effectively able to guarantee this right to multiple strands, it must incorporate the legal knowledge, other knowledge, especially from political science and health sciences.

As highlights Morin (7), "education should promote the" general intelligence" apt to refer to the complex, to the context, in a multidimensional manner and within the overall design".

Here is worth to highlight the concern of Faria (8) about the reduction in understanding of the law itself: "the right is reduced to a simple system of rules, which is limited to give meaning to the legal social facts as they are framed in the existing regulatory scheme".

The panorama involving the application and guarantee of the right to health is composed of complex issues ranging from technical issues involving the medical prescription, the analysis of scientific evidence, even the political and social issues affecting the regulation of pharmaceutical industries, the establishment of clinical protocols and therapeutic guidelines for the provision of procedures and inputs in the SUS, the social inequalities and inequities, among other things.

Thus, it is necessary to break the barriers that encapsulate the scientific knowledge in "closed compartments", which do not discuss among themselves. To these closed compartments, we name them disciplines, which are erected, each within its own logic, based on their own intercommunicating elements⁶.

As Morin (7) highlights, "the intelligence splitted, compartmentalized, mechanistic, disjunctive and reductionist break the complexity of the world into disjoint fragments, fractionates problems, separates what is attached, makes the multidimensional one-dimensional ".

For the understanding of the right to health, and that its exercise could be consistent with the contextual complexity that surrounds it, one has to break away,

_

⁶ Costa e Souza Júnior (2009) highlight that "one of the foundations of scientific knowledge consists in the possibility to share the real world in" boxes "or" drawers "so one can look at them in isolation, without the observer interfere in his discursive elaboration object. These boxes we call disciplines. In the past, creating disciplines or areas of scientific knowledge was absolutely essential, since the multiplicity of forms of understanding of a given object prevents the development of a rigorous discourse. The creation of a branch of science could deepen and clarify concepts, so that the truths there inserted could be more reliable "(p. 20).

gradually, these closed compartments of the legal, politic and medical-sanitary knowledge.

The creation of channels for dialogue is needed, able to exchange the knowledge that underlie in the basis of the understanding and exercise of this right. This both in the judicial sphere, within each post process in trial, as in the extrajudicial sphere, where right also lives and exercises itself daily.

References.

- 1 Silva VA da. *A Constitucionalização do Direito*. O direito fundamental nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros; 2008.
- 2 Limongi RF. Hermenêutica Jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2011.
- 3 Maximiliano C. Hermenêutica e aplicação do direito. Rio de Janeiro: Imprenta; 1947.
- 4 Bittar ECB. *Metodologia da Pesquisa Jurídica*: teoria e prática para os cursos de direito. São Paulo: Saraiva; 2012.
- 5 Ferraz Junior TS. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas; 1994.
- 6 Alves R. *Filosofia da Ciência*. Introdução ao Jogo e as suas Regras. São Paulo: Loyola; 2009.
- 7 Morin E. Os sete saberes necessários à educação do futuro. São Paulo: Cortez; 2000.
- 8 Faria JE. Ordem legal x mudança social: a crise do Judiciário e a formação do magistrado. *In:* Faria JE, organizadores. *Direito e justiça*. A função social do Judiciário. São Paulo: Ática; 1989. p. 95-110.
- 9 Costa AB, Souza Júnior JG. O Direito Achado na Rua: uma idéia em movimento. *In*: Costa AB *et. al.* Organizadores. *O Direito achado na rua*: Introdução crítica ao direito à saúde. Brasília: CEAD/UnB; 2009. p. 15-27.

Recebido para publicação em 26 de janeiro de 2015. Admitido para publicação em 02 de julho de 2015.

RESENHA

Judicialização da Saúde no Brasil

Adjudication of Health in Brazil

Ivan Pricken de Bem¹

A Judicialização da política é um fenômeno mundial, que emergiu no século XX nas democracias já consolidadas dos Estados de bem-estar social. Em 1988, este paradigma surge no Brasil com a promulgação da Constituição Cidadã, que avançou, vigorosamente, no campo dos direitos sociais como a educação e o trabalho.

Aplicados à saúde, a presença do Poder Judiciário na política é conhecida como judicialização da saúde. Este tema ganha ainda mais importância, num país onde o acesso à saúde é 'direito de todos e dever do Estado e garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos', conforme disposto no art. 196, Seção III, da CF/88.



Figura 1: SANTOS, L; TERRAZAS, F. (Org.). *Judicialização da Saúde no Brasil*. Campinas, SP: Saberes Editora, 2014.

Esse assunto de grande relevância para a saúde pública brasileira é retratado na obra *Judicialização da Saúde no Brasil* — Organizado por Lenir Santos e Fernanda Terrazas - um livro de artigos científicos com seis eixos temáticos (Distribuição de Competência no SUS e a Responsabilidade Solidária; A Judicialização da Saúde e seus Efeitos na Consolidação do SUS; Ações dos Poderes Públicos no Tocante à Judicialização da Saúde; Os Impactos da Judicialização no SUS; Análise das Posições do Poder Judiciário na Judicialização da Saúde; Estudos Clínicos e o Fornecimento do Medicamento no SUS) que reuniu grandes nomes do Direito Sanitário, como o Juiz Federal Clênio Jair Schulze e as consagradas pesquisadoras

Sonia Fleury e Maria Célia Delduque, para debater as temáticas sob várias perspectivas.

CIADS – 2015 Página 151

_

¹ Bacharel em Gestão em Saúde Coletiva pela Universidade de Brasília (UnB). Especialista em Direito Sanitário pela Fundação Oswaldo Cruz. Pesquisador Colaborador no Programa de Direito Sanitário da FIOCRUZ. Brasília, DF, Brasil. E-mail: ivanprk@qmail.com.

Cuadernos Iberoamericanos de Derecho Sanitario

Cad. Ibero-Amer. Dir. Sanit., Brasília, v.4, n.3, jul./set. 2015 ISSN 2358-1824

A responsabilidade solidária dos entes da federação e seus impactos no Sistema Único de Saúde são pontos-chave de grandes discussões e perpassam diversos estudos que tangem a judicialização da saúde, assim como ocorreu nos primeiros capítulos da referida obra.

De quem é a responsabilidade de garantir prestação de assistência à saúde da população? Os autores dos artigos abrem o debate afirmando que na falha da prestação de serviços, o usuário tem direito de acionar qualquer um dos entes para buscar a tutela jurisdicional da saúde. Nesse sentido, é comum a propositura de ações na Justiça estadual, apenas em desfavor de estados e municípios, solicitando todo tipo de tratamento e medicamento, incluindo aqueles que são financiados pelo Ministério da Saúde.

Nas decisões judiciais, prevalece o entendimento de solidariedade do art.23, Seção II da Constituição de 1988, que impõe a responsabilidade comum de organização aos três entes, sobrepondo às normas técnicas e infraconstitucionais, mostrando que ainda não há uma análise mais profunda acerca da gestão do Sistema de Saúde.

Um dos capítulos do livro *Judicialização da Saúde no Brasil* destaca que os gestores de saúde se encontram amarrados à Lei de Responsabilidade Fiscal que, de forma taxativa, impõe as destinações dos gastos nos diversos setores e o seu descumprimento pode acarretar em sanções nas diversas esferas do Direito.

Além do descompasso com o planejamento - instrumento que baliza o orçamento - a judicialização aumenta os custos ao erário que, em detrimento de pequena parcela da população, prejudica o bem-estar de uma coletividade. Isso se deve a transformação do Poder Judiciário, que num papel errôneo de 'ordenador de despesas públicas', deixa de observar as ferramentas básicas de gestão, sobrepondo competências típicas dos outros Poderes.

A crítica que se faz em cima dessas ações são a de que o Judiciário, incumbido de garantir a saúde como direito, atrasa e desestrutura a consolidação do SUS na inobservância de regras organizativas, como a de serviços em rede que dimensionam responsabilidades individuais e solidárias dos entes federativos; assim como, aqueles de incorporação de tecnologias e medicamentos da Agencia Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) que visam à segurança sanitária.

Por outro lado, os autores dos artigos originais afirmam que as ações do Judiciário conseguiram forçar a atuação dos poderes Executivo e Legislativo, para dar maior

CIADS – 2015 Página 152

lberoamericanos de Derecho Sanitario

Cad. Ibero-Amer. Dir. Sanit., Brasília, v.4, n.3, jul./set. 2015 ISSN 2358-1824

abrangência ao direito à saúde. Já no seu inicio, a judicialização foi o *start* para a criação do Programa Nacional de Medicamentos para HIV/AIDS e, recentemente, contribuiu para a criação da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC), órgão que assessora o Ministério da Saúde na incorporação, exclusão ou alteração de tecnologias em saúde, trazendo a participação da comunidade como diretriz basilar para a tomada de decisões.

Com um capítulo especial, a Mediação Sanitária também é citada como outra importante contribuição da relação saúde-justiça. Tal prática fortaleceu as funções do Ministério Público, que em seu pleno exercício promove uma interação entre instituições de saúde com a sociedade e uniformizam normas e procedimentos sanitários. Nesse sentido, esta prática permitiu adequado planejamento, com reflexos diretos na elaboração de uma ampla agenda sanitária, reduzindo o fenômeno da judicialização.

O livro *Judicialização da Saúde no Brasil* traz a tona, sobre múltiplas óticas, o fenômeno do acesso à saúde pelas vias judiciais além de evidenciar que o Sistema Único de Saúde ainda enfrenta muitos desafios, tanto no campo da gestão como no do financiamento, cujo sucesso depende de uma ampla reforma administrativa que vise estabelecer limites de atuação e controle.

Por contar com os melhores pesquisadores e profissionais da área do Direito Sanitário, o exemplar se torna referência para quem deseja se apropriar do tema da judicialização (construção, sistematização e consequências) de forma mais completa e integrada. Lenir Santos e Fernanda Terrazas mostraram-se extremamente cuidadosas na escolha de autores e temas, numa obra que chega em boa hora para os juristas e sanitaristas. Ao leitor, cabe apenas ler e se integrar de um tema tão atual e importante para a saúde pública e coletiva do Brasil.

Referências Bibliográficas

1 Santos L, Terrazas F. *Judicialização da Saúde no Brasil*. Campinas: Saberes Editora; 2014.

Recebido para publicação em 14 de julho de 2015. Admitido para publicação em 28 de julho de 2015.

CIADS – 2015 Página 153

LEGISLAÇÃO SANITÁRIA COMENTADA/LEGISLACIÓN SANITARIA COMENTADA

O projeto de Lei nº 8.058/14

The Law Project nº 8.058/14

Silvia Badim Marques¹

O projeto em análise, de autoria do Deputado Paulo Teixeira, do PT de São Paulo, pretende trazer ao ordenamento jurídico brasileiro novos mecanismos processuais para que o Poder Judiciário exerça, no Brasil, o seu controle e influência sobre as políticas públicas, protagonizadas, em sua maioria, pelos Poderes Legislativo e Executivo do Estado.

Com a Constituição de 1988 e a redemocratização do país, o Brasil consagra em seus marcos normativos uma nova ordem jurídica, voltada para a garantia do bem-estar social, a erradicação da pobreza e das desigualdades sociais. E garante pela primeira vez na nossa história constitucional, direitos sociais, previstos no artigo 6º da Constituição vigente. Direitos estes que se ligam à concepção de justiça social e distribuição de rendas e recursos na sociedade e que exigem, do Estado, um papel muito mais ativo para a sua garantia.

O Estado assume então a função de promotor do bem-estar social e, para tanto, necessita formular políticas públicas e prestar serviços públicos para a garantia desses direitos, como saúde, educação, habitação, entre outros, nos termos do já citado Artigo 6º². Políticas e serviços esses que constituem a própria garantia dos direitos sociais.

Percebe-se, portanto, que com a Constituição de 1988, aumenta-se a possibilidade de ação junto ao Poder Judiciário para a garantia de direitos que, por sua vez, ligam-se diretamente a políticas públicas para a sua garantia. Ora, se para a garantia do direito à saúde precisamos de hospitais, médicos, ações de promoção e prevenção à saúde, medicamentos, insumos, exames, entre outros, como garantir o acesso a esses direitos sem que se discuta e se tangencie, direta ou indiretamente, a política pública de saúde correspondente?

1

¹ Doutora em Saúde Pública pela USP. Professora Adjunta da Universidade de Brasília, Faculdade de Ceilândia. Distrito Federal. Brasil. E-mail: sbadim@gmail.com.

² Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

A resposta a essa pergunta traz para nossas estruturas políticas e jurídicas o fenômeno conhecido como Judicialização das Políticas Públicas. Como nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário, e, uma vez acionado, o Poder Judiciário tem o dever de proferir uma decisão. E, no campo dos direitos sociais, as decisões judiciais possuem um inevitável componente político, uma vez que incidem, mesmo que reflexamente, sobre a política já estabelecida para garantir o direito, com suas decisões discricionárias e alocações de recursos públicos com base nas necessidades coletivas.

Este fenômeno vem sendo muito presente na área da saúde, onde aumenta-se exponencialmente o número de demandas judiciais por prestações públicas de saúde, que envolvem todos os bens e serviços para os cuidados com a saúde, desde medicamentos básicos até exames de alta complexidade.

Neste sentido, segue-se a constatação de Faria (1), de que os direitos sociais e a complexidade das questões que envolvem a garantia desses direitos na contemporaneidade, "estão modificando as formas e práticas jurídicas e, com isso, afetando radicalmente a estrutura, a funcionalidade e o alcance do direito positivo" (p. 59).

Especificamente em relação ao direito social à saúde, temos que o exercício deste direito está intrinsecamente relacionado à elaboração de políticas de saúde e à prestação de serviços públicos de saúde, que por sua vez são permeados por questões de ordem política, social, econômica, e técnico-científica.

Como destaca Faria (2), os direitos sociais necessitam de uma ampla e complexa gama de programas governamentais e políticas dirigidas a segmentos específicos da sociedade. E a elaboração de uma política pública de saúde demanda uma série de conhecimentos e questões que ultrapassam, e muito, os limites do campo jurídico, tal como este está hoje disciplinado em nossa sociedade.

Por isso, como salienta Faria (3), o Poder Judiciário, responsável por aplicar à Lei ao caso concreto, vem sendo acusado atualmente de "destecnificar" a aplicação da lei e, por consequência, acarretar a "judicialização" da vida administrativa e econômica, ao julgar demandas relativas a direitos sociais.

Ademais, com o aumento das possibilidades de ação perante o Poder Judiciário, com as chamadas Ações Civis Públicas, cujo objeto é, diretamente, uma política pública, com questionamentos sobre sua omissão ou demandas sobre sua execução, temos que o Judiciário representa hoje um grande poder com ampla atuação sobre os Poderes Executivo e Legislativo, visto que pode revisar e contester uma política pública, ou exigir a sua

elaboração. Sem contar o aumento do controle de constitucionalidade dos atos do Legislativo, onde o Judiciário pode, inclusive, face a omissão legislativa, obrigar a sua atuação legiferante.

Temos, portanto, que na atualidade o aumento da participação política do Poder Judiciário no Brasil tem sido visto com grandes cautelas por parte dos gestores públicos e membros dos demais Poderes, pois exacerba a atuação judicial em áreas que, habitualmente, não estavam dentro do alcance do Poder Judiciário. Estamos diante de uma nova composição do equilíbrio e harmonia da tripartição dos Poderes estatais, onde acadêmicos, legisladores, gestores e membros da sociedade civil buscam investigar e definir novos parâmetros para a atuação judicial, que sejam benéficos para o equilíbrio democrático e não firam a Separação dos Poderes do Estado, consagrada constitucionalmente.

O Projeto de Lei em tela claramente se preocupa com essa situação, e busca traçar parâmetros mais específicos para a atuação Judicial frente as políticas públicas emanadas dos demais poderes do Estado.

O Capítulo I deste Projeto visa delinear os Princípios aplicáveis ao Controle Jurisdicional de Políticas Públicas que, na sua maioria reforçam os princípios constitucionais já aplicáveis à atuação judicial. A inovação deste Capítulo consiste em traçar princípios para que o Poder Judiciário se abra ao diálogo institucional com os demais órgãos e Poderes estatais, visando composição de conflitos de forma mais aberta à participação tanto social e institucional. Fato este que é deveras desejável, face a complexidade das questões que envolvem as decisões judicias na contemporaneidade.

Controversa, porém, a adoção pelo projeto de Lei da terminologia "mínimo existencial" dentre os princípios que regem a atuação judicial frente a políticas públicas, em seu Artigo 2º, inciso III. Barcellos (4) define mínimo existencial como um precedente do princípio da dignidade da pessoa humana, segundo o qual o Estado deve oferecer aos cidadãos um núcleo básico de prestações e serviços, considerados pela autora como "elementos materiais da dignidade", que é composto de "um mínimo existencial, que consiste em um conjunto de prestações materiais mínimas sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo se encontra em situação de indignidade" (4).

Todavia, deve o Poder Judiciário se ater apenas ao mínimo ao versar sobre políticas públicas? O Sistema Constitucional de Saúde, por exemplo, e demais Leis concernentes à temática, prezam pelo atendimento integral e universal à saúde dos cidadãos, não se atendo, apenas, ao "mínimo" necessário. A concepção de integralidade em áreas como saúde e educação, por vezes, ultrapassam o estreito véu do mínimo existencial, configurando direito não apenas o mínimo, mas todas as ações de uma cadeia integral de cuidados e prestações públicas.

O Capítulo II versa sobre a Competência para julgamento e processamento dessas ações, atendo-se no caso a ações que questionam diretamente uma política pública. O artigo 3º do referido projeto dispõe que "é competente para o controle judicial de políticas públicas a justiça ordinária, estadual ou federal, por intermédio de ação coletiva proposta por legitimado estabelecido pela legislação pertinente" (5), reforçando as leis processuais específicas já concernentes à temática.

O Capítulo III, por sua vez, fala sobre a Fase Preliminar do Processo, onde deverão ser observadas os dados e disposições da política pública sob exame, bem como o orçamento destinado a essa política, cronograma de execução e possibilidade de transposição de verbas na ausência de recurso público programado. Estabelece o Projeto um cuidado com o planejamento prévio da política pública e seu respaldo financeiro para execução.

O artigo 7º deste Projeto prevê a possibilidade de antecipação de tutela nos casos, novamente, em que chama de "mínimo existencial ou bem da vida assegurado em norma constitucional de maneira completa e acabada". Novamente, o Projeto traz a problemática relativa a se definir o que seja mínimo existencial em áreas sociais, correndo o risco de reduzir o escopo de direitos universais e integrais.

Nesse artigo, o Projeto conceitua mínimo existencial, no parágrafo único, da seguinte forma:

Parágrafo único. Considera - se mínimo existencial, para efeito desta lei, o núcleo duro, essencial, dos direitos fundamentais sociais garantidos pela Constituição Federal, em relação ao específico direito fundamental invocado, destinado a assegurar a dignidade humana. (5)

Restando aos intérpretes identificar quais seriam os núcleos duros de cada direito social sob análise. Corre-se o risco, com essa adoção mínima, de se restringir, em cada interpretação, o escopo de abrangência que a Constituição quis dar aos direitos sociais que compreendem não apenas o mínimo, mas a integralidade e universalidade das ações e serviços sociais.

O Capítulo VI traz para a discussão uma importante ferramenta para a inovação de nossas decisões judiciais relacionadas a políticas públicas, abordando meios alternativos para a solução de controvérsias. O artigo 11 estabelece expressamente que "as partes poderão, de comum acordo, submeter o conflito ao juízo arbitral, observado o disposto na legislação em vigor ou à mediação ou conciliação judiciais ou extrajudiciais" (5).

A mediação vem sendo abordada como uma importante ferramenta para a resolução de conflitos relacionados a políticas públicas, pois nessa via é possível evitar-se o gasto excessivo de recursos públicos, bem como criar canais de diálogo onde as partes, geralmente gestores públicos, juízes, promotores e outros membros do Estado e da sociedade civil, possam resolver as demandas da melhor forma para o coletivo e para a preservação das políticas e recursos já existentes.

Como salienta Delduque (6):

A mediação, como método de gestão pacífica de conflitos, pretende evitar a abertura de processos judiciais de caráter contencioso e por fim aqueles iniciados ou reduzir o seu alcance. Assim, a mediação é espécie do gênero Marc e representa esforço em todos os níveis para gerar um efetivo acesso à justiça, representando um novo mecanismo que pode ser considerado e tenha o mesmo valor que os tribunais.

Assim, preza-se pela mediação e pela resolução dos conflitos de forma consensual e mediada, trazendo o Projeto a importância de instrumentos como o Termo de Ajustamento de Conduta pelo Ministério Público e demais Instituições legitimadas pelo direito pátrio a proporem ações civis públicas, bem como outros instrumentos capazes de formalizar transações e soluções pacíficas entre as partes (artigo 12 e 13 do Projeto de Lei).

O Capítulo V traz, sequencialmente, os dispositivos sobre o Processo Judicial, reforçando dispositivos do Código de Processo Civil e estabelecendo inovações quanto à flexibilidade das decisões e suas vias de cumprimento e acompanhamento de execução da sentença.

Estabelece o artigo 18 que o juiz pode determinar, independente de pedido do autor, o cumprimento de obrigações de fazer sucessivas, abertas e flexíveis, que poderão consistir, por exemplo, em "determinar ao ente público responsável pelo cumprimento da sentença ou da decisão antecipatória a apresentação do planejamento necessário à implementação ou correção da política pública objeto da demanda, instruído com o respectivo cronograma" (5). Planejamento este que poderá ser objeto de diálogo e construção coletiva entre juízes, Promotores de Justiça, Gestores Públicos, Defensores Públicos e Sociedade Civil.

Traz o projeto, portanto, uma inovação em termos de execução das sentenças judicias, podendo estas serem fracionadas e objetos de execução futura, bem como objeto de construção coletiva e dialogada.

O artigo 19 traz, ainda, a possibilidade do juiz nomear um comissário, pertencente ou não ao Poder Público, para o acompanhamento das medidas necessárias à satisfação das obrigações, configurando uma espécie de fiscal das medidas a serem adotadas para o cumprimento das determinações judiciais. O custo desse comissário será atribuído ao órgão em que a política é demandada. Cria-se com isso uma figura estranha à lide, que será custeada apenas para acompanhar a execução das decisões judiciais.

O Capítulo seguinte configura-se em um curto e complexo dispositivo legal que versa sobre a Reunião de Processos em Primeiro Grau. Cria o projeto de Lei a obrigatoriedade dos juízes de primeiro grau reunirem processos que tramitam contra um mesmo ente público e que tenham como objeto a correção ou implementação de políticas públicas a ele relacionadas. O artigo 23 expressa que:

Quando vários processos versando sobre pedidos, **diretos ou indiretos**, de implementação ou correção de políticas públicas relativas ao mesmo ente político tramitarem em diversos juízos, as causas serão reunidas, **independentemente de conexão**, para julgamento conjunto, a fim de o juiz dispor de todos os elementos necessários para uma decisão equitativa e exequível. (5) (o grifo é nosso).

Ora, são muitas as políticas públicas relacionadas a um ente político hoje no Brasil, em todos os tribunais estaduais e federais desse país tramitam ações que versam, ao menos, indiretamente sobre elas. Se contarmos os pedidos indiretos, em ações individuais, teremos uma enormidade de processos, por exemplo, tramitando em todos os tribunais estaduais contra os Estados da Federação e suas Secretarias de Saúde. Seria possível reuni-los? E qual seria a vantagem de se reunir processos nem sempre homogêneos para julgamento?

O artigo em tela não especifica qual seria a sede processual para a reunião de processos. Estaria falando de ações civis públicas? Ademais o conceito de política pública não é homogêneo nem de clara definição.

Segundo Bucci (7) "o modelo das políticas públicas, concebido como forma de implementação do Estado de bem-estar, pairou acima ou ao lado das estruturas jurídicas tradicionais, não tendo sido completamente integrado ao ordenamento jurídico" (p. 262).

Bucci (8) salienta, em obra posterior, que as políticas públicas apresentam-se como um foco de atenção do direito. Compostas por categorias jurídicas e, fundamentais para o exercício de direitos sociais, as políticas públicas destacam-se como matéria a ser apreendida e compreendida pela ciência do direito.

Massa-Arzabe (9), por sua vez, salienta que

as políticas públicas são conjuntos de ações e programas de ação governamental que se valem precipuamente de normas jurídicas para moldar e impulsionar a consecução dos objetivos estabelecidos. A norma jurídica desempenha função de plasmar os objetivos, as diretrizes e os meios da atividade estatal dirigida. Por isso a norma é fundamental no contexto presente tanto para viabilização da política como para a realização dos direitos que se visa proteger. (p. 67)

Vê-se, portanto, que o projeto em comento não define claramente o que seria essa política pública contra um ente federado para que se reúnam processos para um mesmo julgamento, o que poderia causar, em nossos tribunais, confusão e prejuízo para os andamentos processuais e suas decisões.

As mesmas observações se aplicam ao Artigo 25, onde o projeto de Lei pretende a mesma reunião de processos em Segunda Instância.

No Capítulo IX desse projeto, pretende-se a criação de um cadastro nacional sobre políticas públicas, a cargo do Conselho Nacional de Justiça, com a finalidade de permitir que os órgãos do Poder Judiciário e os interessados tenham amplo acesso às informações relevantes relacionadas com sua existência e estado. Cadastro esse que seria interessante, como um instrumento de simples consulta e disposição dos magistrados.

Todavia, o projeto vai além. E especifica, em seu § 1º, que os órgãos judiciários aos quais forem distribuídos processos envolvendo controle de políticas públicas remeterão cópia da petição inicial, preferencialmente por meio eletrônico, ao Cadastro Nacional do Conselho Nacional de Justiça, no prazo de 10 (dez) dias .

Cadastro esse que se pretende, diferente do Cadastro a que se refere o "caput" do artigo, a criar uma base de dados sobre todos os processos relacionados a políticas públicas no país.

E complementa o artigo 27 a criação de um Cadastro Nacional de Inquéritos Civis e de Compromissos de Ajustamento de Conduta, com a finalidade de "permitir que os órgãos do Poder Judiciário, os co-legitimados e os interessados tenham amplo acesso às informações relevantes relacionadas à abertura do inquérito e à existência do compromisso".

Tarefas essas exaustivas ao CNJ, e de novo, lembramos da indefinição sobre políticas públicas e às espécies processuais a que se refere o Projeto de Lei, podendo causar enorme sobrecarga ao CNJ e as tarefas dos Tribunais que, todos os dias, recebem diversas ações que versam, ao menos indiretamente, sobre alguma política pública no país.

O Capítulo X versa sobre os processos que trazem demandas individuais sobre políticas públicas, esses em números crescentes e aviltantes no Brasil. O artigo 28 dispõe expressamente que:

nas ações que objetivem a tutela de direitos subjetivos individuais cuja solução possa interferir nas políticas públicas de determinado setor, o juiz somente poderá conceder a tutela na hipótese de se tratar do mínimo existencial ou bem da vida assegurado em norma constitucional de forma completa e acabada. (5)

Novamente, como problematizado acima, lembramos que nosso Estado não garante apenas o mínimo existencial em questões relacionadas ao bem estar social dos cidadãos. E, ademais, como definir o que seria esse mínimo existencial? Caberia a cada juiz, diante de cada caso concreto, defini-lo. E que, em caso de direitos sociais, nenhuma norma constitucional os assegura de forma completa e acabada, pois a cada dia surgem novas políticas e novas prestações a serem incorporadas no rol de políticas públicas para a garantia de direitos sociais.

Teme-se, dessa forma, que haja uma redução na garantia dos direitos sociais, resumindo-os a um mínimo, que nem sempre traduz as necessidades da população em matérias sociais como saúde e educação. Nesse sentido, surge como uma importante ponderação a esse projeto de Lei o princípio da proibição do retrocesso social.

Cunha (10) salienta que um dos conceitos mais bem formulados sobre este princípio, até o momento foi feito por Felipe Derbli que, em sua em sua obra "O Princípio da Proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988" "diz que o princípio tem teleologicamente a função de garantir o grau de concretização dos direitos fundamentais sociais e, mais que isso, a permanente obrigação constitucional de desenvolver essa concretização, não permitindo, de forma alguma, que se retroceda a um quadro sócio- jurídico já esgotado, distante do ideal proposto pela Carta Magna. É, portanto, uma teleologia dialética, pois ao mesmo tempo que é garantista (negativa), também é avançada (positiva)" (p. 59).

É preciso que seja construída uma práxis social para enfrentar o embate entre as decisões judiciais do caso concreto e as políticas públicas, sem prejudicar os cidadãos e, tampouco, retroceder às conquistas sociais de universalidade e integralidade dos direitos sociais, reduzindo-os a um mínimo existencial, sem considerar todas as vertentes desses direitos, correspondentes as necessidades da população.

Ademais, nos artigos seguintes, 29 e 30, pretende o projeto notificar o Ministério Público a cada demanda individual sobre políticas públicas ajuizada e, ainda, possibilitar a conversão de uma demanda individual em coletiva, caso cumpra alguns requisitos especificados pelo Artigo 30.

Essa determinação, além de sobrecarregar o CNJ, desconsidera as medidas já adotadas por esse órgão para a solução de demandas judiciais que versam sobre políticas públicas e a instrução de magistrados. Na área da saúde podemos citar um trabalho salutar do CNJ.

Neste sentido, mostra-se extremamente pertinente a criação do Fórum Nacional do Judiciário para Monitoramento e Resolução das Demandas de Assistência à Saúde, ligado ao CNJ, que tem por objetivo elaborar estudos e propor medidas para o aperfeiçoamento de procedimentos e a prevenção de novos conflitos na área da saúde, como os relacionados a fornecimento de medicamentos, tratamentos médicos, internações e monitoramento de ações judiciais relativas ao Sistema Único de Saúde (SUS).

O artigo 2º estabelece como competências deste Fórum Nacional:

I - o monitoramento das ações judiciais que envolvam prestações de assistência à saúde, como o fornecimento de medicamentos, produtos ou insumos em geral, tratamentos e disponibilização de leitos hospitalares; II - o monitoramento das ações judiciais relativas

ao Sistema Único de Saúde; II - a proposição de medidas concretas e normativas voltadas à otimização de rotinas processuais, à organização e estruturação de unidades judiciárias especializadas; IV - a proposição de medidas concretas e normativas voltadas à prevenção de conflitos judiciais e à definição de estratégias nas questões de direito sanitário; V - o estudo e a proposição de outras medidas consideradas pertinentes ao cumprimento do objetivo do Fórum Nacional.

E o artigo 4º desta Resolução deixa clara a composição multidisciplinar deste Fórum, que deverá contar com membros e especialistas do Ministério da Saúde, e demais órgãos envolvidos com a temática.

O Poder Judiciário brasileiro, com a criação do Fórum de Monitoramento da Saúde mencionado, mostra-se disponível para levar esse debate adiante, de forma mais aberta e democrática, em prol da garantia do direito à assistência à saúde de forma mais condizente com o contexto técnico e político que o envolve.

Reconhece-se, assim, pela mais alta cúpula do Poder Judiciário brasileiro, a importância do exercício do direito à saúde ser penetrado por outros saberes e outras informações de ordem político-sanitária.

O CNJ mostra-se, ainda, preocupado com a formação dos magistrados, para que atuem de forma mais condizente com a complexidade que envolve o direito à saúde.

E, neste sentido, expediu a Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010, onde recomenda à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM, à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho – ENAMAT e às Escolas de Magistratura Federais e Estaduais que:

a) incorporem o direito sanitário nos programas dos cursos de formação, vitaliciamento e aperfeiçoamento de magistrados; b) promovam a realização de seminários para estudo e mobilização na área da saúde, congregando magistrados, membros do ministério público e gestores, no sentido de propiciar maior entrosamento sobre a matéria (artigo II da Referida Resolução);

Dessa forma o projeto em tela contrasta com medidas já adotadas pelo CNJ e que vem se demonstrando eficazes para o aprimoramento da atuação do judiciário em relação às políticas de saúde.

Destacamos também o parágrafo único do Artigo 28, que determina que cada circunscrição judiciária organize uma comissão de especialistas para assessorar o magistrado nos diversos setores de políticas públicas, fornecendo dados e informações que o auxiliem em sua decisão. Apesar de relevante, também destacamos que, na área da saúde, existe organização já feita em muitos dos Tribunais e Secretarias de Saúde do país, destinadas a enfrentar a Judicialização e propor alternativas salutares, como é o caso do Rio de Janeiro, Mato Grosso, Distrito Federal, entre outras unidades federadas (11).

Destacamos que, muitas dessas iniciativas reforçam a importância da solução extrajudicial das demandas, e que já promovem canais de diálogos institucionais para o enfrentamento do problema, de forma muito mais condizente com a complexidade do tema e a resolução dessas demandas (11).

O Projeto de Lei em tela, portanto, apesar de apresentar pontos salutares para o aprimoramento do Controle Judicial de Políticas Públicas, mostra-se cheio de indefinições e pontos de preocupação quanto à garantia dos direitos sociais no Brasil, podendo, inclusive, inviabilizar alternativas já adotadas por muitos Estados e pelo CNJ, para a garantia adequada de direitos sociais e para uma decisão judicial mais condizente com as políticas públicas estabelecidas. Isso além de cercear a liberdade de convencimentos dos juízes e colocar em risco a independência da magistratura para o julgamento de políticas públicas, princípios constitucionais já consagrados e fundamentais para a democracia brasileira.

Referências Bibliográficas

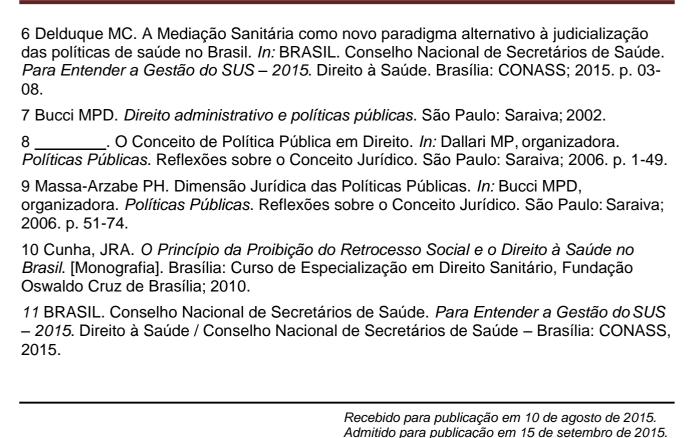
1 Faria JE. Estado, Sociedade e Direito. <i>In: Qual o Futuro dos Direitos?</i> Estado, Mercado e Justiça na Reestruturação Capitalista. São Paulo: Max Limonard; 2002a.
2 O Direito na Economia Globalizada. São Paulo: Malheiros; 2002b.
3 Faria JE. O sistema brasileiro de Justiça: experiência recente e futuros desafios. <i>Revista de Estudos Avançados</i> [Internet]. 2004 [Acesso em 3 de ago 2015], 18 (51): 103-25. Disponível em http://www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/a06v1851.pdf

- 4 Barcellos AP de. *A eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Renovar; 2002.
- 5 Brasil. PROJETO DE LEI nº 8.058, 4 de novembro de 2014. *Institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências.* [Internet]. Brasília, 4 de novembro de 2015 [Acesso em 29 de jul 2015). Disponível em:

http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=EB9534EAD54 6CD0EB4B9AAE6F61A8981.proposicoesWeb1?codteor=1283918&filename=PL+8058/201

Cuadernos Iberoamericanos de Derecho Sanitario

Cad. Ibero-Amer. Dir. Sanit., Brasília, v.4, n.3, jul./set. 2015 ISSN 2358-1824



CIADS - 2015