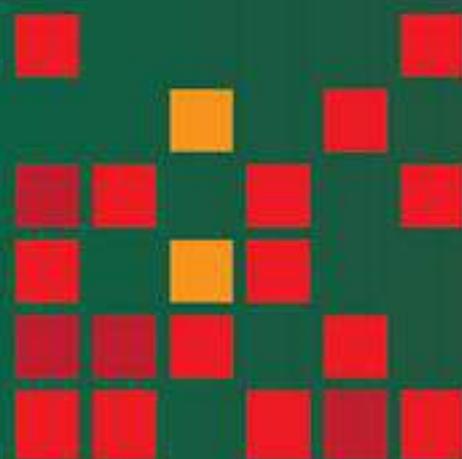


Volume:6  
Número: 01

---

janeiro a março

2017



Cadernos Ibero-Americanos  
de Direito Sanitário

---

Cuadernos Iberoamericanos  
de Derecho Sanitario



## Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário

### EXPEDIENTE

Volume 6, número 1, jan./mar. 2017

A revista **CIADS – Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário** é uma publicação trilingue (português, espanhol e inglês), trimestral, de acesso livre, do Programa de Direito Sanitário da Fundação Oswaldo Cruz Brasília, 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 é difundir e estimular o desenvolvimento do Direito Sanitário na região ibero-americana, promovendo o debate dos grandes temas e dos principais desafios do Direito Sanitário contemporâneo.

#### Editora Científica

Maria Célia Delduque Fundação Oswaldo Cruz Brasília

#### Editora Executiva

Cássia Pereira das Chagas Fundação Oswaldo Cruz Brasília

### Conselho Editorial Científico

André Gonçalo Dias Pereira	Universidade de Coimbra
Angel Pelayo Gonzáles-Torre	Universidad Internacional Menéndez Pelayo
Giancarlo Corsi	Università Degli Studi Di Modena e Reggio Emilia
Hernando Torres Corredor	Universidad Nacional de Colombia
Joaquín Cayon de las Cuevas	Universidad de Cantabria
Jorge Tomillo Urbina	Universidad de Cantabria
Jose Geraldo de Sousa Junior	Universidade de Brasília
Lenir Santos	Instituto de Direito Sanitario Aplicado - Idisa
Márcio Nunes Iorio Aranha Oliveira	Universidade de Brasília
Miriam Ventura da Silva	Universidade Federal do Rio de Janeiro
Paula Lobato de Faria	Universidade Nova de Lisboa

**Pareceristas Ad Hoc**

Adail Afrânio Marcelino do Nascimento	Faculdade da Grande Fortaleza
José Agenor Alvares da Silva	Fundação Oswaldo Cruz em Brasília
Agustín Carignani	Ministerio de Salud de la Provincia de Córdoba
Alethele de Oliveira Santos	Conselho Nacional de Secretários de Saúde
Ángela Ruiz Sáenz	Universidad de Cantabria
Angélica Carlini	Universidade Paulista
Armando Martinho Bardou Raggio	Fundação Oswaldo Cruz em Brasília
Caristina Robaina Aguirre	Universidad de Havana
Claudia Viviana Madies	Universidad Isalud
Clenio Jair Schulze	Tribunal Regional Federal
Daniel Pérez González	Universidad de Cantabria
Daniel Pitanguiera de Avelino	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
Diana del Pilar Colorado Acevedo	Universidad Nacional de Colombia
Edith Maria Barbosa Ramos	Universidade Federal do Maranhão
Fábio de Barros Correia Gomes	Câmara dos Deputados
Fábio Ferreira Mazza	Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde
Fernanda Vargas Terrazas	Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde
Fernando Rovira Villademoros	Universidad Nacional de Uruguay
Geraldo Lucchese	Câmara dos Deputados
Guillermina Navarro Caballero	Universidad de Cantabria
Gustavo Merino Gómez	Universidad de Cantabria
Inmaculada Vival Tesón	Universidad de Sevilla
Ivaldo Trigueiro	Universidade Federal da Bahia
Janaína Machado Sturza	Universita Degli Studi Di Roma La Sapienza
Jarbas Ricardo Almeida Cunha	Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome
José Francisco Nogueira Paranaguá	Fundação Oswaldo Cruz em Brasília
Krishina Day Ribeiro	Universidade Federal do Pará
Leonardo Di Colli	Secretaria de Estado da Saúde do Paraná
Letícia Canut	Centro Universitário Estácio de Sá de Santa Catarina
Maria João Estorninho	Universidade Nova de Lisboa
Maria Olga Sánchez Martínez	Universidad de Cantabria
Martinho Braga Batista e Silva	Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Mercia Pandolfo Provin	Universidade Federal de Goiás
Muna Muhammad Odeh	Universidade de Brasília
Natan Monsores	Universidade de Brasília
Raúl Pesquera Cabezas	Ministério de la Salud de Cantabria
Renata Barbosa de Almeida	Fundação Comunitária de Ensino Superior de Itabira



Renata Curi Hauegen	Fundação Oswaldo Cruz Rio de Janeiro
Roberta de Freitas Campos	Fundação Oswaldo Cruz em Brasília
Rodrigo Garcia Schwarz	Universidade do Oeste de Santa Catarina
Rossana Maria Souto Maior Serrano	Universidade de Brasília
Sandra Mara Campos Alves	Fundação Oswaldo Cruz em Brasília
Sandra Regina Martini	Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Sephora Luyza Marchesini Stival	Universidade de Coimbra
Silvia Badim Marques	Universidade de Brasília - Campus Ceilândia
Victor Hugo de Almeida	Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho
Vitor Laerte Pinto Junior	Universidade Nova de Lisboa
Viviana Gaciela Perracini	Universidad de Cordoba
Yara Oyam Ramos Lima	Universidade Federal da Bahia

*Revista Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário. 2017. 6(1):1-249*



## Sumário

- 7-8 **Editorial**
- Artigos**
- 9-34 **Decisões judiciais em matéria de saúde: as conexões entre o Direito e a Moral**  
*Judicial decisions on health: the connections between law and morals*  
José Carlos Zebulum
- 35-54 **Estratégias para lidar com as ações judiciais de medicamentos no estado de São Paulo**  
*Strategies to deal with drug lawsuits in the state of São Paulo, Brazil*  
Tereza Setsuko Toma, Amanda Cristiane Soares, Paula Sue Facundo de Siqueira, Robert Domingues
- 55-71 **Parcerias entre Universidades e Poder Judiciário: experiência de Minas Gerais**  
*Partnerships between universities and Judiciary: Minas Gerais experience*  
José Luiz Nogueira, Lélia Carvalho, Luciana Dadalto
- 72-85 **O Erro médico sob o olhar do Judiciário: uma investigação no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios**  
*The medical error under the eyes of the Judiciary: an investigation at the Court of Justice of Federal District and Territories*  
Talita Rodrigues Gomes, Maria Célia Delduque
- 86-111 **Análise sobre a judicialização da saúde no Estado de Mato Grosso no período de 2011-2012**  
*Analysis of the legalization of health in the state of Mato Grosso in the period 2011-2012*  
Simone Cristina de Arruda
- 112-126 **Análise do gasto com judicialização de medicamentos no Distrito Federal, Brasil**  
*Analysis of drug expenditure with judicialization in the Federal District, Brazil*  
Everton Macêdo Silva, Keyla Caroline de Almeida, Glauca Silveira Carvalho Pessôa
- 127-138 **Argumentos dos atores processuais nas causas jurídicas sobre saúde no Estado da Bahia, Brasil**  
*Arguments of procedural actors in health judicial cases in the State of Bahia, Brazil*  
Edith Maria Barbosa Ramos



- 139-152 **A judicialização da saúde: as decisões do Supremo Tribunal Federal frente ao princípio da separação dos poderes**  
*The judicialization of health: the Supreme Court decisions versus the Principle of Check and Balances*  
Tábata da Silva Costa
- 153-166 **A dicotomia do Princípio da Integralidade do SUS**  
*The SUS Completeness principle of dichotomy*  
Lisiane Rodrigues Alves
- 167-179 **La Interrupción Terapéutica del Embarazo como Derecho Humano a la Salud. Un análisis desde el Bioderecho**  
*The Therapeutic Interruption of Pregnancy as a Human Right to Health. An analysis from the Bioderecho*  
Alejandro A. Marín-Mora, Karla Morales-Muñoz
- 180-206 **Juizados Especiais: uma solução para a questão da saúde?**  
*Small Claims Courts: a solution to the health issue?*  
José Carlos Zebulum
- 207-227 **A atuação de advogados e organizações não governamentais na judicialização da saúde pública no Brasil: a quem será que se destina?**  
*The acting of lawyers and non-governmental organizations in public health judicialization in Brazil: to whom is it intended?*  
Hudson Pacífico Silva, Keyla Ketlyn Passos Pimenta
- 228-246 **Análise das demandas judiciais de medicamentos: uma abordagem da realidade do Distrito Federal, Brasil**  
*Analysis of drug lawsuits: an approach to the reality of the Federal District, Brazil*  
Cosme Santana Cardoso
- Resenha**
- 247-249 **Ampliando os horizontes do Direito da Saúde**  
*Broadening the horizons of Health Law*  
Lourdes Lemos Almeida



## EDITORIAL

O acesso a bens e serviços de saúde pela via judicial no Brasil vem evidenciando que o exercício do direito à saúde pelos cidadãos, positivado no ordenamento jurídico pela Carta Magna de 1988, traz à tona a desordem dos sistemas político e jurídico em relação à garantia de direitos sociais.

Ao garantir um determinado bem ou serviço de saúde em juízo, como parte integrante do direito à saúde, o Poder Judiciário vem sendo responsabilizado por exorbitar de suas funções de aplicar a lei ao caso concreto e interferir, reflexamente, nas políticas públicas que se destinam a garantir este direito sob a perspectiva coletiva, prejudicando assim a equidade em saúde

Isto porque cresce exponencialmente o número de decisões judiciais que obrigam, coercitivamente, o Estado a fornecer os mais diversos bens e serviços solicitados em juízo pelos cidadãos, com base, cada qual, nas suas necessidades individuais, atestadas pelo parecer de seu médico assistente.

Necessidades estas que, por diversas vezes, chocam-se com as determinações da política pública de saúde, formalizada para atender as necessidades terapêuticas de toda a sociedade brasileira, com base em dados e prioridades cabíveis para a escolha da melhor oferta terapêutica a todos que delas necessitarem.

O conflito entre as necessidades individuais e coletivas que permeiam a garantia de um direito complexo como o direito à saúde vem mostrando que os sistemas político, jurídico e médico-sanitário precisam avançar, conjuntamente, para responderem a estas demandas sem deixar de garantir, contudo, saúde às pessoas que necessitam.

E é sobre este conflito, que se convencionou chamar de “judicialização das políticas de saúde”, que este número dos Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário se debruça, objetivando construir caminhos de entendimento e enfrentamento do problema.

A “judicialização das políticas de saúde” representa não só um conflito, como também um fenômeno político-social, que vem ganhando importância teórica e prática no Brasil.



E esse fenômeno vem deflagrando debates pungentes como os ora apresentados neste número do CIADS, focados em como resolver a garantia da prestação individual sem ferir, contudo, o planejamento coletivo. E no centro desta arena encontram-se os questionamentos sobre os contornos da atuação do Poder Judiciário em relação à garantia do direito à saúde.

Para tanto, apresenta 11 trabalhos entre artigos inéditos, discussão sobre a jurisprudência e artigos de opinião, além de 1 resenha reunidos sobre o tema da judicialização da saúde, inaugurando o primeiro número inteiramente temático deste periódico.

É com grande satisfação que entregamos ao público leitor do periódico mais um número publicado do CIADS, na esperança que as discussões apresentadas sirvam de mote para avançar em soluções para a judicialização das políticas públicas de saúde e a superação desse fenômeno, que possibilita a interferência do sistema do Direito no sistema Político da Saúde com graves resultados para o planejamento e a política pública.

Maria Célia Delduque  
**Editora Científica**



## Decisões judiciais em matéria de saúde: as conexões entre o Direito e a Moral

Judicial decisions on health: the connections between law and morals

Decisiones de los tribunales sobre la salud: las conexiones entre Derecho y Moral

José Carlos Zebulum<sup>1</sup>

**RESUMO:** A partir da transferência, cada vez mais intensa, da atribuição de decidir questões importantes na área da saúde, para o Judiciário, justifica-se o interesse em investigar, identificar e compreender os principais conflitos morais experimentados por magistrados no cotidiano de sua jurisdição de saúde, buscando compreender as razões desses conflitos e o modo pelo qual têm sido deliberadas questões de saúde em face dos entes públicos. Uma vez que nestas situações, os juízes, de uma forma geral, dispõem de certa margem de liberdade na escolha dos padrões - políticas, princípios (jurídicos ou morais) ou regras - que devem utilizar, em alguns casos, para chegar a uma decisão que considerem adequada, avulta-se a questão do chamado poder discricionário do juiz. Mas até onde vai a discricionariedade dos juízes? Será que podem decidir livremente, de acordo com as regras jurídicas, princípios jurídicos, política, ou mesmo de acordo com suas convicções morais, a seu único e exclusivo talante? Este estudo busca trazer respostas para estas questões a partir da teoria de Ronald Dworkin, no contexto de suas divergências com Herbert L. A. Hart e Richard Posner, mais especificamente no que diz respeito às conexões entre a moral e o direito. Ao final, desenvolvemos uma técnica a fim de identificar conflitos morais experimentados pelos magistrados que aplicamos em casos concretos de demandas de saúde.

**Palavras-chave:** Direito à Saúde. Judicialização. Princípios Morais.

**ABSTRACT:** The importance of investigating, identifying and understanding the main moral conflicts experienced by magistrates in the daily life of their health jurisdiction is justified from the increasingly intense transfer of the decision on important issues in the area of health to the Judiciary. Given that in these situations, judges generally have a margin of discretion in choosing standards - policies, principles (legal or moral) or rules - that they should use in some cases to obtain an adequate result, the question of the so-called discretionary power of the judge is highlighted. But how far goes the discretion of the judges? Can they freely decide, according to legal rules, legal principles, politics, or even according to their moral convictions, in their unique and exclusive mind? This study seeks to bring answers to these questions from Ronald Dworkin's theory, in the context of their differences with Herbert L. Hart and Richard Posner, specifically with regard to the connections between morality and law. In the end, we developed a technique to identify moral conflicts experienced by magistrates that we apply in concrete cases of health demands.

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito Civil Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutorando em saúde coletiva pelo Instituto de Estudos de Saúde Coletiva da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Juiz Federal no Estado do Rio de Janeiro. Email: jcarloszebulum@gmail.com



**Keywords:** Right to Health. Judicialization. Moral principles.

**RESUMEN:** Desde la integración, cada vez más intensa, la asignación para decidir cuestiones importantes en materia de salud, al poder judicial, el interés justifica investigar, identificar y comprender los principales conflictos morales experimentados por los magistrados en su jurisdicción diario de la salud, tratando de comprender las razones de estos conflictos y la manera que tienen problemas de salud se han resuelto en la cara de las entidades públicas. Desde estas situaciones, los jueces, en general, tienen un cierto grado de libertad en la elección de las normas - políticas, principios (legales o morales) o reglas - que debe utilizar, en algunos casos, para llegar a una decisión considere apropiado, los telares de la cuestión del llamado criterio del juez. Pero ¿hasta dónde va a discreción de los jueces? ¿Pueden decidir libremente, de acuerdo con las normas legales, principios legales, políticas, o incluso de acuerdo a sus costumbres, su talante único y exclusivo? Este estudio busca proporcionar respuestas a estas preguntas de la teoría de Ronald Dworkin en el contexto de sus diferencias con Herbert L. A. Hart y Richard Posner, específicamente con respecto a las conexiones entre la moral y el derecho. Al final, hemos desarrollado una técnica para detectar los conflictos morales que experimentan los magistrados que aplican en los casos concretos de las demandas de salud.

**Palabras-llave:** Derecho a la Salud. Judicialización. Principios morales.

## Introdução

Há milênios convivemos com uma concepção de justiça ideal na medicina, influenciada por René Descartes, pela qual a vida e a saúde são os bens mais importantes, enquanto que todos os demais bens são de menor importância e devem ser sacrificados em favor destes dois. Consequentemente, louvamos a ideia de que a assistência médica deve ser prestada a qualquer um que dela necessite, e não admitimos que alguém seja privado da devida assistência simplesmente porque não pode custeá-la. Afinal, uma vida digna pressupõe o afastamento da dor e da doença, ao menos enquanto isto estiver ao alcance da medicina (1).

No entanto, uma vez que os recursos financeiros são escassos e insuficientes para o atendimento de todas as necessidades sociais, inclusive aquelas relacionadas à saúde, a formulação das políticas sociais e econômicas voltadas à implementação deste direito fundamental implicará, necessariamente, em escolhas alocativas<sup>2</sup>, escolhas estas que devem se orientadas por critérios de justiça distributiva (o quanto disponibilizar, a quem

---

<sup>2</sup> A necessidade de se impor um racionamento à assistência médica (ao menos nos países que adotaram sistemas de saúde patrocinados, no todo ou em parte, pelo ente público) se avulta na medida em que a ciência médica vem descobrindo medicamentos e tratamentos cada vez mais caros, tornando os gastos com assistência médica cada vez mais significativos. Atualmente, não se paga mais pela mesma assistência médica pela qual se pagava menos anteriormente; pelo contrário, paga-se mais por uma assistência que disponibiliza uma variedade muito maior de tratamentos e medicamentos (1).



atender e a quem não atender), configurando-se como típicas opções políticas, que pressupõem “escolhas trágicas”(2). Trata-se de escolhas a serem feitas, em princípio, pelo Poder Executivo, uma que este, dispondo das informações necessárias para analisar as consequências globais da destinação de recursos públicos, está, de fato, em melhores condições de tomar decisões neste sentido.

No Brasil, a simples atribuição constitucional aos entes federados, de diversas responsabilidades na área da saúde (3), além da legislação subjacente (4), (5), não foram suficientes para solucionar as dificuldades que a população brasileira já vinha enfrentando para ter concretizado, na prática, o direito fundamental. Desta feita, as pessoas passam a procurar, através da via judicial, obter a assistência à saúde que, ao menos em boa parte dos casos, deveria estar sendo prestada diretamente nos hospitais e demais órgãos públicos. Este fenômeno é conhecido como "judicialização da saúde", que compreende, portanto, a provocação do Poder Judiciário em prol da efetivação da assistência médica e/ou farmacêutica. Diante de determinações proferidas judicialmente, a Administração passa a ser constrangida a prestar atendimento médico e assistência farmacêutica, o que produz repercussões tanto na política de saúde como sobre os cofres públicos (6), o que vem fazendo com que diversas críticas sejam dirigidas ao Poder Judiciário e, em particular, aos juízes.<sup>3</sup>

Transfere-se, assim, uma atividade própria e inerente ao Estado-administração para o Estado-juiz, qual seja, a de tomar decisões na área da saúde, mais especificamente no que diz respeito ao fornecimento de medicamentos e tratamentos gratuitos àqueles que os demandam. Exige-se, portanto, que o Poder Judiciário assuma com eficiência este papel, realizando, aqui a justiça em sua perspectiva distributiva, e conferindo ares de concretude ao direito fundamental. Assim, diante da relevância do papel assumido pelos juízes neste mister, justifica-se o interesse em investigar, identificar e compreender os principais conflitos morais experimentados por magistrados no cotidiano de sua jurisdição de saúde, buscando compreender as razões desses conflitos e o modo pelo qual têm sido deliberadas questões de saúde em face dos entes públicos, e considerando-se as leis, a jurisprudência e as

---

<sup>3</sup> A interferência do Poder Judiciário em tarefa que, a princípio, seria da atribuição do Poder Executivo, aliada ao crescimento exponencial do número de ações judiciais propostas em face do Poder Público com o fim de garantir o fornecimento de medicamentos, a realização de cirurgias e procedimentos, e a incorporação de novas tecnologias no âmbito do SUS (7), vêm suscitando intensos debates na seara doutrinária e jurisprudencial. Transfere-se, assim, para os juízes, a responsabilidade de tomar decisões em questões ligadas a saúde das pessoas.



políticas de saúde pública no âmbito da assistência à saúde individual. De acordo com Freitag (6), os chamados conflitos morais podem ser entendidos como situações em que dois ou mais interesses legítimos estão em conflito e não podem ser dirimidos, a priori, sem que haja a necessária ponderação dos interesses envolvidos.

### **Os conflitos morais experimentados pelos juízes no exercício da jurisdição em saúde.**

É importante salientar que em diversas situações - aqui considerados apenas os casos de tutela individual -, por ocasião do julgamento de demandas judiciais de saúde, os juízes se defrontam com os chamados casos difíceis, assim designados pela teoria do positivismo jurídico de Herbert L. A. Hart, que não são normalmente resolvidos pela subsunção direta a uma regra jurídica estabelecida de forma explícita pela instituição competente. Nestes casos, o magistrado será levado a exercer a sua discricionariedade, aventando a possibilidade de decidi-los com base em outros padrões, tais como os princípios, a política ou suas próprias convicções morais, experimentando, assim, os chamados conflitos morais acima definidos (6). Podemos, desde já, identificar algumas situações retiradas, a título de exemplo, de casos concretos na área da saúde, que bem denotam a relevância e a pertinência desta abordagem:

1. Submete-se à apreciação do juiz pedido de fornecimento de medicamento ou tratamento que causará um grande impacto no orçamento do ente público envolvido.
2. Submete-se à apreciação do juiz, com justificativa de urgência lastreada em laudo médico, pedido liminar de fornecimento de prestação de saúde não registrada na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), fora dos casos excepcionalmente admitidos na legislação.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Outros casos ainda podem ser lembrados, tais como: (1) submete-se à apreciação do juiz, com justificativa de urgência lastreada em laudo médico, pedido liminar de fornecimento de prestação de saúde cujo procedimento não consta da tabela de procedimentos do SUS, nem está previsto em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do SUS; (2) em demanda para fornecimento de prestação de saúde, o juiz, em função do que determinam as regras de natureza processual, se vê obrigado a declinar de sua competência para outro foro, o que provocará retardamento incompatível com a urgência comprovada nos autos; (3) em que pese a determinação legal para realização de audiência de conciliação e mediação, a parte autora, diante da postura reiterada dos advogados públicos em se recusar terminantemente a qualquer tentativa de conciliação, requer ao magistrado que a audiência não seja designada; (4) usuário que se encontra em fila de espera para tratamento médico-cirúrgico em hospital público, mediante justificativa de comprovado o agravamento em seu quadro clínico, busca o provimento jurisdicional para obter prioridade de atendimento em relação aos demais; (5) o juiz verifica que a lei, ou os entendimentos jurisprudenciais que orientam a resolução do feito, se revelam anacrônicos; (6) submete-se à apreciação do juiz pedido de fornecimento de medicamento ou tratamento de saúde de alto custo, que implicaria em grave lesão às finanças pública, a usuário terminal, sem chance de cura, apenas para aumentar a sobrevida; (7) usuário, com



Impõe-se, portanto, uma abordagem teórica mais aprofundada a respeito dos chamados “casos difíceis”, para que possamos evoluir em nosso estudo.

### **Dworkin e o positivismo jurídico de Hart: os chamados “casos difíceis”.**

Segundo a teoria que Ronald Dworkin denomina de “positivismo jurídico”, o direito de uma comunidade é caracterizado por um conjunto de regras especiais<sup>5</sup> que irão definir os comportamentos que serão autorizados e os comportamentos que serão, eventualmente, coagidos, e até mesmo punidos pelo Poder Público. Assim, as obrigações jurídicas e os direitos que podem ser atribuídos a cada um dependem do enquadramento do caso específico em uma regra jurídica válida (7). O autor assinala a existência de diferentes versões do positivismo, mas considera mais completa a versão de Herbert L.A. Hart<sup>6</sup>, que distingue dois tipos de regras, as “primárias” e as “secundárias”. As regras primárias seriam aquelas que concedem direitos ou impõem obrigações aos membros da comunidade, enquanto que as regras secundárias seriam aquelas que estabelecem como e por quem tais regras podem ser estabelecidas, modificadas ou revogadas. Assim, se alguém está submetido a uma regra primária, está obrigado a fazer o que ela determina (ou a não realizar a conduta que ela proíbe), sob pena de sofrer uma sanção que a própria regra estabelece, daí evidenciando-se a sua normatividade, que decorre, justamente, do fato ter sido editada respeitando-se as diretrizes fixadas nas regras secundárias acima referidas.

Assim, o conjunto destas regras jurídicas que conformam o “direito” deve, em princípio, oferecer respostas às diversas questões que possam ser apresentadas pela comunidade, de modo que, se o caso de alguma pessoa não estiver claramente coberto por alguma

---

elevado nível de renda familiar, requer, judicialmente, fornecimento de determinada prestação de saúde pelo SUS; (8) diante de pedido para fornecimento de determinado tratamento, o NATS informa ao juiz que há pouca literatura sobre o tema, com resultados imprecisos e alguns mostrando, inclusive, que essa prática pode piorar o quadro clínico do usuário; (9) usuário idoso, com quadro clínico grave, já internado em hospital da rede privada, requer transferência, com urgência, a hospital público especializado, onde poderá receber melhor atendimento. Ocorre que, segundo o laudo médico, a transferência coloca em risco a sua vida; (10) a parte autora requer concessão de antecipação da tutela, no sentido de que lhe seja assegurado o direito ao fornecimento de determinado medicamento conforme prescrição médica. O juiz designa a realização de perícia, mas o autor não comparece, argumentando dificuldades de deslocamento. A advocacia pública requer a extinção do feito sem resolução do mérito, caracterizada a ausência de interesse processual.

<sup>5</sup> Manuel Atienza, observa, no entanto, que o *direito* é um fenômeno complexo e que pode ser visto sob diferentes perspectivas. Na primeira, que pode ser chamada de *estrutural*, o direito é composto essencialmente por um conjunto de normas jurídicas. Em uma segunda abordagem, o direito é estudado sob um ponto de vista funcional, que tende a se identificar com a conduta de juízes e dos demais operadores, uma vez que, sob este ponto de vista, o que importa não é o direito formalmente válido (aquele que se revela através dos livros e das normas jurídicas), mas o direito em ação, o direito verdadeiramente eficaz – *esta perspectiva é, sem dúvida, a que nos interessa com maior ênfase neste trabalho*. Finalmente, a partir de um terceiro ponto de vista, o direito se confunde com o ideal de justiça, ou seja, o direito exemplar, aquele que tem, de fato, aptidão para distribuir ou realizar a justiça (8).

<sup>6</sup> Vide. Hart, HLA. *The Concept of Law*, p. 89-96, 1961.



dessas regras (porque não existe nenhuma que pareça apropriada ou porque as que parecem apropriadas são vagas, ou por outra razão), então esse caso não pode ser resolvido pela simples “aplicação do direito”<sup>7</sup>. Teríamos, assim, os chamados hard cases, que se diferenciariam dos casos simples pelo fato destes últimos admitirem uma solução que decorreria da mera adequação, da simples subsunção do fato concreto à lei previamente estabelecida, enquanto que os primeiros exigiriam do intérprete uma atividade mais complexa no momento de decidir, com maiores construções hermenêuticas.

Antes de prosseguirmos, é importante assinalarmos, porém, a existência de críticas doutrinárias a esta divisão estrutural entre casos fáceis e difíceis, que refletiria uma classificação equivocada e arbitrária, uma vez que para se estabelecer a diferença entre os dois casos, já se recorre à própria compreensão do que seria um caso difícil, estabelecendo-se um ciclo sem fim. Adverte-se que a partir dessa classificação equivocada, surgiu, como corolário, um segundo erro, em que os casos fáceis seriam resolvidos por mera subsunção da situação concreta à legislação em vigor, enquanto que, na outra ponta, os casos difíceis estariam a exigir do julgador uma atividade mais complexa, que consistiria em percorrer “uma trilha discursiva-argumentativa” que pudesse apresentar resposta adequada à questão (9).

Lenio Streck também enfatiza a questão observando que a construção de racionalidades discursivas acabou substituindo a razão prática, questão bem presente nas diversas teorias da argumentação. Segundo o autor, isso fez com que a questão da interpretação fosse alçada ao patamar da argumentação, a partir da construção de racionalidades comunicativas, estabelecendo, previamente, modos de operar diante da indeterminabilidade do direito. No entanto, prossegue, a teoria da argumentação paradoxalmente cria um problema de difícil solução se entendermos que hard e easy cases têm um sentido próprio, já que deliberar se tal caso é fácil ou difícil (para aplicar subsunções ou não) já constitui, em si mesmo, um precedente easy-hard case. O que levaria, de modo regressivo, ao infinito (10). Segundo o autor, Dworkin não cinde os casos simples dos casos difíceis, apenas os separa, diferentemente de outros que pretendem estabelecer, com esta

---

<sup>7</sup> Em verdade, a decisão a ser prolatada reflete o ato final de um processo decisório, que se inicia com o conhecimento dos fatos e a interpretação da lei. A palavra “*interpretação*” tem sentido próprio no âmbito jurídico, e diz respeito à atividade de busca, empreendida pelo magistrado - ou outro intérprete -, do verdadeiro alcance e significado da norma. Assim, enquanto “interpretar” quer dizer uma atividade, hermenêutica tem sentido distinto, uma vez que nos remete a uma ciência, a ciência que se dedica ao estudo das diversas técnicas de interpretação. Após interpretada, a lei deve ser aplicada, etapa final do processo, quando então, após a subsunção da norma ao caso concreto o juiz estará decidindo a questão.



classificação, uma cisão na compreensão e interpretação, tornando arbitrária a atribuição de sentido ao que seja um caso fácil ou um caso difícil (10). Lenio Streck (10) reitera:

Distinguir casos simples de casos difíceis não é o mesmo que cindir casos simples de casos difíceis. Essa pode ser a diferença entre a dicotomia *hard* e *easy cases* de Dworkin e das teorias discursivo-procedurais. Cindir *hard cases* e *easy cases* é cindir o que não pode ser cindido: o compreender, com o qual sempre operamos, que é condição de possibilidade para a interpretação (portanto, de atribuição de sentido do que seja um caso simples ou um caso complexo). Afinal, como saber se estamos em face de um caso simples ou de um caso difícil? Já não seria um caso difícil decidir se um caso é fácil ou difícil?

Não haveria, portanto, uma essência autoexplicativa do que seriam os casos fáceis e difíceis, como também não seria possível estabelecer uma divisão lógico-matemática entre as duas espécies de casos. A identificação desse marco divisório exigiria muito mais do que uma mera pré-compreensão do caso pelo intérprete. Em outras palavras, é perfeitamente possível que um dado caso seja de intrincada solução para determinado observador, e para outro intérprete o caso seja facilmente resolvido, não exigindo maiores construções hermenêuticas para o alcance do resultado final (9). Todavia, não se nega, a priori, a existência de casos difíceis, o que se rechaça é que os casos tenham intrinsecamente, em seu “código genético”, a essência da sua dificuldade ou da facilidade (10).

Ainda cuidando do embate entre Hart e Dworkin, devemos registrar uma importante discordância entre os autores, eis que, segundo Hart, em qualquer sistema jurídico, podem surgir situações não cobertas pelas normas jurídicas, o que tornaria o direito lacunoso ou incompleto; logo, em tais situações, caberia ao julgador exercer seu poder discricionário<sup>8</sup> de criação de normas para dar uma solução ao feito. O autor adverte, no entanto, que o poder criativo dos tribunais deve ser exercido somente diante da necessidade de ser resolver um determinado caso concreto e com parcimônia, observando limitações, já que não caberia ao juiz introduzir amplas reformas normativas (11). Por outro lado, Dworkin defende que não há incompletude no direito em si, mas sim na imagem que os positivistas (entre eles Hart) têm do direito (12). Ao não considerarem os princípios como fontes implícitas do direito, os positivistas retiram seu caráter interpretativo, que confere plenitude (e não incompletude!)

<sup>8</sup> Ainda veremos com mais atenção o que deve ser entendido por *poder discricionário dos juízes*.



ao sistema de normas. Portanto, sob este ponto de vista, não haveria espaço para a discricionariedade judicial (13)<sup>9</sup>.

Dworkin critica, portanto, o chamado “normativismo”, que considera o direito um sistema composto exclusivamente por regras, o que impõe, necessariamente, a existência de lacunas ao ordenamento jurídico, na medida em que as normas (do padrão regra jurídica) não acompanham a dinâmica das transformações que ocorrem no seio da sociedade, e assim, inevitavelmente, surgirão situações concretas para as quais não existirá nenhuma regra jurídica apropriada. Nesta linha de orientação, salienta que a teoria dos princípios assume fundamental importância na solução dos chamados *hard cases* (7), que, como vimos, envolvem situações de maior complexidade que, ao serem submetidas ao Poder Judiciário, exigirão por parte do julgador um maior exercício de interpretação, reflexão e ponderação no momento de proferir sua decisão, eis que não alcançará a solução pela simples aplicação de uma regra jurídica previamente estabelecida pela instituição competente.

Portanto, enquanto Hart defende que nestes casos, em virtude de um sistema incompleto ou lacunoso, o juiz ver-se-á obrigado a exercer seu poder discricionário para chegar a uma decisão (11), Dworkin considera que mesmo nos *hard cases* a solução decorre do próprio ordenamento jurídico, que prevê outros padrões diferentes do padrão da regra jurídica. Assim, Dworkin preconiza que diante de um *hard case*, o juiz exercerá seu “discernimento pessoal” e recorrerá a outros tipos de padrão, que não a regra jurídica, que possa orientá-lo na solução do caso; padrões estes que não funcionam, exatamente, como as regras acima referidas, mas como princípios, políticas, etc (7). Impõe-se, portanto, melhor identificá-los e distingui-los, segundo a mesma doutrina, o que será feito no item que segue.

### **Os padrões das regras jurídicas, da política e dos princípios jurídicos.**

Tomaremos como “política” aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade. Os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo da comunidade como um todo. Assim, quando o juiz decide um determinado caso, adotando como justificativa a preservação do sistema de

---

<sup>9</sup> Como será visto no momento oportuno, Dworkin não nega a discricionariedade judicial, mas lhe impõe rigorosos limites, sob pena de restar vulnerado o princípio do Estado democrático de direito.



saúde pública, ou buscando assegurar uma melhoria no atendimento à população, adota como razão de decidir uma argumentação política<sup>10</sup>. Tomaremos como “princípio” - ou princípio jurídico - um padrão que deve ser observado, não porque vá assegurar uma situação mais interessante em termos econômicos, políticos ou sociais, mas porque é uma exigência de justiça, equidade<sup>11</sup>, ou alguma outra dimensão da moralidade. Assim, quando o juiz justifica a concessão de determinada medida terapêutica pelo Estado, com base no entendimento de que a saúde é direito de todos e dever do Estado, adota como razão de decidir um argumento de princípio.

Tais padrões diferem, ainda, do tipo que tomaremos por “regras jurídicas”, que se distinguem dos princípios jurídicos quanto à natureza da orientação que oferecem. Uma regra jurídica é aplicada à maneira do tudo ou nada, isto é, se o intérprete a considera válida e apropriada ao caso, a resposta que ela fornece deve ser aceita, caso contrário, não contribuirá em nada para a solução do caso (7). O mesmo não ocorre com o princípio jurídico, que pode ser aplicado de forma ponderada com outros princípios, que podem, no caso particular, oferecer razões mais fortes para que a decisão siga uma outra orientação. Os princípios, diferentemente das regras jurídicas, não se apresentam como imperativos categóricos, determinações definitivas nem ordenações de vigência diretamente emanados do legislador. Antes, apenas enunciam motivos para que o seu aplicador se decida neste ou naquele sentido (14). Assim, ao verificar que o medicamento, cujo fornecimento a parte pretende obrigar o SUS, não se encontra registrado na ANVISA, o juiz poderá decidir a partir da simples aplicação de uma regra jurídica, no caso, de um dispositivo de Lei, que não oferecerá outra resposta que não a denegação do pedido. Da mesma forma, se um juiz de

<sup>10</sup> Alguns juízes, no momento de decidir sobre pedidos individuais de medicamentos ou de serviços de saúde, adotam uma perspectiva ética utilitarista, pela qual não é possível se impõe restrições ao atendimento de demandas individuais, com o objetivo de se proporcionar um maior benefício para um maior número de pessoas. Assim, a eficácia do direito à saúde ficaria restrita aos serviços e insumos disponíveis do SUS, e aos limites orçamentários, ainda que haja pedido médico com objeto distinto. As críticas a este posicionamento salientam que esta perspectiva utilitarista, sempre voltada ao bem-estar geral, desconsidera as necessidades do indivíduo em si, instrumentalizando-o em função do todo.

<sup>11</sup> Trata-se de um dos princípios doutrinários do Sistema Único de Saúde (SUS), e que deve permear o acesso às ações e aos serviços de saúde, evitando-se a manutenção de um sistema viciado por uma ótica de exclusão e perpetuação de desigualdades. Aliás, a equidade se relaciona diretamente com os conceitos de igualdade e de justiça. A adoção deste princípio impõe o atendimento aos indivíduos de acordo com suas necessidades, oferecendo mais a quem mais precisa e menos a quem requer menos cuidados. Busca-se, assim, reconhecer as diferenças nas condições de vida e saúde e nas necessidades das pessoas, considerando que o direito à saúde passa pelas diferenciações sociais e deve atender a diversidade. O princípio da equidade também norteia políticas de saúde, reconhecendo necessidades de grupos específicos e atuando para reduzir o impacto dos determinantes sociais da saúde aos quais estão submetidos. Neste sentido, no Brasil, existem programas de saúde em acordo com a pluralidade da população, contemplando as populações do campo e da floresta, negros, ciganos, pessoas em situação de rua, idosos, pessoas com deficiência, entre outros. [Acesso em 14 jun 2016]. Disponível em: <http://pensesus.fiocruz.br/equidade>.



juizado especial declina de sua competência para julgar determinado caso, em favor de uma vara comum, porque verifica que o valor da causa supera o patamar de sessenta salários mínimos, está fundamentando sua decisão em determinada regra de direito, novamente, um dispositivo legal, de cuja aplicação não poderia resultar outra solução. Observe-se, no entanto que, no primeiro caso, o juiz, poderia, sob certas condições, decidir de forma diferente, à luz do princípio de que a saúde é um direito fundamental do ser humano, cabendo ao Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. Também no segundo caso, verificada a urgência, e buscando de evitar maiores danos à parte, com o retardamento que decorreria do incidente de declínio de competência, o juiz poderia afastar a incidência da regra jurídica naquele caso em particular, e considerar-se competente com base no princípio da instrumentalidade das formas do processo civil brasileiro<sup>12</sup>.

Essa primeira diferença entre regras e princípios traz consigo uma outra: os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm, a dimensão do peso (*dimension of weight*) ou da importância. Quando dois ou mais princípios concorrem para a solução do feito, oferecendo respostas em diferentes orientações, a opção por aquele que vai resolver o conflito deve levar em conta a força relativa que cada um assume naquele caso em particular. Não se trata de uma asserção, em caráter geral, de que um determinado princípio é mais forte ou de maior relevância que outro, mas sim de uma inferência de que, um dos princípios, naquele caso específico, assume maior peso ou relevância, e não deve ser sacrificado em face dos demais. Por outro lado, as regras jurídicas não apresentam esta dimensão, e não se pode afirmar que uma regra é mais ou menos relevante do que outra na solução de um determinado caso. Se duas regras estão em conflito, uma, simplesmente, suplanta e afasta a outra (7), o que deve ser feito através da aplicação de determinados critérios, tais como o critério da hierarquia, o critério cronológico ou o critério da especialidade.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> O processo civil rege-se pelo princípio da instrumentalidade das formas, do qual se extrai que as formas, ritos e procedimentos não existem como fins em si mesmos, mas como meios de se garantir um processo justo, equânime, que confira efetividade aos postulados constitucionais da ampla defesa, do contraditório, e do devido processo legal.

<sup>13</sup> Lenio Streck sustenta (10), porém, que cindir regras e princípios é consequência da equivocada classificação entre *easy cases* e *hard cases* - acima comentada - já que, como se costuma defender doutrinariamente (15) (16), quando o intérprete estiver diante de casos fáceis, estes seriam resolvidos por mera subsunção às regras, de antemão já dadas pelo legislador. Por outro lado, ao se deparar com *hard cases*, diante da impossibilidade de aplicação das regras, a resposta só seria plenamente alcançável com a construção de outro tipo de trilha discursiva, notadamente pelo manejo dos princípios, que, paradoxalmente, só vêm à baila nos casos mais complexos e justamente são afastados quando a questão a ser enfrentada é "banal" (9). Ocorre que os chamados casos difíceis, apenas passíveis de determinação já a partir da interpretação do direito, como vimos, *não são efetivamente decididos diretamente por princípios*, como se estes fossem *metaregras que apenas são acionadas diante da insuficiência das regras ordinárias* e do processo de subsunção. Em verdade, estes casos



Em verdade, o pensamento de Dworkin reflete sua oposição ao normativismo, ao mundo das regras positivistas, o que concretiza através da adoção de princípios como recursos racionais, evitando, assim, a prevalência de regras que possam ser incoerentes (17). Dworkin estabelece, assim, um confronto entre o *legal positivism* (positivismo legal) e o chamado *interpretivism* (interpretativismo), este último argumentando que o direito inclui não só regras específicas criadas conforme as práticas formalmente aceitas pela sociedade, mas também abrange os princípios que fornecem a melhor justificativa moral dessas regras positivadas (18). Há regras, assim, que jamais foram formalmente promulgadas, mas que, por decorrerem destes princípios, são igualmente vinculantes. O interpretativismo, portanto, nesta formulação, aborda o direito como Dworkin o concebe, ou seja: como um conceito interpretativo (19).

Considerando o que desenvolvemos até agora, em que pese o embate os positivistas e o interpretativismo defendido por Dworkin, resta evidente que os juízes, de uma forma geral, dispõem de certa margem de liberdade na escolha dos padrões - políticas, princípios (jurídicos ou até mesmo morais, como veremos adiante) ou regras – que devem utilizar, em alguns casos, para chegar a uma decisão que considerem adequada, o que nos remete ao conceito de “poder discricionário do juiz”. Uma vez que os juízes podem decidir os casos que chegam a seu conhecimento através da aplicação das regras jurídicas, dos princípios jurídicos, ou até mesmo a partir de outros padrões, é chegada a hora de investigar com mais atenção este chamado “poder discricionário do juiz”.

### **O poder discricionário do juiz.**

Dworkin e Hart também discordam sobre o tema da discricionariedade judicial, ou do poder discricionário conferido ao juiz. Segundo Dworkin, a discricionariedade, assim entendida como o poder concedido aos juízes de decidirem com ampla liberdade, sem que se vinculem à adoção de soluções iguais para casos semelhantes, é antidemocrática e injusta (20). Hart, por outro lado, defende que no exercício do poder discricionário, o juiz age como um delegado do Poder Legislativo, e que esta delegação não pode ser encarada como

---

devem ser decididos da mesma forma que ocorre com os tidos “*casos simples*” (17). Leciona Streck, a partir de Dworkin, que nos casos difíceis, a solução final deve ser provida pelo direito como um todo, aí incluídos os princípios, construindo-se, através da atividade hermenêutica, a norma jurídica adequada ao caso. Portanto, não se pode admitir a idéia de que os casos chamados difíceis seriam aqueles cuja solução decorreria única e exclusivamente incidência de princípios considerados pertinentes que seriam aplicados diretamente e de forma descontextualizada. Trata-se, na visão de Streck, de um grande equívoco (10).



antidemocrática, uma vez que o sistema se encarrega de manter o controle sobre as delegações, além de assegurar mecanismos de revisão das decisões judiciais, em especial as constitucionais. Por fim, Hart, ao contrário de Dworkin, não qualifica como injusta uma norma elaborada pelo juiz pós-fato (esta é uma das objeções que Dworkin faz à possibilidade de os juízes agirem como delegados do Poder Legislativo, como será visto no item que segue). Argumenta que a justiça de uma norma pressupõe uma expectativa, daquele que age, de que as consequências jurídicas de seu ato serão aquelas previstas na própria norma jurídica. Mas isto não ocorre nos casos difíceis, adverte, eis que se trata de situações em que não há um direito claramente estabelecido que possa justificar qualquer expectativa (11).

Deve-se salientar, entretanto, que Dworkin, não nega o poder discricionário dos juízes de uma forma geral e absoluta, mas enfatiza que este poder só pode ser considerado legítimo perante o Estado Democrático de Direito, se a decisão adotada com base nesta prerrogativa se apresentar de forma consistente, construída e formulada de acordo com diretrizes do sistema jurídico, particularmente naqueles casos difíceis, nos quais o direito dos demandantes não se evidencia de forma clara, ou apropriadamente, a partir dos enunciados da lei. Trata-se de uma decisão não arbitrária, que busca conscientemente alcançar um resultado justo e que, para tanto, leva em conta o que é equitativo e razoável, de acordo com as circunstâncias do caso (7). Entretanto, deve ser considerado como um conceito relativo, uma vez que será sempre afirmado em relação a determinados padrões que são estabelecidos por determinada autoridade, em um certo caso.

Ronald Dworkin adverte, ainda, que a expressão “poder discricionário” pode ser empregada e compreendida em três sentidos, os dois primeiros considerados fracos, e o terceiro considerado forte (7):

1. Algumas vezes empregamos “poder discricionário” apenas para afirmar que, por alguma razão, os padrões que uma autoridade pública deve adotar não podem ser aplicados mecanicamente, mas exigem o uso da capacidade de julgar. É utilizado quando o contexto não é, por si só esclarecedor, uma vez que a própria norma apresenta uma textura aberta ou conceitos vagos, que admitem, assim, duas ou mais possíveis linhas de interpretação.
2. Há casos em que a expressão é utilizada para apenas para dizer que determinada autoridade pública detém a prerrogativa para tomar uma decisão



em última instância e que, portanto, não poderá mais ser revista ou alterada por nenhuma outra autoridade.

3. A expressão, no seu sentido mais forte, é utilizada para afirmar que, em determinadas matérias a autoridade não está limitada a decidir com base no padrão A ou B, uma vez que lhe é conferida liberdade para decidir sobre o padrão a ser utilizado. Assim, neste caso, o “poder discricionário” não é aludido, simplesmente, para ressaltar o caráter vago dos padrões, ou ainda, para identificar aquele que tem a última palavra para aplicação deles, mas sim para decidir sobre seu âmbito de aplicação nas decisões que a serem tomadas. É precisamente este o sentido que adotamos neste estudo, quando nos referimos ao poder discricionário dos juízes, em particular quando são chamados a decidir casos difíceis em matéria de saúde, diante das situações que já definimos como de conflito moral.

Mas até onde vai a discricionariedade dos juízes? Será que podem decidir livremente, de acordo com as regras jurídicas, princípios jurídicos, política, ou mesmo de acordo com suas convicções morais, a seu único e exclusivo talante? Veremos, nos próximos itens, que a doutrina diverge sobre esta questão.

### **Controvérsia entre Dworkin e Hart: a tese dos direitos.**

De acordo com a doutrina de Dworkin, se um caso não pode ser adequadamente decidido com base em uma regra jurídica pré-estabelecida, o juiz deverá decidi-lo exercendo seu poder discricionário, com as limitações acima vistas, fazendo uso, inclusive, de outros padrões, diferentes das regras jurídicas. Entretanto, o autor, afirma que mesmo quando nenhuma regra jurídica ou princípio de direito se apresenta como solução clara da questão, nos chamados casos difíceis, os juízes continuam tendo o dever de aplicar o direito criado por outras instituições (em nosso caso, o Poder Legislativo), e não devem, a partir da utilização do padrão da política, “criar” um novo direito. Segundo o autor, os juízes não são legisladores, e não podem agir como se fossem delegados do Poder legislativo, promulgando as leis que, em sua opinião, os legisladores promulgariam caso se vissem diante do problema (7).

Dworkin acrescenta que um sistema legal complexo deverá exigir argumentos dos dois tipos para encontrar justificação social. A inexistência de argumentos de princípio, observa



o autor, causará insegurança, uma vez que todo e qualquer direito poderá ser relativizado quando as consequências de sua aplicação afrontarem uma política pública (13). Aqui, portanto, mais uma divergência à tese de Hart. Seguindo esta orientação, Dworkin desenvolve uma tese que denomina como tese dos direitos, pela qual defende que os juízes, mesmo em casos difíceis, devem decidir com base nas regras jurídicas, ou nos princípios jurídicos, mas não com base em argumentação política. Salienta que, nestes casos, o juiz deve interpretar o direito do passado – os precedentes<sup>14</sup> - para descobrir quais princípios melhor o justificam, e, em seguida, concluir o processo decisório identificando a solução que estes princípios indicam para o novo caso. Tendo em conta a necessária preservação do princípio da democracia, sustenta seu posicionamento a partir de algumas objeções que faz à originalidade judicial (7):

1. Uma comunidade deve ser governada por pessoas eleitas pela maioria da população, que assumem, portanto, responsabilidade perante seus eleitores. Como os juízes não são eleitos e, portanto, não são responsáveis perante o eleitorado, como ocorre com os legisladores, o pressuposto acima fica comprometido quando os juízes criam leis.
2. Se o juiz cria uma nova lei para aplicá-la ao caso submetido à sua jurisdição (norma pós-fato), estará aplicando a lei de forma retroativa, e punindo a parte vencida pela imposição de um dever criado pelo juiz após a ocorrência do fato, o que cria insegurança jurídica.
3. As decisões sobre políticas devem ser operadas através de um processo que ofereça oportunidade para expressão exata dos diferentes interesses que devem ser levados em consideração, com debates e ampla discussão. São possibilidades facilmente viabilizadas nas casas legislativas, mas de impossível concretização nos gabinetes dos juízes ou em suas salas de audiência.

---

<sup>14</sup> Dworkin, evidentemente, está se referindo ao sistema jurídico norte-americano, conhecido como *common law*, em que o direito se revela a partir dos costumes, e por meio das decisões dos tribunais –os chamados precedentes -, e não mediante atos legislativos, as leis propriamente ditas, ou executivos, os chamados atos administrativos, tais como decretos, regulamentos, portarias, instruções normativas, etc. Constitui, portanto, um sistema marcadamente diferente daquele adotado entre nós, o *romano-germânico*, que enfatiza os atos legislativos e executivos. Apesar disso, nada impede que a teoria desenvolvida pelo autor seja adotada em nosso marco teórico, desde que tenhamos consciência desta diferença. Também é importante ressaltar que o novo Código de Processo Civil brasileiro introduziu uma série de alterações na legislação processual civil, algumas delas com o claro objetivo de reforçar a influência e a relevância dos precedentes nas decisões judiciais, o que contribui para aproximar as duas linhas de orientação, ao menos em nosso país.



4. Um argumento de princípio, ou com base em regra jurídica, estipula alguma vantagem apresentada por quem reivindica o direito que o argumento descreve, uma vantagem cuja natureza torna irrelevantes quaisquer argumentos de política que a ela pudesse se opor. Assim, o juiz, que não é pressionado pelas demandas da maioria política, que gostaria de ver seus interesses protegidos pelo direito, encontra-se em melhor posição para avaliar o argumento.

Para melhor compreensão da objeção número 4, tomemos o caso de uma pessoa que pede em juízo que o Estado lhe forneça um determinado medicamento, preenchidas todas as exigências legais. O requerente invoca, como causa de pedir, o seu direito ao medicamento com base na Constituição Federal e na legislação do SUS, demonstrando, inclusive, que preenche os requisitos exigidos pela referida legislação. Pois bem, a Fazenda poderá arguir que esta lei não é boa, que já deveria estar revogada, que o medicamento em questão já deveria ter sido substituído nas listas oficiais, que o custo é muito elevado e impactará sobremaneira as contas públicas, etc. Nada disso, em princípio, deveria impressionar o magistrado como tese de defesa, eis que são todos argumentos de política, e o direito do demandante ao medicamento em questão não depende mais de qualquer fundamentação política, já que a lei o transformou em uma questão de princípio (aqui em sentido amplo, abarcando, portanto, as regras jurídicas). Os fundamentos políticos que orientaram a edição da lei em questão podem até não mais subsistir, tendo razão, neste ponto, a Fazenda, mas enquanto a lei estiver em vigor, há que se preservar o direito individual. Portanto, para Dworkin, é certo que as decisões judiciais que aplicam a um determinado caso uma norma previamente estabelecida, adotam, como base, argumentos de princípio, ainda que a lei aplicada tenha sido editada com fundamento em alguma política (21).

Ainda respondendo às questões acima lançadas, acerca dos limites que dever ser impostos à chamada discricionariedade dos juízes, devemos, agora, avaliar a liberdade que os juízes devem ou não ter de decidir segundo suas convicções morais. Para tanto, iremos a explorar a teoria de Dworkin, no contexto de suas divergências com Hart e Posner, mais especificamente no que diz respeito às conexões entre a moral e o direito.



## As conexões entre o direito e a moral. A influência das convicções morais do julgador em suas decisões: as divergências de Dworkin com Hart e Posner.

O debate entre as possíveis conexões entre a moral e o direito é velho conhecido dos filósofos, e importantes delimitações já foram estabelecidas entre um e outro campo teórico. Ao enfrentar esta recorrente questão, Dworkin descreve o direito não como um sistema de regras que pode, por vezes, conflitar com a moralidade, mas sim como um verdadeiro ramo da moralidade (a *branch of morality*<sup>15</sup>). A título de ilustração, Dworkin sugere que a moralidade em geral tem a estrutura de uma árvore: o direito seria um galho da moralidade política; a moralidade política seria um galho de uma moral pessoal mais abrangente; e essa moral pessoal seria por sua vez um galho de uma teoria ainda mais abrangente do que seja bem viver (19).<sup>16</sup>

Por outro lado, o positivismo jurídico de Hart declara a completa independência entre direito e moral. Sob este ponto de vista, o direito depende, da aceitação (costume e práticas) de uma determinada comunidade. Se uma regra é produzida de acordo com os padrões admitidos pela comunidade (por exemplo, pelo fato ter sido editada respeitando-se as diretrizes fixadas nas regras secundárias acima referidas), então pouco importa se é justa ou injusta: em todo o caso, será considerada direito (19).

Não há dúvida de que os juízes, frequentemente, no julgamento dos chamados casos difíceis, são obrigados a enfrentar importantes questões de natureza moral, ou questões morais<sup>17</sup>, para que possam dar uma solução ao feito. O ponto que nos interessa, agora, está em saber como as convicções morais de um juiz podem influenciar suas decisões? Juristas, sociólogos, filósofos do direito, políticos e juízes oferecem respostas diferentes a esta questão que vão de “nada” a “tudo” (12).

<sup>15</sup> Como bem observa Francisco José Borges Motta, é preciso redobrada cautela para que não se confunda, no contexto da obra de Dworkin, o direito com a moral. Não é de subordinação que trata a tese do direito como *branch of morality*. O autor adverte que toda a literatura *dworkiniana* é guiada por um alto de grau de autonomia do direito (19).

<sup>16</sup> Dworkin observa que não se pode tomar o direito e a moral como sistemas separados, uma vez que não há um ponto de vista neutro de onde se possam fazer as conexões entre um e outro. O que há é circularidade. Qualquer pergunta que se faça sobre as relações entre direito e moral, ao presumir a separação entre estes dois sistemas, não pode ser respondida, a não ser que já se saiba uma resposta de antemão (19). A resposta depende de uma teoria, e não se tem uma teoria sem que se tenha, previamente, alguma perspectiva a respeito do papel que a moralidade desempenha no Direito (18).

<sup>17</sup> Trata-se de questões que provocam um questionamento íntimo acerca dos princípios e das convicções pessoais de cada um, e que podem provocar reações totalmente diferentes, dependendo de quem as avalia, da sua sensibilidade, do seu caráter, ideologia, crenças, etc. Não há maiores dúvidas de que o tema está intimamente relacionado com os conflitos morais de que estamos tratando com mais interesse neste projeto, uma vez que também aqui o juiz estará diante de uma inevitável ponderação de interesses, quais sejam: o interesse de prestigiar as regras jurídicas e o interesse de seguir a sua íntima convicção a respeito do que considera justo, correto ou sensato para o caso em questão.



Em importante debate doutrinário Richard A. Posner e Ronald Dworkin abordaram a questão do enfrentamento de questões morais pelos juízes, o primeiro defendendo que tais questões devem ser ignoradas pelos juízes, que dispõem de melhores recursos para atingir seus objetivos. Segundo Posner, na Inglaterra, o direito é uma disciplina autônoma, e tais questões são resolvidas, em grande parte, pela interpretação de textos autorizados, que consistem em leis, regulamentações e decisões judiciais – os precedentes –, sendo certo que nenhuma destas fontes incorpora uma teoria moral (22). Defendendo posicionamento oposto, Ronald Dworkin adverte que se os juízes são obrigados a lidar com questões morais, e isto é um fato, como dizer que devem resolvê-las através da história, da economia, da álgebra, ou de qualquer outra técnica que não a própria moral?!? (12)

Sobre o tema, também divergem Ronald Dworkin e H.L.A Hart, eis que para Dworkin o argumento jurídico é um argumento típica e completamente moral, assim, os juízes, ao decidirem, devem identificar que princípios (ou regras jurídicas) oferecem a melhor justificação da prática jurídica, segundo as suas convicções morais (12). Por outro lado, em seu pós-escrito<sup>18</sup>, Hart salienta que, de acordo com sua teoria, a existência e o conteúdo do direito podem ser identificados por meio de referências às chamadas fontes sociais do direito como, por exemplo, a legislação, a jurisprudência, os costumes sociais, mas sem qualquer referência à moral, a não ser nos casos em que o próprio direito tenha incorporado critérios morais (11). Hart admite, portanto, que há um vínculo necessário entre moral e o direito, nas hipóteses em que se verifica a incorporação de valores morais substantivos como critérios últimos de validade jurídica. Segundo o autor, nenhum “positivista” poderia, simplesmente, ignorar que a estabilidade dos sistemas jurídicos depende, ao menos em parte, dessa vinculação entre o direito e a moral (23). No entanto, Dworkin e Hart divergem, claramente, no que diz respeito a determinar até que ponto e em que sentido os juízes devem emitir seus próprios “juízos de valor” no julgamento dos casos difíceis.

Como se depreende da tese de Hart, ao contrário do pensamento de Dworkin, as convicções morais do julgador só poderão influir no julgamento quando as fontes sociais do direito acima referidas tornam os critérios morais parte do direito, incorporando-as. Já

---

<sup>18</sup> Hart dedicou os últimos dez anos de sua vida para elaborar uma resposta detalhada às objeções de Ronald Dworkin, destacando várias pontos de discordância observados em suas teorias sobre o direito, desde a publicação da primeira edição de seu livro, *The Concept of Law*, em 1961. Infelizmente, Hart não teve tempo para a publicá-la, eis que faleceu em 1994. No entanto, Joseph Raz e Penelope Bullock receberam, da família de Hart, um rascunho que foi revisado, organizado e publicado como pós-escrito à segunda edição do livro *The Concept of Law*.



Dworkin adverte que a moral interfere de forma significativa sobre o direito, assim entendido, sob a perspectiva estrutural acima definida, como um sistema de regras e princípios jurídicos (12), de três formas:

1. Algumas constituições impõem limites morais a quaisquer leis que possam ser validamente criadas no respectivo ordenamento jurídico, e assim, uma vez incorporado, pelo texto constitucional, um dado padrão de moralidade, ficam a ele vinculadas – ao menos em caso – todas as instâncias dos três poderes. Deve ser observado que este padrão de interferência é o único admitido por Hart, como acima restou evidenciado.
2. A interpretação<sup>19</sup> <sup>20</sup> a ser conferida pelos juízes a uma dada proposição de direito (regra jurídica ou princípio jurídico) será admitida desde que decorra de princípios de moralidade pessoal que ofereçam a melhor interpretação das demais proposições de direito admitidas pela prática jurídica. Portanto, sob essa perspectiva, a compreensão, o entendimento que o magistrado terá em relação ao texto legal, será definido a partir suas convicções morais.
3. Os juízes têm o dever moral de ignorar a lei quando a considerem muito injusta ou insensata. Em princípio, as pessoas, de uma forma geral, esperam que os juízes decidam aplicando a lei, mas, em casos excepcionais, os juízes devem, de fato, repudiá-la. Portanto, se é verdade que a prática jurídica observa, como regra, a aplicação da lei, também é possível afirmar, com o mesmo grau de coesão, que os juízes nunca devem aplicar a lei, a menos que considerem, sem nenhuma influência externa, a lei como uma formulação justa, sábia ou eficiente.

<sup>19</sup> Como já salientamos em nota anterior, a aplicação da lei reflete, na verdade, o ato final de um processo decisório, que se inicia com o conhecimento dos fatos e a interpretação da lei. A palavra “*interpretação*” tem sentido próprio no âmbito jurídico, e diz respeito à atividade de busca, empreendida pelo magistrado - ou outro intérprete -, do verdadeiro alcance e significado da norma. Trata-se de uma reflexão acerca da melhor compreensão que deve ser atribuída ao texto legal. Assim, enquanto “interpretar” quer dizer uma atividade, “*hermenêutica*” tem sentido distinto, uma vez que nos remete a uma ciência, a ciência que se dedica ao estudo das diversas técnicas de interpretação. Após interpretada, a lei deve ser aplicada, etapa final do processo, quando então, após a subsunção da norma ao caso concreto, o juiz estará decidindo a questão.

<sup>20</sup> Como observa Francisco José Borges Motta, Dworkin não considera a interpretação jurídica como uma atividade *sui generis*, destinada a descobrir o significado de um texto, mas, isso sim, como uma atividade geral, operada de igual forma em outros contextos. Dworkin usa a interpretação literária como modelo para o modo central da análise jurídica, argumento que ilustra a partir do seguinte exercício literário: cada romancista deverá criar um capítulo subsequente de uma obra coletiva, assumindo com seriedade a responsabilidade de criar, o quanto possível, um romance único, integrado, ao invés, por exemplo, de uma série de contos independentes com personagens desse nome (19). Resumindo, para Dworkin, “*decidir casos controversos no Direito é mais ou menos como esse estranho exercício literário*”. (24).



Assim, de acordo com a tese de Dworkin, além dos casos em que o próprio ordenamento jurídico, através de suas regras e princípios, incorpora e impõe padrões de moralidade, as convicções morais pessoais dos juízes poderão influenciar suas decisões tanto no momento em que interpretam as regras e princípios jurídicos, como também no momento em que afastam a lei, cuja aplicação, naquele caso concreto, se revela injusta, segundo um juízo de valor próprio.

Pois bem, ao aceitarmos as possibilidades de acima enfatizadas, surgem importantes questões a serem respondidas:

1. Uma vez que o juiz, no âmbito de sua discricionariedade, pode interpretar a lei ou mesmo afastar a sua aplicação, com base em suas convicções morais, como deverá fundamentar sua decisão?
2. Neste caso, experimenta um conflito moral?
3. Será aceitável que sua decisão seja justificada por sua religiosidade, suas crenças, seu entendimento sobre o que é certo ou errado, justo ou injusto?

Para respondermos a essas indagações torna-se imprescindível uma abordagem, ainda que sucinta, acerca da teoria da argumentação jurídica<sup>21</sup>, eis que o processo de decisão precisa ser fundado em uma ótica racional do conjunto de ideias que o compõe, para que possa oferecer respostas confiáveis aos operadores do direito. Segundo Robert Alexy, o conceito de argumentação jurídica racional encontra suas bases em uma série de regras a serem seguidas, e de formas que devem ser adotadas no processo decisório, para que o resultado alcançado possa ser considerado correto. As regras e formas do discurso jurídico constituem, por este motivo, critério de correção para as decisões jurídicas (25). Interessa-nos mais a fundo, nesse particular, a teoria da argumentação de Manuel Atienza, que destacaremos a seguir, ao menos nos pontos que se vinculam de forma mais direta ao desenvolvimento deste projeto.

---

<sup>21</sup>A exigência de racionalidade na interpretação e aplicação do Direito é objeto de reflexão da teoria da argumentação jurídica, cujo pressuposto básico é a concepção do discurso jurídico como forma especial do discurso prático geral. Seguindo esta linha de pensamento, procura-se garantir que as decisões jurídicas sejam adotadas a partir de critérios racionais, através da utilização de um procedimento igualmente racional. Robert Alexy e Neil MacCormick compartilham da mesma preocupação com a justificação das decisões jurídicas e, no entender de ambos, ela é pautada pela adoção de critérios racionais por parte do juízo decisório. Ambos se dedicam a estabelecer técnicas de interpretação e aplicação da norma jurídica que assegurem racionalidade às decisões (MACCORMICK, 2006; ALEXY, 2011).



## Teoria da argumentação jurídica de Manuel Atienza.

Manuel Atienza adverte que o direito, enquanto ciência argumentativa, exige que seu operador compreenda que a argumentação jurídica é diferente de todas as demais modalidades de argumentação, pois, como o próprio termo o afirma, é jurídica. Em se tratando de juízes, esta compreensão é fundamental, pois nenhum juiz deve proferir qualquer decisão sem fundamento ou motivação, ou seja, sem declinar as razões que concorreram para formar seu convencimento. Segundo o autor, a argumentação jurídica pode ser vista de acordo com três concepções distintas: formal, material e pragmática (8).<sup>22</sup>

Segundo o autor, a justificação de uma decisão não deve encontrar seus fundamentos na estrutura da decisão (concepção argumentativa formal), ou nos efeitos produzidos (concepção argumentativa pragmática), mas sim nas boas razões (concepção argumentativa material) que levaram o magistrado a decidir naquele sentido (26).

A teoria da argumentação jurídica de Manuel Atienza também trata do tema da influência das convicções morais de um juiz em suas decisões, acima visto, nos auxiliando, portanto, a responder às indagações que acima formulamos. Mas, antes, é preciso reconhecer os três campos ou âmbitos de atuação de uma teoria de argumentação jurídica, a saber: a produção ou o estabelecimento de normas jurídicas, a aplicação de normas jurídicas e a dogmática jurídica. Em cada um desses âmbitos, de maneira categorizada, se desdobra o contexto de descoberta e o contexto de justificação, os quais, por sua vez, desenvolvem-se nos discursos descritivos e prescritivos (26)<sup>23</sup>.

<sup>22</sup>Segundo a *concepção argumentativa formal*, prevalece a lógica dedutiva, em que a preocupação do operador limita-se a garantir a existência de uma correlação lógica entre as premissas e as conclusões, deixando claro o “caminho” percorrido pelo julgador para, partindo das primeiras, chegar às últimas. Trata-se, assim, de um esquema argumentativo despreocupado com a realidade, ou com uma expressão crítica do resultado, bastando que o operador jurídico demonstre que interpretou e aplicou a lei, construindo-se, assim, ao menos do ponto de vista estrutural, seu argumento (26). Segundo a *concepção argumentativa material*, o foco da atividade desenvolvida pelo operador do direito está no conteúdo do problema, analisado de forma crítica e comprometida com o interesse de se chegar a uma conclusão correta. Não se trata, portanto, de uma simples prática de argumentação jurídica do ponto de vista formal acima visto, mas sim de uma atividade que busca obter um objeto lastreado em uma teoria de argumentação consistente, que obedeça a critérios científicos (26), e alcance, de fato, uma decisão que preenche requisitos tais como a correição, a justiça, a sensatez, e não seja apenas um caminho aceitável do ponto de vista da lógica. Já sob a ótica da *concepção argumentativa pragmática*, a atenção do operador se concentra nos efeitos produzidos pela argumentação, de modo que sua preocupação ultrapassa a mera esfera subjetiva individual do operador, e passa a atuar sobre a esfera do outro, tentando convencê-lo, persuadi-lo, de que sua solução para o caso é a melhor. Assim, segundo este ponto de vista a argumentação jurídica será tão boa quanto maior for seu potencial de *convencer terceiros* sobre a adequação da tese adotada (26).

<sup>23</sup> O âmbito da produção jurídica ou do estabelecimento da norma jurídica se desenvolve quase que inteiramente na seara legislativa, salientando-se, no entanto, a existência de uma etapa pré-legislativa, em que ocorrem debates a respeito de um determinado problema social. Desta discussão pode resultar a criação ou modificação de leis. No âmbito da aplicação da norma jurídica, desenvolve-se a atividade desempenhada pelos juízes, e também dos órgãos administrativos, subsumindo-se a lei ao caso concreto. Por fim, no âmbito da dogmática há uma análise genérica do ordenamento jurídico, diferindo da aplicação da norma porque não se destina a resolver casos concretos, atendo-se a casos abstratos. A



É preciso, ainda, compreender os contextos da descoberta da justificação. Para Atienza, o contexto da descoberta implica em explicar, sem, contudo, justificar. Enquanto a explicação é feita através de princípios morais, a justificação exige uma fundamentação propriamente dita, baseada em regras científicas. Os juízes, ao proferirem suas decisões, conforme disposto no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, devem fundamentar suas decisões, sob pena de nulidade. Percebe-se, assim, que as decisões judiciais devem se desenvolver no contexto de justificação, isto é, tendo como base a fundamentação jurídica por indução ou dedução, e não no contexto da descoberta. Se um juiz apresentar, como justificativa de sua decisão, as suas convicções religiosas, ou seu entendimento particular sobre o que é correto ou justo, não está fundamentando sua decisão, não está justificando, mas somente explicando, e neste ponto, resta evidente que experimenta um conflito moral. Portanto, respondendo às nossas indagações, ainda que os juízes decidam premidos por suas convicções morais, experimentando situações de conflito íntimo, devem, segundo a concepção argumentativa material preconizada por Manuel Atienza, fundamentar sua decisão com base em outras justificativas, e é o que ocorre na prática, como veremos a seguir, para, assim, concluirmos nossa abordagem teórica neste estudo.

### **Considerações Finais**

Como já vimos, os juízes, em determinadas situações na tutela judicial da saúde, poderão experimentar conflitos morais, sendo instados a ponderar o interesse da aplicação da lei, da jurisprudência, ou dos princípios jurídicos, com outros padrões, tais como a política ou as suas próprias convicções morais, neste particular quando diante de questões que provocam um questionamento íntimo acerca dos princípios e das convicções pessoais de cada um, e que podem provocar reações totalmente diferentes, dependendo de quem as avalia, da sua sensibilidade, do seu caráter, ideologia, crenças, etc.

Tais questões, quando submetidas à apreciação de qualquer pessoa (incluídos os juízes), provocam um juízo de censura, ou de aprovação, de certo, ou de errado, de justo ou de injusto, que bem caracteriza o discurso ou argumentação moral. Não comportam, por outro lado, valoração do tipo verdadeiro ou falso – como seria o caso de uma asserção da física ou da matemática -, mas sim um juízo de valor, de acordo com princípios morais de

---

dogmática jurídica se destina a fornecer critérios para a produção e aplicação do direito, além de ordenar e sistematizar o ordenamento jurídico (26).



cada um. Todas as pessoas, de uma forma geral, ainda que de uma forma mais ou menos reflexiva, têm suas opiniões sobre o aborto, a eutanásia, a educação dos filhos, etc, e as expressam sob a forma um discurso de natureza prescritiva, sobre como agir, como ser justo, correto ou sensato. No entanto, não raro, estas opiniões são manifestadas sem maiores preocupações, sem que decorram, verdadeiramente, de uma reflexão profunda e isenta sobre o tema, e não representem uma mera projeção das emoções e convicções pessoais sobre os acontecimentos da vida. Em muitos casos, as pessoas ficam até impacientes quando questionadas sobre a coerência de sua orientação: elas simplesmente separam o “certo” do “errado”, o “justo” do “injusto”, e “não querem ser perturbadas por dúvidas ou insinuações de incoerência” (12).

Evidentemente, não é esta a postura que se espera de um juiz ao enfrentar questões dessa natureza, em primeiro lugar, porque tem o dever imposto pela Constituição Federal<sup>24</sup> de fundamentar suas decisões, e não apenas de explicá-las – como visto como tratamos da teoria da argumentação jurídica de Manuel Atienza; em segundo lugar, porque aprecia estas questões como um pressuposto lógico da questão de mérito, que pode dizer respeito à vida, à liberdade ou à saúde de outrem. Portanto, sua responsabilidade ao se manifestar sobre as mesmas é indiscutivelmente maior, e exige uma reflexão mais cuidadosa e ponderada. Isto não quer dizer que deva sair em busca de respostas definitivas, com fundamentos capazes de convencer a todos, até porque isto será de todo impossível em se tratando de temas que não admitem, como já visto, asserções do tipo “verdadeiro” ou “falso”, mas sim juízos de valor, profundamente arraigados às convicções pessoais de cada um.

Assim, os juízes, seres humanos que são, ao se defrontarem com estas situações, estarão igualmente premidos por suas convicções pessoais, pelos próprios princípios morais, e nem sempre se sentirão “confortáveis” em adotar a solução eventualmente apontada pela simples aplicação da lei – quando a lei não for omissa em relação a esses casos – que pode ir de encontro a seus princípios e convicções pessoais. Experimentam, portanto, situações de conflito, uma vez que são instados a deliberar sobre situações cuja solução não depende de maiores divagações sobre as normas e princípios jurídicos, como ocorre nos casos comuns, mas que poderão desafiar seus valores enquanto pessoa, sua convicção sobre a justiça, sobre o certo e o errado. São casos em que os juízes devem

<sup>24</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, artigo 93, inciso IX. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 22 dez. 2016.



decidir, mais em função de sua sensibilidade enquanto ser humano, do que com base em seus vastos conhecimentos sobre as leis e a ordem jurídica. Assim, a argumentação utilizada para fundamentar tais decisões, não pode, simplesmente, retratar as convicções morais do julgador, como acima visto, mas tampouco refletirá o tradicional discurso técnico-jurídico, evidenciando-se, claramente, um discurso moral. Desta forma, a existência destes conflitos pessoais, íntimos do magistrado, poderá ser revelada, por alguns indícios a serem observados na argumentação utilizada:

- a) Utilização de expressões de menor densidade jurídica, a expressar uma avaliação puramente subjetiva, tais como “é razoável”, “não é proporcional”, “é justo”, etc.
- b) Adoção de critérios que mais expressam sentimentos humanitários de solidariedade, justiça e preocupação com o bem-estar do próximo, que, embora louváveis, se revelam distantes de qualquer acepção técnico-jurídica. Nesta linha, algumas decisões são justificadas pelo intuito de proteger os mais pobres, as crianças, aos portadores de deficiência, etc.
- c) A simples utilização de princípios gerais do direito de forma vaga e imprecisa, que aparecem como formulações genéricas hábeis a justificar toda e qualquer decisão, sem que haja o enfrentamento efetivo das peculiaridades do caso concreto.
- d) O recurso a fontes doutrinárias que militam no campo da filosofia, estranhas ao direito enquanto disciplina.

Além destes indícios a serem observados na argumentação utilizada pelos juízes, a existência de conflitos morais experimentados pelos juízes também pode ser evidenciada a partir da verificação de soluções radicalmente diferentes para casos idênticos. É bem verdade que uma certa oscilação da jurisprudência, que decorre de diferentes interpretações conferidas à lei, é sempre esperada e considerada normal, mas diante de questões morais, em que cada magistrado decidirá de acordo com seus princípios e convicções pessoais, que nem sempre coincidirão com aqueles adotados por seus pares, a divergência deverá assumir uma amplitude ainda mais significativa.

Nas situações que apresentamos como casos difíceis em matéria de saúde, observamos, com muita frequência, a existência dos indícios acima discriminados na argumentação utilizada pelos magistrados. Da mesma forma, é muito comum, nestes casos,



encontramos na jurisprudência decisões totalmente divergentes para casos idênticos. Tomemos como exemplo a situação em que um paciente que apresenta quadro de doença que não vem respondendo aos tratamentos oferecidos pelo SUS, requer, judicialmente, sob alegação de risco de vida comprovado em laudo médico, o fornecimento de medicamento sem registro na ANVISA. A questão, se enfrentada pela lógica jurídica tradicional, não comportaria maiores digressões ou dificuldades, eis que a improcedência do pedido resultaria da simples aplicação da lei. Encontramos, no entanto, diversos julgados, em que os juízes vêm deferindo os medicamentos requeridos com base em discurso moral típico, como acima detalhamos, sem apresentar, no entanto, qualquer argumentação de natureza jurídica a sustentar a não-aplicação da lei.<sup>25</sup> De outro lado, em outros julgados, constatamos decisões inteiramente divergentes, denegando o pedido de medicamentos, para casos semelhantes<sup>26</sup>, o que corrobora a tese de existência de um conflito moral experimentado pelos magistrados nestas questões que retratam casos difíceis em matéria de saúde.

## Referências

1. Dworkin, R. *A Virtude Soberana. A teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes Editora, 2005.
2. Brasil. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n.º 175/CE*, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes (Presidente), j.17/03/2010, DJe 30/04/2010, p. 070.
3. Brasil. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 05 de outubro de 1988. [Acesso em 29 dez 2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm).

<sup>25</sup> A título de exemplo, confirmam-se os seguintes julgados: TRF4 - QUARTA TURMA - AGRAVO DE INSTRUMENTO 5041197-36.2016.404.0000/SC - Relator DESEMBARGADOR FEDERAL LUÍS ALBERTO D'AZEVEDO AURVALLE - julgamento: 14/12/2016; TRF3 - QUARTA TURMA - AGRAVO DE INSTRUMENTO 571341/SP - Relator DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA - julgamento: 03/08/2016 e-DJF3 Judicial:18/08/2016; TRF3 - TERCEIRA TURMA - AGRAVO DE INSTRUMENTO 574047/SP - Relator DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO - julgamento: 01/12/2016 e-DJF3 Judicial:12/12/2016; TRF3 - QUARTA TURMA - AGRAVO DE INSTRUMENTO 577581/SP - Relator DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRE NABARRETE - julgamento: 19/10/2016 e-DJF3 Judicial: 08/11/2016; TRF5 PRIMEIRA TURMA AGRAVO DE INSTRUMENTO 08054911720164050000/SE - Relator DESEMBARGADOR FEDERAL RODRIGO VASCONCELOS COELHO DE ARAÚJO (Convocado) - julgamento: 06/12/2016.

<sup>26</sup> Confirmam-se os seguintes julgados: TRF2 - SÉTIMA TURMA ESPECIALIZADA - AGRAVO DE INSTRUMENTO 2016.00.00.008669-0 - Relator DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ ANTONIO NEIVA - julgamento: 18/11/2016; TRF2 - SEXTA TURMA ESPECIALIZADA - AGRAVO DE INSTRUMENTO 2016.00.00.006741-5 - Relator DESEMBARGADOR FEDERAL NIZETE LOBATO CARMO - julgamento: 24/11/2016; TRF2 - SEXTA TURMA ESPECIALIZADA - AGRAVO DE INSTRUMENTO 2016.00.00.006741-5 - Relator DESEMBARGADOR FEDERAL NIZETE LOBATO CARMO - julgamento: 24/11/2016.



4. Brasil. Lei n.º 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. Brasília, 19 de setembro de 1990. [Acesso em 29 dez 2016]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8080.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm).
5. Brasil. Lei n.º 8.142 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. Brasília, 28 de dezembro de 1990. [Acesso em 29 dez 2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8142.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm).
6. Freitag, B. A questão da moralidade: da razão prática de Kant à ética discursiva de Habermas. *Tempo Social – Rev. Sociologia da USP*. 1989; 1(2):1-32.
7. Dworkin, R. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes Editora, 2010.
8. Atienza, M. *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Editorial Trotta, 2013.
9. Caldeira, APC. O direito à saúde e sua “curiosa” efetividade em Terrae Brasilis: do desafio da realização da boa governança à excessiva judicialização [Tese]. São Leopoldo: Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, 2013. [Acesso em 10 jan 2017]. Disponível em: [https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id\\_trabalho=135330](https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=135330).
10. Streck, LL. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
11. Hart, HLA. *O conceito de direito*. Lisboa: Gulbenkian; 1994.
12. Dworkin, R. *A justiça de toga*. São Paulo: Martins Fontes Editora, 2010.
13. Machado, TRC. A necessidade de justificação ética e fática dos argumentos trazidos ao debate sobre judicialização da saúde no Brasil [Tese]. Rio de Janeiro: Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, 2015. . [Acesso em 10 jan 2017]. Disponível em: <http://www.arca.fiocruz.br/xmlui/handle/icict/12981>.
14. Mendes, G F. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.
15. Barcellos, AP. *A Eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
16. Sarmento, D. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.



17. Madalena, LHB. A discricionariedade (administrativa) à luz da crítica hermenêutica do direito. [Dissertação]. São Leopoldo: Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, 2014. [Acesso em 10 jan 2017]. Disponível em:  
[https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id\\_trabalho=1395584](https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=1395584).
18. Dworkin, R. Justice for hedgehogs. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Harvard University Press, 2011.
19. Motta, FJB. Ronald Dworkin e a construção de uma teoria hermeneuticamente adequada da decisão jurídica democrática. [Tese] (doutorado). São Leopoldo: Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, 2014. [Acesso em 10 jan 2017]. Disponível em:  
[https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id\\_trabalho=1395708](https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=1395708).
20. Dworkin, R . Judicial discretion. J Philos, 60(21):624-38, 1963.
21. Dworkin, R . Hard cases. Harvard Law Rev. 1975; 88(6):1057-109.
22. Posner, RA. The problematic of moral and legal theory. 3. ed. Harvard University Press, 2009.
23. Hart, HLA. O conceito de direito. São Paulo: Martins Fontes Editora, 2009.
24. Dworkin, R . Uma questão de princípio. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes Editora, 2005.
25. Alexy, R. Teoria da Argumentação Jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
26. Atienza, M. Razões do direito: teorias da argumentação jurídica. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003.

---

*Recebido em: 20.jan.2017*  
*Aprovado em: 23.fev.2017*

**Como citar este artigo:**

Zebulum JC. Decisões judiciais em matéria de saúde: as conexões entre o Direito e a Moral. *Revista Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*. 2017 jan./mar, 6(1):9-34.



## Estratégias para lidar com as ações judiciais de medicamentos no estado de São Paulo

Strategies to deal with drug lawsuits in the state of São Paulo, Brazil

Las estrategias para hacer frente a las demandas de las drogas en el estado de Sao Paulo, Brasil

Tereza Setsuko Toma<sup>1</sup>  
Amanda Cristiane Soares<sup>2</sup>  
Paula Sue Facundo de Siqueira<sup>3</sup>  
Robert Domingues<sup>4</sup>

**RESUMO:** O Sistema Único de Saúde (SUS) apresentou muito avanços desde sua criação há quase trinta anos, no entanto, ainda enfrenta grandes desafios. Dificuldades persistentes na oferta de atenção integral à saúde podem ter contribuído para a utilização da via judicial para o acesso a medicamentos. O fenômeno da judicialização da saúde passou a ter maior visibilidade no estado de São Paulo no início dos anos 2000 a partir da publicação de resultados de algumas pesquisas. Após 2005, o volume crescente de ações judiciais para obtenção de medicamentos e seus custos exorbitantes levaram à implementação de diversas estratégias por parte da Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo e de instâncias do sistema judiciário para lidar com o problema. Alguns resultados foram alcançados, porém ainda são insuficientes, uma vez que continuam ocorrendo ações para medicamentos que não têm sua eficácia e segurança comprovados. Este artigo apresenta as estratégias adotadas no estado de São Paulo para lidar com as ações judiciais para obtenção de medicamentos.

**Palavras-chave:** Decisões judiciais. Direito sanitário. Assistência farmacêutica.

**ABSTRACT:** The Brazilian Unified Health System (SUS) has made great advances since its creation almost thirty years ago, but it still faces great challenges. Persistent difficulties in providing comprehensive health care may have contributed to the use of the judicial pathway for access to medicines. The phenomenon of health judicialization began to have greater visibility in the state of São Paulo in the early 2000s from the publication of results of some research. After 2005, the increasing volume of lawsuits to obtain medicines and their exorbitant costs led to the implementation of several strategies by the State Department of Health of São Paulo and judicial system instances to deal with the problem. Some results

<sup>1</sup> Médica. Pesquisadora científica VI. Doutora em Nutrição em Saúde Pública. Diretora do Centro de Tecnologias de Saúde para o SUS-SP do Instituto de Saúde da Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo. São Paulo, SP, Brasil. E-mail: ttoma@isaude.sp.gov.br

<sup>2</sup> Tecnóloga em saúde. Especialista em Economia e Avaliação de Tecnologias em Saúde. Diretora do Núcleo de Análise e Projetos de Avaliação de Tecnologias de Saúde do Instituto de Saúde da Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo. São Paulo, SP, Brasil. E-mail: amanda.soares@isaude.sp.gov.br

<sup>3</sup> Especialista em Administração Pública. Especialista em Direito Sanitário. Coordenadora das demandas judiciais em saúde do estado de São Paulo. Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo. Coordenação de Demandas Estratégicas do SUS, São Paulo, SP, Brasil. E-mail: psue@saude.sp.gov.br

<sup>4</sup> Administrador de empresas, graduando em Farmácia. Assistente técnico III, Analista de ações judiciais em saúde. Coordenação de Demandas Estratégicas do SUS, São Paulo, SP, Brasil. E-mail: robertdomingues@saude.sp.gov.br



have been achieved, but they are still insufficient, since actions for drugs that do not have their proven efficacy and safety continue to occur. This article presents the strategies adopted in the state of São Paulo to deal with lawsuits to obtain drugs.

**Keywords:** Judicial decisions. Health law. Pharmaceutical services.

**RESUMEN:** El Sistema de Salud de Brasil (SUS) mostró mucho progreso desde su creación hace casi treinta años, sin embargo, todavía se enfrenta a grandes retos. Las dificultades persistentes para ofrecer una atención integral de la salud pueden haber contribuido a la utilización de los tribunales para el acceso a los medicamentos. La legalización del fenómeno de la salud tiene una mayor visibilidad en el estado de Sao Paulo en la década de 2000 después de la publicación de los resultados de algunas investigaciones. Después de 2005, el número creciente de demandas para la obtención de medicamentos y sus costos exorbitantes llevó a la implementación de diversas estrategias por parte de la Secretaría de Salud de Sao Paulo, y las instancias del sistema judicial para lidiar con el problema. Se lograron algunos resultados, pero aún son insuficientes, ya que las acciones se siguen produciendo por los medicamentos que no han demostrado su eficacia y seguridad. Este artículo presenta las estrategias adoptadas en el estado de Sao Paulo para hacer frente a las demandas para obtener medicamentos.

**Palabras-llave:** Decisiones judiciales. Derecho sanitario. Servicios farmacéuticos.

## Introdução

O direito de atenção à saúde, garantido pela Constituição Federal de 1988, levou à instituição do Sistema Único de Saúde – SUS, pautado pelos princípios de universalidade, integralidade, descentralização e participação social. Uma análise realizada por Piola e colaboradores sobre o SUS, vinte anos após a Constituição (1), indicou que muitos avanços foram alcançados:

Ao longo dessas duas décadas, ainda que enfrentando dificuldades de financiamento e resistências de ordem política e cultural, o processo de implantação do sistema público de saúde de acesso universal, que se propôs a oferecer cobertura integral às necessidades da população, colecionou muitos avanços. Um arrojado processo de descentralização expandiu significativamente a participação das esferas subnacionais na gestão e no financiamento do sistema, bem como na provisão de ações e serviços de saúde, resultando na redução das desigualdades inter-regionais que prevaleciam no sistema pré-Constituição Federal de 1988.

Diretrizes, políticas e programas inovadores introduziram importantes mudanças no modelo de atenção à saúde e ampliaram o espectro de ações e serviços ofertados, assegurando a um número crescente de cidadãos o acesso a recursos terapêuticos antes indisponíveis.



O SUS, no entanto, ainda enfrenta grandes desafios para garantir a integralidade da atenção à saúde e o acesso oportuno da população a determinados serviços. Essas dificuldades persistentes explicariam em parte a tendência de parcela da população de recorrer à via judicial, fenômeno conhecido como judicialização da saúde. Desta forma, uma visão do problema é que o Judiciário, ao assegurar os direitos constitucionais, estaria procurando corrigir essas deficiências. Um exemplo citado é o caso de dispensa de medicamentos para tratamento de Aids, em que a pressão de um grupo pequeno por via judicial levou ao desenvolvimento de política pública específica para acesso ao tratamento integral. De outro lado, a visão defendida por gestores públicos é que o uso da via judicial tem gerado distorções no sistema, uma vez que os recursos financeiros são escassos (1). Destaca-se a discussão em torno de um conflito distributivo causado por essa forma de acesso a direitos, tais como a priorização do direito individual sobre o coletivo e a possibilidade de favorecimento das pessoas financeiramente mais privilegiadas que teriam condições de arcar com os custos judiciais (1).

No início dos anos 2000 a judicialização da saúde passou a ter visibilidade no estado de São Paulo em função de vários estudos que analisaram as ações judiciais para obtenção de medicamentos.

Um estudo foi realizado por Marques e Dallari (2)., em 2004, com o objetivo de verificar como o sistema jurídico atuava para garantir o direito social à assistência farmacêutica. Os 31 processos selecionados nas Varas da Fazenda Pública do Estado de São Paulo, e datados de 1997 a 2004, foram analisados com relação aos seus discursos. Constatou-se que os autores dos processos eram indivíduos representados por advogados particulares na maioria das vezes (67,7%), e vários com apoio de associações (23,8%). Os réus nos processos com grande frequência eram o Secretário de Estado da Saúde (61%) e a Fazenda Pública (22%). Em 93,5% das decisões judiciais analisadas foram concedidas liminares para que o Estado fornecesse o medicamento solicitado nas ações. E em 90,3% das sentenças proferidas por juízes as demandas foram julgadas como procedentes. As autoras concluíram que o Poder Judiciário ao adotar essa conduta não levava em consideração a política pública de medicamentos, ignorando desta forma que os direitos foram instituídos atrelados a políticas sociais e econômicas. Além do mais, as ações judiciais poderiam acobertar interesses de determinados laboratórios farmacêuticos



Vieira e Zucchi (3), a partir de análise documental, estudaram as ações judiciais para obtenção de medicamentos movidas contra a Secretaria Municipal da Saúde de São Paulo, durante o ano de 2005. Verificou-se que foram impetradas 170 ações, que implicaram em recurso extra de 876 mil reais para compra dos medicamentos solicitados. A maioria das ações foi demandada por mulheres, e por pessoas com menos de 19 anos e idosos. As doenças mais referidas nessas ações foram diabetes, câncer, hipertensão arterial, osteoporose e hepatite. Constatou-se que 59% das prescrições eram oriundas do SUS e que 62% dos medicamentos solicitados faziam parte de listas do SUS. Essas ações foram movidas em 54% das vezes por advogados particulares, e frequentemente (63%) por cidadãos residentes em áreas com menor grau de exclusão social. Levantaram-se algumas hipóteses para explicar esses achados: as mulheres teriam maior consciência sobre saúde, jovens e idosos apresentariam doenças mais graves e de longa duração, doenças crônicas teriam custo mais elevado o que justificaria o investimento em contratar um advogado, o sistema público poderia ter falhado na garantia de acesso a medicamentos, o prescritor desconhecia a disponibilidade de medicamentos no SUS. As autoras argumentaram que estas ações criavam dificuldades para a gestão do SUS e indicaram a necessidade de se encontrar uma solução partilhada entre o sistema judiciário e o executivo

Outro estudo, conduzido por Chieffi e Barata (5), analisou 2.927 ações judiciais cadastradas durante o ano de 2006 no sistema de registro eletrônico das demandas jurídicas da Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo (SES-SP), e movidas por moradores da capital do estado. De 954 itens de medicamentos solicitados, 77% não faziam parte dos programas de assistência farmacêutica, e 3% não estavam disponíveis no mercado nacional. Verificou-se que 17% dos medicamentos eram relativos ao aparelho digestivo e metabolismo, 17% ao sistema cardiovascular e 16% ao sistema nervoso. Com relação às receitas médicas, 48% eram provenientes de serviços do SUS e 47% do sistema suplementar. A maioria dos pacientes demandantes (74%) residia em áreas de menor vulnerabilidade social. As autoras concluíram que ao desconsiderar a dimensão coletiva, os processos judiciais contribuíam para reforçar as desigualdades sociais na atenção à saúde (4). Em 2006, calculou-se que o gasto foi de 18 mil reais por paciente de ação judicial, um valor exorbitante se comparado com aos 2,2 mil reais por paciente efetuado pelo Programa



de Medicamentos de Dispensação Excepcional. Além disso, chamava à atenção a concentração de processos por advogado.

O volume crescente de demandas judiciais para obtenção de medicamentos levou ao desenvolvimento de várias iniciativas no estado de São Paulo para lidar com o problema: Coordenação das Demandas Estratégicas do SUS, Procuradoria Geral do Estado, atendimento administrativo da SES-SP, Projeto SUS do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Triagem Farmacêutica no Juizado Especial da Fazenda Pública, Rede Paulista de Avaliação de Tecnologias em Saúde, Comissão de Farmacologia.

O objetivo deste artigo é relatar as estratégias adotadas pelas instituições mencionadas ao longo dos anos e os resultados alcançados.

### **Coordenação das Demandas Estratégicas do SUS**

A Coordenação das Demandas Estratégicas do SUS - CODES, uma instância informal vinculada ao Gabinete do Secretário de Saúde da SES-SP, desenvolveu em 2005 uma ferramenta informatizada para apoio à gestão denominada Sistema de Controle Jurídico. Esse sistema foi aprimorado em 2009 para apoiar também as áreas responsáveis pela aquisição e dispensa de medicamentos e materiais. O novo sistema, S-CODES, foi implantado em todo o estado em 2010, permitindo o cadastramento das demandas judiciais de todos os Departamentos Regionais de Saúde - DRS (6).

### **Procuradoria Geral do Estado**

As ações judiciais no Estado de São Paulo tomaram forma e proporção para o setor judiciário quando a Procuradora Maria Luciana de Oliveira Facchina Podval analisou os processos que compunham a sua banca na Procuradoria Judicial entre os anos de 2001 e 2008. O resultado foi extremamente relevante, visto que se constatou que as ações judiciais de saúde contra o Estado cresceram expressivamente, ano a ano, passando de 17%, em 2001, para 85% de todas as ações ao final da análise. A partir desse ponto, era mais do que necessário adotar uma atitude para tentar controlar a situação (7).

Pensando nesse enfrentamento, a Procuradoria Geral do Estado - PGE criou pela primeira vez, em 2007, uma área especializada em saúde pública, a 8ª Subprocuradoria da Procuradoria Judicial - PJ8. Como competência, a PJ8 trabalha com ações que tenham



como objeto o fornecimento de medicamentos pelo Estado, bem como as demandas que digam respeito às políticas públicas na área da saúde<sup>5</sup>.

A partir de então foi estabelecida uma parceria entre a PGE e a SES-SP que trouxe grandes avanços em resposta ao fenômeno da judicialização. O projeto “Uma parceria inovadora para fazer frente ao fenômeno da judicialização das políticas públicas de saúde – a otimização da gestão pública” recebeu o Prêmio Mário Covas de 2008, na categoria Inovação em Gestão Pública (8).

Em 2009, o Procurador Geral do Estado, considerando a necessidade de uma coordenação para esse trabalho complexo e bastante técnico, instituiu a Coordenadoria Judicial de Saúde Pública - COJUSP no âmbito da PJ8. Dentre suas diversas atribuições inclui-se a orientação e apoio técnico aos Procuradores do Estado, a fim de harmonizar as condutas e institucionalizar canais de comunicação, sempre visando a aproximação do órgão jurídico e de saúde do estado (8).

### **Atendimento administrativo**

Em 2009, a SES-SP lançou uma via de solicitação de medicamentos, chamada de atendimento administrativo (6). Após uma triagem, na impossibilidade de solucionar o problema do paciente demandante por meio de sua reinserção no SUS ou oferta de alternativas terapêuticas, uma equipe multidisciplinar da SES-SP avalia a solicitação do médico e emite, quando apropriado, uma autorização para fornecimento excepcional. A solicitação é feita por meio de uma série de documentos, tais como documento de identificação do paciente, relatório, receita médica e formulário específico (8).

No atendimento administrativo, o gestor pode padronizar os itens dispensados, o que contribui para o poder de negociação na compra dos itens e sua entrega (8).

Outro passo importante tomado pela SES-SP foi com relação ao fornecimento de medicamentos oncológicos, comprovadamente considerados imprescindíveis, no Centros de Alta Complexidade em Oncologia - CACON e Unidades de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia - UNACON. Apesar do avanço nos últimos anos na

---

<sup>5</sup> Procuradoria Geral do Estado. Gabinete da Procuradoria Judicial. Rua Maria Paula, n.º 172, 4.º andar – Capital. CEP: 01319-000. REF.: MAPEAMENTO CONTENCIOSO. 30 p. Disponível em: [http://apesp.org.br/wp-content/uploads/2015/10/mapeamento\\_procuradoria\\_judicial310715-12.pdf](http://apesp.org.br/wp-content/uploads/2015/10/mapeamento_procuradoria_judicial310715-12.pdf)



incorporação de alguns desses medicamentos pela Relação Nacional de Medicamentos - RENAME, o estado de SP ainda cobre parte dos não incorporados (8).

### **Projeto SUS do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**

Em resposta à Recomendação do Conselho Nacional de Justiça nº 31, que “Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde” (9), em 2012 foi assinado o Termo de Cooperação Técnica que celebrou um convênio entre Governo do Estado, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - TJSP e Escola Paulista de Magistratura - EPM<sup>6</sup>.

Dessa forma, iniciou-se o “Projeto SUS no TJSP”, que consiste na disponibilização de ferramentas de apoio e informações técnicas para subsidiar as decisões dos magistrados de maneira rápida e prática. No site da EPM foi disponibilizado um banco de dados de medicamentos e um canal direto com pesquisadores selecionados pela Secretaria de Estado da Saúde, que devem responder em até 72 horas (8).

### **Triagem Farmacêutica no Juizado Especial da Fazenda Pública**

Em 2013, ainda em resposta à Recomendação do Conselho Nacional de Justiça nº 31, foi criada a Triagem Farmacêutica no Juizado Especial da Fazenda Pública – JEFAZ (8). O projeto JEFAZ, premiado com menção honrosa do Instituto Inovare, tem como proposta fazer uma análise prévia do processo, por técnicos da SES-SP junto às varas dos juizados especiais da Fazenda Pública, a fim de identificar outros meios para o paciente, que não seja a judicialização. Quando pertinente, são dadas orientações sobre os Programas Oficiais de Assistência Farmacêutica do SUS e seus Protocolos, a fim de reinserir o paciente no SUS, quando possível (8).

---

<sup>6</sup> Saúde firma termo de cooperação com TJ-SP e Escola Paulista de Magistratura. Disponível em: <http://www.saude.sp.gov.br/ses/noticias/2012/setembro/saude-firma-termo-de-cooperacao-com-tj-sp-e-escola-paulista-de-magistratura>.



## Rede Paulista de Avaliação de Tecnologias em Saúde

A Rede Paulista de Avaliação de Tecnologias em Saúde - REPATS, formada pelos Núcleos de Avaliação de Tecnologia em Saúde - NATS presentes em hospitais e instituições de ensino e assistência à saúde, funciona desde 2011 como uma rede de colaboração dentro do Estado de São Paulo<sup>7</sup>. Aos NATS cabe articular um conjunto de ações de ATS, solucionando problemas e atendendo às suas demandas, fazendo uso de instrumentos consagrados como avaliações da eficácia, efetividade, eficiência e segurança das intervenções de diagnóstico, prevenção, tratamento, recuperação ou cuidados paliativos, e também a criação de diretrizes terapêuticas baseada em evidências, visando sempre o uso racional de tecnologias e principalmente a segurança do paciente (10).

A REPATS realiza reuniões mensais, em que são discutidas suas produções e temas de relevância para a área de ATS. Vista como uma forma de motivação para a rede se movimentar, compartilhar experiências e estabelecer parcerias, essas reuniões atualmente são transmitidas ao vivo e gravadas pela Unidade de Telemedicina do Instituto do Coração da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, via parceria da Rede Universitária de Telemedicina - RUTE. Outra iniciativa da REPATS com o objetivo de impulsionar a criação de novos NATS e fortalecer os já existentes, é a formação de capital humano por meio de oficinas de capacitação em ATS realizadas mensalmente (11).

## Comissão de Farmacologia

O atendimento administrativo foi regulamentação em 2012, com a aprovação da estrutura e funcionamento da Comissão de Farmacologia da SES-SP, em consonância com a Política Nacional de Medicamentos, e com o objetivo de assessorar na formulação de diretrizes para seleção, padronização, prescrição, aquisição, distribuição, dispensação e seguimento farmacoterapêutico no âmbito do Sistema Único de Saúde do Estado de São Paulo. Desta forma, a solicitação de medicamento por protocolo clínico de tratamento de instituição pública de saúde passou a ser realizado de acordo com formulário específico de solicitação de medicamento, para posterior análise da comissão. A solicitação de medicamento por paciente em caráter de excepcionalidade pode ser realizada, desde que

---

<sup>7</sup> Núcleos de Avaliação de Tecnologias em Saúde (NATS). Disponível em: <http://ses.sp.bvs.br/vhl/coordenadoria-de-ciencia-tecnologia-e-inovacao-em-saude/nucleos-de-avaliacao-de-tecnologias-em-saude-nats/>



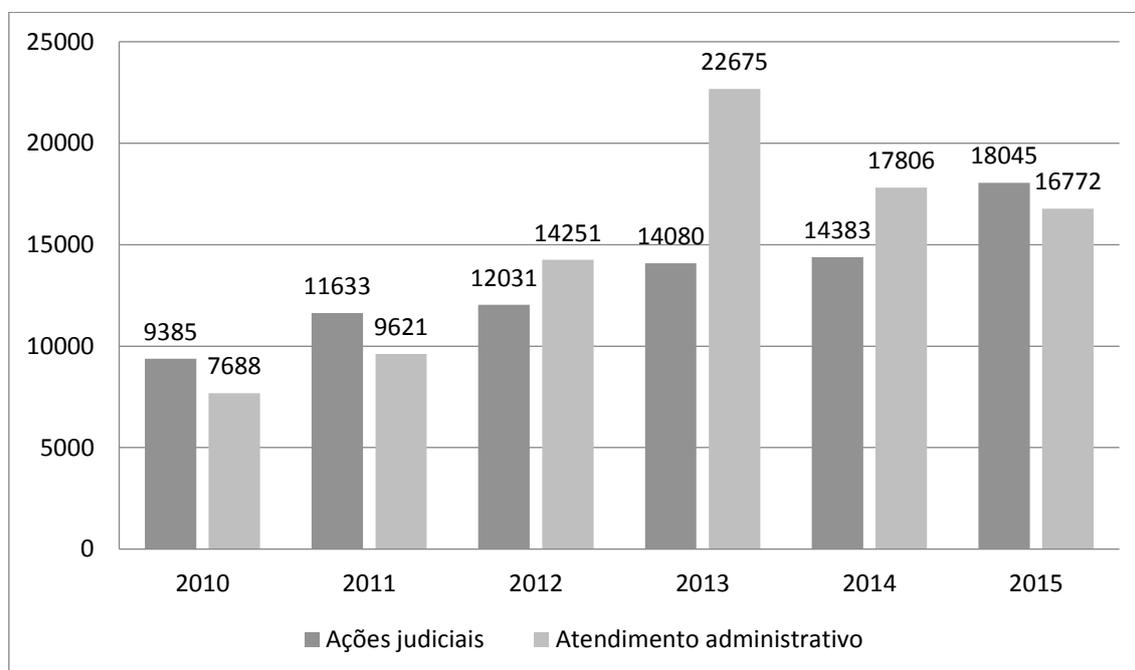
esgotadas todas as alternativas terapêuticas disponibilizadas pelo SUS, e com base em forte nível de evidência científica para sua utilização (12).

### Evolução das ações judiciais de 2010 a 2015

Com a finalidade de verificar os resultados das iniciativas adotadas no estado de São Paulo para lidar com o fenômeno da judicialização da saúde, alguns dados sobre demandas de ações judiciais de medicamentos nos anos de 2010 a 2015 foram extraídos do S-CODES.

Os dados indicam que apesar das estratégias postas em prática, tanto pela SES, quanto pelo sistema judiciário, as demandas de medicamentos por meio de ações judiciais vêm aumentando ano a ano, sendo que em 2015 o número foi quase o dobro de 2010, respectivamente 18.045 e 9.385. Quanto ao atendimento administrativo, triplicou o número de demandas de 2010 a 2013 (de 7.688 para 22.675), seguido de uma redução em torno de 25% em 2015 (figura 1).

**Figura 1.** Número de demandas de medicamentos cadastradas ano a ano, por meio de ações judiciais e atendimento administrativo, no estado de São Paulo de 2010 a 2015.



Fonte: Elaborada pelos autores a partir de informações extraídas do S-Codes.



O Índice Paulista de Judicialização em Saúde - IPJS, calculado como o número de ações em relação a 10.000 habitantes, mostra que o fenômeno da judicialização para obter medicamentos continua em crescimento no estado de São Paulo, e é heterogêneo entre os dezessete Departamentos Regionais de Saúde da SES-SP, conforme o quadro 1.

Em 2015, observa-se que o IPJS variou de 0,25 (DRS 12 – Registro) a 26,41 (DRS 5 – Barretos), e que dez DRS apresentaram índices acima da média estadual. Chama a atenção os índices bastante elevados nas regiões correspondentes aos DRS Barretos, Franca, Marília, Presidente Prudente, Ribeirão Preto e São José do Rio Preto.



**Quadro 1.** Índice Paulista de Judicialização em Saúde (IPJS) de novas ações para obtenção de medicamentos, conforme as dezessete regionais de saúde da Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo, nos anos de 2011 e 2015.

Regional de Saúde	2011			2012			2013			2014			2015		
	Ações Judiciais	População	Índice												
<b>DRS 01 - Grande São Paulo</b>	<b>1.281</b>	<b>19.867.456</b>	<b>0,64</b>	<b>1.402</b>	<b>19.956.590</b>	<b>0,70</b>	<b>1.389</b>	<b>20.128.227</b>	<b>0,69</b>	<b>1.274</b>	<b>20.284.891</b>	<b>0,63</b>	<b>1.508</b>	<b>21.090.791</b>	<b>0,72</b>
DRS 02 - Araçatuba	335	725.553	4,62	235	728.743	3,22	342	733.528	4,66	375	738.544	5,08	412	769.174	5,36
DRS 03 - Araraquara	318	929.823	3,42	323	934.863	3,46	381	943.045	4,04	395	951.086	4,15	521	991.129	5,26
DRS 04 - Baixada Santista	195	1.683.725	1,16	439	1.692.425	2,59	320	1.713.741	1,87	203	1.731.403	1,17	211	1.797.500	1,17
DRS 05 - Barretos	641	414.030	15,48	795	412.878	19,26	834	417.471	19,98	1.091	419.161	26,03	1.143	432.830	26,41
DRS 06 - Bauru	705	1.640.540	4,30	619	1.648.443	3,76	709	1.660.609	4,27	617	1.673.337	3,69	779	1.744.292	4,47
DRS 07 - Campinas	418	4.098.799	1,02	457	4.128.965	1,11	498	4.201.231	1,19	513	4.261.670	1,20	502	4.433.543	1,13
DRS 08 - Franca	548	655.726	8,36	342	658.943	5,19	443	664.301	6,67	456	669.387	6,81	574	696.600	8,24
DRS 09 - Marília	375	1.074.333	3,49	278	1.077.491	2,58	316	1.080.783	2,92	345	1.085.161	3,18	1.289	1.128.941	11,42
DRS 10 - Piracicaba	143	1.428.857	1,00	234	1.437.195	1,63	226	1.451.810	1,56	201	1.465.675	1,37	228	1.527.411	1,49
DRS 11 - Presidente Prudente	330	726.081	4,54	436	728.122	5,99	468	731.355	6,40	566	734.571	7,71	586	762.528	7,68
DRS 12 - Registro	5	273.982	0,18	9	274.064	0,33	7	274.308	0,26	6	274.581	0,22	7	284.031	0,25
DRS 13 - Ribeirão Preto	1.052	1.347.602	7,81	909	1.357.165	6,70	1.187	1.375.297	8,63	1.414	1.392.126	10,16	1.357	1.452.570	9,34
DRS 14 - São João da Boa Vista	457	778.353	5,87	312	780.842	4,00	260	785.056	3,31	261	789.006	3,31	404	818.983	4,93
DRS 15 - São José do Rio Preto	1.234	1.484.270	8,31	1.209	1.493.835	8,09	1.201	1.501.730	8,00	1.376	1.512.857	9,10	1.402	1.579.715	8,88
DRS 16 - Sorocaba	159	2.271.483	0,70	200	2.284.897	0,88	333	2.308.173	1,44	525	2.331.330	2,25	633	2.433.059	2,60
DRS 17 - Taubaté	183	2.292.055	0,80	209	2.305.758	0,91	192	2.334.029	0,82	161	2.358.600	0,68	226	2.453.387	0,92
<b>Total Geral</b>	<b>8.379</b>	<b>41.692.668</b>	<b>2,01</b>	<b>8.408</b>	<b>41.901.219</b>	<b>2,01</b>	<b>9.106</b>	<b>42.304.694</b>	<b>2,15</b>	<b>9.779</b>	<b>42.673.386</b>	<b>2,29</b>	<b>11.782</b>	<b>44.396.484</b>	<b>2,65</b>

\* Índice por 10.000 habitantes  
 Fonte: População Fundação Seade  
 Fonte: N° de Ações Judiciais S-CODES 01/01 à 31/12/2015

Fonte: Elaborado pelos autores a partir de informações extraídas do S-Codes.



**Quadro 2.** Contribuição dos seis Departamentos Regionais de Saúde (DRS) com Índice Paulista de Judicialização em Saúde mais elevados, nos dez medicamentos mais demandados, de 2011 a 2015 no estado de São Paulo.

Descrição dos 10 itens mais demandados (princípio ativo)	Número de ações (% em relação ao estado de São Paulo)						Total dos 6 DRS	Estado de São Paulo
	DRS 5 Barretos	DRS 8 Franca	DRS9 Marília	DRS 11 Presidente Prudente	DRS 13 Ribeirão Preto	DRS 15 São José do Rio Preto		
Insulina glargina - 100 Ui/MI - 3 MI - Refil / Unidade	85 (3,0)	15 (0,5)	465 (16,7)	52 (1,9)	129 (4,6)	268 (9,6)	1.014 (36,4)	2.783
Ranibizumabe - 10 Mg/MI - 0,23 MI / Ampola	130 (7,2)	136 (7,5)	6 (0,0)	204 (11,3)	263 (14,6)	341 (18,9)	1.080 (59,8)	1.807
Insulina lispro - 100 Ui/MI - 3 MI - Refil / Unidade	-	8 (0,5)	531 (35,7)	19 (1,28)	40 (2,69)	39 (2,62)	637 (42,8)	1.489
Clopidogrel - 75 Mg / Comprimido	174 (14,7)	119 (10,1)	38 (3,2)	50 (4,2)	193 (16,3)	145 (12,3)	719 (60,8)	1.182
Insulina asparte - 100 Ui/MI - 3 MI - Refil / Unidade	-	-	193 (17,3)	5 (0,4)	45 (4,0)	-	243 (21,8)	1.116
Cloridrato de Cinacalcete - 30 Mg / Comprimido Revestido	28 (3,0)	73 (7,7)	-	14 (1,5)	186 (19,7)	75 (7,9)	376 (39,8)	945
Hialuronato de Sódio - 10 Mg/MI - Solução Injetável - 2 MI / Frasco-Ampola	185 (24,5)	-	5 (0,7)	-	-	119 (15,7)	309 (40,9)	756
Boceprevir - 200 Mg / Cápsula Gelatinosa	-	-	-	19 (2,6)	-	-	19 (2,6)	737
Glicosamina + Condroitina - 1,5 G + 1,2 G / Sache	81 (11,4)	-	22 (3,1)	7 (1,0)	54 (7,6)	38 (5,3)	202 (28,4)	711
Rivaroxabana - 20 Mg / Comprimido Revestido	82 (11,9)	70 (10,1)	28 (4,1)	8 (1,2)	145 (21,0)	73 (10,6)	479 (69,4)	690
Total	765 (6,3)	421 (3,4)	1.288 (10,5)	378 (3,1)	1.055 (8,6)	1.098 (9,0)	5.078 (41,6)	12.216

Fonte: Elaborado pelos autores a partir de informações extraídas do S-Codes.



No quadro 2 estão os dez medicamentos mais demandados por ações judiciais de 2011 a 2015. Seis desses medicamentos foram analisados pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS - CONITEC, porém não foram incorporados: insulinas glargina, lispro e asparte para diabetes mellitus (13), (14); ranizumabe foi avaliado para degeneração macular relacionada à idade (15), mas não para edema macular diabético e edema macular secundário à oclusão de veia da retina (16), (17); rivaroxabana para prevenção de acidente vascular cerebral (18); hialuronato de sódio para dor associada com osteoartrose do joelho (19). Glicosamina + condroitina para osteoartrite não foi avaliado pela CONITEC, mas há uma nota técnica do NATS da Universidade Federal de Minas Gerais indicando não haver efeito comprovado de benefícios (20). Boceprevir foi incorporado no SUS em 2012 para tratar hepatite C, e excluído em 2016, devido à incorporação de outros medicamentos mais apropriados (21), (22). Cloridrato de cinacalcete foi incorporado em 2015 para hiperparatireoidismo secundário à doença renal, em diálise e refratários à terapia convencional (23), (24). Clopidogrel faz parte dos componentes especializado e hospitalar da Rename (25).



**Quadro 3.** Situação dos dez medicamentos mais demandados por ações judiciais de 2011 a 2015 no Estado de São Paulo quanto à decisão por incorporação no SUS.

Descrição do Item (princípio ativo)	Indicação	Decisão quanto à incorporação no SUS
Boceprevir - 200 mg / cápsula gelatinosa	Hepatite C	Avaliado pela CONITEC. Decisão de incorporar ao SUS publicada em 26/07/2012. Avaliado pela CONITEC. Decisão de excluir do SUS publicada em 24/05/2016.
Clopidogrel - 75 mg / comprimido	Síndrome coronariana aguda	Faz parte da RENAME – Componente especializado e procedimento hospitalar - B01AC04
Cloridrato de cinacalcete - 30 mg / comprimido revestido	Hiperparatireoidismo secundário à doença renal, em diálise e refratários à terapia convencional	Avaliado pela CONITEC. Decisão de não incorporar ao SUS publicada em 15/10/2013. Avaliado pela CONITEC. Decisão de incorporar ao SUS publicada em 30/09/2015.
Glicosamina + Condroitina - 1,5 g + 1,2 g / sachê	Osteoartrite	Não avaliado pela CONITEC.  Avaliado pelo NATS/UFMG em 2013: O sulfato de glicosamina e o sulfato de condroitina não tem efeito comprovado no controle da dor e na regeneração da cartilagem articular nos casos de osteoartrite.
Hialuronato de sódio - 10 mg/ml - solução injetável - 2 ml / frasco-ampola	Dor associada com a osteoartrose do joelho.	Avaliado pela CONITEC. Decisão de não incorporar ao SUS publicada em 17/12/2014.
Insulina asparte - 100 Ui/ml - 3 ml - refil / unidade	Diabetes mellitus	Avaliado pela CONITEC. Decisão de não incorporar ao SUS publicada em 05/09/2014.
Insulina glargina - 100 Ui/ml - 3 ml - refil / unidade	Diabetes mellitus	Avaliado pela CONITEC. Decisão de não incorporar ao SUS publicada em 05/09/2014.
Insulina lispro - 100 Ui/ml - 3 ml - refil / unidade	Diabetes mellitus	Avaliado pela CONITEC. Decisão de não incorporar ao SUS publicada em 05/09/2014.
Ranibizumabe - 10 mg/ml - 0,23 ml / ampola	Degeneração macular relacionada à idade (DMRI), edema macular diabético (EMD), edema macular secundário à oclusão de veia da retina (OVR)	Avaliado pela CONITEC para DMRI. Decisão de não incorporar ao SUS publicada em 10/04/2015. Não avaliado pela CONITEC para EMD. Não avaliado pela CONITEC para OVR.
Rivaroxabana - 20 mg / comprimido revestido	Prevenção de acidente vascular cerebral	Avaliado pela CONITEC. Decisão de não incorporar ao SUS publicada em 10/02/2016.

Fonte: Elaborado pelos autores.



Observa-se que os 6 DRS com os IPJS mais elevados respondem por 41,6% dessas demandas, e por mais de metade das demandas de ranizumabe (59,8%), clopidogrel (60,8%) e rivaroxabana (69,4%).

### Considerações finais

Várias estratégias foram pensadas para lidar com as ações judiciais para obtenção de medicamentos por pacientes no estado de São Paulo. Poucas informações foram publicadas quanto ao funcionamento e resultados dessas estratégias, particularmente aquelas relativas ao sistema judiciário.

Em parceria com a CONITEC, a força de trabalho da REPATS e suas produções tem sido uma importante ferramenta tanto para responder às demandas judiciais, por meio da elaboração de notas técnicas junto à equipe do CODES, como para solicitar incorporações de novas tecnologias no SUS, através da elaboração de pareceres técnico-científicos e avaliações econômicas.

Embora os dados mostrem que continuou crescendo o número de ações judiciais mesmo após a adoção dessas estratégias, o sistema de regulação implantado pela SES-SP, em conjunto com as decisões da CONITEC para incorporação de alguns dos medicamentos judicializados, contribuiu parcialmente para a redução dos gastos (26).

Essas estratégias, no entanto, são consideradas ainda insuficientes. Atualmente a SES-SP responde a aproximadamente 47 mil condenações, com um gasto anual estimado de 1 bilhão de reais. Por isso, a Secretaria de Saúde decidiu realizar uma parceria com a Universidade de São Paulo para a emissão de pareceres sobre eficácia dos medicamentos, além de estreitar o diálogo com o sistema judiciário<sup>8</sup>. De outro lado, seria necessário compreender melhor a situação dos seis DRS com os IPJS mais elevados, para delinear estratégias específicas. Não se trata apenas de reduzir gastos, como também de evitar que pacientes sejam iludidos pelo consumo de medicamentos que não são capazes de trazer qualquer benefício à sua saúde, e eventualmente até de comprometê-la ainda mais.

Espera-se que outros estados adotem medidas similares de aproximação com os magistrados, assim como o fizeram Minas Gerais e a própria CONITEC, que têm elaborado

<sup>8</sup> SP cria ofensiva para combater 'judicialização' da Saúde. Disponível em: <http://www.saude.sp.gov.br/ses/noticias/2016/abril/sp-cria-ofensiva-para-combater-judicializacao-da-saude>



notas<sup>9</sup> e fichas técnicas<sup>10</sup> para subsidiar os processos judiciais relativos a medicamentos. Medidas similares em vários estados que enfrentam essa situação podem contribuir para aprimorar o processo em todo o país.

Ações junto aos médicos, que são os que iniciam o processo ao prescrever medicamentos cuja eficácia e segurança são duvidosos, exigem uma participação mais efetiva do Conselho Federal de Medicina<sup>11</sup>. Sobre o papel dos médicos na judicialização da saúde, Gadelha (27) argumenta:

As alegações médicas para justificar a prescrição fora de padronização institucional ou governamental são repetidas, por disseminadas, e tanto se baseiam no Código de Ética Médica, como em raciocínios técnicos que, muitas vezes, traem limitações e equívocos, ...

O direito à saúde não significa direito ao que se apresenta como discricionariedade médica ou acesso ao que está disponibilizado no mercado. A decisão judicial a partir de uma prescrição médica não deve considerar somente as justificativas científicas que a acompanham (que podem ser incompletas ou indevidamente interpretadas).

Isso porque, para uma boa prática médica e o uso racional de procedimentos e medicamentos, contam a sua seleção adequada, a melhor conduta para o caso em pauta e o porte tecnológico da instituição em que se dá o atendimento, bem como a observância às diretrizes e protocolos estabelecidos com base em rigorosa busca da literatura científica especializada e resultante de criteriosa análise técnico-científica, que considera todas as alternativas disponíveis, em termos de resultado, segurança e custo-efetividade.

## Referências

1. Piola SF, Barros ED, Nogueira RP, Servo LM, Sá EB, Paiva AB. Vinte anos da Constituição de 1988: o que significaram para a saúde da população brasileira? Capítulo 3. p. 97-172. *In* IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada / Diretoria de Estudos e Políticas Sociais. Políticas sociais acompanhamento e análise. Vinte anos da Constituição Federal. N. 17, v.

<sup>9</sup> Conselho Nacional de Justiça. Fórum da Saúde. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj/presidencia/455-aco-es-e-programas/programas-de-a-a-z/forum-da-saude/79016-nats-notas-tecnicas>

<sup>10</sup> Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS. Direito e Saúde. Fichas técnicas. Disponível em: <http://conitec.gov.br/index.php/direito-e-saude>

<sup>11</sup> CNJ cobra comprometimento do CFM para a redução da judicialização da saúde. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83619-cnj-cobra-do-cfm-mais-compromisso-para-a-reducao-da-judicializacao-da-saude>



1. Brasília, 2009. 280 p. [acesso 30 outubro 2016]. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/bps\\_completo\\_1.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/bps_completo_1.pdf)
2. Marques SB, Dallari SG. Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. *Rev Saúde Pública*, São Paulo. 2007;41(1):101-7. [acesso 30 outubro 2016]. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rsp/article/view/32199>.
3. Vieira FS, Zucchi P. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. *Rev. Saúde Pública* [Internet]. 2007;41(2):214-22. [acesso 30 outubro 2016]. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rsp/v41n2/5587.pdf>
4. Chieffi AL, Barata RB. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. *Cad. Saúde Pública* [Internet]. 2009;25(8):1839-49. [acesso 30 outubro 2016]. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v25n8/20.pdf>
5. Chieffi AL, Barata RCB. Ações judiciais: estratégia da indústria farmacêutica para introdução de novos medicamentos. *Rev. Saúde Pública* [Internet]. 2010;44(3):421-29. [acesso 30 outubro 2016]. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rsp/v44n3/05.pdf>
6. Naffah Filho M, Chieffi AC, Correa MC. S-Codes: um novo sistema de informações sobre ações judiciais da Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo. *Bepa*. 2010;7(84):18-30. [acesso 30 outubro 2016]. Disponível em: [http://portal.saude.sp.gov.br/resources/ses/perfil/profissional-da-saude/destaques//boletim\\_bepa\\_84\\_gais\\_7.pdf](http://portal.saude.sp.gov.br/resources/ses/perfil/profissional-da-saude/destaques//boletim_bepa_84_gais_7.pdf)
7. Yoshinaga JY. Judicialização do direito à saúde: a experiência do estado de São Paulo na adoção de estratégias judiciais e extra-judiciais para lidar com esta realidade. *Revista Eletrônica sobre a reforma do estado*. 2011;24:1-21. [acesso 30 outubro 2016]. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/rere-24-dezembro-janeiro-fevereiro-2011-juliana-yumi.pdf>
8. Chieffi AL, Siqueira PSF. Judicialização da saúde no estado de São Paulo. *In* *Judicialização da saúde no Brasil* / organizadoras: Lenir Santos, Fernanda Terrazas. – Campinas, SP: Saberes Editora, 2014. p. 267-301.
9. Schulze CJ. O papel do Conselho Nacional de Justiça na judicialização da saúde. *In* *Direito à Saúde, coleção Para Entender a Gestão do SUS*. Conselho Nacional de Secretários de Saúde – CONASS, 2015. [acesso 30 outubro 2016]. Disponível em: [http://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/colecao2015/CONASS-DIREITO\\_A\\_SAUDE-ART\\_10B.pdf](http://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/colecao2015/CONASS-DIREITO_A_SAUDE-ART_10B.pdf)
10. Trindade EM, Martins PN, Zamberlan AGON, Opromolla PA, Toma TS, Muller SS, et al. Experiência da rede paulista de ATS na parceria com a CONITEC. *Gestão & Saúde*. [periódico na internet]. 2015; 6(4):3297-312. [acesso 30 outubro 2016]. Disponível em: <http://gestaoesaude.unb.br/index.php/gestaoesaude/article/view/1417/pdf>
11. Trindade EM, Zamberlan AGON, Toma TS, Venancio SI, Müller SS, Opromolla PA. Rede Paulista de Avaliação de Tecnologias de Saúde: primeiros passos. *BIS, Bol. Inst. Saúde*



(Impr.) [periódico na Internet]. 2013;14(2):151-8. [acesso em 26 out. 2016]. Disponível em: <http://periodicos.ses.sp.bvs.br/pdf/bis/v14n2/v14n2a04.pdf>

12. Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo. Gabinete do Secretário. Resolução SS-54, de 11-05-2012. Diário Oficial. Poder Executivo. Estado de São Paulo. Seção I, Nº 89 – DOE de 12/05/12 – Seção 1 - p.37. [acesso em 30 novembro 2016]. Disponível em: [http://www.saude.sp.gov.br/resources/ses/perfil/gestor/comissao-farmacologia/resolucao\\_ss\\_54\\_de\\_11\\_de\\_maio\\_2012.pdf](http://www.saude.sp.gov.br/resources/ses/perfil/gestor/comissao-farmacologia/resolucao_ss_54_de_11_de_maio_2012.pdf)

13. Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS. Insulinas análogas de longa ação para Diabetes Mellitus tipo II. Relatório de Recomendação da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS – CONITEC – 103, setembro de 2014. [acesso em 30 novembro 2016]. Disponível em: <http://conitec.gov.br/images/Insulinastipo2-103-FINAL.pdf>

14. Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS. Insulinas análogas para Diabetes Mellitus tipo I. Relatório de Recomendação da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS – CONITEC – 114, setembro de 2014. [acesso em 30 novembro 2016]. Disponível em: <http://conitec.gov.br/images/Relatorios/2014/Insulinas-tipoi-FINAL.pdf>

15. Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS. Ranibizumabe para Degeneração Macular Relacionada à idade. Relatório de Recomendação da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS – CONITEC – 119, abril de 2015. [acesso em 30 novembro 2016]. Disponível em: [http://conitec.gov.br/images/Relatorios/2015/Relatorio\\_Ranibizumabe\\_DMRI\\_final.pdf](http://conitec.gov.br/images/Relatorios/2015/Relatorio_Ranibizumabe_DMRI_final.pdf)

16. Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS. Ranibizumabe para o tratamento do edema macular diabético. Ficha técnica sobre medicamentos, junho de 2015. [acesso em 30 novembro 2016]. Disponível em: [http://conitec.gov.br/images/FichasTecnicas/Ranibizumabe\\_EMD\\_jun2015.pdf](http://conitec.gov.br/images/FichasTecnicas/Ranibizumabe_EMD_jun2015.pdf)

17. Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS. Ranibizumabe para o tratamento do edema macular secundário à oclusão de veia da retina. Ficha técnica sobre medicamentos, junho de 2015. [acesso em 30 novembro 2016]. Disponível em: [http://conitec.gov.br/images/FichasTecnicas/Ranibizumabe\\_OVR\\_jun2015.pdf](http://conitec.gov.br/images/FichasTecnicas/Ranibizumabe_OVR_jun2015.pdf)

18. Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS. Apixabana, rivoraxabana e dabigatana em pacientes com fibrilação atrial não valvar. Relatório de Recomendação da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS – CONITEC – 195, fevereiro de 2016. [acesso em 30 novembro 2016]. Disponível em: [http://conitec.gov.br/images/Relatorios/2016/Relatorio\\_Anticoagulantes\\_final.pdf](http://conitec.gov.br/images/Relatorios/2016/Relatorio_Anticoagulantes_final.pdf)

19. Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS. Hilano G-F 20 para o uso intra-articular no tratamento de dor associada com a osteoartrose do joelho. Relatório de Recomendação da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS – CONITEC – 132, dezembro de 2014. [acesso em 30 novembro 2016]. Disponível em: [http://conitec.gov.br/images/Artigos\\_Publicacoes/Relatorio\\_Hilano\\_Osteoartrite\\_FINAL.pdf](http://conitec.gov.br/images/Artigos_Publicacoes/Relatorio_Hilano_Osteoartrite_FINAL.pdf)



20. Núcleo de Avaliação de Tecnologias em Saúde. Universidade Federal de Minas Gerais. NOTA TÉCNICA 88/2013. Uso de sulfato de glucosamina e sulfato de condroitina no tratamento da osteoartrite de joelhos. [acesso em 30 novembro 2016]. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/04/506f43106af30b29b956a0e65e33ed55.pdf>
21. Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS. Inibidores de Protease (Boceprevir e Telaprevir) para o tratamento da Hepatite Crônica C. Relatório de Recomendação da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS – CONITEC – 01, julho de 2012. [acesso em 30 novembro 2016]. Disponível em: [http://conitec.gov.br/images/Relatorios/2012/Boceprevir\\_Telaprevir\\_final.pdf](http://conitec.gov.br/images/Relatorios/2012/Boceprevir_Telaprevir_final.pdf)
22. Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS. Telaprevir, boceprevir, filgrastim e alfaepoetina para o tratamento da hepatite C. Relatório de Recomendação da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS – CONITEC – 222, maio de 2016. [acesso em 30 novembro 2016]. Disponível em: [http://conitec.gov.br/images/Relatorios/2016/Relatorio\\_Telaprevir-Boceprevir-Filgrastim-Alfaepoetina\\_Hepatite\\_Recomendacao.pdf](http://conitec.gov.br/images/Relatorios/2016/Relatorio_Telaprevir-Boceprevir-Filgrastim-Alfaepoetina_Hepatite_Recomendacao.pdf)
23. Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS. Cinacalcete para tratamento de pacientes com hiperparatireoidismo secundário à doença renal, em diálise e refratários à terapia convencional. Relatório de Recomendação da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS – CONITEC – 763, outubro de 2013. [acesso em 30 novembro 2016]. Disponível em: <http://conitec.gov.br/images/Incorporados/Cinacalcete-HPTS-FINAL.pdf>
24. Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS. Cinacalcete e paricalcitol para o tratamento de pacientes com hiperparatireoidismo secundário à doença renal (HPTS), em diálise e refratários à terapia convencional. Relatório de Recomendação da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS – CONITEC – 176, setembro de 2015. [acesso em 30 novembro 2016]. Disponível em: [http://conitec.gov.br/images/Relatorios/2015/CinacalceteParicalcitol\\_HPTS\\_final.pdf](http://conitec.gov.br/images/Relatorios/2015/CinacalceteParicalcitol_HPTS_final.pdf)
25. Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. Relação Nacional de Medicamentos Essenciais: RENAME 2014 / Ministério da Saúde, Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos, Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. – 9. ed. rev. e atual. – Brasília: Ministério da Saúde, 2015. 230 p. [acesso em 30 novembro 2016]. Disponível em: [http://conitec.gov.br/images/Artigos\\_Publicacoes/Rename/Rename-2014-Julho2015.pdf](http://conitec.gov.br/images/Artigos_Publicacoes/Rename/Rename-2014-Julho2015.pdf)
26. Silva EP. O papel dos comitês técnicos de especialistas na gestão de novas tecnologias em saúde. *In* Avaliação de Tecnologias de Saúde: desafios e propostas para a gestão / organizado por Tereza Setsuko Toma et al. São Paulo: Instituto de Saúde, 2015. P. 57-63. [acesso em 30 novembro 2016]. Disponível em: [http://www.saude.sp.gov.br/resources/instituto-de-saude/homepage/temas-saude-coletiva/pdfs/ats\\_inova\\_saude\\_capa\\_miolo\\_errata.pdf](http://www.saude.sp.gov.br/resources/instituto-de-saude/homepage/temas-saude-coletiva/pdfs/ats_inova_saude_capa_miolo_errata.pdf)



27. Gadelha MIP. O papel dos médicos na judicialização da Saúde. Revista CEJ, Brasília, Ano XVIII. 2014;62:65-70. [acesso em 30 novembro 2016]. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1862/1813>

---

*Submetido em: 23.1.2017*  
*Aprovado em: 23.3.2017*

**Como citar este artigo:**

Toma TS, Soares AC, Siqueira PSF, Domingues R. Estratégias para lidar com as ações judiciais de medicamentos no estado de São Paulo. *Revista Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*. 2017 jan./mar, 6(1):35-54.



## Parcerias entre Universidades e Poder Judiciário: experiência de Minas Gerais

Partnerships between universities and Judiciary: Minas Gerais experience

Las asociaciones entre Universidad y Poder Judicial: la experiencia de Minas Gerais

José Luiz Nogueira<sup>1</sup>  
Lélia Carvalho<sup>2</sup>  
Luciana Dadalto<sup>3</sup>

**RESUMO:** O presente artigo científico tem como objetivo apresentar a parceria entre o NATS do HC-UFMG com o Tribunal de Justiça de Minas Gerais para emissão de notas técnicas em processos que envolvam judicialização da saúde. Para tanto, apresenta-se um caso real, em que a nota técnica emitida demonstra a falta de evidência científica para a requisição do medicamento pretendido e a falta de entendimento do Poder Judiciário para decisões mais acertadas. Ao longo do desenvolvimento, demonstra-se os resultados e os desafios do trabalho do NATS, concluindo pela necessidade em reforçar e posteriormente rever o papel do NATS na judicialização da saúde.

**Palavras-chave:** Direito à saúde. Medicamentos. Ações Judiciais.

**ABSTRACT:** This research paper aims to present the partnership between NATS HC -UFMG and the Court of Justice of Minas Gerais to issue technical notes in processes involving health judicialization. Therefore, it presents a real case, in which the technical note issued demonstrates the lack of scientific evidence to the request of the desired product and the lack of understanding of the judiciary to better decisions. Throughout the development, it demonstrates the results and challenges of NATS's work, concluding with the need to strengthen and then review the role of NATS in health judicialization.

Keywords: Legal right to health. Drugs. Judicial suits.

**RESUMEN:** Este trabajo de investigación tiene como objetivo presentar la asociación entre NATS HC -UFMG con el Tribunal de Justicia de Minas Gerais para emitir notas técnicas en los procesos que implican la legalización de la salud. Por lo tanto, se presenta un caso real, en que la nota técnica emitida demuestra la falta de evidencia científica a la solicitud del producto deseado y la falta de entendimiento del Poder Judicial a mejores decisiones. A lo largo del desarrollo, demuestra los resultados y desafíos del trabajo del NATS, concluyendo con la necesidad de fortalecer y luego revisar el papel del NATS en la judicialización de la salud.

**Palavras-llave:** Derecho a la salud. Medicamentos. Acciones judiciales.

<sup>1</sup> Médico Especialista em Clínica Médica pelo Hospital das Clínicas-UFMG. Médico do Hospital das Clínicas. Coordenador do Núcleo de Avaliação de Tecnologia em Saúde (NATS) do HC-UFMG. [joseluizsnogueira@gmail.com](mailto:joseluizsnogueira@gmail.com)

<sup>2</sup> Médica especialista em Pediatria. Mestre em Saúde da Criança e do Adolescente pela Faculdade de Medicina pela UFMG. Médica do NATS – HC-UFMG – EBSEH. E-mail: [leliamac@gmail.com](mailto:leliamac@gmail.com).

<sup>3</sup> Doutora em Ciências da Saúde pela faculdade de Medicina de Minas Gerais. Mestre em Direito Privado pela PUC-Minas. Advogada. Professora do Centro Universitário Newton Paiva e da Faculdade Batista. Email: [luciana@dadaltoecarvalho.com.br](mailto:luciana@dadaltoecarvalho.com.br)



## Introdução

### Relato de Caso

Trata-se de requisição de Nota Técnica (NT) pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), endereçada para o Núcleo de Avaliação em Tecnologia em Saúde do Hospital das Clínicas da Universidade Federal de Minas Gerais (NATS HC/UFMG), sobre a indicação dos medicamentos TRASTUZUMABE e PERTUZUMABE, para tratamento de paciente do sexo feminino, diagnosticada com adenocarcinoma de cólon metastático (CID-10 C18).

Em abril de 2013, foi submetida à retossigmoidectomia associada à ressecção da parede da bexiga, ovário e trompa esquerdos, devido abdome agudo perfurativo. Foi evidenciada metástase para o pulmão, linfonodos de cadeia mamária à esquerda e fígado. Iniciou quimioterapia sistêmica com FOLFIRI (flourouracil, leucovorin e irinotecano) em combinação com bevacizumabe, obtido judicialmente. Em setembro de 2013 foi submetida hepatectomia direita regrada + enucleação de nódulos em lobo esquerdo + linfadenectomia + fechamento da ileostomia. Em outubro de 2013 fez retirada das lesões metastáticas do pulmão. Em novembro de 2013 iniciou tratamento adjuvante com Xelox® (capecitabina). Entretanto, a paciente com um ciclo desenvolveu intolerância e o tratamento foi interrompido, dando início ao esquema quimioterápico FOLFOX (fluorouracil, leucovorin e oxaliplatina). Após quatro ciclos, os exames de imagem evidenciaram recidiva da doença em cólon ascendente.

Em fevereiro de 2014 foi reiniciada quimioterapia com FOLFIRI + Bevacizumabe, obtido judicialmente. Após 10 ciclos apresentou progressão clínica da doença e sintomas de toxicidade limitantes. Em novembro de 2014 foi iniciado o tratamento com regorafenibe, obtido judicialmente, que fez uso até março de 2015, quando foi detectada nova progressão da doença.

Em março de 2015 iniciou tratamento com trastuzumabe emtansina - Kadcyła® (terapia utilizada em câncer de mama), que foi obtido judicialmente e utilizado na paciente, pelo fato da mesma possuir marcador tumoral semelhante, (HER2+), conforme justificativa do médico assistente, mesmo sabendo que se tratava de tratamento experimental. A paciente realizou aplicações de trastuzumabe emtansina em março, abril, maio e junho de 2015. Entretanto, evoluiu com progressão tumoral em pulmão e cólon transverso.



Foi então judicializado outro esquema: trastuzumabe + pertuzumabe + capecitabina (novamente esquema experimental) e solicitada avaliação do caso pelo NATS, que após análise técnica, verificou que os medicamentos Kadcyła® (trastuzumabe emtansina) e Perjeta® (pertuzumabe) foram indicados fora de bula, pois não há nenhuma base científica que corrobore o fato de pacientes portadores de câncer colorretal com HER2-positivo, possam ser tratados com o mesmo esquema terapêutico de pacientes portadoras de câncer de mama com HER2-positivo. Trata-se de abordagem terapêutica absolutamente empírica e experimental, diante de um quadro grave, de prognóstico sombrio, de uma paciente submetida a várias intervenções cirúrgicas e pelo menos oito linhas de tratamento. Além do mais não há indicação de bula do uso do trastuzumabe emtansina, assim como o pertuzumabe para tratamento de câncer colorretal. O custo aproximado de toda medicação judicializada é aproximadamente R\$1.000.000,00.

Assim, a conclusão foi pela não recomendação dos medicamentos para o tratamento proposto com base em total falta de evidências científicas (1). No entanto, o resultado do julgamento em segunda instância, por dois votos a um, foi pelo deferimento do medicamento apesar da inexistência de qualquer evidência e da demonstração que o tratamento proposto é experimental. Apesar de não haver cruzamento de dados entre as notas técnicas elaboradas pelo NATS e a o resultado do processo judicial, a maioria das decisões tem concordância com as recomendações do NATS.

## Contextualização

O convênio entre NATS HC-UFMG, SES e TJMG foi firmado em 2012, como uma ação do TJMG à recomendação n. 31/2010 do CNJ (2). O objetivo é a produção de Notas Técnicas a partir da solicitação dos juízes. As justificativas para o convênio são:

Considerando o aumento exponencial das demandas judiciais que objetivam acesso insumos de saúde;

Considerando as dificuldades dos magistrados em formar convencimento alinhado com a realidade das demandas que envolvam questões de saúde, em razão da complexidade da matéria, instruídas as ações com relatórios em linguagem técnica;

Considerando que a concessão de liminar nesse tipo de feito acarreta, não raro, dispêndio desnecessário de cifras elevadas, com comprometimento do erário, por não disporem os magistrados de instrumentos próprios ao esclarecimento das questões relacionadas, com o uso dos quais poderiam dar solução adequada às demandas;



Considerando a diversidade de alternativas de tratamento, em termos tecnológicos, que vêm sendo colocadas à disposição pela ANVISA, e a necessidade de conhecimento e avaliação delas para que se dê ao processo o desate mais justo, tanto para o requerente das medidas judiciais quanto para o Poder Público;

Considerando o disposto nas Recomendações nº 31/2010 e nº 36/2011, do Conselho Nacional de Justiça, por meio das quais aquele Órgão sugere aos Tribunais Estaduais e Federais, a celebração de convênios para disponibilização de apoio técnico aos magistrados na formação de seu convencimento quando da apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes nas ações relativas à saúde;

Considerando que esse apoio, para ser efetivo e ter eficácia, deve ser fornecido por profissionais capazes de prestar ao magistrado uma consultoria técnica que o oriente sobre os diversos aspectos e intercorrências que permeiam a questão<sup>4</sup>.

A estratégia para constituir a parceria, que desencadeou o convênio TJ/SES/NATS foi o financiamento realizado pelo Gestor Estadual, através de contrato entre SES e Fundação de apoio à Universidade para remuneração das atividades dos NATS e um termo de Cooperação entre TJ e SES, para dar legitimidade a todo processo. O NATS responde técnica e diretamente apenas ao Poder Judiciário.

Ressalte-se que o convênio só foi possível em virtude de parceria prévia do NATS HC-UFMG com o Grupo de Avaliação de Tecnologias (GATS) da UNIMED Belo Horizonte desde 2006, que já tinha experiência em elaboração de notas técnicas embasadas em medicina baseada em evidências (MBE)<sup>5</sup> (3). Juntas, portanto as duas instituições vêm de longa trajetória na discussão de avaliação de tecnologia em saúde (ATS), além do desenvolvimento de vários projetos junto ao Ministério da Saúde, Agencia Nacional de saúde, Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS) e outros. Como é importante para o Tribunal de Justiça trabalhar com uma instituição pública, acadêmica e, sobretudo sem conflitos de interesses o NATS apresentava, em 2012, época da assinatura do contrato, condições técnicas e operacionais de responder às demandas do Poder Judiciário.

Essas parcerias pretéritas possibilitaram ao NATS a feitura e desenvolvimento do convênio com o TJMG pois, em 2012, o NATS tinha profissionais e *know how* suficientes

---

<sup>4</sup>Estes considerandos estão na minuta do termo de referência para definição dos requisitos técnicos e operacionais exigidos das empresas especializadas no fornecimento de notas técnicas, elaborada pela assessoria do TJMG, mas que nunca foi assinado em virtude dos entraves burocráticos citados nesse artigo.

<sup>5</sup>“MBE se traduz pela prática da medicina em um contexto em que a experiência clínica é integrada com a capacidade de analisar criticamente e aplicar de forma racional a informação científica de forma a melhorar a qualidade da assistência médica”. LOPES, A. A. Medicina Baseada em Evidências: a arte de aplicar o conhecimento científico na prática clínica. Rev Ass Med Brasil 2000; 46(3), p. 285.



para elaborar notas técnicas para os processos judiciais, assim como a manutenção e eventual ampliação do convênio.

Ademais, desde o ano de 2015, o NATS HC-UFMG coordena um curso semestral de Prática de Saúde Baseada em Evidências, para profissionais tanto do HC quanto de outras instituições públicas, com objetivo de aplicação dos conhecimentos na assistência, ensino e formação de profissionais capacitados em ATS que, eventualmente elaboram as notas técnicas emitidas pelo NATS.

### **A Judicialização da Saúde e os NATS**

O artigo 196 da Constituição Federal dispõe que: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (4).

Para materializar o disposto nesse artigo foi criado o Sistema Único de Saúde (SUS), projeto que assume e consagra os princípios da Universalidade, Equidade e Integralidade da atenção à saúde da população (5).

Ocorre que a consolidação do SUS enfrenta dificuldades, próprias de uma sociedade com processo democrático recente, enormes déficits sociais e na qual vicejam distintas concepções acerca do tamanho e do papel do Estado e da Política de Seguridade Social. Há uma tensão permanente entre os avanços sociais alcançados e as barreiras e retrocessos impostos (5). Uma dessas barreiras é a chamada judicialização da saúde.

Iniciada em período mais recente, nos últimos dez anos muito atrelada a um processo geral de judicialização da sociedade brasileira, com consequências importantes na consolidação do SUS. Diversas são as causas atribuídas à judicialização da saúde, mas aqui optou-se por analisar cinco delas, assumindo, o caráter resumido dessa análise:

a) Interpretação extensiva do art.196 da Constituição Federal: A maior parte dos atores que protagoniza a judicialização da saúde utiliza apenas a primeira parte do artigo “a saúde é direito de todos e dever do Estado” para justificar uma suposta obrigação estatal de prover tudo o que se refere à saúde aos cidadãos brasileiros. Estes atores, escondidos na justificativa de estarem aplicando preceito constitucional, interpretando-o de forma absurdamente extensiva, desconsideram as consequências desse suposto dever do Estado de prover a plena saúde a todos.



b) Formação médica no Brasil: os médicos brasileiros são formados, quase em sua totalidade, para um exercício profissional liberal, muito distante das necessidades sanitárias da população, uma vez que o exercício da medicina no consultório privado é muito diferente do exercício na saúde pública. Assim, há um verdadeiro paradoxo entre a formação e o exercício profissional, uma vez que a maior parte dos médicos trabalha no SUS, mesmo que parcialmente. Além disso, a formação médica atual, voltada para medicina de mercado – aquela ligada predominantemente à procedimentos -, deixa lacunas no conhecimento técnico, pois não prepara o profissional para uma visão mais crítica e integral da medicina voltada para saúde pública – ligada aos processos que envolvem a saúde, tornando o profissional, dessa forma, uma presa fácil para uma medicina de mercado, que impõe prescrições de medicamentos e solicitações de exames de maneira acrítica.

c) Concepção de que as políticas públicas são ruins ou os investimentos, insuficientes: é frequente o uso desse lugar comum para justificar a judicialização e formar o convencimento dos magistrados. No entanto, quando analisadas as demandas judiciais, percebe-se que os temas são recorrentes: medicamentos de alto custo, prótese importadas, medicamentos de marca, obstinação terapêutica, desconhecimento das políticas públicas, entre outros (6). É importante ressaltar que o país tem um importante arsenal normativo sobre padronização de medicamentos essenciais e especializados, rol de procedimentos tanto do poder público como da saúde suplementar, diversas diretrizes e protocolos em todos os níveis de atenção. No entanto, pouco consultados ou conhecidos.

d) A ideia de que a Medicina é um bem de mercado e a Saúde um bem de consumo: os médicos com baixa qualificação técnica, atrelada à pressão feita pelos laboratórios farmacêutico e pelas indústrias de equipamentos, levam a distorções, práticas equivocadas e desvios éticos, associado a um acesso ilimitado a informações leigas e direcionadas ao consumo. No limite, tratam-se como direitos, tecnologias que não melhoram nem curam, e que, na maior parte das vezes aumentam o sofrimento e reduzem a vida do paciente (7).

e) Omissão do julgador: O Judiciário parte da falácia da inquestionabilidade da prescrição médica, pois o julgador não possui bases técnicas para definir se o pleito é devido e está baseado em evidências. Ao final, tem-se a imposição de um poder (o médico) a outro poder (o Executivo) intermediada pelo Judiciário, de modo que o Poder Judiciário passa a ser um meio operacional de incorporação – acrítica- de tecnologias e da disseminação do



seu uso em escala comercial, muitas vezes medicamentos não essenciais ou não garantidos em termos de eficácia e segurança (7).

Ações mais recentes do Ministério da Saúde (MS) e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), assim como iniciativas pontuais e cada vez mais frequentes de membros do Poder Judiciário estão questionando este *modus operandi*, influenciando a interpretação do artigo 196 para “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas, além de afirmar que o SUS brasileiro se funda na Medicina baseada em evidências (art. 19-Q, § 2º, nº I. da Lei 8.080/90, com a redação dada pela Lei 12.401/11)”, sendo este, “minimamente, o ponto de equilíbrio entre a efetividade do direito à saúde e a chamada cláusula da reserva do possível” (8), sendo a tecnologia efetiva. Se não for, não há direito à saúde no caso.

Ocorre que as políticas públicas possuem algumas falhas ao aplicar, no caso concreto, os princípios do SUS, e a judicialização deve ser vista como um instrumento excepcional, não como regra do sistema. As principais medidas adotadas foram o uso de evidência científica na tomada de decisão dos Poderes Executivo e Judiciário e a preocupação com a sustentabilidade do financiamento da saúde.

### **Histórico da Avaliação de Tecnologias em Saúde evolução dos gastos em sentenças judiciais na saúde (ATS) no Ministério da Saúde (MS)**

De acordo com informações do site do MS (9), a estruturação da área de ATS foi iniciada com a criação do Conselho de Ciência, Tecnologia e Inovação em Saúde (CCTI), em 2003. O Conselho é responsável pela condução de diretrizes e pela promoção da avaliação tecnológica para incorporação de novos produtos e processos pelos gestores, prestadores e profissionais dos serviços no SUS.

Dentro de sua estrutura, o Departamento de Ciência e Tecnologia (Decit) criou, em 2005, uma área voltada para a ATS, para consolidar o trabalho desenvolvido pelo grupo técnico (GT/ATS), com os seguintes propósitos: promover estudos de ATS para subsidiar a tomada de decisão no SUS, monitorar a utilização de tecnologias já incorporadas ao SUS, capacitar os gestores e profissionais de saúde e disseminar resultados da ATS para os gestores.



Se entende por tecnologias em saúde: medicamentos, dispositivos médicos, procedimentos, sistemas organizacionais e de suporte dentro dos quais os cuidados à saúde são oferecidos e exames diagnósticos.

Lançada em 2008, a Rede Brasileira de Avaliação de Tecnologias em Saúde (Rebrats) tem por princípio o estabelecimento de elos entre pesquisa, política, gestão e pesquisa. Coordenada pelo Decit, a rede reúne instituições gestoras do SUS, instituições de ensino e pesquisa, unidades de saúde, hospitais, sociedades profissionais e de usuários.

Alguns resultados das atividades desenvolvidas pelos grupos de trabalho da rede foram: a implantação de NATS em hospitais públicos de ensino.

Os NATS em Hospitais de Ensino são compostos, inicialmente, por 24 instituições de todas as regiões do País.

Os NATS buscam introduzir a cultura de ATS nesses hospitais, por meio da utilização de evidências disponíveis para auxiliar o gestor hospitalar a tomar decisões quanto à inclusão de novas tecnologias, à avaliação de tecnologias difundidas e ao uso racional.

São atribuições dos NATS:

- I – promover capacidade técnica para a inserção de instituições na Rede Nacional de Avaliação de Tecnologias em Saúde (REBRATS);
- II - desenvolver ações para a capacitação permanente de profissionais e técnicos;
- III - incentivar e produzir pesquisas, estudos e revisões sistemáticas voltadas ao uso da evidência científica na tomada de decisão;
- IV - coordenar a revisão de diretrizes clínicas dos hospitais, em consonância com as necessidades do SUS;
- V - incentivar e capacitar tutores para orientar alunos e profissionais de saúde para executar atividades de ensino e pesquisa voltados para avaliação de tecnologias em saúde;
- VI - sensibilizar e incentivar os profissionais dos hospitais à introdução da cultura de avaliação de tecnologias em saúde; e
- VII - fomentar a articulação entre ensino e serviço na área de avaliação de tecnologias em saúde e saúde baseada em evidências. (10)



## **As origens do NATS HC-UFMG**

O HATS HC/UFMG foi fundado em 2008 como Órgão Assessor da Diretoria do Hospital das Clínicas e referendado pelo Reitor da UFMG em 2009. Em 2009, atendendo a edital do MS foi reconhecido como Centro de Avaliação de Tecnologias em Saúde passando a fazer parte da REBRATS.

O HC/UFMG é um hospital de ensino, público e federal, que tem a missão de “desenvolver a assistência na área da saúde, com eficácia e eficiência e, de forma indissociável e integrada, o ensino, a pesquisa e a extensão, constituindo-se como referência junto à sociedade” (11).

O NATS fornece análises críticas sobre novas tecnologias e processos, seu valor clínico e suas possibilidades de incorporação na prática clínica, além de promover a prática em saúde baseada em evidências, por meio de núcleos de estudos, prática e disseminação do conhecimento, assim como a cultura dos ciclos de melhoria pelo aprendizado e liderança compartilhados.

Oferece uma gama de serviços como projeto de extensão, particularmente instituições governamentais e empresas do ramo de saúde. O NATS HC/UFMG desenvolve projetos e parcerias com MS (DECIT, CONITEC), Agência Nacional de Vigilância de Saúde (ANVISA), Programa de Desenvolvimento das Nações Unidas (PNUD), Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS) e IATS (Instituto de Avaliação de Tecnologias em Saúde).



## Procedimento de Elaboração da Nota Técnica

As NT elaboradas seguem o seguinte fluxo:

**Figura 1** – Fluxo na solicitação/elaboração da NT pelo NATS HC-UFMG

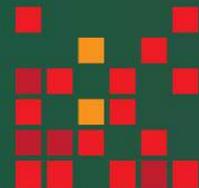


## Caracterização da Nota Técnica

Os avanços científicos da Medicina nos últimos anos, as facilidades crescentes nas tecnologias de informação e comunicação significam grandes desafios para os profissionais de saúde. Sobrecarregados com tanta informação, com frequência se veem confundidos por propagandas enganosas de efeitos benéficos exagerados de medicamentos e procedimentos. Para tal, a medicina baseada em evidência (MBE) procura integrar a experiência clínica com a melhor evidência externa disponível oriunda da pesquisa sistemática da literatura científica. Para confecção da NT para o Poder Judiciário são utilizados os princípios da MBE descritos de forma resumida a seguir:

### Estrutura mínima da NT:

a) Solicitação: reproduz a demanda do judiciário e os relatórios dos profissionais de saúde sobre a demanda.



b) Descritores de ciência em saúde (DeCS): foram criados pela Biblioteca Virtual em Saúde (BIREME) para uso na indexação de artigos de revistas científicas, livros, anais de congressos, relatórios técnicos, e outros tipos de materiais, assim como para ser usado na pesquisa e recuperação de assuntos da literatura científica nas bases de dados LILACS, MEDLINE e outras.

c) Contexto clínico: resumo sobre a doença em questão, com dados epidemiológicos.

d) Descrição da tecnologia a ser avaliada: especifica os detalhes da tecnologia solicitada (seja medicamento, produto para saúde, procedimentos em saúde, exames complementares, etc)

e) Pergunta estruturada: P.I.C.O. representa um acrônimo para Paciente, Intervenção, Comparação e “*Outcomes*” (desfecho). Esses quatro componentes são os elementos fundamentais da questão de pesquisa e da construção da pergunta para a busca bibliográfica de evidências.

f) Estratégia de busca: realizada nas bases de dados científicas, de acordo com a pergunta estruturada. Deve ser passível de ser reproduzida. A partir dessa busca serão selecionados os estudos científicos que irão “responder” à pergunta P.I.C.O.

g) Resultado da revisão da literatura: São apresentados os estudos selecionados (a melhor evidência científica disponível, ou não, sobre o tema em questão). Deverá ser realizada uma avaliação crítica da literatura disponibilizada com relação ao (s) tipo (s) de estudo, se metodologia científica foi adequada. O ponto final será definir se baseado nos estudos encontrados, se a evidência científica é forte, fraca ou mesmo inexistente, sobre a tecnologia em questão.

h) Disponibilidade ou opções terapêuticas no SUS: Informar se a tecnologia é disponibilizada pelo SUS ou não.

i) Considerações: Discussão sobre os estudos encontrados na literatura científica e correlacionar as evidências científicas com a tecnologia demandada.

j. Recomendação – Recomendação técnica final do NATS, a favor ou contra a tecnologia solicitada para o caso clínico em questão.

As NT nem sempre incluem o preço da tecnologia. Se for medicamento, é consultada a lista CMED, mas se for produto para saúde, geralmente faz-se busca manual no *google*.



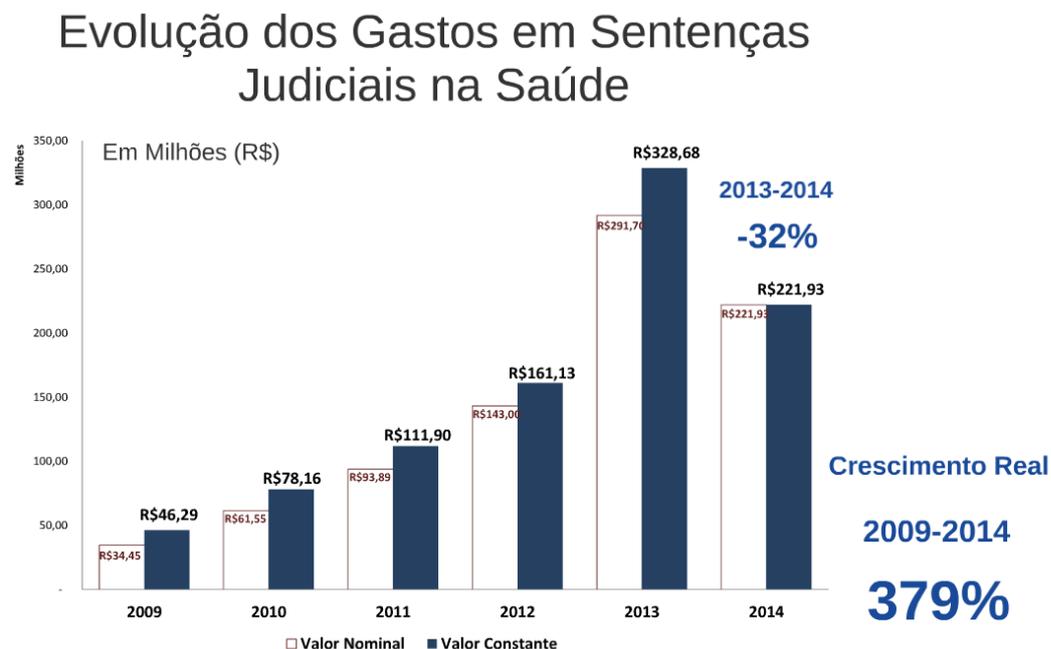
## Resultados

Desde o início do convênio já foram elaboradas cerca de 2.000 notas técnicas, sendo que 1600 foram elaboradas em processos em tramitação na primeira instância e 400 em processos em tramitação na segunda instância, sendo atendidas 114 comarcas.

O Poder Judiciário de Minas Gerais já se manifestou em fóruns e congressos acerca da importância das informações técnicas, prestadas pelas NT, para a tomadas de decisões. As NT fornecidas pelo NATS se mostram de grande valia, porque permitem aos magistrados decidir a partir de informações sobre a evidência científica daquilo que estava sendo apreciado. Inclusive, a liderança da Desembargadora aposentada do TJMG Vanessa Verdolim Hudson Andrade e do desembargador H Renato Dresch, também do TJMG, ferrenho defensor do uso da MBE nos processos que envolvem a judicialização, foi e continua sendo indispensável para o sucesso do trabalho do NATS e para a aceitação do mesmo junto aos magistrados.

Com a medida, busca-se evitar a proliferação de decisões judiciais muitas vezes destituídas da boa técnica médica, com benefícios para todos, o que resulta, também, no uso mais racional e adequado dos recursos públicos.

Dois resultados imediatos advieram deste convênio: Primeiro, a mudança de entendimento dos membros do Poder Judiciário, com membros defendendo a tese da Justiça Baseada em Evidências. E em segundo, a surpreendente reversão de gastos do Estado de Minas Gerais com as ações judicializadas: (12)

**Figura 2 – Evolução dos gastos com sentenças Judiciais na Saúde**

Fonte: Armazém de Informações SIAFI

## Desafios

### a) Financiamento

O convênio entre NATS HC-UFMG, SES e TJMG foi realizado entre 2012-2014, portanto, no momento em que esse artigo é escrito, agosto de 2016, o referido convênio não está em vigor. Isso porque entraves burocráticos impediram que a Procuradoria do Estado conseguisse viabilizar a continuidade do convênio, uma vez que há um novo entendimento por parte da Procuradoria no qual a contratação com a Fundação de Ensino e Pesquisa da UFMG (FUNDEP-UFMG) só é possível mediante prévia licitação. Pelo exposto, atualmente o NATS só tem elaborado NT para a saúde suplementar, por meio de um termo de cooperação firmada entre o TJMG e o Instituto Brasileiro para Estudo e Desenvolvimento do Setor de Saúde (IBEDESS), desde 2014 e que já possibilitou a elaboração de 160 NT em processos judiciais em tramitação em 12 comarcas de Minas Gerais. Portanto, é necessário um arranjo institucional que dê garantias de continuidade para atuação do NATS.



No dia 23 de agosto de 2016 foi assinado um termo de cooperação entre o MS e o CNJ (13) para possibilitar acesso dos magistrados a pareceres e estudos clínicos de MBE. Contudo, ainda não está claro como esse termo afetará o trabalho do NATS.

#### b) Convencimento do Magistrado

É fundamental para o Poder Judiciário e, especialmente para a manutenção da discricionariedade do juiz que a instituição que elabora as Notas Técnicas seja absolutamente isenta de conflitos, além de ser referência técnica para a sociedade. E, com estas características, o NATS HC-UFMG se apresenta como opção em Minas, o que se insere nas hipóteses de dispensa de licitação conforme art. 24, XIII (14), da lei federal 8.666/93.

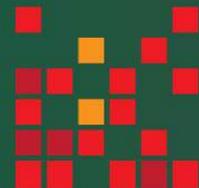
O diferencial do serviço prestado pelo NATS para o Poder Judiciário tem como base análise essencialmente técnica, baseada na melhor evidência científica disponível, sobre a tecnologia em questão.

#### c) Aproximação com o Poder Judiciário

Com o objetivo de conscientizar os magistrados da importância do trabalho desenvolvido, o NATS participa de todos os fóruns que é convidado, pois nesses eventos é possível expor o trabalho e a metodologia desenvolvidos, sendo palpável o aumento exponencial na demanda e o maior entendimento da importância em seguir as conclusões das NT com essas participações. Todavia ainda existem desafios, como os apresentados abaixo:

Transcrever os termos médicos técnicos de forma a fornecer clareza e compreensão para os magistrados, sem comprometer a evidência científica é um desafio a ser aprimorado sempre, especialmente porque o NATS HC-UFMG nunca teve verba para contratar profissionais ou estagiários do Direito para auxiliá-los na elaboração das NT.

Outra dificuldade encontrada é o tempo exíguo para resposta, pois os magistrados concediam entre 48 e 72 horas para a elaboração da NT. Isso porque muitas vezes, dependendo do grau de dificuldade do assunto, a busca pela melhor evidência dentro das bases de dados científicas disponíveis, a leitura crítica dessa literatura encontrada e a transcrição em forma de NT dentro de uma linguagem acessível é também um constante exercício de aperfeiçoamento para os profissionais. Além disso, a nota técnica, sempre passa pela revisão de outro médico, que tem o importante papel, não só de avaliar o documento do ponto de vista técnico, como também de levantar e apontar dúvidas à respeito



da clareza daquilo que foi explicado tecnicamente. Essa revisão muitas vezes não acontece uma única vez, até que o documento final seja liberado. E, com o tempo exíguo, muitas vezes não é possível se ater a todos os detalhes.

A falta de acesso ao resultado final da demanda também é um desafio para o convênio, pois os profissionais que emitem as NT têm interesse em saber se as NT produzidas são relevantes para o deslinde da demanda, até para aperfeiçoarem seu trabalho. Contudo, como o NATS não conta com profissional do direito apoiando, não consegue ter acesso às decisões, seja porque os profissionais não compreendem a linguagem esposada nas sentenças e acórdãos, quer porque não possuem condições de irem até as comarcas do interior para extraírem cópias das decisões.

#### d) Participação dos gestores

A participação dos gestores é vital para aprimoramento dos processos e para a efetividade do trabalho desenvolvido pelos NATS. Isso porque um gestor comprometido consegue analisar e usar os resultados do trabalho do NATS como um observatório de problemas que devem ser enfrentados e, assim, contribuir para a diminuição da judicialização e melhorar seus próprios processos.

A título de exemplo, ficam aqui duas sugestões para atuações dos gestores:

- Registro e monitoramento dos pacientes dos casos judicializados e deferidos mais frequentes e onerosos (como por exemplo, medicamentos oncológicos e produtos para saúde utilizados em procedimentos cirúrgicos)
- Organizar um ambulatório para os pacientes com degeneração macular relacionada com a idade (DMRI) que tiveram seus pedidos deferidos a favor do tratamento com injeção intra-vítrea de medicação antiangiogênica, com a finalidade de verificar se permanecem as condições clínicas mínimas para aplicação da terapia. Embora haja evidência do tratamento, muitos pacientes já perderam a oportunidade de obter resultados com a terapia no momento da aplicação.

#### e) Fóruns de discussão com a sociedade médica

A aproximação com os médicos prescritores é um grande desafio da parceria, pois é necessária a conscientização destes profissionais acerca do impacto social e econômico que a prescrição sem evidência científica provoca. Essa conscientização precisa ser feita por meio de fóruns de discussão com a sociedade médica e, enquanto não for feita os



processos que envolvem judicialização da saúde continuarão necessitam da emissão de NT com a finalidade de demonstrar a posição da MBE sobre a prescrição médica.

### Considerações finais

Percebe-se com o caso concreto apresentado que o NATS pode ajudar a diminuir o custo do Poder Público com a judicialização da saúde. Atualmente, essa ajuda se dá com a emissão de NT, com o objetivo de amparar as decisões judiciais, contudo, emitir NT eternamente não é solução para o problema da judicialização da saúde e nem figura nos objetivos do NATS HC-UFMG.

O que o NATS HC-UFMG percebeu nesses anos de convênio com o TJMG é que não há solução única e sim a necessidade de contínuo processo de integração entre os atores que compõe a judicialização da saúde: gestores, médicos prescritores, magistrados, universidades e pacientes e o NATS pode ser ator neutro para mediar essa integração.

### Referências

1. Núcleo de Avaliação de Tecnologias em Saúde da Universidade Federal de Minas Gerais. Nota Técnica sobre a indicação dos medicamentos trastuzumabe e pertuzumabe para tratamento de adenocarcinoma de cólon metastático, de 09 de setembro de 2015.
2. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação 31 de 31 de março de 2010. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/files/atos\\_administrativos/recomendao-n31-30-03-2010-presidencia.pdf](http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/recomendao-n31-30-03-2010-presidencia.pdf)> Acesso em 20 ago. 2016.
3. Lopes, A. A. Medicina Baseada em Evidências: a arte de aplicar o conhecimento científico na prática clínica. *RevAssMed Brasil* 2000; 46(3), p. 285-8.
4. Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm) Acesso em 20 ago. 2016.
5. Teixeira, C. Os princípios do Sistema Único de Saúde. Disponível em: [http://www.saude.ba.gov.br/pdf/OS\\_PRINCIPIOS\\_DO\\_SUS.pdf](http://www.saude.ba.gov.br/pdf/OS_PRINCIPIOS_DO_SUS.pdf) Acesso em 22 ago. 2016.
6. Araújo, C P. A judicialização da saúde e a necessidade de assessoramento técnico do Juiz para decidir. Disponível em: <http://www.comitesaudemg.com.br/www/wp-content/uploads/2016/03/Artigo-livro-Rodrigo-vers%C3%A3o-final.pdf> Acesso em 25 ago. 2016.



7. Gadelha, MIP. O papel dos médicos na judicialização da saúde. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XVIII, n. 62, p. 65-70, jan./abril 2014.
8. Justiça Federal de Minas Gerais. Ação Ordinária n. 79631-83.2014.4.01.3800. Juiz de Direito Marcelo Dolzany da Costa. 16<sup>o</sup> Vara da Federal. DJ: 17.04.2015.
9. Ministério da Saúde. Ciência, Tecnologia e Inovação em Saúde. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/folder/folder%20institucional.pdf>. Acesso em 22 ago. 2016.
10. Rede Brasileira de Avaliação de Tecnologias em Saúde. NATS. Disponível em: <http://rebrats.saude.gov.br/institucional/nats>. Acesso em 22 ago. 2016.
11. Hospital das Clínicas da Universidade Federal de Minas Gerais. Missão, visão e valores. Disponível em <<http://www.ebserh.gov.br/web/hc-ufmg/missao-visao-e-valores>>, Acesso em 23 ago. 2016.
12. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Impacto Orçamentário da judicialização da saúde no SUS. Disponível em [www.tce.mg.gov.br](http://www.tce.mg.gov.br) Acesso em 24 ago. 2016.
13. Ministério da Saúde. Termo de cooperação vai dar apoio técnico nas ações da saúde. Disponível em: < <http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/principal/agencia-saude/25231-termo-de-cooperacao-vai-dar-apoio-tecnico-nas-acoes-da-saude>>, acesso em 24 ago. 2016.
14. Brasil. Lei 8.666 de 21 de junho de 1993. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm)>. Acesso em 23 ago. 2016.

---

*Recebido em: 13.out.2016*

*Aprovado em: 20.fev.2017*

#### **Como citar este artigo:**

Nogueira JL, Carvalho L, Dadalto L. Parcerias entre Universidades e Poder Judiciário: experiência de Minas Gerais. *Revista Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*. 2017 jan./mar, 6(1): 55-71.



## O Erro médico sob o olhar do Judiciário: uma investigação no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

The medical error under the eyes of the Judiciary: an investigation at the Court of Justice of Federal District and Territories

La mala praxis bajo la mirada del poder judicial: una investigación ante el Tribunal de Justicia del Distrito Federal y Territorios

Talita Rodrigues Gomes<sup>1</sup>  
Maria Célia Delduque<sup>2</sup>

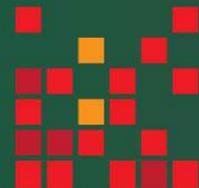
**RESUMO: Objetivo:** A atividade do profissional da área médica pode suscitar em morte do paciente ou o comprometimento de sua integridade física ou de sua saúde, por conduta culposa (negligência, imperícia ou imprudência). Esses atos geram ações de responsabilidade civil levando-o a ressarcir os danos produzidos ao paciente ou ações de responsabilidade penal trazendo consequências criminais agente. **Método** acórdãos em segunda instância disponível no site do TJDFT no período de 2013 a 2015, utilizando os termos “erro médico” no campo disponibilizado para pesquisa resultando um total de 204 processos. **Resultados:** Desta análise 97% dos processos foram julgados pela justiça comum e 3% por julgados especiais; 1% tratavam de dano material, 46% sobre danos morais e 53% relacionados a danos morais e materiais; as especialidades de menor participação nos pleitos de erro médico foram endocrinologia, dermatologia, fisioterapia, pneumologia, proctologia e erros provenientes da farmácia enquanto as com maior número de processos foram gineco-obstetrícia, cirurgia geral e plástica; encontramos ações cujo o réu foi o setor privado em 51%, o setor público 44% e individual em 5% dos processos analisados; as sentenças foram improcedentes em 57%, procedentes em 22% parcialmente procedentes em 19% e extintos em 2% dos processos analisados. **Conclusão:** A influência jurídica dentro da prática médica vem a moldar as atitudes e as práticas de saúde nos serviços motivado pelas repercussões legais e também pelas consequências econômicas para a gestão sendo um reflexo de uma sociedade em que a afirmação de direitos e a ideia de ter sofrido uma lesão compensável é entendida como a responsabilidade de um bom profissional ou de um bom serviço de saúde. O médico não deve ser considerado o único responsável e causador do dano pois é necessário que todas as partes envolvidas estejam engajadas nas mudanças sugeridas pela Organização Mundial de Saúde e que merecem ser implementadas.

**Palavras-chave:** Judicialização. Erro médico. Direito à Saúde. Saúde Pública.

**ABSTRACT: Objective:** Actions related to health professionals can end in death of the patient or impairment of his or her physical integrity and health, through misconduct (negligence, malpractice or recklessness). These actions can lead to civil liability towards compensating damages towards the patient or criminal liability actions towards criminal charges. **Methods:** This article performed a jurisprudential research with data collected from

<sup>1</sup> Mestre em Saúde Coletiva pela Universidade de Brasília. E-mail: talita.prodisa@gmail.com

<sup>2</sup> Professora da Universidade de Brasília, Pesquisadora Associada da Fundação Oswaldo Cruz. Email: mcdelduque@gmail.com



second instance judgments available on the TJDFT website throughout 2013 to 2015, using the terms "medical error" in the research field involving 204 cases. **Results:** From this analysis 97% of the cases were judged by the common justice and 3% by special courts; 1% dealt with material damage, 46% about moral damages and 53% on moral and material damages. Specialties with fewer participation in medical error lawsuits were endocrinology, dermatology, physiotherapy, pneumology, proctology and errors from the pharmacy, whereas lawsuits with most cases were gynecological-obstetrics, general and plastic surgery. We found actions whose defendant was the private sector in 51%, the public sector in 44% and individual in 5% of the analyzed cases. The sentences were dismissed in 57%, ruled in favor of the plaintiff 22% partially in favor 19% and extinguished in 2% of the lawsuits analyzed. **Conclusion:** The legal influence within medical practice shapes health attitudes and practices in medical services motivated by the legal repercussions and also by the economic management consequences as a reflection of a society in which rights affirmation and the idea of undergoing an indemnable injury is understood as the responsibility of a good professional or a good health service. Physicians should not be considered the sole responsible of the harmful event and all parties related should be involved in the changes that deserve to be performed and were once suggested by the world health organization.

**Keywords:** Judicialization. Medical Error. Health Law. Public Health.

**RESUMEN: Objective:** El campo de la medicina de la actividad profesional puede aumentar las tasas de muerte del paciente o el compromiso de su integridad física o su salud, por conducta culposa. Estas acciones generan acciones de responsabilidad que lo llevó a compensar el daño causado a las demandas de los pacientes o de responsabilidad penal que traen consecuencias criminales. **Métodos:** En este artículo se llevó a una investigación judicial de la recolección de datos de los juicios en apelación disponibles en el sitio TJDFT 2013-2015, utilizando los términos "error médico" en el campo correspondiente para la investigación que resulta en un total de 204 casos. **Resultados:** Este análisis el 97% de los casos fueron juzgados por los tribunales ordinarios y 3% por los tribunales especiales; 1% tratada daños materiales, el 46% de daño moral y el 53% en relación con los daños morales y materiales; las especialidades de menor participación en demandas por negligencia médica eran endocrinología, dermatología, fisioterapia, neumología, proctología y los errores de la farmacia, mientras que el mayor número de casos fueron ginecológica y obstetricia, cirugía general y plástica; encontrar acciones que el acusado era el sector privado en un 51%, el sector público 44% e individual 5% de los casos analizados; las frases fueron rechazadas por el 57%, llegando en el 22% parcialmente procedentes en un 19% y se disolvieron en 2% de los casos analizados. **Conclusión:** La influencia jurídica en el ejercicio de la medicina viene a dar forma a las actitudes y las prácticas de salud en los servicios motivados por las repercusiones legales y también las consecuencias económicas para la gestión como un reflejo de una sociedad en que las afirmaciones de los derechos y de la idea de haber sido objeto de una lesión compensable se entiende como la responsabilidad de un buen profesional y un buen servicio de salud. El médico no debe ser considerado el único responsable de causar el daño y es necesario que todas las partes están involucradas en los cambios que merecen ser hecho y que en sugeridos por la Organización Mundial de la Salud.

**Palabras-llave:** Judicialización. La negligencia médica. Derecho a la Salud. Salud Pública



## Introdução

A literatura voltada para estudos dos erros na área de saúde tem crescido nos últimos anos, porém ainda não há uma significativa oferta de estudos publicados sobre como o erro médico enfrentado pelos tribunais, especialmente no Brasil.

Erros relacionado às técnicas e procedimentos médicos podem resultar em tragédia para pacientes e suas famílias, prolongar o tempo de internação e aumentar consideravelmente os custos hospitalares. Para o médico canadense, ícone da medicina moderna, Sir William Osler *Medicine is a science of uncertainty and an art of probability*<sup>3</sup> as atividades médicas implicam em interação entre pessoas, logo, assume-se que a boa prática médica se caracteriza pelo equilíbrio entre o conhecimento científico, a tecnologia disponível e o relacionamento entre médico e paciente. Porém, nem sempre o insucesso terapêutico está ligado à conduta do médico, devendo-se buscar o nexo de causalidade entre os eventos e identificar as possíveis causas associadas (1).

Um paciente em unidade de terapia intensiva recebe em média 178 intervenções por dia e o risco de erro ou evento adverso aumenta em 6% a cada dia de internação (2). Os erros mais frequentes são os erros de prescrição e os de administração, sendo que as drogas mais relacionadas a esses erros são: analgésicos, antibióticos, sedativos, quimioterápicos, drogas de ação cardiovascular e anticoagulantes (3) (4).

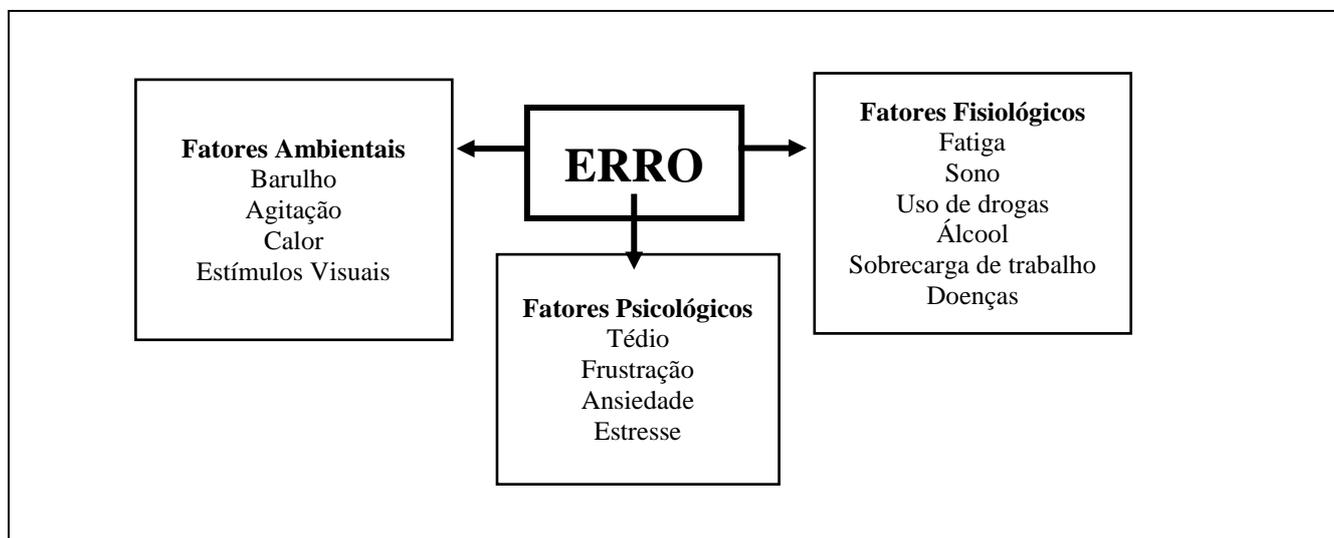
Explica-se o número de erros observados na prática médica pela ausência de mecanismos que diminuam a sua ocorrência, ou que interceptem o erro antes de chegar ao consumidor final – o paciente. Infelizmente, no país, trabalha-se com a premissa de que o profissional de saúde não comete erros e, portanto, não se criam mecanismos de prevenção e correção.

Segundo Carvalho *et. al.* (2) são fatores ambientais, psicológicos e fisiológicos combinados que propiciam o erro na prática da medicina. A figura 1 apresenta os principais fatores que interferem na ocorrência de erros.

<sup>3</sup> Medicina é a ciência da incerteza e uma arte de probabilidade (tradução livre da autora).



**Figura 1** - Principais fatores que interferem na ocorrência de erros



Fonte: Desenvolvido pelas autoras com base na figura descrita por Carvalho *et. al.*

Mas, o erro, seja qual for, consiste em um agir ou em um não-agir, ou seja, uma ação ou uma omissão. Esses estão envoltos na noção clássica de imperícia, negligência ou imprudência, elementos da culpa. A conduta culposa é um conceito dos mais controversos no campo jurídico, porque se refere ao resultado danoso advindo de uma ação ou omissão, havendo nexos causal entre a ação e o resultado, porém o agente não teve a intenção de produzir o resultado. Diferentemente, o dolo é a intenção de produzir um ato danoso ao sujeito destinatário da ação.

Assim, se o médico, em sua atividade profissional, determina a morte do paciente ou o comprometimento de sua integridade física ou de sua saúde, por conduta culposa – negligência, imperícia ou imprudência – responderá pelo seu ato.

Esses atos podem gerar ações de responsabilidade civil ao profissional da Medicina, fazendo-o ressarcir os danos produzidos no paciente, e ações de responsabilidade penal, trazendo consequências criminais ao médico. Tais ações são julgadas pelo Poder Judiciário, *locus* de resolução de conflitos intersubjetivos. São nos tribunais que o erro médico se torna visível aos olhos da sociedade, tratando-se no processo judicial as causas produzidas pelo ato comissivo ou omissivo do profissional, os danos produzidos, o nexos causal e a consequente sentença de reparação.



O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDFT processa e julga ações cíveis e criminais para a reparação de erros médicos ocorridos sob sua jurisdição, por isso, este estudo privilegiou essa instância judiciária da Capital da República, a fim de conhecer as decisões judiciais de 2ª instância sobre o erro médico.

## **Metodologia**

Tratou-se de uma investigação retrospectiva de caráter documental baseada nas decisões judiciais proferidas em sede de Apelação cível ou Apelação criminal, no TJDFT, nos anos entre 2013 e 2015.

Foi feito um levantamento de dados online dos acórdãos em segunda instância, através de pesquisa jurisprudencial disponível no site do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) no período de 01/01/2013 e 01/01/2016, utilizando os termos “erro médico” juntos no campo disponibilizado para pesquisa específica.

Com o intuito de dar embasamento científico para a discussão, foi realizado levantamento bibliográfico nas bases de dados Pubmed/Medline e Biblioteca Virtual da Saúde utilizando os descritores Erro médico/Medical errors/Mala praxis. Foram incluídos no estudo os acórdãos em segunda instância em que o autor ou reclamante era o paciente e os casos em que o réu era o médico assistente e/ou a instituição médica pública ou privada em que o paciente havia sido atendido (clínica, hospital ou plano de saúde). Tratou-se de uma pesquisa essencialmente quantitativa, em que os dados numéricos foram analisados a partir da inserção das informações em planilha eletrônica Excel versão.2013.

Por se tratar de pesquisa documental em base pública, com acesso livre e desembaraçado aos dados, o projeto de pesquisa não foi submetido ao Conselho de Ética em Pesquisa.

## **Resultados e Discussão**

Foram coletados um total de 427 processos no lapso temporal determinado para a pesquisa, sendo que 223 não cumpriram com os critérios de inclusão, apresentando-se ações em segredo de justiça, outras ações que não versavam sobre o erro médico e foram desconsideradas na pesquisa. A amostra final resultou em 202 processos cíveis e criminais sobre erro médico entre 2013 e 2015, no TJDFT.



Do total de 202 processos, no ano de 2013 foram encontrados 86 processos contendo ações judiciais, havendo um pico de aumento das ações sobre erros médicos no ano relatado. Nos anos subsequentes houve um decréscimo de ações judiciais sendo que foram 70 em 2014 e 47 em 2015.

Em 2015, o jornal o Estado de São Paulo (5) publicou extensa matéria sobre o erro médico no Superior Tribunal de Justiça-STJ, chamando a atenção para o acréscimo de 160% do número de ações em relação aos anos anteriores. E em Curitiba, o jornal A Tribuna (6), trouxe a informação de que no Brasil, nos 10 anos anteriores houve um aumento de 1600% de ações judiciais por erro médico e que as condenações de profissionais da medicina estavam em 180% aumentados em relação aos anos anteriores.

Em um estudo recente, erros médicos são apontados como a terceira maior causa de morte nos Estados Unidos num estudo que analisa os dados de mortalidade no país por oito anos, onde constataram que mais de 250 mil mortes por ano são atribuídas a erros (7).

Fujita e Santos (1), em sua investigação junto ao Conselho de Medicina de Goiás, igualmente verificou um aumento de processos por erro médico entre 2000 e 2006, confirmando-se que o número de ações demandadas por pacientes tem aumentado, significativamente.

**Figura 2** - Classificação das ações cíveis e criminais sobre erro médico no TJDFT entre os anos de 2013-2015



Fonte: TJDFT



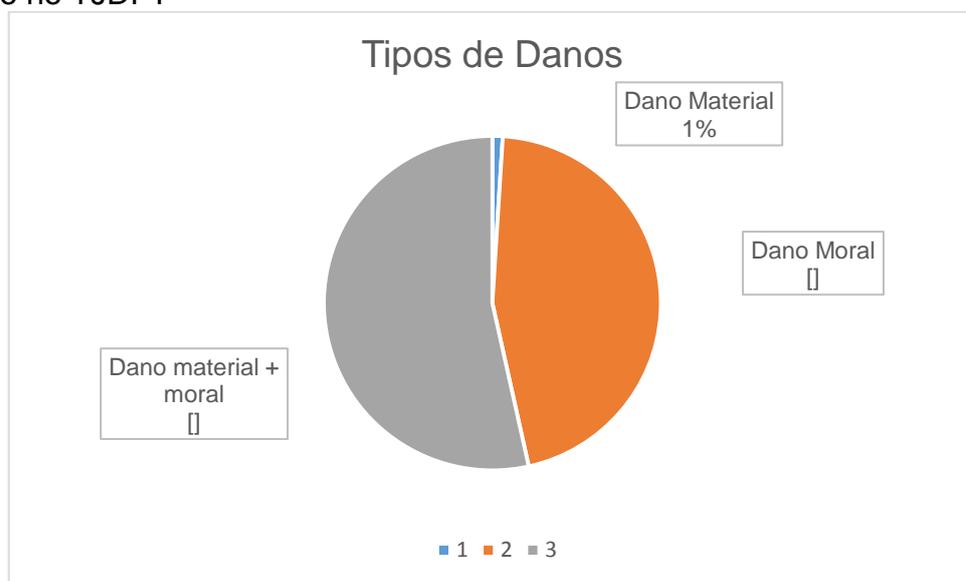
Do total de processos coletados e analisados, incluindo-se a esfera cível e criminal, verificou-se, conforme figura 1, que um número muito reduzido de processos foi proposto nos Juizados Especiais, tendo a maioria sido proposta junto à Justiça Comum.

As vítimas podem recorrer ao Poder Judiciário com ações em âmbito penal, cível e via ação disciplinar junto ao conselho profissional em busca de medidas disciplinares contra o prestador de cuidados de saúde. Antes, porém, é possível a solução do litígio por meio da conciliação onde as partes, vítima e médico, venham a acordar a eventual reparação dos danos havidos, com a consequente homologação pelo juiz. A conciliação implica na renúncia ao direito de queixa ou representação (8).

Os Juizados Especiais são um importante meio de acesso à justiça, pois permitem que cidadãos busquem soluções para seus conflitos cotidianos de forma rápida, eficiente e gratuita. Eles são órgãos do Poder Judiciário, disciplinados pela Lei 9.099/95 (8). Os Juizados Especiais Cíveis servem para conciliar, julgar e executar causas de menor complexidade, que não exceda 40 salários mínimos e os criminais conciliam, julgam e executam infrações penais de menor potencial ofensivo. Nos processos criminais, autor é sempre o Ministério Público.

Os dados demonstram que, sendo mais volumoso os processos da justiça comum, é porque as ações indenizatórias foram superiores a 40 salários mínimos.

**Figura 3** - Tipo de danos reclamados nos processos judiciais entre 2013-2015 sobre erro médico no TJDF



Fonte: TJDF



Quanto ao tipo de danos, 3 tipos foram identificados na amostra: dano material e morais; dano material; dano moral. O dano material é compreendido como os danos físicos ou estéticos produzidos no paciente, enquanto que o dano moral alcança o psicológico e/ou a honra subjetiva do paciente. Verifica-se que a quantidade de processos por dano material foram muito reduzidos, prevalecendo o pedido de indenização associando o dano material e moral.

Os danos morais não são reparáveis, mas sim compensáveis e servem para estabelecer o quantum necessário para compensar os constrangimentos, transtornos e dissabores experimentados em decorrência de ato danoso produzido pelo médico. A indenização por dano moral tem como origem o “caráter punitivo” para que o causador do dano, pelo fato da condenação, se veja castigado pela ofensa que praticou; “caráter compensatório” para a vítima que receberá uma soma que lhe proporcione prazeres como contrapartida do mal sofrido, ante o ato gravoso praticado pelo autor.

Um dos danos materiais refere-se ao único caso de óbito do paciente por erro médico, não tendo a pesquisa encontrado outras ações em âmbito penal por lesão corporal ou crime menos grave.

Fujita e Santos (1), em um estudo que agrupou 2.293 denúncias ao órgão de classe dos médicos em Goiás, entre 2000 e 2006 encontrou pelo menos 29,4% de processos cuja denúncia foi a morte do paciente. A julgar que seu estudo teve 6 anos de apuração, constata-se que as ações judiciais criminais encontradas neste estudo com óbito do paciente foram muito mais reduzidas.

As especialidades médicas objeto das ações judiciais analisadas envolvem erros decorrentes de procedimentos de exames de diagnósticos como: sangue, biópsias, ecografias, videolaparoscopias, entre outros. A especialidade de menor número de processos com judicialização de erro médico é a endocrinologia, dermatologia, fisioterapia, pneumologia, proctologia e erros provenientes da farmácia (Tabela 1)

As especialidades com maior número de processos por erro médico são: gineco-obstetrícia, ortopedia, cirurgia plástica e cirurgia geral.

Yamauti e Zerbini (9), ao analisarem as decisões judiciais por erro médico na especialidade da oftalmologia, contataram que os erros são mais frequentes em atos cirúrgicos em detrimento dos atos clínicos e que embora não tenha encontrado nenhum óbito



durante sua pesquisa, os danos produzidos foram graves, com perda de visão total ou parcial.

Na investigação empreendida por Fujita e Santos (1), a especialidade médica com menor número de denúncias junto ao Conselho Regional de Medicina de Goiás é a hematologia, sendo a gineco-obstetrícia a especialidade com maior número de reclamações, seguida da cardiologia e semelhante aos achados de Jena *et. al.* (10) que descreve em seu estudo 46,7% para reclamações contra anestesiológicas a 62,6% para reclamações contra obstetras e ginecologistas e aos achados de Koeche *et.al.* (11) que cita a ginecologia/obstetrícia como a especialidade com maior número de médicos denunciados junto ao Conselho Regional de Medicina do Estado de Santa Catarina, seguida pela anestesiologia, ortopedia/traumatologia e outras especialidades. Esta modalidade também teve participação relevante nos resultados encontrados seja atuando em partos ou cirurgias como histerectomias.

**Tabela 1** - Especialidades médicas/enfermagem/odontologia em número de processos de erro médico no TJDFT, entre os anos de 2013-2015

GINECO-OBSTETRÍCIA	45	22,28%
CIRURGIA GERAL	39	19,31%
CIRURGIA PLÁSTICA	24	11,88%
ORTOPEDIA	21	10,40%
ONCOLOGIA	15	7,43%
NEUROCIRURGIA	10	4,95%
OFTALMOLOGIA	10	4,95%
ODONTOLGIA	7	3,47%
CARDIOLOGIA	6	2,97%
UROLOGIA	5	2,48%
ANESTESIA	3	1,49%
ENFERMAGEM	3	1,49%
HEMATOLOGIA	2	0,99%
INFECTOLOGIA	2	0,99%
RADIOLOGIA	2	0,99%
REPRODUÇÃO ASSISTIDA	2	0,99%
DERMATOLOGIA	1	0,50%
ENDOCRINOLOGIA	1	0,50%



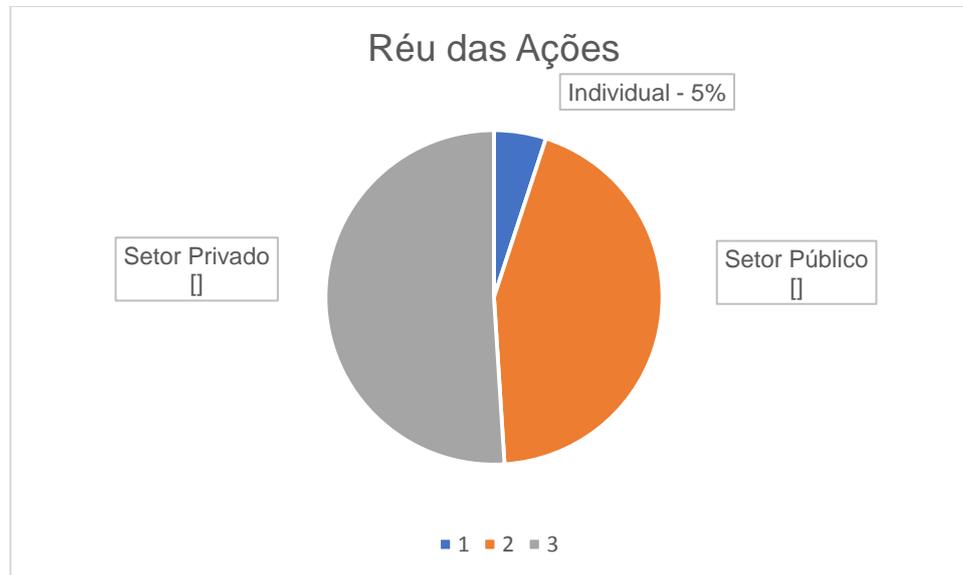
FARMACIA	1	0,50%
FISIOTERAPIA	1	0,50%
PNEUMOLOGIA	1	0,50%
PROCTOLOGIA	1	0,50%

Fonte: TJDFT

O TJDFT trata como erro médico atos praticados indistintamente da especialidade clínica propriamente dita como casos provenientes de tratamento odontológico ou cirurgia odontológica, não diferenciando o médico do dentista. O mesmo se diz do fisioterapeuta, que se trata de uma profissão distinta da Medicina.

Nota-se a ausência de especialidades como pediatria, geriatria e outras, não significando, todavia que tais especialidades não cometam erros, mas constata-se que no período estudado e no tribunal escolhido tais especialidades não apareceram.

**Figura 4** – Identificação do polo passivo das ações judiciais sobre erro médico no TJDFT no período entre 2013 e 2015.



Fonte: TJDFT

O setor privado teve o maior aporte de processos por erro médico no Distrito Federal. Tais ações foram movidas contra a pessoa jurídica, seja clínica ou hospital, sendo que o médico individualmente foi processado em 5% das ações analisadas. A opção por processar a pessoa jurídica empregadora do profissional da medicina é uma forma de garantir uma



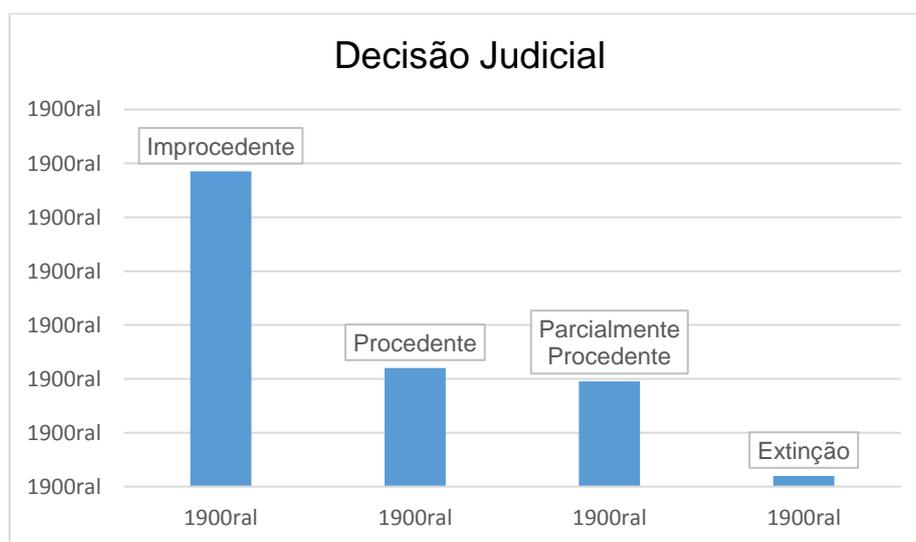
indenização mais robusta, visto que as empresas de saúde detêm um ganho bem maior que a do profissional, isoladamente.

É certo que, uma vez condenada, a empresa terá que mover ação regressiva contra o seu empregado, profissional médico, para ver-se ressarcido dos custos do processo, honorários advocatícios e pagamento da indenização.

Os processos por erro médico movidos contra pessoas jurídicas de direito público, o Sistema Único de Saúde-SUS, do Distrito Federal somam 44%. Nestes casos, responde o processo a Fazenda Pública que pode ser a União ou o próprio Distrito Federal, posto que os hospitais são vinculados à Secretaria de Saúde. A jurisprudência brasileira tem entendido que a União não poderá responder por erros médicos cometidos em nosocômios pertencentes ao SUS, nos estados e municípios. Nesse particular, os tribunais não reconhecem a solidariedade tão propalada na prestação de serviços de saúde para a indenização por erro médico.

Sendo o Estado sujeito de direito, e pessoa jurídica de direito público, também deve se submeter aos ditames legais, ainda que por ele impostos. Ademais, a responsabilidade do Estado está implícita na própria noção de Estado de Direito, “a responsabilidade estatal é simples corolário da submissão do Poder Público ao Direito” (12).

**Figura 5** - Resultado das decisões nas ações sobre erro médico analisadas no TJDFT, no período entre 2013-2015



Fonte: TJDFT



A maioria dos processos analisados foram negados (57 %) o que demonstra uma certa dificuldade em comprovar o evento adverso como dano ou o fato das indenizações serem desproporcionais a gravidade do fato. Apenas 22% das ações analisadas tiveram decisão final procedente, dando-se o ganho de causa ao paciente-autor. As ações parcialmente procedentes tiveram 19% do total analisado e apenas 2% foram extintos sem o julgamento.

Contrariando os achados de Svider *et. al.* (13) que analisou vereditos de processos referentes a eventos adversos em procedimento cirúrgico de carótida onde os desfechos dos casos foram resolvidos a favor do arguido em 67,5% dos casos e resultaram em pagamento de indenizações 32,4% dos casos e 8,1% de acordos extrajudiciais.

## Conclusão

A responsabilidade médica é um fenômeno inseparável do cuidado em saúde. Percebemos que os cidadãos tendem a buscar soluções extrajudiciais com a finalidade de ressarcimento dos danos sofridos nos sistemas de saúde enquanto os legisladores tendem a reconhecer os pleitos como forma de melhorar o sistema e aumentar a segurança dos pacientes.

Os conselhos de classe costumam tratar o erro médico como falta ética e os processos tramitam sob sigilo fazendo a sociedade desconhecer o alcance do problema, ao contrário do que é percebido nos tribunais onde os erros médicos costumam ser traduzidos em processos judiciais que tramitam pela justiça comum ou juizados especiais. A pressão legal da prática médica vem a moldar as atitudes e as práticas de saúde nos serviços, motivado pelas repercussões legais e pelas consequências econômicas da gestão. Isto é o reflexo de uma sociedade em que a afirmação de direitos e a ideia de ter sofrido uma lesão compensável é interpretada como a responsabilidade de um bom profissional ou de um bom serviço de saúde seja ele público ou privado.

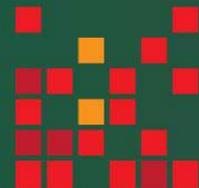
O médico não deve ser interpretado como o único responsável e causador do dano, é necessário que todas as partes envolvidas estejam conscientes das mudanças que merecem ser implementadas e que já foram discutidas pela Organização Mundial de Saúde como a melhoria nos mecanismos de comunicação médico-paciente, sistema de notificação de eventos adversos rápido e eficaz e a criação de protocolos de procedimentos, com a implantação dessas pequenas melhorias muitos dos processos não chegariam a justiça.



Espera-se que este trabalho venha a demonstrar a real dimensão do problema e venha a auxiliar na tomada de decisões no enfrentamento da questão do erro médico. Erros são inerentes a condição humana mesmo em profissionais extremamente capacitados, porém reconhecer o problema talvez seja o primeiro passo a ser tomado para o enfrentamento da questão e isto não depende de um parecer de colegiado ou da sentença de um juiz.

## Referências

1. Fujita R, Santos I. Denúncias por erro médico em Goiás. *Revista da Associação Médica Brasileira*. 1992; 55 (3): 283-289.
2. Carvalho M De, Vieira A a. Erro médico em pacientes hospitalizados. *Jornal de Pediatria (Rio J)* 2002; 78:261–8. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1016/j.bjorl.2015.12.002> [Acesso em 4.fev.2017]
3. Weingart SN, Wilson RM, Gibberd RW, Harrison B. Epidemiology of medical error. *BMJ*. 2000;320(7237):774–7.
4. Grober ED, Bohnen JMA. Defining medical error. Vol. 48, *Canadian Journal of Surgery*. 2005. p. 39–44.
5. *Jornal o Estado de São Paulo*. Em 4 anos o número de processos por erro médico cresce 160%. Disponível em: <http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,em-4-anos-numero-de-processos-por-erro-medico-cresce-140-no-stj-imp-,1655442>. [Acesso em 4.fev.2017]
6. *Jornal A Tribuna*. Processos Judiciais registram alta de 1.600%. Disponível em: <http://www.tribunapr.com.br/noticias/parana/processos-judiciais-contra-medicos-registram-alta-de-1-600/>. [Acesso em 4.fev.2017]
7. Makary M, Daniel M. Medical Error - the third leading cause of death in the US. *Br Med J*. 2016;353: i2139.
8. Brasil. Lei N° 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm) [Acesso em 4.fev.2017]
9. Yamauti K, Zerbini T. A oftalmologia no tribunal: avaliação das sentenças judiciais no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Saúde, Ética & Justiça* 2014 Dec 5 19(2):78. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/sej/article/view/100095> [Acesso em 1.fev.2017]
10. Jena AB, Chandra A, Lakdawalla D, Seabury S, C K, FA S, et al. Outcomes of Medical Malpractice Litigation Against US Physicians. *Arch Intern Med*. 2012 Jun 11 172(11):3291–7. Disponível em:



<http://archinte.jamanetwork.com/article.aspx?doi=10.1001/archinternmed.2012.1416>  
[Acesso em 12 jan 2017];

11. Koeche LG, Censi I, Bortoluzzi MC B EL. Prevalência do erro médico entre as especialidades médicas nos processos julgados pelo Conselho Regional de Medicina do Estado de Santa Catarina. *Arq Catarinenses Med.* 2013;42(4):45–53. Disponível em: <http://www.acm.org.br/revista/pdf/artigos/1257.pdf> [Acesso em 2.fev.2017]
12. Mello, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 1150p.
13. Svider PF, Vidal G-P, Zumba O, Mauro AC, Haser PB, Graham A, et al. Adverse events in carotid endarterectomy from a medicolegal perspective. *Vasc Endovascular Surg.* 2014;48(5-6):425–9.

---

*Recebido em: 14.fev.2017*  
*Aprovado em: 21.mar.2017*

#### **Como citar este artigo:**

Gomes TR, Delduque MC. O Erro médico sob o olhar do Judiciário: uma investigação no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Revista Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário.* 2017 jan./mar, 6(1):72-85.



## Análise sobre a judicialização da saúde no Estado de Mato Grosso no período de 2011-2012

Analysis of the legalization of health in the state of Mato Grosso in the period 2011-2012

El análisis de la legalización de la salud en el estado de Mato Grosso, en el periodo 2011-2012

Simone Cristina de Arruda<sup>1</sup>

**RESUMO:** O Direito à Saúde consagrado na Carta Cidadã de 88 é um direito de todos, e segundo os doutrinadores, passível de ser exigido judicialmente quando não garantido pelo Estado. O objetivo desse trabalho é compreender o fenômeno da Judicialização do acesso à Saúde Pública no Estado de Mato Grosso. Foi utilizado o método qualitativo baseado na pesquisa documental, retirado de doutrinas jurídicas e da saúde, bem como o quantitativo através da análise dos dados fornecidos no relatório do Núcleo de Apoio Técnico-NAT instalado no Fórum, cujo escopo é subsidiar os magistrados com pareceres técnicos na área da saúde. Foi com a crescente demanda de ações judiciais envolvendo a área da saúde pública no estado de Mato Grosso e com a criação do NAT que emite pareceres técnicos a fim de subsidiar os magistrados ao decidir os casos apresentados na justiça estadual, que justificou a realização desse trabalho. É possível verificar que a população cada vez mais está consciente de seus direitos e exigindo que o mesmo seja efetivado através de decisões judiciais, visto que a ação do Poder Executivo na saúde resta ineficaz, não alcançando a população que procura por esses serviços. Enquanto não haja um debate coletivo com os atores sociais e os três poderes, quanto à situação da saúde no Estado de Mato Grosso, estaremos diante desse cenário de aumento de ações envolvendo a saúde, pois, o cidadão não pode ficar à mercê da ineficácia de gestão dos Poderes Públicos.

**Palavras-chave:** Judicialização. Direito à Saúde. Estado. Núcleo de Apoio Técnico.

**ABSTRACT:** The right to health enshrined in the Citizen Charter 88 is a right for all, and according to the scholars, which can be enforced in court when not guaranteed by the State. The aim of this study is to understand the phenomenon Legalization of access to public health in the State of Mato Grosso. The qualitative method based on desk research, taken from legal doctrines and health was used and the amount by analyzing the data provided in the Technical NAT Support Center report installed in the Forum, whose purpose is to assist the judges with technical advice in the health area. It was with the increasing demand of lawsuits involving the area of public health in the state of Mato Grosso and the creation of NAT issuing technical advice in order to support the judges to decide cases brought in state courts, which justified the realization of this work. You can check that is increasingly aware population of their rights and demanding that it be effected through judicial decisions, as the action of the executive power on health remains ineffective, not reaching the population that demand for these services. While there is no public debate with stakeholders and the three powers, as the health situation in the State of Mato Grosso, we will stand before this increase scenario

<sup>1</sup> Universidade Federal de Mato Grosso. E-mail: siarruda.adv@gmail.com



of actions involving health, because the citizen cannot be at the mercy of the ineffectiveness of management of public authorities.

**Keywords :** Legalization. Right to Health. State. Core Support.

**RESUMEN:** El derecho a la salud consagrado en la Carta 88 ciudadana es un derecho para todos, y de acuerdo con los estudiosos, los cuales pueden ser aplicadas en la corte cuando no garantizada por el Estado. El objetivo de este estudio es comprender el fenómeno de la legalización de acceso a la salud pública en el Estado de Mato Grosso. Se utilizó el método cualitativo basado en la investigación documental, tomada de las doctrinas legales y de salud y la cantidad mediante el análisis de los datos proporcionados en el informe Centro de Soporte Técnico NAT instalado en el Foro, cuyo propósito es ayudar a los jueces con el asesoramiento técnico en la salud. Fue con la creciente demanda de demandas relacionadas con el área de la salud pública en el estado de Mato Grosso y la creación de NAT emisión de asesoramiento técnico con el fin de apoyar a los jueces para decidir los casos presentados en los tribunales estatales, lo que justifica la realización de este trabajo. Se puede comprobar que es población cada vez más conscientes de sus derechos y exigiendo que se efectuará a través de decisiones judiciales, como la acción del poder ejecutivo en la salud sigue siendo ineficaz, no llegar a la población que la demanda de estos servicios. Si bien no hay debate público con las partes interesadas y los tres poderes, como la situación de salud en el Estado de Mato Grosso, estaremos delante de este aumento escenario de las acciones relacionadas con la salud, debido a que el ciudadano no puede estar a merced de la ineficacia de gestión de las autoridades públicas.

**Palabras-llave:** La legalización. Derecho a la Salud. Estado. Soporte del Núcleo.

## Introdução

A Saúde Pública hodiernamente encontra-se desfalecida pelo Poder Público. Sendo esse o principal assunto nas discussões de qualquer segmento da sociedade.

Existe hoje uma crescente demanda de ações judiciais com pedidos relacionados à área de saúde. A falta de capacidade de atendimento, por parte do Estado, provocou um fato jurídico, conhecido como Judicialização da Saúde. Busca-se com a judicialização a efetividade no atendimento de saúde por meio das decisões judiciais que sentenciam que o Estado atenda o usuário-cidadão naquilo que entende como direito subjetivo.

Os números apresentados no relatório do Núcleo de Apoio Técnico (NAT) de Mato Grosso, utilizados nesta pesquisa, revelam que os pedidos de judicialização estão, em maior parte, pautados em cirurgias ou procedimentos médicos, medicamentos e exames.

Diante desse cenário, chega-se ao seguinte questionamento: essa busca pelo Poder Judiciário é um sinal de fortalecimento das Instituições Democráticas, ou é sinal de



prematuridade das instituições políticas, que deveriam promover debate coletivo acerca da efetividade da saúde pública?

O objetivo geral do presente trabalho é compreender o fenômeno da Judicialização do acesso à Saúde Pública no Estado de Mato Grosso. E, especificamente, busca-se apurar a quantidade de ações ajuizadas pelo usuário-cidadão, comparar as decisões judiciais que foram deferidas ou indeferidas em relação ao número de ações ajuizadas em cada período, além de verificar a natureza do pleito e o tipo de representação. Este artigo está organizado da seguinte maneira: além da Introdução, o tópico “2” trata do Direito à Saúde; a Reforma Sanitária Brasileira e a VIII Conferência Nacional de Saúde; o conceito de Saúde, segundo a Organização Mundial de Saúde, e o conceito decorrente da VIII Conferência Nacional de Saúde; o Sistema Único de Saúde criado pela Constituição de 1988; a Eficácia do Direito à Saúde, sendo este passível de ser tutelado judicialmente quando não garantido; o Fenômeno da Judicialização da Saúde; a Saúde no Estado de Mato Grosso de 2011-2012 e o Papel do NAT, já o tópico “3” é abordado os procedimentos metodológicos utilizados para desenvolver a pesquisa, e por fim, no tópico “4” a análise e discussão dos resultados.

### **Conceito de saúde**

Para a Organização Mundial de Saúde (OMS), “saúde não é apenas ausência de doença, mas a situação de perfeito bem-estar físico, mental e social” (1). Existe uma crítica quanto à definição acima exposta, pois o bem-estar diz respeito a algo subjetivo e difícil de ser conceituado, tendo em vista a diversidade cultural, social e política da nação.

Na VIII Conferência Nacional de Saúde de 1986, a definição dada à saúde foi: “é a resultante das condições de alimentação, habitação, educação, renda, meio-ambiente, trabalho, transporte, emprego, lazer, liberdade, acesso à terra e posse dela, além da obtenção a serviços de saúde” (2)

Esse conceito da VIII Conferência é mais adequado para a nossa realidade, em virtude de sua abrangência. Percebe-se que a Constituição Federal de 1988 não fornece uma definição explícita de saúde, mas leva-nos a interpretá-la de forma mais condizente com o conceito definido na Conferência.

Para Sarlet “o direito à saúde tem sido considerado como dependente de intermediação legislativa, de tal sorte que não são poucos os que lhe negam a sua plenitude eficaz”. (3)



Já os Tribunais Superiores, notadamente o STF, “passaram a reconhecer a saúde como direito subjetivo exigível em Juízo e não mais como direito enunciado de modo eminentemente programático” (3).

### **Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988**

A doutrina classifica os Direitos Fundamentais em gerações de direitos, e também utiliza a expressão “dimensões”. Esses passam ter a seguinte definição, segundo Lenza “Direitos Humanos de Primeira Geração, Direitos Humanos de Segunda Geração, Direitos Humanos de Terceira Geração, Direitos Humanos de Quarta Geração”. (4)

Englobado nos Direitos Humanos de Segunda Geração, estão os Direitos Sociais.

Os direitos Sociais, Direitos Fundamentais de 2ª Geração, são definidos por Silva, como sendo:

(...) prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. (5)

Os Direitos de 2ª Geração nada mais são do que prestações positivas, com a finalidade de garantir uma igualdade material àqueles que, sozinhos, não conseguiriam prover de tais condições.

Por derradeiro, diante dos diversos conceitos acima definidos, depreende-se que o direito social exige uma atuação positiva do Estado, a fim de equalizar as desigualdades sociais e de redistribuir melhor os recursos existentes, ou seja, é um direito a uma prestação material por parte do Estado.

### **Direito à saúde: 3ª e 8ª Conferências Nacionais de Saúde e a Reforma Sanitária Brasileira**

A Saúde ganhou preceito de Direito Fundamental Social só com a Carta Cidadã de 1988. Já a Constituição Federal de 1934 trouxe a proteção à saúde associada ao direito do trabalho, e a Carta Federal de 1937 trouxe a proteção à saúde da criança. No período da ditadura militar, a Constituição Federal de 1946, apenas abordou a competência da União para tratar sobre a proteção da saúde, e na Constituição de 1967, além do dispositivo já



previsto na Constituição anterior, a competência da União para estabelecer Planos Nacionais de Saúde.

A Constituição Federal/88 trouxe, em seu art. 6º, o seguinte preceito:

São direitos sociais a educação, **a saúde**, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição".  
(6)

Assim como trouxe, nos artigos 196 a 200, previsões a respeito da competência do ente federativo em relação à saúde, bem como algumas competências do Sistema Único de Saúde.

A análise do sistema de saúde antes da CF/88 é bem explicitada por Figueiredo da seguinte maneira:

Anteriormente, a assistência médica estava a cargo do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS) e a saúde não era considerada um direito social sendo adotado um modelo de saúde que até então dividia os brasileiros em três categorias: os que podiam pagar por serviços de saúde privados; os que tinham direito à saúde pública por serem segurados pela previdência social (trabalhadores com carteira assinada); e os que não possuíam direito algum, estes eram atendidos apenas por serviços filantrópicos. (7)

Foi com a 3ª Conferência Nacional de Saúde que se pensou na tese da municipalização, a fim de descentralizar as ações básicas de saúde, bem como criar uma estrutura sanitária flexível com o escopo de atender as diferenças regionais sejam elas políticas, econômicas ou sociais. (8)

As propostas debatidas na 3ª Conferência giraram em torno também da questão de implementação de uma Política Nacional de Saúde, com o propósito de garantir saúde para toda a população, o que mais tarde serviu de subsídio para a reforma sanitária.

O movimento da Reforma Sanitária Brasileira nasceu na luta contra o regime ditatorial e consolidou-se na 8ª Conferência Nacional de Saúde 1986. Esses movimentos foram fundamentais para a transformação sanitária e social, conscientizando a população de que a saúde deveria ser um direito assegurado a todos e como responsável para garanti-lo, o Estado.

O editorial da Associação Brasileira de Saúde Coletiva- ABRASCO, citado por Paim, trazia:



A ABRASCO, engajada nesta luta, assume a bandeira da reforma sanitária, como a condição de viabilidade da conquista do direito universal à saúde. Reforma que implicará na reformulação das políticas públicas e do aparelho governamental burocrático que estão diretamente ligadas às condições de vida. Reforma que pressupõe o aprofundamento da consciência sanitária e no controle sobre os órgãos definidores e implementadores da política de saúde. Reforma que exigirá uma nova ética dos profissionais do setor no tratamento do usuário como cidadão na plenitude do exercício dos seus direitos. Neste sentido, a ABRASCO promoverá o I Congresso Brasileiro de Saúde Coletiva, cujo tema central será “Reforma Sanitária: garantia do direito universal à saúde, como parte dos esforços comuns na continuidade deste processo, buscando canalizar a produção científica e a experiência política alcançadas para a formulação de um projeto de transformação que será a Reforma Sanitária Brasileira. (9)

Esse movimento denominado Reforma Sanitária diz respeito às reformulações propostas no sentido de ampliar o conceito de Saúde e rever a legislação relativa às ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, e contribuiu para a unificação do sistema de saúde e a hierarquização e descentralização para os estados e municípios.

A VIII Conferência Nacional de Saúde ocorreu entre os dias 17 e 21 de março de 1986 em Brasília, e contou com a participação de profissionais da área da saúde, gestores e representantes de todos os seguimentos da sociedade civil. Desse encontro saíram diversas propostas, entre elas a criação de um Sistema Único Descentralizado de Saúde (SUDS), o que mais tarde tornou-se o Sistema Único de Saúde (SUS), além da redefinição do conceito de saúde, que não se limita a ausência de doenças, nem tampouco a um bem-estar físico, mental e social, mas extrapola e engloba outros direitos sociais que se destinam a garantir a dignidade da pessoa humana.

Foi devido a esses movimentos e pressões sobre o poder estatal que hoje todos têm a garantia do direito à saúde. “O Sistema Único de Saúde adotado pela CF/88 é uma referência mundial em atenção à saúde pública” (10), mas tem muito a ser feito através das políticas públicas e econômicas.

## **O Sistema Único de Saúde – SUS**

Com a Constituição Federal de 1988, o Sistema Único de Saúde foi criado, e a saúde passou a ser direito de todos, sendo garantido o acesso universal e igualitário por meio das ações e serviços de saúde.



Essa mudança da forma de gestão da saúde adotada pelo Estado, incluindo sua participação, que antes da CF/88 não existia, foi de fundamental importância para que, hoje, o SUS possa garantir tanto a ricos quanto a pobres o acesso a serviços de saúde pública.

O Brasil avançou muito, se comparado a outros países desenvolvidos, em relação à saúde pública, pois até os Estados Unidos, considerado uma potência mundial, ainda apresenta um sistema de saúde parecido com o que tínhamos antes da CF/88, e “cerca de 47 milhões de americanos estão excluídos do sistema de saúde pública”. (11)

A CF/88 trouxe normas gerais sobre o SUS, e foi a Lei 8.080/1990 conhecida como “Lei Orgânica da Saúde” que normatizou o modo como ocorreria a organização e o funcionamento da promoção, proteção e prevenção dos riscos à saúde, bem como disciplina as atribuições e competências do poder executivo na saúde, nas três esferas de governo: nacional, estadual e municipal.

O SUS é constituído pelo conjunto das ações e de serviços de saúde sob a gestão pública. Está organizado em redes regionalizadas e hierarquizadas e atua em todo o território nacional. (11)

Para Paim, o conhecimento do conteúdo da sigla SUS – Sistema Único de Saúde - “não possibilita um entendimento imediato de seu significado”. (11)

Destarte, para esclarecer o que é o SUS, o autor define sistema de saúde como sendo um “conjunto de agências e agentes, cuja atuação tem como objetivo principal garantir a saúde das pessoas e das populações”. (11)

As agências, segundo o mesmo autor, “são organizações públicas ou privadas, governamentais ou não, que têm como finalidade promover, proteger, recuperar e reabilitar a saúde dos indivíduos e das comunidades” (11).

Já os agentes são conceituados como “profissionais e demais trabalhadores de saúde que, individualmente ou em equipe, realizam ações de saúde, cuidando das pessoas e das comunidades”. (11)

E por fim, os serviços de saúde que, segundo a definição de Jairnilson, “envolvem o exercício legal da medicina e de outras profissões, cujo fim explícito é preservar ou restaurar a saúde, individual e coletiva” (11).

Entendemos portanto, e de forma simplificada, pois o objetivo desse trabalho não é estudar profundamente o SUS, que o sistema de saúde é formado por todos esses atores



sociais, como os profissionais da área que atuam nas organizações públicas e privadas a fim de garantir a saúde de toda essa coletividade que busca os serviços de saúde.

### **Eficácia do Direito à Saúde**

O direito à saúde pode ser classificado como direitos de defesa (negativos) e direitos às prestações (positivos) acarretando reflexos na eficácia e efetividade do direito à saúde.

#### **Segundo Sarlet**

o direito à saúde, como direito de defesa, pode ser considerado no sentido de impedir ingerências indevidas por parte do Estado e terceiros na saúde do titular, e como direito a prestações, impondo ao Estado a realização de políticas que busquem a efetivação deste direito para a população, tornando, para além disso, o particular credor de prestações materiais que dizem com a saúde, tais como atendimento médico e hospitalar, fornecimento de medicamentos, realização de exames de mais variada natureza, enfim toda e qualquer prestação indispensável para a realização concreta deste direito à saúde. (12)

Os direitos de defesa, também denominados direitos negativos, exigem uma omissão do Estado ou de terceiros em não afetar a saúde das pessoas, pois entende-se que a saúde está protegida contra qualquer agressão. Já os direitos às prestações materiais, também considerados como direito positivo, são as possibilidades que o indivíduo tem de exigir do Estado a concessão de um serviço ou medicamento para a manutenção de sua saúde.

Muito se discute se o Poder Judiciário está autorizado a atender essas demandas e conceder aos particulares, via ação judicial, o direito à saúde como prestação positiva do Estado, abordaremos este assunto no tópico seguinte, trazendo posicionamentos favoráveis à atuação do judiciário.

Aquele que pleiteia a medida (fornecimento de medicamentos, cirurgias, leitos de UTI's), na maioria das vezes, não possui condições financeiras favoráveis, e até o acesso à justiça é mais dificultoso, sendo, pois, carecedor dos direitos que possui e daquilo que se pode exigir.

A eficácia Constitucional do direito à saúde está atrelada ao princípio da dignidade humana e ao direito à vida. Sem saúde o indivíduo não possui o mínimo de dignidade para viver e sustentar a si próprio.

Para Sarlet, os direitos sociais, nele incluído o direito à saúde,

apresenta caráter de norma-princípio, de tal sorte que se constitui em uma espécie de mandado de otimização, impondo aos órgãos estatais a tarefa



de reconhecerem e imprimirem às normas de direitos e garantias fundamentais a maior eficácia e efetividade possível. (12)

O direito à saúde “deve ser encarado como direito fundamental social subjetivo, passível de ser tutelado judicialmente, caso o Estado não promova as prestações materiais necessárias à sua completa realização”. (13)

A formulação, a manutenção e a implementação das políticas públicas (sociais e econômicas) de saúde, por parte do poder público, estão vinculadas à eficácia do direito à saúde, pois, em caso de omissão, a administração, retirando do indivíduo a garantia constitucional, tem por consequência a atuação do Poder Judiciário, intervindo com o escopo de, coercitivamente, exigir que o Estado garanta um direito material.

Hoje, o Poder Judiciário é visto “como o novo meio de efetivação do direito à saúde”. (13).

Para Ventura et.al.:

“no debate jurídico atual, há três posições sobre a eficácia do direito à saúde, que se desdobram em análises acerca das possibilidades de atuação do Judiciário na determinação de prestações a serem cumpridas pelo SUS, quais sejam:

1. Uma primeira posição entende que a eficácia desse direito deve ser restrita aos serviços e insumos disponíveis do SUS, determinados pelo gestor público;
2. Uma segunda compreende que o direito à saúde implica garantia do direito à vida e integridade física do indivíduo, devendo o judiciário considerar a autoridade absoluta do médico que assiste ao autor da ação judicial, obrigando o SUS, a fornecer o tratamento indicado;
3. Uma terceira posição defende que a eficácia do direito à saúde necessita ser a mais ampla possível, devendo o Judiciário – na análise do caso concreto – ponderar direitos, bens e interesses em jogo, para fixar o conteúdo da prestação devida pelo Estado”. (14)

Para a autora “a terceira posição é a que se revela mais adequada à compreensão da sinergia entre saúde e direito, na garantia do cidadão ao acesso à justiça e acesso à saúde” (14).

### **Fenômeno da Judicialização da Saúde**

O fenômeno da judicialização do direito à saúde vem crescendo em virtude das inúmeras demandas judiciais que chegam ao poder judiciário, exigindo concessão de medicamentos, tratamentos, entre outros.



Tudo isso ocorre, tendo em vista que o Estado falha na implementação ou manutenção das políticas sociais e econômicas ligadas à saúde.

Gontijo explana,

“nesse contexto de precariedade e insuficiência da assistência à saúde pública, aliado à incapacidade do modelo operacional do SUS, pela sua própria abrangência e complexidade, de concretizar o direito à saúde, avoluma-se o ajuizamento crescente de ações judiciais para garantia infraconstitucional de cumprimento e efetivação das políticas públicas referentes ao direito à saúde”. (15)

“Por políticas públicas, entende-se as ações devidas pela Administração Pública no sentido de conferir efetividade aos direitos consagrados pela Constituição”. (15)

Para Paim,

Questões como a produção e a distribuição da riqueza e da renda, emprego, salário, acesso à terra para plantar e morar, ambiente, entre outras, influem sobre a saúde dos indivíduos e das comunidades, embora integrem as políticas econômicas. A educação, cultura, esporte, lazer, segurança pública, previdência e assistência social são capazes de reduzir o risco às doenças e agravos, compondo as políticas sociais. (9)

Frequentemente surgem questionamentos quanto à atuação do Poder Judiciário em atuar como “legislador positivo” (13), efetivando os direitos à saúde, quando estes não são implementados pelo Poder Executivo. E tal fenômeno jurídico traz à baila a discussão quanto à infringência do princípio da separação dos poderes.

Conforme dizeres de Gandini,

A implementação de políticas públicas por determinação judicial não representa invasão de poderes nem ofensa à Constituição Federal, pois realizada dentro das peculiaridades do caso concreto e lastreada na dignidade da pessoa humana, ou seja, pela necessidade de preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais, em que se inserem os chamados direitos de subsistência, quais sejam, saúde, moradia, educação e alimentação. Além disso, é preciso reconhecer que a atividade implementadora do Poder Judiciário não lhe autoriza criar políticas públicas, mas apenas implementar as já existentes. (13)

A atuação da sociedade, que busca no Poder Judiciário a satisfação de ver reconhecido um direito consagrado na Constituição Federal ou em lei infraconstitucional e até mesmo em tratados internacionais, dos quais o Brasil seja signatário, propicia uma maior participação cidadã, na luta em busca de melhores garantias individuais e coletivas, no sentido do judiciário exigir da administração a implementação das políticas públicas.



Alguns autores, como Barroso, apresentam ainda outra questão, quanto à judicialização do direito à saúde, a qual trata das condenações que o Estado sofre, sendo obrigado a custear determinado tratamento ou fornecer medicamento, sem previsão dos recursos disponibilizados, causando transtornos orçamentários. (16)

Para o autor

“ais decisões privam a Administração da capacidade de se planejar, comprometendo a eficiência administrativa no atendimento ao cidadão. Cada uma das decisões pode atender às necessidades imediatas do jurisdicionado, mas, globalmente, impediria a otimização das possibilidades estatais no que toca à promoção da saúde pública. (16)

A omissão do Estado na implementação das políticas públicas sociais e econômicas traz prejuízo no seu planejamento, sendo obrigado a conceder à medida pleiteada pelo jurisdicionado, independentemente dos recursos disponibilizados, pois, quando se fala no princípio da dignidade humana e no direito à vida, estes se sobrepõem ao orçamento público disponível.

### **A Saúde no Estado de Mato Grosso 2011-2012 e o Papel do NAT (Núcleo De Apoio Técnico)**

O recorte da saúde no Estado de Mato Grosso, abordado nesse trabalho, situa nos leitos públicos e na oferta de medicação de alto custo. Foram nessas duas áreas que se percebeu maior fragilidade ao estudar o assunto.

Segundo a Organização Mundial de Saúde, o índice ideal de leitos são de 3 a 5 para cada mil habitantes.

Buscou-se informações quanto ao número de leitos públicos existentes para a região de Mato Grosso para cada mil habitantes. É importante esclarecer que os leitos públicos são voltados unicamente para a população que não possui planos de saúde.



**Figura 1.** Número de leitos públicos na região de Mato Grosso nos anos de 2011 a 2012.

<i>Número de leitos hospitalares por habitante - CNES/MS</i>		
Leitos exist. públ p/1.000 hab por Região segundo Região		
Unidade da Federação: Mato Grosso		
Região: Região Centro-Oeste		
Período: 2011		
<b>Região</b>	Região Centro-Oeste	<b>Total</b>
TOTAL	0,81	0,81
Fonte: Ministério da Saúde/SAS - Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde (CNES)		
Notas:		
1. Para 2005, foi considerada a situação de dezembro/2005; para os demais anos, foi considerada a média de janeiro a dezembro.		
2. Não há dados para 2004 em função da implantação do sistema CNES e mudanças nas classificações de leitos.		
3. Veja a <a href="#">Nota Técnica Informativa sobre a redução de leitos</a> .		

Fonte: Portal da saúde/DATASUS

Depreende-se do resultado da figura 1 que o Estado de Mato Grosso está fora do número ideal de leitos preconizado pela OMS para cada mil habitantes, o que gera as diversas ações judiciais exigindo leitos, consequência da falta de investimento para aumento no número de leitos no Estado de Mato Grosso.

Outra área muito afetada no Estado é a assistência à saúde, incluindo a oferta de medicamentos de alto custo à população. A Secretaria Estadual de Saúde passou para a Organização Social de Saúde (OSS) Instituto Pernambucano de Assistência Social (IPAS) em julho de 2011. A função do IPAS é gerenciar a logística de distribuição de medicamentos.

A Contratação da OSS tinha como promessa destituir a cultura da judicialização e passar para um atendimento mais humanizado e mais socializado em todo o Estado.

Um dos maiores problemas enfrentados pela Secretaria Estadual de Saúde é o volume de usuários que exigem judicialmente o cumprimento da compra de medicamentos.



Em julho de 2011, o número de processos atingia 70% dos usuários. Diante desse cenário de caos na saúde pública no Estado de Mato Grosso, estimulado pelos exemplos de outros estados que começaram a implementar núcleos de apoio aos magistrados em casos que envolvessem ações ligadas à saúde pública, o Tribunal de Justiça inovou e criou o Núcleo de Apoio Técnico.

O NAT, criado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso/TJMT em parceria com a Secretaria Estadual de Saúde/SESMT, tem como escopo dar suporte técnico aos juízes e desembargadores nos processos de demandas na área da saúde.

O NAT é composto por médicos e farmacêuticos cedidos para o TJMT. A sua implantação foi uma alternativa para a Judicialização da Saúde, proposta pelo Juiz Túlio Duailibi Alves de Souza, de Sinop/MT.

O Núcleo foi instalado em 09 de novembro de 2011, no Fórum Desembargador José Vidal, com a função de oferecer informações técnicas da área de saúde, que servissem de subsídios para que os magistrados do Estado de Mato Grosso decidissem adequadamente em processos sobre questões relacionados ao setor. A instalação do NAT estava prevista no Termo de Cooperação Técnica assinada entre o Presidente do Tribunal de Justiça, desembargador Rubens de Oliveira Santos Filho, e o secretário de Estado de Saúde, Pedro Henry, em 20 de setembro de 2011.

Os pareceres realizados pelo NAT estão submetidos a prazos para cada demanda, quais sejam:

Os processos que tenham por objetivo a disponibilização de leitos em Unidades de Terapia Intensiva (UTIs), os pareceres deverão ser encaminhados ao juiz responsável em, no máximo, seis horas. Ou, no caso de impossibilidade justificada, no mesmo dia da solicitação. No caso dos processos cujo intuito seja a realização de procedimentos em pacientes que já se encontram internados, o parecer deverá ser encaminhado em, no máximo, 24 horas. E nos casos de procedimentos eletivos (sem urgência), o parecer poderá ser encaminhado ao magistrado em até 72 horas. (17)

### **Procedimentos metodológicos**

O trabalho foi desenvolvido através de pesquisa quali-quantitativa. A qualitativa foi baseada na pesquisa documental, com base na doutrina jurídica e na área da saúde. Já a pesquisa quantitativa se deu através da análise dos dados fornecidos no relatório do Núcleo de Apoio Técnico do Fórum da Capital de Mato Grosso, em arquivo digital, fornecidos pelo próprio Núcleo.



O estudo está pautado no método dedutivo, que parte das teorias e leis mais gerais para a ocorrência de fenômenos particulares. Assim como também o método de procedimento bibliográfico e documental. (18)

Esta pesquisa tem caráter descritivo, que tem por escopo descrever com exatidão os fatos e fenômenos de determinada realidade.

A pesquisa fará uso de dados relacionados à Judicialização da Saúde, número de ações ajuizadas e número de decisões concedendo ou não a medida pleiteada.

A amostra da pesquisa se apropriou dos dados de 2011 e 2012, considerando que as atividades do NAT iniciaram em novembro de 2011. A pesquisa se fundamentou nesses anos, tendo em vista que os relatórios após esse período não foram realizados pelo Núcleo, o que causou limitação ao trabalho em registrar os retrocessos e/ou avanços que ocorreram nos anos seguintes em relação às ações que demandaram a saúde pública. Esses dados dificultaram a análise das demandas apresentadas pelo Núcleo.

## **Discussão**

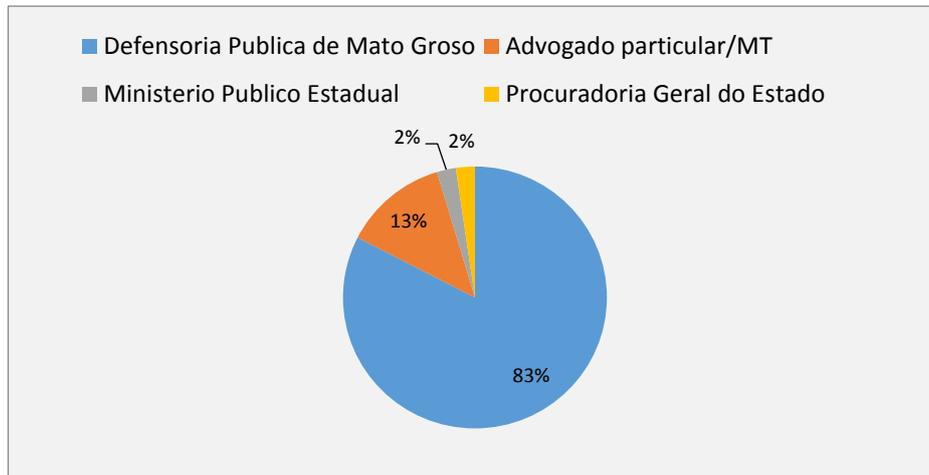
Foram utilizadas informações acerca das ações ajuizadas no Fórum da Capital disponibilizadas pelo NAT através de relatórios dos anos de 2011 e 2012 em documentos digitais.

## **Relação de Processos 2011**

Considerando o início das atividades em novembro de 2011, mais especificamente a partir do dia 16 de novembro de 2011 a 07 de dezembro de 2011. Foram contabilizadas 86 demandas.



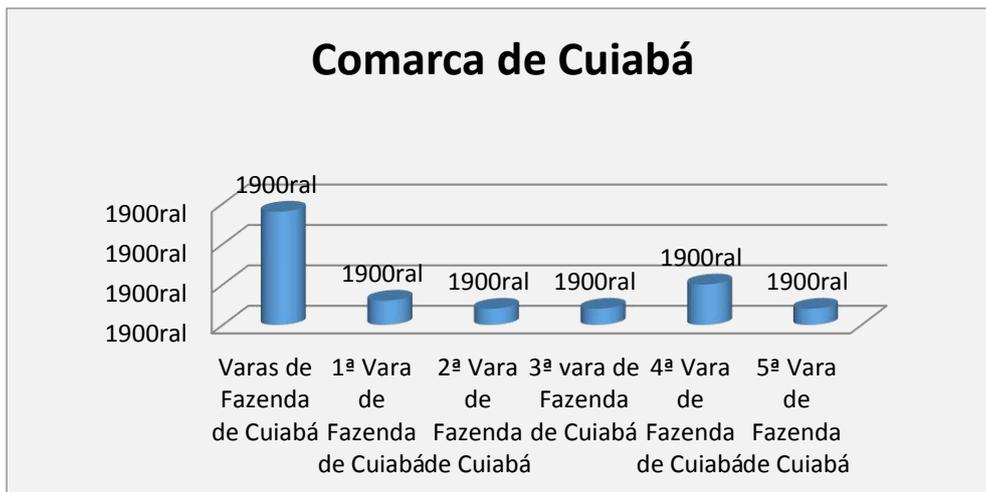
**Figura 2. Tipo de Representação**



Fonte: Relatório NAT 2011.

Dos 86 processos que passaram pelo NAT, 87% (71) processos foram representados pela Defensoria Pública, 13% (11) através de advogados particulares, e 2% (2) processos por cada órgão, sendo: Ministério Público Estadual e Procuradoria Geral do Estado. Depreende-se que, o cidadão consciente tem buscado utilizar dos instrumentos mais viável, como a defensoria através da justiça gratuita.

**Figura 3. Origem dos Processos**

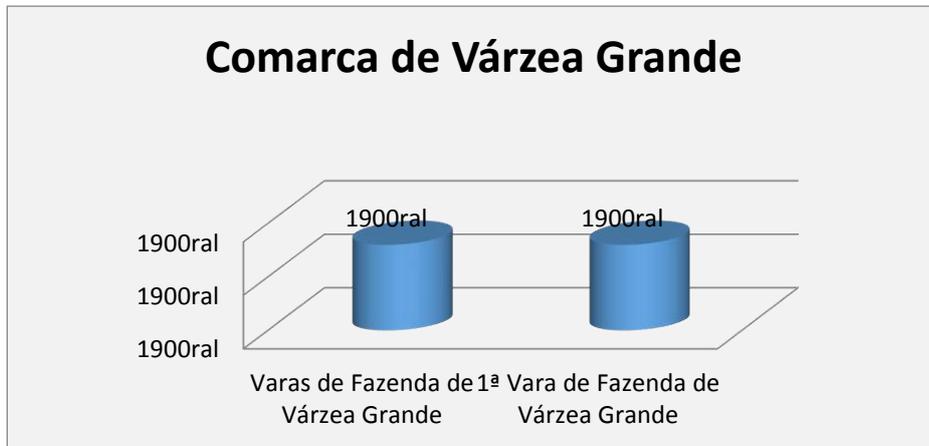


Fonte: Relatório NAT 2011

Foram oriundos da Comarca de Cuiabá 56 processos, do total de 86 processos.



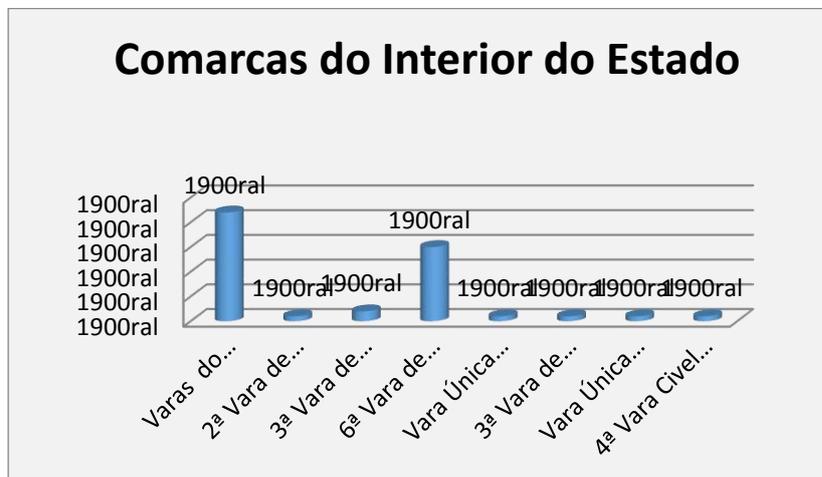
**Figura 4.** Origem dos Processos segundo a comarca de origem



Fonte: Relatório NAT 2011

Da 1ª Vara Especializada de Fazenda de Várzea Grande originaram 8 (oito) processos.

**Figura 5.** Origem dos processos segundo a comarcas do interior do Estado



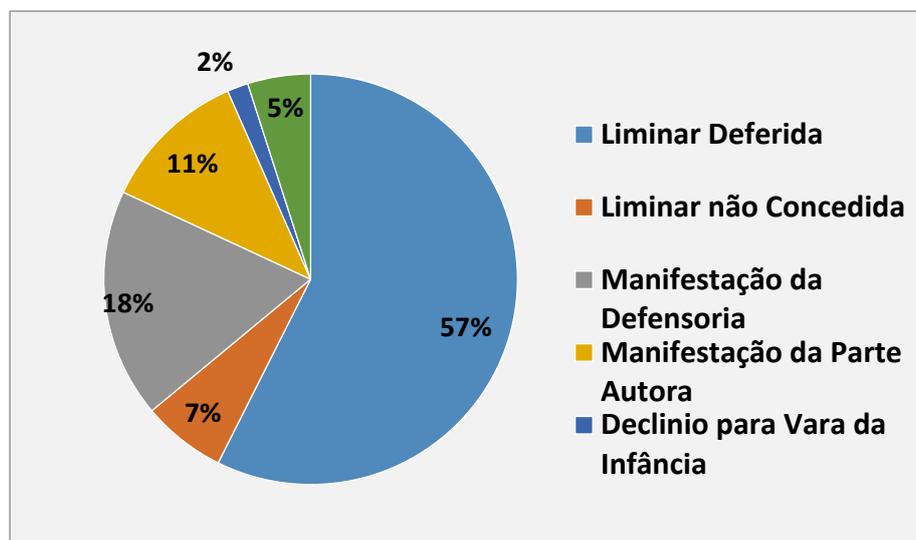
Fonte: Relatório NAT 2011

Das Comarcas do Interior do Estado de Mato Grosso originaram 22 (vinte e duas) demandas, como demonstrado no gráfico acima.

Depreende-se que o maior número de processos fora advindo da Comarca de Cuiabá.



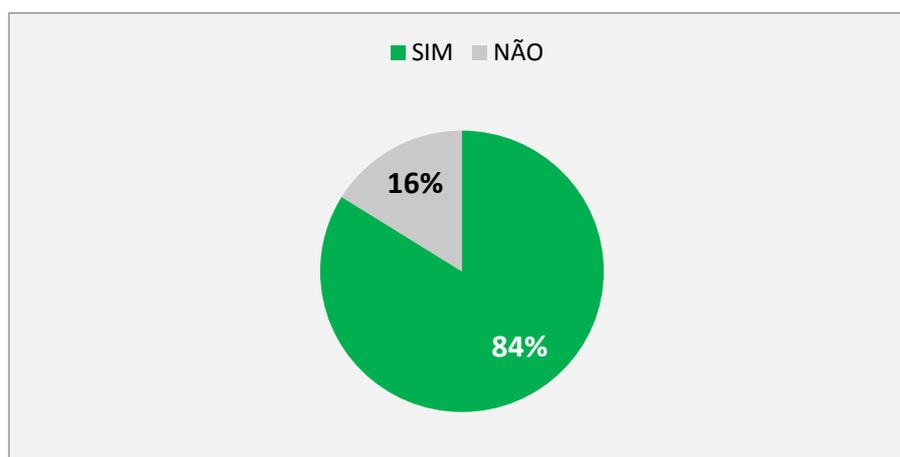
**Figura 6.** Decisão do Magistrado frente ao Pleito



Fonte: Relatório NAT 2011

Na figura 6, temos a representação da decisão do magistrado frente ao pleito, sendo que: 57% foram liminares deferidas, 18% manifestação da Defensoria, 7% liminar não concedida, 11% manifestação da parte autora, 2% declínio para Vara da infância e 5% solicitação do Município em Gestão Plena em atendimento ao SUS.

**Figura 7.** Citação do Parecer do NAT na Decisão do Magistrado

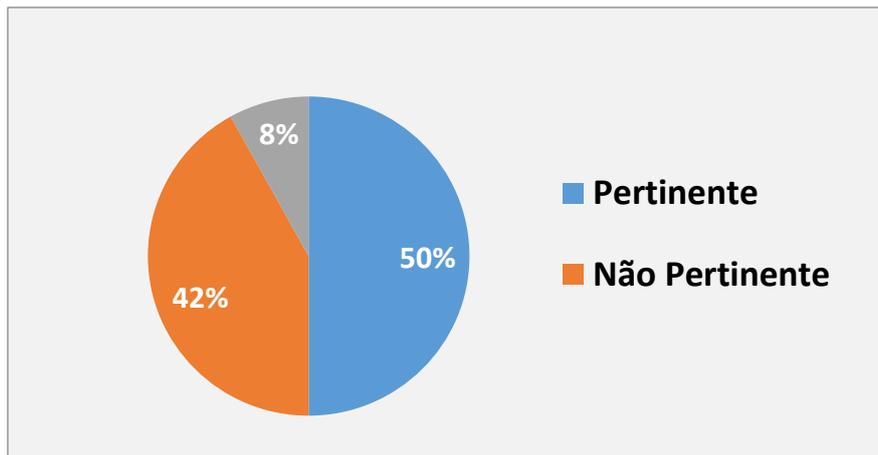


Fonte: Relatório NAT 2011



A figura 7 representa a citação do Parecer do NAT nas decisões prolatadas pelos magistrados, 84% dos magistrados mencionaram o parecer do NAT em suas decisões, já 16% não mencionaram.

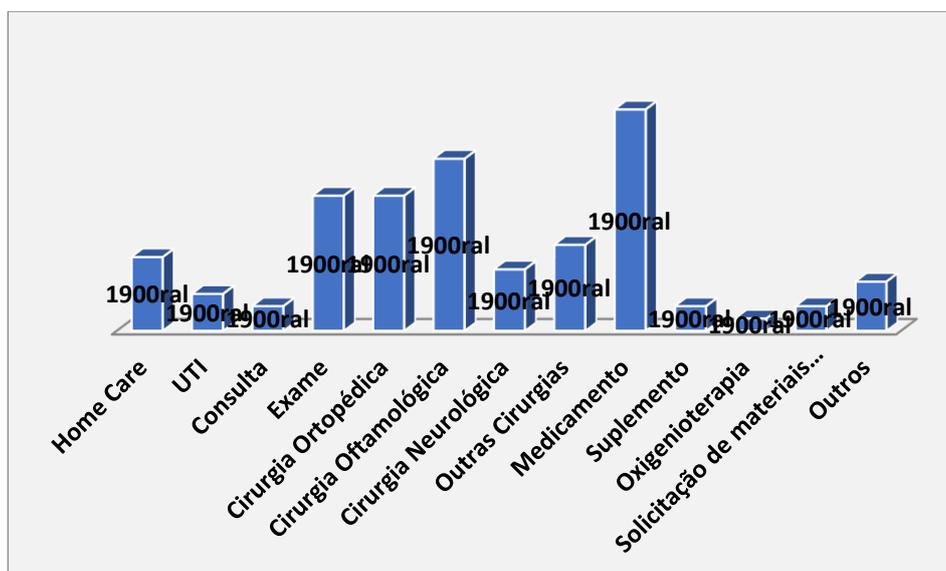
**Figura 8.** Posicionamento do NAT em relação ao pleito



Fonte: Relatório NAT 2011

A figura 8 retrata o posicionamento do NAT em relação aos pedidos realizados em juízo. 50% dos pedidos apresentados perante o NAT foram pertinentes, 42% não pertinentes, e 8% são pedidos que necessitam de mais informações.

**Figura 9.** Natureza do Pleito



Fonte: Relatório NAT 2011

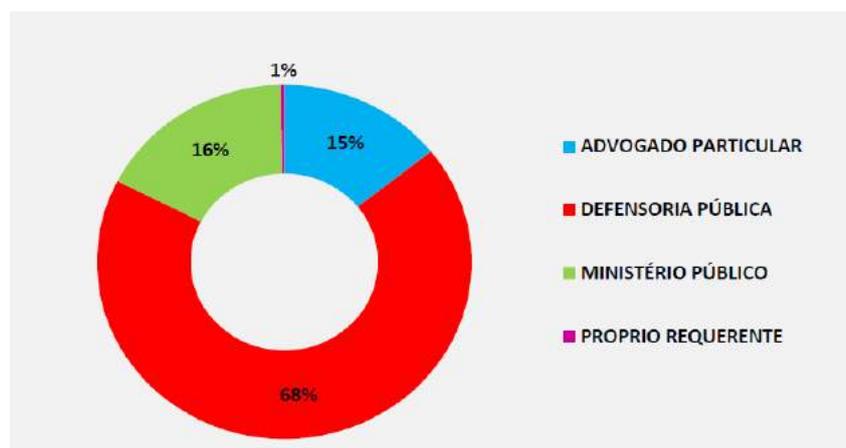


A figura 9 apresenta a natureza dos pedidos que chegaram ao NAT. Dos 86 processos: 14 processos de cirurgia oftalmológica, 11 cirurgias ortopédicas, 05 cirurgias neurológicas, 06 Home Care, 03 UTI's, 11 exames, 07 outras cirurgias, 02 consultas com especialistas, 01 oxigenioterapia, 18 medicamentos, 02 suplementos alimentares, 02 solicitações de materiais de cirurgias e 04 outros (cadeiras de rodas, solicitação de botton e Tratamento Fora do Domicílio).

### Relação de Processos 2012

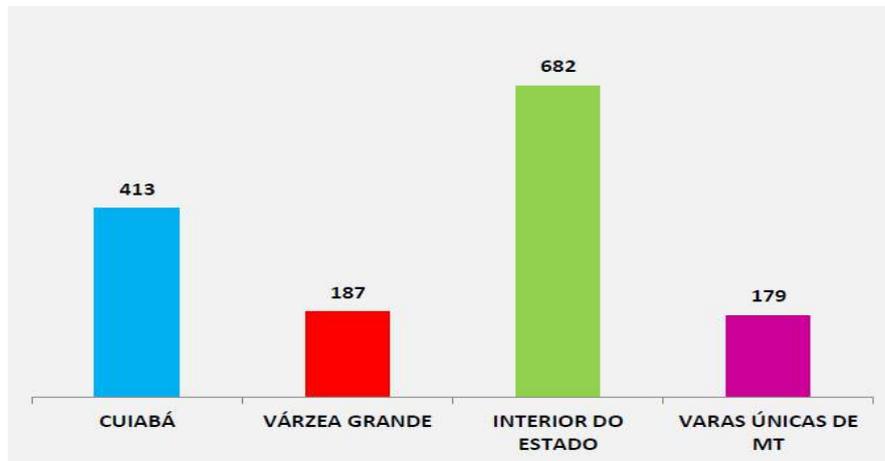
Foram analisadas 1462 demandas, considerando o retorno das atividades em 2012, mais especificamente a partir do dia 01 de janeiro de 2012 a 31 de dezembro de 2012.

**Figura 10.** Tipo de Processo



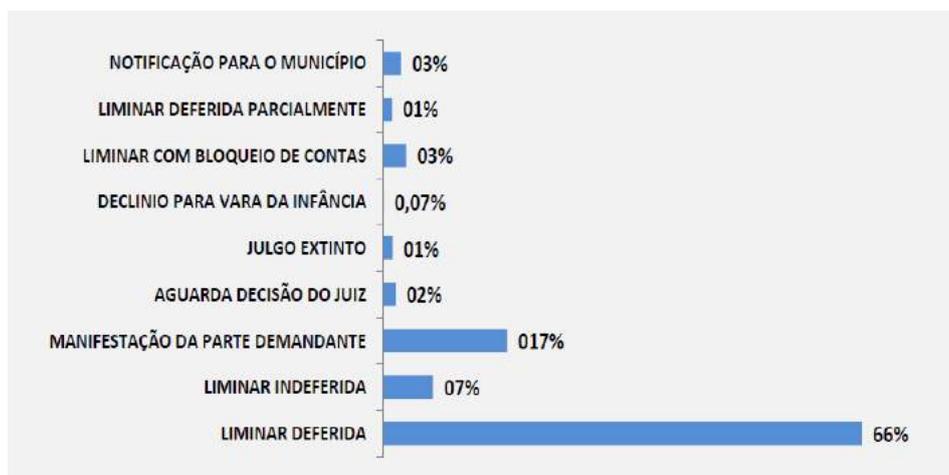
Fonte: Relatório NAT 2012

Dos 1462 processos que passaram pelo NAT, 68% foram representados pela Defensoria Pública, 16% pelo Ministério Público Estadual, 15% através de advogado particular e 1% apresentado pelo próprio requerente.

**Figura 11.** Origem dos Processos

Fonte: Relatório NAT 2012

Foram oriundos da Comarca de Cuiabá 413 processos, 187 das Varas de Várzea Grande, 682 demandas do Interior de Mato Grosso e 179 das Varas Únicas do Interior.

**Figura 12.** Decisão do Magistrado frente ao Pleito

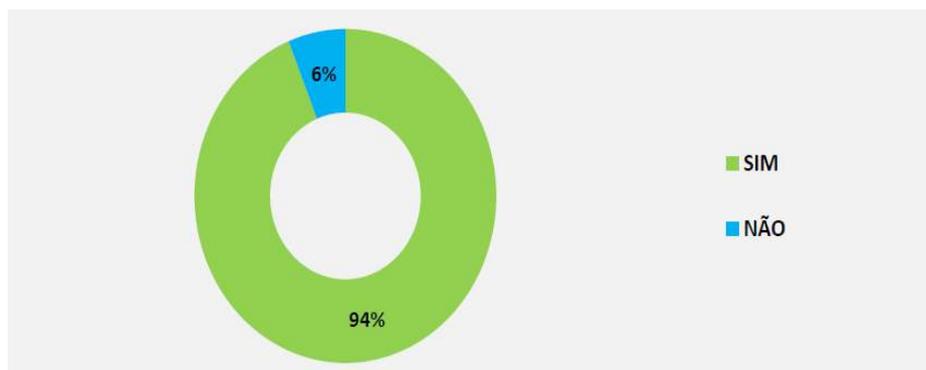
Fonte: Relatório NAT 2012

Na figura 12, temos a representação da decisão do magistrado frente ao pleito, sendo que: 66% foram liminares deferidas, 6,9% liminares indeferidas, 1,2% liminares deferidas parcialmente, 17,13% manifestação da parte autora, 0,07% declínio para Vara da infância,



2,5% notificação para o Município, 1,3% julgou extinto o pedido e 1,7% aguarda decisão do juiz.

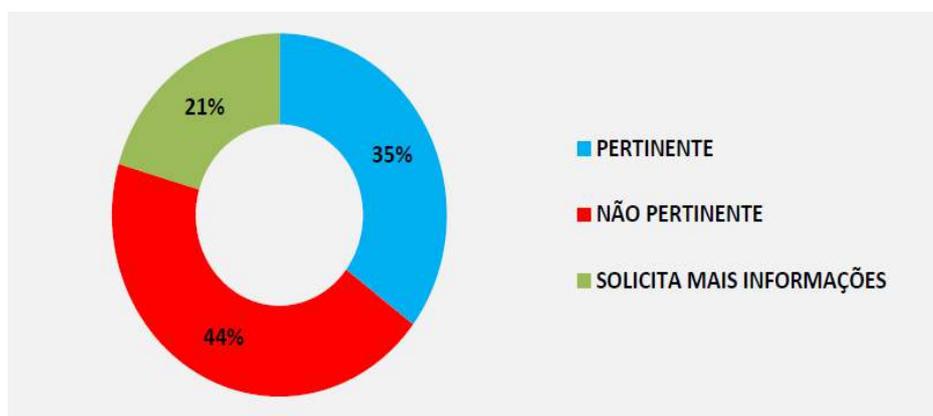
**Figura 13.** Citação do Parecer do NAT na Decisão do Magistrado



Fonte: Relatório NAT 2012

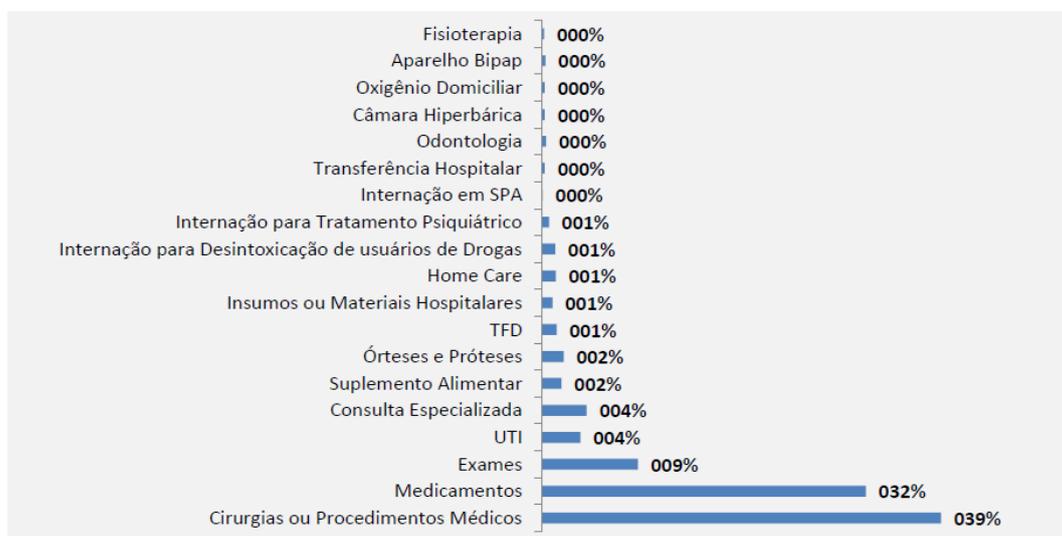
A tabela 13 representa a citação do Parecer do NAT nas decisões prolatadas pelos magistrados. 94% dos magistrados mencionaram o parecer do NAT em suas decisões, já 6% não mencionaram.

**Figura 14.** Posicionamento do NAT em relação ao pleito



Fonte: Relatório NAT 2012

A figura 14 retrata o posicionamento do NAT em relação aos pedidos realizados em juízo. 35% dos pedidos apresentados perante o NAT foram pertinentes, 44% não pertinentes e 21% são pedidos que necessitam de mais informações.

**Figura 15. Natureza do Pleito**

Fonte: Relatório NAT 2012

A figura 15 apresenta a natureza dos pedidos que chegaram ao NAT. Foram 39,09% pedidos de cirurgias ou procedimentos, 31,72% de medicamentos, 9,41% exames, 3,75% UTI's, 4,37% consultas médicas especializadas, 1,91% suplemento alimentar, 2,11% aquisição de órteses e próteses, 1,43% TDF, 1,02% insumos ou materiais hospitalares, 1,36% home care, 0,68% de internação para tratamento psiquiátrico, 0,07% de internação de SPA, 0,27% de transparência hospitalar, 0,41% de odontologia, 0,27% de Câmara Hiperbárica, 0,27% de solicitação de oxigênio domiciliar, 0,34% de aparelho Bipap e 0,20% de fisioterapia.

## Comparativo dos anos 2011-2012

### A. Quanto ao tipo de representação

Pode ser apreendido que os processos em sua maioria são advindos da Defensoria Pública. Em 2011, em segundo lugar, tínhamos os processos originados por advogados particulares, já em 2012 essa posição foi ocupada pelo Ministério Público. Percebe-se que a população está mais consciente de seus direitos e tem exigido do Estado a efetivação do Direito à Saúde, consagrado na Constituição Federal de 1988.



## **B. Origem dos Processos**

Da origem dos processos, a sua maioria, em 2011, foi originada da Comarca de Cuiabá, em seguida, do Interior do Estado. Já em 2012, a maioria dos processos é do Interior do Estado, ficando a Comarca de Cuiabá na segunda posição.

## **C. Decisão do Magistrado frente ao pleito**

Mais da metade das ações de saúde foi deferida pelos magistrados em 2011 e 2012. Em segundo lugar, no ano de 2011: 18% das ações foram encaminhadas para manifestação da Defensoria Pública, já em 2012: 17,13% foram encaminhadas para manifestação da parte demandante.

## **D. Citação do Parecer do NAT nas decisões dos Magistrados**

Nos anos de 2011 e 2012, pode-se constatar que os magistrados citaram o parecer do NAT no percentual de 84% e 94%, respectivamente. Com esse número, pode-se auferir a importância do NAT nas questões judiciais envolvendo a saúde pública no Estado de Mato Grosso.

## **E. Posicionamento do NAT em relação ao pleito**

O NAT considerou, em 2011, que 50% das ações foram pertinentes, em detrimento a 42% consideradas não pertinentes. Já em 2012, o NAT considerou apenas 34% das ações pertinentes, e 44% não pertinentes. Vale ressaltar que o parecer do NAT não vincula o magistrado ao proferir a decisão. O parecer do NAT é apenas técnico. Cabe ao magistrado solicitar ao NAT o parecer.

## **F. Natureza do Pleito**

A natureza do pleito está em sua maioria na seguinte escala: cirurgias ou procedimentos médicos, medicamentos e exames.

## **Considerações finais**

O problema da saúde no estado de Mato Grosso está longe de ser resolvido. A cada dia a demanda de ações envolvendo a saúde cresce no Fórum da Capital. O NAT tem



exercido seu papel, analisando caso a caso mediante pareceres técnicos de profissionais da saúde.

Percebe-se que há vários casos considerados não pertinentes pelo NAT, ou seja, são casos que não há respaldo legal para o pedido. O que acontece é que muitas dessas ações poderiam ser resolvidas por políticas públicas, muitas vezes existentes, mas desconhecidas ou realizadas precariamente, que resultam ineficientes.

É necessário que essa questão da saúde seja retirada do âmbito do Judiciário, visto que o cidadão recorre à justiça a fim de buscar decisão para seu caso, e o judiciário não pode abster-se de julgar nenhuma lesão ou ameaça a direito.

É possível verificar que a população cada vez mais está consciente de seus direitos e exigindo que o mesmo seja efetivado através de decisões judiciais, visto que a ação do Poder Executivo na saúde resta ineficaz, não alcançando a população que procura por esses serviços. Enquanto não houver um debate coletivo com os atores sociais e os três poderes quanto à situação da saúde no Estado de Mato Grosso, estaremos diante desse cenário de aumento de ações envolvendo a saúde, pois o cidadão não pode ficar à mercê da ineficácia de gestão dos Poderes Públicos.

O papel do Estado de Mato Grosso é ampliar o debate da questão da saúde junto aos movimentos sociais a fim de efetivar a saúde no Estado por meio de políticas públicas eficazes, com a população exercendo o controle social dessas ações.

Esse trabalho apresenta desafios para a gestão pública do Estado de Mato Grosso, que se vê diante de um cenário de reestruturação quanto a discutir a questão da saúde no Estado, o que tem trazido consequências para o planejamento da referida área.

## Referências

1. World Health Organization. Constitution of the World Health Organization. Basic Documents. WHO. Genebra. 1946. [Acesso em 17 de out. de 2016]. Disponível em [http://www.who.int/governance/eb/who\\_constitution\\_en.pdf](http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf).
2. Brasil. 8ª Conferência Nacional de Saúde. Relatório final. [Acesso em 22 dez. 2014]. Disponível em [http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio\\_8.pdf](http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio_8.pdf).



3. Sarlet IW. A Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
4. Lenza P. Direito Constitucional Esquematizado. 13 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.
5. Silva JA. Curso de Direito Constitucional Positivo. 28 ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros Editora Ltda, 2007.
6. Anne Joyce Angher, (org). Constituição Federal de 1988. VadeMecum Universitário de Direito Rideel.. 11 ed. atual. São Paulo: Rideel, 2012.
7. Figueiredo MF. Direito à Saúde. 2 ed. rev., ampl. e atual. Bahia: Editora JusPodivm, 2011. p.19
8. Ministério da Saúde. Anais da 3ª Conferência Nacional de Saúde. Niterói: Fundação Municipal de Saúde, 1992. [Acesso em 28 jul. 2016]. Disponível em [http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cd07\\_01.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cd07_01.pdf). p. 03.
9. Paim JS. Reforma Sanitária Brasileira: Contribuição para compreensão e crítica. Salvador: Editora Edufba/FIOCRUZ, 2008. p. 101.
10. Teles V. OMS quer conhecer modelo brasileiro de saúde. [Acesso em 22 dez. 2014]. Disponível em <http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/noticia/4214/162/oms-quer-conhecer-%3Cbr%3Emodelo-brasileiro-de-saude.html>.
11. Paim JS. O que é o SUS. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2009. p. 13-15; 19; 33; 44.
12. Sarlet IW. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, setembro/outubro/novembro, 2007. [Acesso em 27 dez. 2014] Disponível em <http://www.direitoestado.com.br/rere.asp>. p. 9; 12.
13. Gandini JAD, Barione SF, Souza AE. A Judicialização do Direito à Saúde: A Obtenção de Atendimento Médico, Medicamentos e Insumos Terapêuticos por via Judicial – Critérios e Experiências. [Acesso em 27 dez. 2014] Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=4182](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4182). p. 1; 10.
14. Ventura M, Simas L, Pepe VLE, Schramm FR. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. Physis, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, 2010. [Acesso em: 27 dez. 2014]. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-73312010000100006&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312010000100006&lng=en&nrm=iso). p. 10; 11.
15. Gontijo GD. A judicialização do direito à saúde. Revista Médica de Minas Gerais - RMMG, América do Norte, 2021 02 2011. [Acesso em 27 dez. 2014]. Disponível em: <http://pesquisa.bvsalud.org/regional/resources/lil-577597>. p. 145; 607.



16. Barroso LR. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. [Acesso em: 4 jan. 2015]. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/38245>. p. 24.

17. Conselho Nacional de Justiça. Núcleo técnico discutirá demandas judiciais de Saúde no MT. [Acesso em: 27 de dez. de 2014]. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/16847-nucleo-tecnico-discutira-demandas-judiciais-de-saude-no-mt>.

18. Lakatos EM; Marconi MA. Metodologia do trabalho científico. São Paulo: Atlas, 1995.

---

*Submetido em: 15.jun.2016*  
*Reapresentado em: 4.ago.2016*  
*Aprovado em: 14.dez.2016*

#### **Como citar este artigo:**

Arruda, SC. Análise sobre a judicialização da saúde no Estado de Mato Grosso no período de 2011-2012. *Revista Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*. 2017 jan./mar, 6(1):86-111.



## Análise do gasto com judicialização de medicamentos no Distrito Federal, Brasil

Analysis of drug expenditure with judicialization in the Federal District, Brazil

Análisis del gasto con la judicialización de medicamentos en el Distrito Federal, Brasil

Everton Macêdo Silva<sup>1</sup>  
Keyla Caroline de Almeida<sup>2</sup>  
Gláucia Silveira Carvalho Pessôa<sup>3</sup>

**RESUMO:** A judicialização como fenômeno de garantia do direito social à saúde é uma questão com discussão crescente no Brasil, devido à definição constitucional de saúde no país, que contempla a integralidade. **Objetivo:** Analisar o perfil do gasto da saúde pública no Distrito Federal com medicamentos não-padronizados, a fim de compreender quais as circunstâncias em que a judicialização de medicamentos ocorre nesse local. **Métodos:** Análise jurisprudencial nos processos judiciais sobre medicamentos. Foram utilizados registros administrativos de distribuição dos medicamentos no período de setembro/2014 a agosto/2016. O gasto apurado foi classificado por item e por grupo de doença conforme CID-10. **Resultados:** O gasto total apurado foi de R\$ 43,7 milhões. Dentre os medicamentos com maior gasto, observou-se o fator IX recombinante, utilizado para tratamento de hemofilia, como maior responsável (22,53%), seguido da alfa-glicosidase (9,74%), do fingolimode (8,44%) e da abiraterona (6,63%). As doenças com maior demanda de atendimento via judicial foram as doenças do sangue que incluem as hemofilias (26,6%), as neoplasias (24,9%) e as doenças metabólicas (17,5%). **Conclusão:** Os resultados obtidos permitiram verificar um padrão de demandas particular do DF, com uma participação importante no orçamento destinado à compra de medicamentos.

**Palavras-chave:** Judicialização. Medicamento. Gasto em saúde. Tecnologias em saúde

**ABSTRACT:** Judicialization as a phenomenon for right to health guarantee is an issue of increasing discussion in Brazil due to the constitutional definition of health in the country, which opens scenario for integrality. **Objective:** The way the lawsuits come impacting on public health policies in the three government levels puts this item as pressing point in the discussion of an agenda for the health system. **Methods:** This study analyzed the profile of public health expenditure in the Federal District with non-protocol drugs in order to understand in which circumstances the lawsuits of drugs occur in that territory. Administrative records of drug distribution were collected from September / 2014 to August / 2016. **Results:** The recorded expenditure was classified by item and by disease group as ICD-10. It was found that the total calculated expense was R\$ 43.7 million, with recombinant factor IX, used

<sup>1</sup> Doutor em Ciências da Saúde pela Universidade de Brasília, Farmacêutico, Coordenador do Centro de Avaliação de Tecnologias em Saúde, Hospital de Base do Distrito Federal, Brasília, Brasil. E-mail: [ms.everton@gmail.com](mailto:ms.everton@gmail.com)

<sup>2</sup> Doutora em Patologia Molecular pela Universidade de Brasília, Farmacêutica, Núcleo de Farmácia Ambulatorial Judicial, Diretoria de Assistência Farmacêutica, Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal, Brasília, Brasil. E-mail: [keylacaroline.a@gmail.com](mailto:keylacaroline.a@gmail.com)

<sup>3</sup> Farmacêutica-Bioquímica pela Universidade Federal de Minas Gerais, Diretoria de Assistência Farmacêutica, Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal, Brasília, Brasil. E-mail: [glauciasilveiracarvalho@gmail.com](mailto:glauciasilveiracarvalho@gmail.com)



to treat hemophilia, as most responsible (22.53%), followed by alpha-glucosidase (9.74%), of fingolimod (8.44%) and abiraterone (6.63%). Diseases with increased demand for judicial services were blood diseases that include hemophilia (26.6%), cancer (24.9%) and metabolic disorders (17.5%). **Conclusión:** The results obtained showed a pattern of particular demands of the Federal District, with an important role in drug purchasing budget.

**Keywords:** Judicialization. Drugs. Health expenditure. Health technology

**RESUMEN:** La judicialización como un fenómeno de garantizar el derecho social a la salud es un tema de creciente debate en Brasil debido a la definición constitucional de la salud en el país, que se abre el escenario para la integridad. **Objetivo:** La forma en que las demandas vienen impactando sobre las políticas de salud pública en los tres niveles de gestión pone este material como punto de discusión urgente de una agenda para el sistema de salud.

**Métodos:** En este estudio se analizó el perfil del gasto en la salud pública en el Distrito Federal con medicamentos no estándar con el fin de entender cuáles son las circunstancias en que la judicialización se pasa en esto local. Fueron usados archivos administrativos de la distribución de medicamentos a partir de septiembre / 2014 a agosto / 2016. **Resultados:** El gasto registrado fue clasificado por tema y por grupo de enfermedades como la CIE-10. Se encontró que el gasto total calculado fue de R\$ 43,7 millones de dólares. Entre los fármacos con un mayor gasto, se observó el factor IX recombinante, que se utiliza para tratar la hemofilia, como mayor responsable (22,53%), seguido de la alfa-glucosidasa (9,74%), del fingolimod (8,44%) y de la abiraterona (6,63%). Las enfermedades con mayor demanda de servicios judiciales fueron enfermedades de la sangre que incluyen la hemofilia (26,6%), el cáncer (24,9%) y los trastornos metabólicos (17,5%). **Conclusión:** Los resultados obtenidos mostraron un estándar de demandas judiciales peculiar del Distrito Federal, con una parte importante del presupuesto para la compra de medicamentos.

**Palabras-llave:** Judicialización. Medicamento. Gasto en salud. Tecnologías en salud

## Introdução

O crescente número de ações judiciais propostas em face do Poder Público com o fim de garantir o fornecimento de medicamentos e até mesmo a incorporação de novas tecnologias no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS tem sido motivo de preocupação para os gestores da saúde em todos os níveis federativos e vem sendo correntemente designada como “judicialização da saúde” (1), (2). As distorções decorrentes deste fenômeno, pelo menos no que diz respeito a medicamentos, são ocasionadas, sobretudo, pelo desconhecimento da política pública já implementada e muitas vezes decorrem de uma análise superficial da demanda, sem o devido amparo técnico (3).

O direito à saúde, aí compreendida a assistência farmacêutica, tem status de direito fundamental uma vez que de acordo com o artigo 196 da Constituição da República Federativa do Brasil: “A saúde é direito de todos e dever do estado, garantida mediante políticas sociais e econômicas, que visem à redução do risco de doenças e outros agravos



e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Em 19 de setembro de 1990, o Sistema Único de Saúde (SUS) foi regulamentado pela Lei nº 8.080 que, dentre outros pontos, estabeleceu “assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica” e entre as ações, “a formulação da política de medicamentos (...) de interesse para a saúde (...)”.

No campo da Assistência Farmacêutica no SUS, as ações estão definidas em três componentes: Componente Básico da Assistência Farmacêutica, que observa a oferta de medicamentos para o tratamento dos principais problemas de saúde da população em relação a sua demanda epidemiológica; Componente Estratégico da Assistência Farmacêutica, que objetiva disponibilizar medicamentos para o atendimento de Programas de saúde coordenados nacionalmente pelo Ministério da Saúde, de caráter transmissível e/ou alto impacto na saúde da população e Componente Especializado da Assistência Farmacêutica que é estratégia de acesso a medicamentos no âmbito do SUS, caracterizado pela busca da garantia da integralidade do tratamento medicamentoso, em nível ambulatorial, cujas linhas de cuidado estão definidas em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas publicados pelo Ministério da Saúde.

Para a disponibilização de medicamentos na rede pública de saúde esses devem passar pela etapa de seleção a qual pode culminar ou não na sua padronização. A padronização de um medicamento baseia-se na análise das melhores evidências clínicas disponíveis, bem como estudos de custo-efetividade e de impacto orçamentário. Esse processo é fundamental para a disponibilização de medicamentos eficazes, seguros e que mantenham a sustentabilidade do sistema de saúde (4). Este ponto se justifica pelo interesse coletivo, voltado ao atendimento da coletividade em detrimento da individualização do atendimento de saúde (5).

No âmbito da SES-DF, a incorporação dos medicamentos a serem fornecidos pela rede é avaliada pela Comissão Central de Farmácia e Terapêutica (CCFT), a qual funções e metodologia são estabelecidas através da Portaria nº 10, de 28 de janeiro de 2016. A CCFT é órgão um deliberativo e multidisciplinar e dentre os seus objetivos estão: formular e implementar as políticas relacionadas com seleção de medicamentos nos diversos níveis de complexidade do sistema, assegurar prescrição e uso racional de medicamentos para



garantir terapêutica eficaz e segura, além de melhoria na qualidade da assistência à saúde e o estabelecimento de critérios para o uso dos medicamentos selecionados.

Não obstante a todo o arcabouço legal em que se alicerça a Política Nacional de Medicamentos (PNM) bem como a Assistência Farmacêutica no âmbito da Saúde Pública no Distrito Federal, percebe-se que as decisões judiciais no campo das ações em que se pleiteiam medicamentos e tratamentos médicos em face dos entes públicos muitas vezes ainda são tomadas sem amparo na realidade concreta e técnica, sendo que em tais demandas presencia-se o aspecto emocional que subjaz à discussão jurídica, consistente na percepção do juiz que um cidadão jurisdicionado possa a vir a falecer “em suas mãos” por falta de um medicamento (6). Mas o dilema é bem mais amplo, como lembrado pelo eminente jurista Luís Roberto Barroso: “o que está em jogo, na complexa ponderação aqui analisada, é o direito à vida e à saúde de uns versus o direito à vida e à saúde de outros. Não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nessa questão” (14)

Neste contexto, esse estudo visou realizar uma análise sobre o gasto com medicamentos judicializados no âmbito do Sistema Único de Saúde, no território do Distrito Federal. A relevância dessa caracterização se dá pela necessidade de conhecer o perfil do gasto em saúde com medicamentos que impactam diretamente no planejamento e na gestão da assistência farmacêutica.

## Metodologia

Este estudo foi realizado como um modelo de pesquisa documental, qualitativo e quantitativo.

O levantamento dos registros de compras por via judicial no Distrito Federal, foi feito por intermédio da Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal, em que foram coletados os dados pelo sistema informatizado de gestão de materiais. O período compreendido na pesquisa foi de setembro/2014 a agosto/2016.

Para geração dos relatórios de medicamentos adquiridos por via judicial efetivamente distribuídos no Sistema Único de Saúde (SUS), foi utilizada a opção de relatório de consumo consolidado, com filtro para o grupo de medicamentos de interesse, classificados no sistema como medicamentos cadastrados de compra específica. Nesse caso é possível obter quais medicamentos foram distribuídos à população com aquisição específica por força de decisão judicial, sem limitações que poderiam surgir caso a base de dados tivesse como variável



primária as compras homologadas ou empenhadas. Portanto, a seleção de consumo de medicamentos visou garantir a contagem daqueles tratamentos requeridos e que realmente foram fornecidos ao demandante.

Não foram consideradas nessa análise as demandas judiciais cujo objeto foram medicamentos padronizados pela Relação de Medicamentos Essenciais do DF, considerando que, em regra, o cumprimento das respectivas decisões judiciais é realizado com o estoque disponível pelas compras programadas a partir do consumo normal da rede de saúde local.

Para classificação do gasto com medicamento de acordo com a indicação terapêutica, foi utilizada a Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID-10).

Foi realizada estatística descritiva qualitativa dos dados obtidos, com cálculo das medidas de frequência para os gastos por medicamento e por doença.

Esse estudo não utilizou quaisquer dados de pacientes. Foram analisados registros administrativos de caráter contábil-financeiro.

## **Resultados e Discussão**

O SUS propicia aos seus usuários medicamentos padronizados gratuitos de acordo com protocolos clínicos e diretrizes. Porém existem medicamentos que não estão contemplados na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Rename) (7) e na Relação de Medicamentos Essenciais do Distrito Federal (Reme-DF) (8) dessa forma não são oferecidos regularmente em seu dispensário. Em resposta a isso, pacientes acionam o poder público judicialmente a fim de obrigá-lo a prover esses medicamentos não padronizados, endossando a judicialização da saúde no Brasil (5),(9).

Nesse sentido, o objeto do estudo consistiu na análise dos medicamentos não padronizados, denominados também como medicamentos de compra específica, que representam uma grande parcela dos medicamentos em litígio nas cortes. Utilizando a estratégia de busca de registros administrativos sobre a aquisição de medicamentos de compra específica por via judicial pelo SUS-DF, foram encontrados 244 medicamentos em 24 meses, no período de setembro/2014 a agosto/2016. O valor total gasto na aquisição desses medicamentos foi de R\$ 43.700.727,04 durante o período analisado. A representatividade desse volume de recursos pode ser mensurada a partir de outros relatos



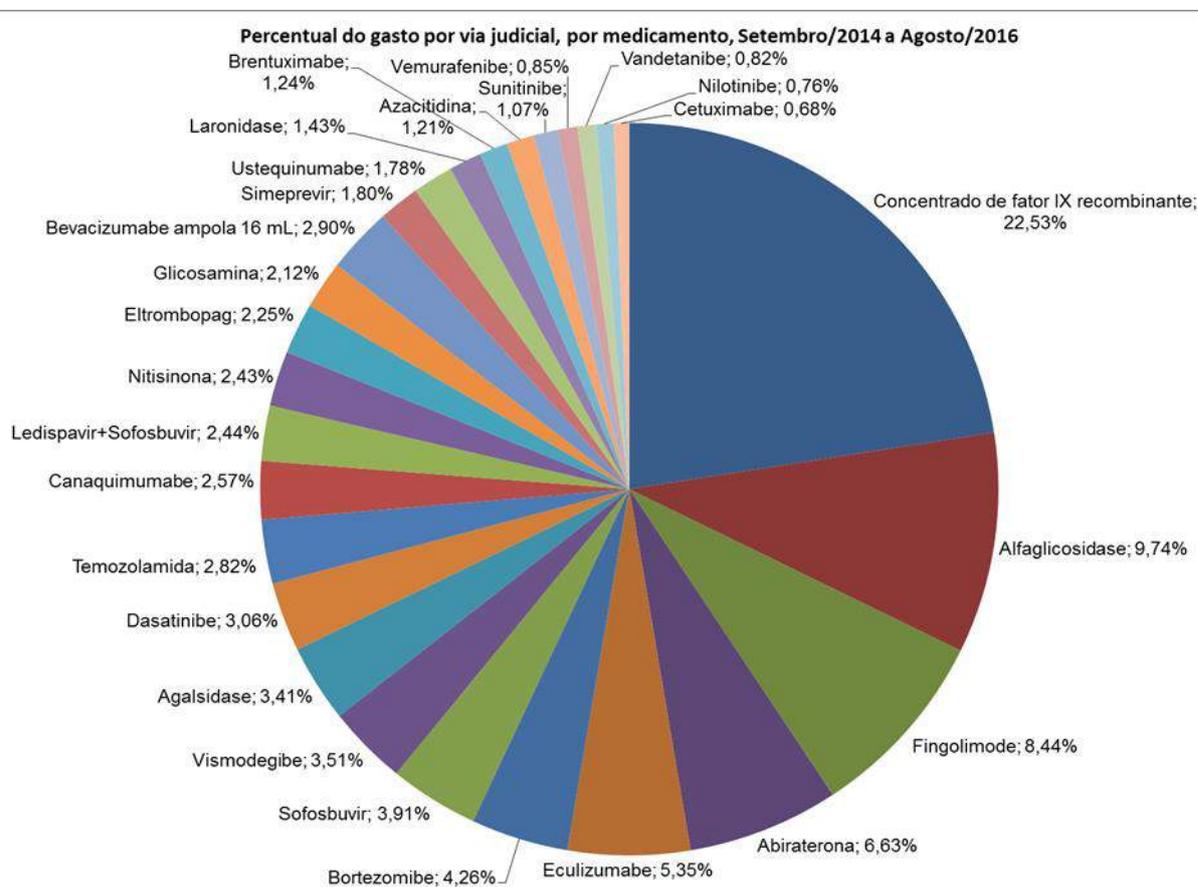
na literatura, como no estado de São Paulo, onde foi levantado que, em 2006, 77% dos medicamentos solicitados por via judicial não pertenciam ao elenco de medicamentos fornecidos pela Secretaria Estadual de Saúde ou pelo Ministério da Saúde (10). No estado de Minas Gerais também foi possível observar que em 75,5% dos casos avaliados os medicamentos solicitados por processos judiciais durante o período de 2005 à 2006, não pertenciam ao elenco padronizado da Rename e 56,7% não estavam contemplados em programas da SES/MG (11).

Esses fatos são particularmente importantes no que diz respeito principalmente aos medicamentos não padronizados de alto custo, para os quais as despesas com o tratamento de um único indivíduo podem ser extremamente elevadas em detrimento dos gastos com a saúde coletiva (9). Nesse aspecto, a judicialização da saúde pode comprometer a execução de políticas de saúde no âmbito do SUS, uma vez que o cumprimento de determinações judiciais para o fornecimento de medicamentos, insumos e serviços de saúde acarreta gastos elevados e não programados (12).

Em uma análise dos medicamentos que mais contribuíram nesse montante, foi realizada uma curva ABC (tabela 1), onde foi verificado que trinta medicamentos foram responsáveis pelo gasto de R\$ 39.121.099,74 pelo SUS-DF, representando 89,52% do total gasto com os duzentos e quarenta e quatro itens judicializados com pelo SUS-DF no período de 24 meses (figura 1).



**Figura 1.** Percentual do gasto com medicamentos por via judicial, classificado por medicamento, no período de setembro/2014 a agosto/2016.



Foram alocados no mesmo grupo os medicamentos com apresentações diferentes, porém com mesmo princípio ativo.

Fonte: Elaboração própria a partir do Sistema informatizado de gestão de materiais da SES-DF

Dentre os trinta medicamentos que representam o maior custo para o SUS-DF (tabela 1), aproximadamente 17% não apresentam registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa). Um valor de pelo menos três vezes acima quando comparado ao observado entre 2005 e 2006 no estado de Minas Gerais, no qual apenas 4,8% não apresentava registro na Anvisa (12). Esse dado contraria os objetivos da PNM, uma vez que a mesma foi elaborada e implementada no país para garantir o acesso da população a medicamentos eficazes, seguros e de qualidade, promovendo assim seu uso racional. Cabe



ressaltar que o uso de medicamentos sem registro sanitário ou fora das indicações para as quais foram registrados (*off label*) pode significar riscos à saúde do paciente (4).

**Tabela 1.** Valor gasto com medicamentos não-padronizados via demanda judicial no SUS-DF, setembro/2014 a agosto/2016.

Medicamento	Gasto por medicamento (R\$)
CONCENTRADO DE FATOR IX RECOMBINANTE ISENTO DE ALBUMINA 1000UI PO LIOFILIZADO PARA SOLUÇÃO INJETAVEL FRASCO AMPOLA + DILUENTE	4.873.323,40
ALFALGLICOSIDASE PO LIOFILO INJETAVEL 50 MG FRASCO-AMPOLA	3.809.495,76
FINGOLIMODE (CLORIDRATO) 0,5MG CÁPSULA	3.303.239,44
ABIRATERONA (ACETATO) COMPRIMIDO 250 MG	2.595.286,19
CONCENTRADO DE FATOR IX RECOMBINANTE ISENTO DE ALBUMINA 500UI PO LIOFILIZADO PARA SOLUÇÃO INJETAVEL FRASCO AMPOLA + DILUENTE	2.286.284,38
ECULIZUMAB SOLUÇÃO INJETAVEL 300 MG (10 MG/ML) FRASCO AMPOLA 30 ML (IMPORTADO)	2.093.954,64
BORTEZOMIBE PO LIOFILIZADO PARA SOLUCAO INJETAVEL 3,5MG FRASCO-AMPOLA	1.666.061,54
CONCENTRADO DE FATOR IX RECOMBINANTE ISENTO DE ALBUMINA 250UI PO LIOFILIZADO PARA SOLUÇÃO INJETAVEL FRASCO AMPOLA + DILUENTE	1.652.914,29
SOFOSBUVIR COMPRIMIDO 400MG	1.530.692,11
VISMODEGIBE CAPSULA 150 MG	1.374.330,38
AGALSIDASE BETA PO LIOFILIZADO PARA INFUSAO INJETAVEL 35MG FRASCO AMPOLA	1.334.222,40
DASATINIBE COMPRIMIDO REVESTIDO 50 MG	1.195.639,20
TEMOZOLAMIDA CAPSULA 100MG	1.103.198,24
CANAQUINUMABE PO PARA SOLUÇÃO INJETÁVEL 150 MG FRASCO-AMPOLA	1.005.275,65
LEDISPAVIR + SOFOSBUVIR (90MG + 400MG) COMPRIMIDO	953.299,40
NITISINONE CAPSULA 10 MG (IMPORTADO)	951.412,66
ELTROMBOPAG OLAMINA COMPRIMIDO REVESTIDO 50MG	879.794,66
GLICOSAMINA (SULFATO) PO GRANULADO 1,5 G SACHE	827.996,84
BEVACIZUMABE SOL.INJETAVEL 25MG/ML FRASCO AMPOLA 16ML	822.442,64
SIMEPREVIR CAPSULA 150 MG	704.838,58
USTEQUINUMABE 45MG/0,5ML SOLUÇÃO INJETÁVEL FRASCO-AMPOLA OU SERINGA PREENCHIDA	697.080,07
LARONIDASE SOLUCAO INJETAVEL 2,9MG/5ML FRASCO-AMPOLA	559.210,70
BRENTUXIMAB VEDOTIN 50MG INJETAVEL FRASCO OU FRASCO AMPOLA	485.223,55
AZACITIDINA PO LIOFILIZADO PARA SUSPENSAO INJETAVEL FRASCO-AMPOLA 100MG (VIA SC)	472.606,55
SUNITINIBE (MALATO) CAPSULA 50MG	418.283,60
VEMURAFENIBE COMPRIMIDO 240 MG	332.516,80
VANDETANIBE COMPRIMIDO REVESTIDO 300 MG	319.183,20
BEVACIZUMABE SOLUCAO INJETAVEL 25MG/ML FRASCO AMPOLA 4,0ML	310.342,46
NILOTINIBE CAPSULA GELATINOSA DURA 200MG	296.952,32
CETUXIMABE SOLUÇÃO INJETAVEL 500 MG FRASCO-AMPOLA	265.998,09
Total	39.121.099,74

Fonte: Elaboração própria a partir do Sistema informatizado de gestão de materiais da SES-DF



De acordo com o período avaliado, o medicamento responsável pelo maior gasto pela SES-DF foi o concentrado de fator IX recombinante 1000 UI, com R\$ 4.873.323,40 (Tabela 1). Seu uso é indicado para tratamento de hemofilia B. Somando-se a apresentação de 500 UI, que isolada representou um gasto de R\$ 2.286.284,38, e a apresentação de 250 UI, que contribuiu com um gasto de R\$ 1.652.914,29, houve um gasto total aproximado de 8,8 milhões de reais com esse único fármaco, que compreende 22,53% do total (Figura 1).

Conforme dados do Ministério da Saúde, em 2014 havia 59 casos de hemofilia B no Distrito Federal, com uma prevalência de 1,5 casos/ 35.000 homens. Essa prevalência é considerada elevada no contexto nacional e estima-se ainda um sub-registro de 33,5% (13). Assumindo que o tratamento de todos os pacientes tenha sido judicializado e considerando que em 2015 foram gastos cerca de R\$ 4 milhões com a aquisição judicial desses medicamentos, a razão de gasto anual por paciente seria da ordem de R\$ 68 mil. Esse valor pode ser ainda maior, considerando o dado público da medida cautelar protocolada pelo Distrito Federal e deferida em 27 de julho de 2016 pelo Supremo Tribunal Federal (14). Essa medida relata a existência de nove ações judiciais contra o Distrito Federal até 2015, para o fornecimento de concentrado de fator IX recombinante. Nesse caso a razão de gasto anual por paciente seria da ordem de aproximadamente R\$ 445 mil. É ainda importante ressaltar que, no caso do fator IX recombinante, existe alternativa terapêutica padronizada pelo Ministério da Saúde, o fator IX plasmático, obtido por fracionamento de “pool” de plasma (15), e regularmente distribuído pelo SUS. Em que pese o programa de aquisição e distribuição do tratamento das hemofilias ser realizado pelo Ministério da Saúde, a judicialização nesse caso é um exemplo claro de um distúrbio do financiamento da saúde, com deslocamento de uma competência da União para o Distrito Federal.

Como segundo item com maior gasto no período, foram utilizados R\$ 3.809.495,76 para aquisição de alfa-glicosidase, uma enzima necessária para reposição em indivíduos com doença metabólica. Na sequência, para o gasto com fingolimode, utilizado no tratamento de esclerose múltipla remitente recorrente, foi apurado um total de R\$ 3.303.239,44. É interessante notar que, em todo o ano de 2015 houve um consumo de 11.800 unidades do medicamento nessa modalidade, com um valor de R\$ 2.153.732,50. De janeiro a agosto de 2016, o quantitativo dispensado através de ação judicial foi de 3.500 unidades, com R\$ 637.198,97 empregados. Essa redução no ritmo de aquisições judiciais do fingolimode provavelmente tem como uma das causas sua incorporação ao SUS em junho de 2014,



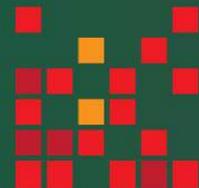
conforme Protocolos Clínicos de Diretrizes Terapêuticas e análise prévia da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias em Saúde no SUS.

Essa mesma tendência de queda possivelmente ocorrerá no valor observado para a compra de antirretrovirais para o tratamento de hepatites virais nos anos subsequentes. Durante o período analisado foram adquiridos por via judicial os medicamentos sofosbuvir (R\$ 1.530.692,11), ledispavir + sofosbuvir (R\$ 953.299,40), simeprevir (R\$ 704.838,58), telaprevir R\$ 194.697,75) e veruprevir + ombistavir + ritonavir + dasabuvir (R\$ 145.370,40) totalizando um gasto aproximado de 3,5 milhões de reais. Essa possibilidade deve-se ao fato de que algumas dessas novas terapias orais vêm sendo recentemente incorporadas ao SUS (16), ampliando o acesso regular e programático.

Diferentemente, no caso da glicosamina é possível esperar um movimento contrário. R\$ 827.996,84 já foram gastos para atender a tratamentos de doenças reumatológicas inflamatórias com uso de Glicosamina em paciente judicializados. Esse medicamento foi despadronizado durante o período analisado, possivelmente acarretando a ocorrência de compras específicas devido à demanda judicial. Atualmente, a via de obtenção desse produto pelo SUS-DF necessariamente passa pelo processo judicial. Nesse caso, o monitoramento do custo da compra também pode ser um termômetro interessante para avaliação do benefício a partir da mudança nessa política pública.

Analisando os achados de um estudo similar, Boing et al. (17) observaram que os medicamentos que mais demandaram recursos do Estado de Santa Catarina para aquisição judicial foram a laronidase, a temozolamida e o infliximab, com cerca de R\$ 81 mil, R\$ 35 mil e R\$ 18 mil gastos, respectivamente, entre os anos 2000 e 2006. No presente estudo, o gasto com temozolamida representou R\$ 1.103.198,24 e para laronidase foram R\$ 559.210,70, ainda que esses medicamentos estejam fora dos dez maiores gastos com medicamentos não-padronizados judicializados.

Na análise do percentual de participação dos trinta principais itens no gasto total (Figura 1), nota-se que os três primeiros itens, fator IX recombinante, alfa-glicosidase e fingolimode, apresentaram uma contribuição de 22,53%, 9,74% e 8,44%, respectivamente. Se considerarmos também a abiraterona, com 6,63%, e o eculizumabe, com 5,35%, mais de 52% do gasto apurado é atribuível a esses cinco medicamentos não-padronizados, nos 24 meses analisados. A intervenção judicial no âmbito da gestão do setor de saúde apresenta-se como um fenômeno multifacetado com características específicas que vem exigindo uma



atuação diferenciada do gestor público para responder a essas decisões judiciais no sentido de se evitar o crescimento de novas demandas e preservar os princípios e as diretrizes do SUS (4). Nesse sentido torna-se estratégica a busca pelo entendimento do perfil das demandas judiciais relacionadas ao uso dos medicamentos de uma determinada região, inclusive no desenvolvimento de políticas públicas.

Também foi possível observar que os produtos são adquiridos majoritariamente pela fonte de recursos hospitalar. Essa particularidade possivelmente é explicada pela necessidade de utilização da fonte de recursos exclusiva do DF, sem dotação orçamentária que inclua recursos federais. A alocação desse último recurso estaria contrariando a finalidade previamente definida, uma vez que a aquisição de medicamentos devido à judicialização não está contemplada em ações programáticas do orçamento público. A PNM determina as responsabilidades de cada esfera do governo no âmbito da assistência farmacêutica e do financiamento do SUS e o processo de judicialização da saúde desconsidera essa normatização, resultando prejuízo ao princípio de equidade em saúde (12).

No mapeamento dos valores por grupo de doenças (tabela 2), mais de 94% dos medicamentos obtidos na coleta de dados, entre 2014 e 2016, foram classificados conforme a indicação de uso, usando a Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID-10). A não classificação dos demais 6% conforme essa classificação deve-se ao fato de que o uso para mais de uma indicação possível, contemplando mais de um grupo, não permite sua alocação de forma assertiva. É possível observar uma distribuição com maior volume de recurso utilizado para as hemofilias, que compreendeu R\$ 11.615.582,26.

Em seguida, nota-se o gasto de R\$ 10.875.685,03 com medicamentos não padronizados pela SES-DF para o tratamento de neoplasias. Os medicamentos oncológicos foram responsáveis por aproximadamente 24,9% do gasto com medicação não padronizada demandada via judicial durante esse período, sendo o medicamento abiraterona, indicado para o tratamento de câncer de próstata avançado metastático em população específica, responsável pelo gasto de R\$ 2.595.286,19 no período analisado, representando 6,63% do montante gasto com medicamentos judicializados pelo SUS-DF. Em análise do município de São Paulo, foi encontrado um percentual de 22% de medicamentos judicializados para tratamento de câncer (18).



Em relação aos medicamentos oncológicos, salienta-se que os procedimentos de quimioterapias da Tabela de Procedimentos, Medicamentos e OPM do SUS, que define valores de ressarcimento ao serviço de saúde, não especificam nenhum medicamento a ser utilizado. Os esquemas antineoplásicos constam somente nos protocolos publicados. Desse modo, como exemplo, tem-se o bortezomibe, que representou 4,26% do gasto total apurado. Esse medicamento pode ser incluído no esquema de quimioterapia do mieloma múltiplo. A média dos preços de compras públicas informadas na base de dados do Banco de Preços em Saúde/Ministério da Saúde é de R\$ 1.685,00. O preço unitário estimado no SUS-DF é de cerca de R\$ 2.100,00 e nesse contexto, possivelmente a padronização do medicamento poderia reduzir o valor pago em negociação. Adicionalmente, o procedimento de quimioterapia de segunda linha de tratamento disponível na tabela de procedimentos do SUS permite um ressarcimento ao serviço de R\$ 1.715,60.

Seguindo a sequência de doenças com maior contribuição do gasto têm-se as doenças endócrinas, nutricionais e metabólicas, principalmente síndromes metabólicas, doenças do sistema nervoso, as hepatites virais e doenças do sistema osteomuscular e do tecido conjuntivo. No caso desse último grupo, é importante salientar que somente um medicamento, a glicosamina, foi responsável pelo gasto observado.

Em estudo realizado em Minas Gerais, analisando-se o período de 2005 e 2006, foi observado que as doenças com mais medicamentos solicitados foram artrite reumatoide, diabetes mellitus e hipertensão arterial (12). A diferença de escopo comparada à nossa análise pode ser atribuída primeiramente ao fato de que os medicamentos imunobiológicos atualmente estão padronizados no elenco do DF, bem como ocorre com as insulinas de longa e curta duração, que são aquelas com maior potencial de demanda judicial. Diante da presença desses itens na lista já disponível a nível local, a curva de demandas se desloca para aqueles medicamentos não incluídos dentre as opções regulares.

Na perspectiva de avaliar a participação da compra de medicamentos não-padronizados por decisão judicial no total da execução orçamentária com medicamentos no DF, verificou-se que em 2015 a judicialização levou a um gasto maior que 23 milhões. O total empenhado no mesmo período com a compra de medicamentos foi de cerca de 230 milhões e o total liquidado foi de 177 milhões, conforme dados do Sistema de Informações sobre Orçamentos Públicos em Saúde (19). Portanto, as compras judiciais representaram em torno de 10% da despesa empenhada e 13% da despesa efetivamente liquidada. Apesar



do alto valor representado nos números apresentados, em outros estudos é possível observar uma razão de gasto com demandas judiciais de medicamentos bem mais acentuada. A preocupação nesse dado é a tendência de incremento acelerado com o tempo. Essa possibilidade pode ser exemplificada pelo aumento do gasto com a judicialização pelo Ministério da Saúde, passando de R\$ 124,1 milhões em 2010 para R\$ 287,4 milhões em 2012 (3).

Em Santa Catarina, avaliou-se que em 2006 foram gastos R\$ 80 milhões com assistência farmacêutica e cerca de R\$ 21 milhões para o cumprimento de decisões judiciais favoráveis à aquisição de medicamentos (17). A relação nesse caso é maior que 26%. Essa diferença por ser explicada pelo fato de que neste estudo foi utilizada somente a base de dados de medicamentos não-padronizados.

O ingresso de processos judiciais contra o Poder Público é uma das formas que os cidadãos encontraram para garantir seus direitos de acesso ao medicamento ou tratamento específico, sendo considerada uma reivindicação legítima, pois objetiva garantir um direito fundamental (12). Porém é importante salientar que esse movimento de judicialização da saúde de forma descontrolada e irracional pode motivar o custeio e a disponibilidade de medicamentos sem considerar os princípios de segurança e eficácia da PNM, para uma pequena parcela da população, interferindo na efetividade da elaboração e execução das políticas públicas de saúde (4), (5).

## Conclusão

Os resultados obtidos permitiram verificar um padrão de demandas particular do DF, com uma participação importante no orçamento destinado à compra de medicamentos.

Uma reflexão importante é avaliar até que ponto a garantia de acesso a esses medicamentos está proporcionando benefício esperado pelos indivíduos que demandam seu tratamento. Além disso, é necessário verificar se o plano terapêutico traçado pelo profissional prescritor também possui uma definição clara de quais as chances reais de atingir um desfecho clinicamente relevante e favorável. Em caso de fragilidade de alguma dessas premissas, o pleito de um medicamento não disponível por via regular não se sustentaria para justificar sua pertinência no processo de doença. Existe uma necessidade crescente no país de publicação de mais estudos para que se possa avaliar de forma



adequada esse fenômeno recente da judicialização no âmbito da saúde pública, com intuito de melhor compreendê-la e conseqüentemente traçar estratégias.

## Referências

1. Marchesini Stival SL, Girão F. A judicialização da saúde: breves comentários. *Cad Ibero Am Direito Sanit (Impr)*. 2016;5(2):141-58.
2. Bittencourt GB. O Estado da Arte da produção acadêmica sobre o fenômeno da judicialização da saúde no Brasil. *Cad Ibero Am Direito Sanit (Impr)*. 2016;5(1):102-21.
3. Balestra Neto O. A jurisprudência dos tribunais Superiores e o direito à saúde – Evolução rumo à racionalidade. *Rev direito sanit*. 2015;16(1):87-111.
4. Pepe VLE, Figueiredo TdA, Simas L, Osorio-de-Castro CGS, Ventura M. A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica. *Ciênc saúde coletiva*. 2010;15(5):2405-14.
5. Biehl J, Petryna A. Tratamentos jurídicos: os mercados terapêuticos e a judicialização do direito à saúde. *Hist Cienc Saude Manguinhos*. 2016;23(1):173-92.
6. Neto EHS, Castro GM. *Direito Sanitário – Manifestações atuais: visão crítica de advogados de Estado*. Brasília: Editora Kiron; 2012.
7. Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência TeIEdDAFeIE. *Relação nacional de medicamentos essenciais: RENAME 2014*. 9. ed. rev. atual. ed. Brasília: Ministério da Saúde; 2015. 230 p. p.
8. *Relação de Medicamentos Essenciais do Distrito Federal 2016* [[http://www.saude.df.gov.br/images/DIASF/2016/3\\_-\\_Medicamentos\\_padronizados\\_na\\_SES\\_DF.pdf](http://www.saude.df.gov.br/images/DIASF/2016/3_-_Medicamentos_padronizados_na_SES_DF.pdf)].
9. Medeiros M, Diniz D, Schwartz IV. [The thesis of judicialization of health care by the elites: medication for mucopolysaccharidosis]. *Cien Saude Colet*. 2013;18(4):1079-88.
10. Chieffi ALBRB, Cadernos de Saúde P. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. *Cad Saúde Pública*. 2009;25(8):11.
11. Campos Neto OH, Acurcio FdA, Machado MAdÁ, Ferré F, Barbosa FLV, Cherchiglia ML, et al. Médicos, advogados e indústria farmacêutica na judicialização da saúde em Minas Gerais, Brasil. *Rev Saude Publica*. 2012;46(5):784-90.
12. Machado MA, Acurcio FeA, Brandão CM, Faleiros DR, Guerra AA, Cherchiglia ML, et al. Judicialization of access to medicines in Minas Gerais state, Southeastern Brazil. *Rev Saude Publica*. 2011;45(3):590-8.



13. Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Hospitalar e de Urgência. Coordenação-Geral de Sangue e H. Perfil das coagulopatias hereditárias no Brasil: 2014. Brasília: Editora do Ministério da Saúde; 2015. 62p. il. p.
14. Medida cautelar na suspensão de liminar 1.019 Distrito Federal (2016).
15. Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Especializada. Coordenação da Política Nacional de Sangue e H. Manual de tratamento das coagulopatias hereditárias. Brasília: Editora do Ministério da Saúde; 2006. 76 p. p.
16. Portaria SCTIE/MS nº 29, de 22 de junho de 2015., (2015).
17. Boing A, Bloemer NS, Roeler C, Fernandes S. A judicialização do acesso aos medicamentos em Santa Catarina: um desafio para gestão do sistema de saúde. *Rev direito sanit.* 2013;14(1):82-97.
18. Vieira FS, Zucchi P. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. *Rev Saúde Pública.* 2007;41(2):9.
19. Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria Executiva. Departamento de Economia da Saúde leD. Sistema de Informações sobre Orçamentos Públicos em Saúde Brasília: Ministério da Saúde; 2016 [<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/o-ministerio/principal/siops/mais-sobre-siops/6116-dados-informados-estados-e-distrito-federal>].

---

*Recebido em: 23.jan.2017*  
*Aprovado em: 21.mar.2017*

**Como citar este artigo:**

Silva EM, Almeida KC, Pessoa GSC. Análise do gasto com judicialização de medicamentos no Distrito Federal, Brasil. *Revista Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário.* 2017 jan./mar, 6(1):112-126.



## Argumentos dos atores processuais nas causas jurídicas sobre saúde no Estado da Bahia, Brasil

Arguments of procedural actors in health judicial cases in the State of Bahia, Brazil

Argumentos de actores procesuales en los procesos de salud en el Estado de Bahía, Brasil

Edith Maria Barbosa Ramos<sup>1</sup>

**RESUMO: Objetivos:** trata o artigo da análise dos argumentos fáticos, principiologicos, econômicos, de gestão pública e processuais nas causas judiciais sobre saúde no Estado da Bahia com o objetivo de conhecer os discursos proferidos nas causas sobre saúde do autor, do réu e do juiz. Método: levantamento das decisões judiciais no Tribunal de Justiça da Bahia e leitura das peças processuais correspondentes aos atores processuais selecionados: petição inicial, contestação e sentença nos anos de 2012 e 2013. **Resultados:** foram encontrados 6.339 processuais em 2012 e 1.149 petições iniciais em 2013. Foram validados 64 processos, com 8 demandas iniciadas e sentenciadas no ano de 2012 e 56 demandas iniciadas e sentenciadas no ano de 2013. Das 64 demandas validadas 62 não obtiveram apoio de qualquer tipo de associação e apenas 2 demandantes receberam apoio de associação. As principais prestações de saúde solicitadas foram: 11 aquisição de medicamentos; 11 exames e 10 vagas em leito de UTI, seguidas de 5 cirurgias; 5 aquisição de produtos de saúde e 5 tratamento de saúde. O argumento mais proeminente foi por questões de gestão. **Conclusão:** os argumentos mais frequentes foi o da má-gestão da política pública.

**Palavras-chave:** Judicialização. Argumentos jurídicos. Atores processuais.

**ABSTRACT: Objectives:** this article deals with the analysis of the factual arguments, principiologic, economic, public and procedural management in the judicial cases on health in the State of Bahia in order to know what are the speeches made in the health claims of the author, defendant and judge. **Method:** Judicial decision-making in the Court of Justice of Bahia and reading of the procedural documents corresponding to the selected procedural actors: initial petition, contestation and sentence in the years 2012 and 2013. **Results:** 6,339 proceedings were found in 2012 and 1,149 initial petitions in 2013 64 cases were validated, with 8 lawsuits initiated and sentenced in 2012 and 56 lawsuits initiated and sentenced in 2013. Of the 64 validated lawsuits 62 did not obtain support from any type of association and only 2 applicants received association support. The main health care services requested were: 11 purchase of medicines; 11 exams and 10 vacancies in the ICU bed, followed by 5 surgeries; 5 procurement of health products and 5 treatment of health. The most prominent argument was for management issues. **Conclusion:** the most frequent arguments were the poor management of public policy.

**Keywords:** Judiciary. Legal arguments. Related searches

<sup>1</sup> Professora da Faculdade de Direito da UFMA, Doutorado em Direito e Pós-doutorado na Fundação Oswaldo Cruz. Email: [edithramosadv@yahoo.com.br](mailto:edithramosadv@yahoo.com.br)



**RESUMEN: Objetivos:** Este artículo analiza los argumentos de hecho, principiológicos, gestión económica, pública y de procedimiento en las causas judiciales de la salud en el estado de Bahía, con el fin de cumplir con los discursos sobre las causas de salud del autor, el acusado y juez. **Método:** encuesta de las sentencias del Tribunal de Bahía y leer los escritos correspondientes a los actores procesales seleccionados: la aplicación, la defensa y el juicio en los años 2012 y 2013. **Resultados:** Se encontraron 6339 procedimiento en 2012 y 1.149 peticiones iniciales en 2013. 64 casos fueron validados con 8 demandas iniciadas y condenados en 2012 a 56 demandas iniciadas y condenados en 2013. de las 64 demandas validadas 62 recibido ningún apoyo de ningún tipo de asociación y sólo 2 demandantes recibieron asociación de apoyo. Los principales servicios de salud solicitados eran 11 la adquisición de medicamentos; 11 pruebas y 10 vacantes en cama de la UCI, seguido de 5 cirugías; 5 compra de productos de salud y cuidado de la salud 5. El argumento más importante era para las cuestiones de gestión. **Conclusión:** Los argumentos más frecuentes fue la mala gestión de las políticas públicas.

**Palabras-llave:** La legalización. Argumentos legales. Actores procesales.

## Introdução

O inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal de 1988 estabelece que todas as decisões dos órgãos do Poder Judiciário devem ser, obrigatoriamente, fundamentadas, sob pena de nulidade. Por sua vez o inciso II do artigo 489 da Lei nº 13.105/15 (CPC) regula que são elementos essenciais a sentença, os fundamentos, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. Da leitura dos dispositivos mencionados se observa a distinção entre decisão e fundamentação. Para Taruffo (1) “el primer procedimiento implica la formulación de elecciones (cognoscitivas, interpretativas, valorativas); el segundo busca demostrar que las elecciones realizadas son racionalmente aceptables”.

Percebe-se que a decisão é ato discricionário que permite ao juiz fazer uma escolha tendo em consideração as hipóteses contidas na lei. É ato que resolve a lide a partir de critérios lógicos, jurídicos, cognoscitivos e valorativos. A fundamentação é uma exigência da decisão, ou, em outras palavras, é a justificação da decisão através de argumentações lógicas idôneas. Sem fundamentação a decisão se torna arbitrária. Para Taruffo (1) se as decisões forem “desproveídas de todo apoyo legal y fundadas ton sólo en la voluntad de los jueces que la suscriben”<sup>2</sup> configuran-se com atos despóticos incompatíveis com o estado

---

<sup>2</sup> Se as decisões forem desprovidas de todo o apoio legal e fundadas apenas na vontade dos juízes que as prescrevem são atos despóticos. (Tradução livre das autoras)



democrático de direito. Entende-se que a fundamentação se configura como meio de controle da atuação do juiz em seu poder discricionário.

Silva (2) entende que a lei contemporânea é uma forma de exprimir os conflitos humanos, representa um ponto de partida de dúvidas e incertezas, perante a complexidade e conflitualidade da sociedade moderna, por conseguinte, o sistema normativo em sua amplitude é um produto cultural comprometidos com valores políticos e sociais.

Em conflitos que envolvem a temática da saúde o ato de decidir e sua fundamentação ganham extrema relevância. Desvelar os motivos jurídicos, cognoscitivos e valorativos que permitiram a escolha do magistrado, assim como compreender a justificação da decisão, representam elemento fundamental para a garantia tanto do sistema público de saúde quanto da efetivação os direitos fundamentais.

O presente artigo objetiva demonstrar os motivos jurídicos, cognoscitivos e valorativos que sustentaram as decisões dos magistrados de primeiro grau, contidas em sentenças sobre demandas de saúde, no período de 2012 e 2013, nos estados do Ceará, Rio Grande do Norte e Bahia, bem como analisar a logicidade das fundamentações judiciais.

Deve destacar que para construção da presente pesquisa foram consideradas tão somente demandas individuais, com representação de advogado particular ou defensor público, por fornecimento de medicamentos promovidas em face do ente federativo estatal, na jurisdição da capital do Estado pesquisado.

Uma pesquisa sobre os motivos e fundamentos das decisões judiciais em demandas de saúde pode trazer contribuições no que se refere à problematização de um tema extremamente melindroso na configuração estrutural do Poder Judiciário brasileiro, que se insere na própria constituição da conjuntura da separação e legitimidade dos poderes, ao aprofundar a discussão teórica sobre a realidade cotidiana da atuação dos juízes nos processos individuais, temática incipiente no âmbito jurídico acadêmico, mas que envolve evidente atuação de diversos setores na arena dos direitos humanos, e notadamente, de direitos fundamentais sociais.

Contribui no esforço da busca pela compreensão de como as políticas de saúde são apreendidas, compreendidas e operacionalizadas pelo Judiciário brasileiro, no seio de um modelo pluridimensional, com predomínio de uma tradição conservadora e dogmática do Direito.



Com a análise dos autos processuais pôde-se identificar os subsídios empíricos e contextuais que justifiquem a proposição desta pesquisa teórica e documental, com a intenção de oferecer instrumentos para uma avaliação *ex post*. Pretendeu-se, como questão central: a avaliação dos motivos e fundamentos das decisões dos magistrados de primeiro grau em demandas de saúde? Como questões derivadas pôde-se indagar: Quais os fundamentos lógicos idôneos para construção da decisão? Em que medida as decisões estão motivadas por questões jurídicas, cognoscitivas e valorativas? Quais os limites e possibilidades da decisão judicial em âmbito de saúde? As questões propostas objetivaram, portanto, pôr em discussão a questão da formação da decisão judicial em saúde e sua própria legitimidade diante de uma realidade de escassez de recursos e desigualdades sociais.

Entende-se, que a percepção desse processo, na conformação da dinâmica das relações entre os sujeitos e interesses envolvidos na temática estudada, bem como as racionalidades que permeiam as decisões judiciais, constituem tarefa essencial no esforço científico que reside na busca pela sistematização do fenômeno da judicialização da saúde no Brasil e seus efeitos na consecução do ato de decidir.

## Metodologia

Tomou-se como objeto de estudo a compreensão dos contextos, motivos e fundamentos das ações judiciais, em especial, os argumentos presentes nas petições iniciais, contestações e sentenças em matéria de saúde, a partir da qual foi eleito como campo empírico as varas da Fazenda Pública da cidade de Salvador, foi estabelecido como foco de interesse o período 2012-2013. Para contemplar tal objeto de estudo, concentrou-se o trabalho na identificação dos sujeitos, na sistematização dos motivos e fundamentos presentes nas decisões judiciais de primeiro grau, bem como nas racionalidades determinantes para construção das referidas decisões. Estabeleceu-se três dimensões para a avaliação, quais sejam:

- a) argumentos do autor;
- b) argumentos do Estado;
- c) elementos de fundamentação que justificaram a decisão do juiz.

Para suprir as necessidades metodológicas e a determinação de balizas teóricas capazes de condensar às múltiplas determinações do fragmento da realidade que compõe



o campo de investigação apresentado na presente pesquisa definiu-se cinco categorias de análise de argumentos: fáticos, principiologicos, econômicos, de gestão pública e processuais como eixos centrais da análise. Em virtude da complexidade do objeto de estudo, que envolve a construção e justificação de argumentos judiciais na arena da saúde pública, a proposta metodológica compreendeu a “análise de conteúdo” como modalidade de pesquisa adotada.

Entendeu-se análise de conteúdo como um conjunto de técnicas de análises das comunicações, que utiliza procedimentos sistemáticos e objetivos de descrição do conteúdo das mensagens<sup>2</sup>. Para compreensão da realidade proposta categorizou-se separadamente os argumentos apresentados pelos autores, nas petições iniciais, e os argumentos do réu, apresentados nas respectivas contestações. Ao final categorizou-se os fundamentos apresentados pelos juízes nas sentenças de procedência, procedência parcial, improcedência ou extinção dos processos nos autos analisados. O processo de sistematização observou o freqüenciamento dos argumentos.

Nos argumentos do autor apresentados nas petições iniciais se identificou quatro categorias de conteúdo: de gestão pública, econômicos, fáticos e principiologicos. Entendeu-se por argumento de gestão aquele relacionado a eficácia do serviço prestado, o alcance concreto ou não das previsões normativas. O argumento econômico diz respeito às condições financeiras da parte autora em custear a prestação do serviço sem que isso implique comprometimento de sua sobrevivência ou de sua família, por parte do réu entendeu-se as limitações orçamentarias do Estado e a utilização do princípio da reserva do possível. O argumento fático relacionou-se as condições de agravamento da saúde ou mesmo risco de morte do paciente no período de espera da decisão ou da prestação da assistência pelo Poder Público. O argumento principiologicos diz respeito ao aos direitos prevista nos na Constituição Federal de 1988. Para análise dos argumentos do réu, incluiu-se a categoria processual, compreendido como as técnicas procedimentais previstas na legislação processual.

Como critérios para realização da pesquisa foram considerados os seguintes elementos de inclusão e exclusão:

- a) Levantamentos das demandas iniciadas e finalizadas nos anos de 2012 e 2013, considerados a conjugação da petição inicial e sentença de primeiro grau no mesmo



ano de referência, foram desconsideradas as demandas iniciadas e finalizadas em anos de referência diferentes;

- b) Foram consideradas validas, para o efeito da presente pesquisa, exclusivamente as demandas promovidas em face do Estado da Bahia, na jurisdição de Salvador, desconsideradas todas as demandas promovidas nas comarcas do interior;
- c) Validou-se apenas as demandas de competência das varas da fazenda pública da capital, excluindo-se demandas das varas da infância e juventude e das varas cíveis.
- d) Considerou-se somente as demandas promovidas individualmente, com representação por advogado particular ou defensor público, excluídos as demandas patrocinadas por Núcleos de assistência jurídica ou pelo Ministério Público.

## Resultados

A Procuradoria Geral do Estado da Bahia forneceu lista com 6.339 números de autos processuais, após aplicação dos critérios cronológico da petição inicial, foram identificados 1.090 com petições iniciais do ano de 2012 e 1.149 petições iniciais do ano de 2013. Com aplicação do critério que a sentença seja prolatada no mesmo ano de referência da petição inicial, chegou-se a quantidade de apenas 64 processos validos, com 8 demandas iniciadas e sentenciadas no ano de 2012 e 56 demandas iniciadas e sentenciadas no ano de 2013. Das 64 demandas validadas para a presente pesquisa nenhuma teve autoria coletiva. 37 tinham como autor pessoas do gênero feminino e 27 pessoas do gênero masculino. 62 demandantes não obtiveram apoio de qualquer tipo de associação e apenas 2 demandantes receberam apoio de associação. As principais prestações de saúde solicitadas foram: 11 aquisição de medicamentos; 11 exames e 10 vagas em leito de UTI, seguidas de 5 cirurgias; 5 aquisição de produtos de saúde e 5 tratamento de saúde.

Os principais argumentos utilizados pelos autores das demandas foram agrupados em quatro categorias: de gestão pública, econômicos, fáticos e principiológicos. O argumento de gestão pública foi classificado em quatro classes, quais sejam: negativa ou indisponibilidade de fornecimento do medicamento, insumo ou tratamento (A1); exaurimento da via administrativa sem êxito para resolução da demanda (A2); inexistência de vaga na rede pública para internação em leito de UTI (A3) e a ineficácia do medicamento, insumo ou tratamento disponibilizado pelo SUS (A4). O argumento fático foi identificado em única classe: configuração de risco de agravamento ou risco de morte do paciente (B). Os achados



demonstram duas classes para o argumento principiológico: garantia do princípio da dignidade da pessoa humana (C1) e o direito à saúde com garantia de integralidade (C2). Foram encontradas duas classes da categoria econômica: hipossuficiência do paciente (D1) e o alto custo do medicamento, insumo e tratamento (D2).

#### Quadro 1 – Categoria e Classe dos Argumentos do Autor dos processos

Categoria do Argumento	Classe do Argumento	Percentual de utilização
Gestão Pública	A1, A2, A3 e A4	34,97%
Fático	B	31,69%
Principiológico	C1, C2	21,31
Econômico	D1, D2	12,02%

Os argumentos do Estado da Bahia (réu), defendidos nas contestações patrocinadas pela Procuradoria do Estado, foram classificados em quatro categorias, quais sejam: econômico, processuais, de gestão pública e principiológico. No interior do argumento econômico identificou-se duas classes: grave lesão à ordem social e econômica (E1) e a orçamento limitado do Estado (E2). Entre os argumentos processuais destacou-se a perda do objeto da ação (F1), ilegitimidade passiva do Estado (F2) e ausência do interesse de agir do autor (F3). Foram encontrados entre os argumentos principiológicos: o princípio da integralidade do sistema (G1) e o princípio da reserva do possível (G2). Como argumentos de gestão pública identificou-se 3 classes: o Estado não tem obrigatoriedade no fornecimento do medicamento, insumo ou tratamento em virtude de não estar padronizado (H1); o paciente deve utilizar a via administrativa em virtude de o medicamento, insumo ou tratamento ser fornecido pelo SUS (H2) e o medicamento, insumo ou tratamento pode ser substituído por outro similar fornecido pelo SUS (H3).

#### Quadro 2 – Argumentos do Réu nos processos judiciais

Categoria do Argumento	Classe do Argumento	Percentual de utilização
Econômico	E1, E2	40,98%
Processuais	F1, F2, F3	35,25%
Principiológicos	G1, G2	13,11%
Gestão Pública	H1, H2, H3	10,66%



No julgamento das demandas o Poder Judiciário da Bahia decidiu pela procedência de 53,13% dos casos, pela procedência parcial de 4,69%, pela improcedência de 37,50%, extinguiu processo sem resolução do mérito em 1,56% e decidiu em forma não prevista na legislação em 3,13%, buscando a mediação entre as partes.

Os fundamentos das decisões judiciais foram classificados em 4 categorias: principiológicos, processuais, fáticos e de gestão pública. Entre os fundamentos principiológicos identificou-se três classes: garantia integral do direito à saúde (J1), direito à saúde como dever do Estado e direito de todos (J2) e o princípio da integralidade (J3). Na categoria de fundamentos fáticos identificou-se duas possibilidades: falecimento do autor (K1) e comprovação da necessidade do pedido (K2). Os achados indicaram duas classes de argumentos da categoria processual: perda do objeto da ação (L1) e falta do interesse de agir (L2). Na categoria de gestão pública identificou-se apenas a classe responsabilidade solidária dos entes federativos (M1).

### Quadro 3 – Argumentos do Juiz nos processos judiciais

Categoria do Argumento	Classe do Argumento	Percentual de utilização
Principiológicos	J1, J2, J3	46,75%
Fáticos	K1, K2	35,06%
Fáticos	L1, L2	14,29%
De Gestão Pública	M1	3,90%

### Discussão

Nenhuma das ações analisadas tiveram autoria coletiva, esse dado já foi destacado por Machado (3), que afirmou que os pleitos individuais tiveram mais êxito e notoriedade que ações coletivas, justificam que o Poder Judiciário tem evitado opinar nesse tipo demanda possivelmente porque tais ações incidam diretamente na gestão pública. A maioria das demandas em saúde pública buscou a aquisição de medicamentos, realização de exames e vagas em leito de UTI.

O principal problema apresentado, como argumento do pedido dos autores foi a má gestão dos recursos públicos (materiais, estruturais e humanos). Em decorrência da demora na consecução do acesso ao tratamento, a situação fática de urgência para o atendimento,



sob pena do agravamento da situação do paciente ou mesmo de sua morte. Constatou-se que, apenas, de forma minoritária os autores argumentaram buscavam um serviço não prestado pelo SUS ou que buscaram a substituição de um medicamento, insumo ou tratamento por considerarem que o disponibilizado pelo SUS era ineficaz.

A maioria dos autores das demandas judiciais considerou, como principal argumento, a necessidade do respeito à dignidade da pessoa humana, independentemente da previsão constitucional do direito à saúde como direito fundamental social. Observou-se, que a maioria dos autores, não considerou o argumento econômico como decisivo para fundamentar o pedido para garantia de prestação do serviço (4), (5), (6). No entanto a judicialização não está dissociada dos interesses econômicos existentes no sistema político, aparecendo os tribunais para os grupos de interesse como um importante órgão de reconhecimento de novos direitos e para os políticos de oposição como um instrumento para frear, obstaculizar e inviabilizar as ações governamentais.

A maior parte dos argumentos apresentados pela Procuradoria do Estado da Bahia, disseram respeito a temática econômica, em especial, questões relacionadas a lesão à ordem econômica e a limitação orçamentária. No entanto, observou-se que esse argumento não coincide com as teses levantadas pelo autor, que em sua maioria solicitam prestações padronizadas e reconhecidas pelo SUS, o que reforça o entendimento de má gestão da política de saúde (3), (7), (8), (9). Além disso, o Estado da Bahia tem, na maioria dos casos, discutido argumentos técnicos e processuais, que, em última análise, objetivam simplesmente obstaculizar ou dificultar o andamento do processo judicial. A tática do réu é fazer com que o processo não chegue a seu fim natural: a sentença. A Procuradoria do Estado não enfrentou ou, simplesmente, ignorou os argumentos da gestão pública e principiológicos da CF/88 e do SUS. Os juízes, via de regra, decidiram pela procedência das demandas e nas fundamentações de suas decisões priorizaram os argumentos principiológicos e fáticos.

### **Considerações finais**

Apesar dos avanços que foram ensejados pelo SUS, o sistema não vem conseguindo atender de forma satisfatória as demandas sociais pelos mais variados serviços de saúde. Diante da incapacidade de o SUS atender de forma adequada as demandas sociais, vem se fortalecendo cada vez mais o fenômeno da os da saúde, entendido como a transferência



das decisões de políticas públicas em saúde das instâncias políticas para o Poder Judiciário, que passou a decidir sobre uma série de questões, tais como: fornecimento de medicamentos, tratamentos, órteses e próteses; pedidos de cirurgia e acompanhamento cirúrgico; internações hospitalares e em unidades de terapia intensiva; solicitação de *home care* e transplantes, dentre outros.

A judicIALIZAÇÃO da saúde se tornou, assim, um problema para o Judiciário, não apenas pela grande quantidade de ações em tramitação, mas, sobretudo, em virtude das especificidades e complexidades que giram em torno do tema, as quais vão desde a legitimidade deste Poder para o controle das políticas públicas até a dificuldade da especificação do âmbito de proteção do direito à saúde, as questões orçamentárias e técnicas, dentre outras.

Considera-se legítimo o controle jurisdicional das políticas públicas em saúde, na medida em que o próprio desenho institucional permite tal controle. Frente ao *déficit* ou carência de políticas públicas, a judicialização é fator imprescindível para a efetivação do direito fundamental à saúde. Todavia, neste campo, o Judiciário tem que agir com cautela, pois tal fenômeno pode abalar a própria estabilidade das instituições democráticas, na medida em que, a partir da judicialização das questões de saúde, o Poder Judiciário é obrigado a se imiscuir nas áreas de alocação de recursos e de prioridades do Estado, às vezes sem estar devidamente preparado para tanto.

Faz-se necessária a disseminação da percepção de que a universalidade do direito não significa que toda e qualquer prestação em saúde requerida pelas partes deva ser atendida, devendo o Poder Judiciário estar preparado para diferenciar aquilo que se refere apenas a um interesse privado da parte e aquilo que de fato está inserido no âmbito de proteção à saúde configurada como prestação obrigatória do Estado.

É preciso haver uma racionalidade na concessão de medidas judiciais em saúde, sendo as diretrizes do SUS estabelecidas na Constituição Federal, na Lei Orgânica da Saúde e demais atos normativos, importantes marcos para a concretização do direito à saúde, para, diante da sua complexidade e multiplicidade de prestações, especificar o âmbito de abrangência do direito, ou pelo menos, aquilo que ele não comporta.

Dessa forma, faz-se necessário observar, por exemplo, que os ditames dos princípios da unidade, descentralização, hierarquia e regionalização do SUS são violados diante de determinadas decisões judiciais, como as que determinam o dispêndio de recursos públicos



para o custeio de remédios, tratamentos e procedimentos prescritos exclusivamente por profissionais que não pertencem aos quadros do sistema público; as que são proferidas sem a análise minuciosa dos atos normativos de repartição de competência e responsabilidade; e as que condenam os municípios ao fornecimento de serviços de alta complexidade ou bens de alto custo. Assim, tem-se que as diretrizes do SUS e os atos normativos estabelecidos pelo Ministério da Saúde devem ser conhecidos, observados e respeitados pelos magistrados.

O Poder Judiciário precisa reconhecer o fato de que não são é protagonista do processo de implementação de políticas públicas, na medida em que os seus membros, em geral, não são os mais habilitados a produzir a melhor decisão em matéria de saúde, pelo que devem prestigiar as manifestações do Legislativo ou do Executivo, cedendo o passo para juízos discricionários dotados de razoabilidade.

Entende-se, também, que, em um cenário de ausência de políticas públicas, a intervenção do Poder Judiciário deve ser a exceção e não a regra, uma vez que é do Legislativo e do Executivo a competência de, observando os ditames da reserva do possível e sopesando o direito individual em face do direito da coletividade, traçar as políticas públicas e definir as prestações a serem fornecidas.

Diante da ausência ou má gestão de políticas públicas, o Poder Judiciário somente deve agir quando observar que há uma omissão ou uma incapacidade de atuação do Estado em resolver, mediante políticas públicas, questões que ultrapassam a dimensão do interesse individual, não devendo interferir no campo das políticas públicas (diga-se, quando estas forem inexistentes) para tutelar interesse estritamente individuais e pontuais. Deve haver, por trás de uma demanda individual, um problema de ordem coletiva a justificar a atuação ativista do Poder Judiciário. Somente assim, se poderá garantir a possibilidade de o Judiciário não se ver engessado diante de omissões violadoras da Constituição dos Poderes majoritários, ao mesmo tempo em que se pode evitar a intromissão indiscriminada dos magistrados nas searas próprias do Executivo e Legislativo.

## Referências

1. Taruffo, M. El vértice ambíguo – Ensayos sobre la casación civil. Palestra Editores: Lima, 2005



2.Silva, OAB. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com.br/artigos010.htm>>. Acesso em: 16 ago 2007.

3.Machado, CV. O papel federal no sistema de saúde brasileiro. In. Fundação Oswaldo Cruz.A saúde no Brasil em 2030 - prospecção estratégica do sistema de saúde brasileiro: organização e gestão do sistema de saúde. Rio de Janeiro: Fiocruz/Ipea/Ministério da Saúde/Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, 2013. Vol. 3. 35-70 pp. ISBN 978-85-8110-017-3. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/98kjlw/pdf/noronha-9788581100173-04.pdf>> Acesso em 20 maio 2016

4.Ventura, M; Simas, L; Pepe, VLE ; Schramm, FR. .Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. *Physis* 20 (1):77-100. Disponível em; <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-73312010000100006](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312010000100006)> Acesso em 8 dez 2015.

5.Pepe, VLE et al. A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica. *Ciênc. saúde coletiva* 15(5): 2405-2414, 2010. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232010000500015](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232010000500015) Acesso em: 10 de jan 2016.

6.Ramos, EMBR. Universalidade do Direito à Saúde. São Luiz, EDUFMA. 2014

7.Paim, JS; Teixeira, CF. Configuração institucional e gestão do Sistema Único de Saúde: problemas e desafios.*Ciênc. saúde coletiva* 12:1819-1829, 2007. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232007000700005](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232007000700005)> Acesso em 13 mar 2016.

8.Costa, AM.; Vieira, NA. Participação e controle social em saúde. In Fundação Oswaldo Cruz. A saúde no Brasil em 2030 - prospecção estratégica do sistema de saúde brasileiro: organização e gestão do sistema de saúde. Rio de Janeiro: Fiocruz/Ipea/Ministério da Saúde/Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, 2013. Vol. 3. pp. 237-271. Disponível em <<http://books.scielo.org/id/98kjlw/pdf/noronha-9788581100173-08.pdf>> Acesso em 19 abril 2016.

9.Costa, AM, Lionço, T. Democracia e gestão participativa: uma estratégia para a equidade em saúde?.*Saude soc.* 15(2): 47-55, 2006. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-12902006000200006](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12902006000200006)> Acesso em 6 de jan 2016.

---

Recebido em: 23.jan.2017  
Aprovado em: 21.mar.2017

#### Como citar este artigo:

Ramos BEM, Delduque MC. Argumentos dos atores processuais nas causas jurídicas sobre saúde no Estado da Bahia, Brasil. *Revista Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*. 2017 jan./mar, 6(1):127-138.



## A judicialização da saúde: as decisões do Supremo Tribunal Federal frente ao princípio da separação dos poderes

The judicialization of health: the Supreme Court decisions *versus* the Principle of Check and Balances

La judicialización de la salud: las decisiones de la Corte Suprema de Justicia en contra del Principio de la Separación de los Poderes

Tábata da Silva Costa<sup>1</sup>

**Resumo: Introdução:** A Constituição Federal de 1988, ao qualificar a saúde como um direito fundamental, de acesso universal e igualitário, e dever do Estado, e ao estabelecer a participação do poder judiciário diante de ameaça ou lesão ou aos direitos fez surgir a chamada judicialização da saúde: a interferência desse poder em questões que, primariamente, seriam da competência dos poderes executivos e legislativos. O artigo objetivou identificar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF) quanto à interferência do Judiciário diante do princípio da separação dos poderes. **Metodologia:** Tratou-se de pesquisa quali-quantitativa, de caráter descritivo e analítico, das decisões judiciais proferidas pelo STF, de junho de 2009 a junho de 2015, em sede recursal, de ações cujos objetos pleiteados versavam sobre ações ou serviços de saúde. **Resultados e discussão:** A análise das decisões demonstra: aumento das demandas de saúde levadas à Suprema Corte em 2014 e 2015; predominância de demandas de assistência farmacêutica e insumos; tendência do Estado de alegar como razões do recurso a violação da separação dos poderes e grave lesão à ordem pública; o entendimento pacificado do STF quanto à matéria. **Conclusão:** Para o STF a intervenção do Judiciário nas políticas públicas de saúde não fere o princípio da separação dos poderes, nem gera lesão à ordem pública, pois a garantia e efetivação do direito à saúde é responsabilidade do Estado, seja qual for a esfera e a abrangência de suas funções, sendo inadmissível, dentro do modelo constitucional adotado, qualquer dos poderes eximir-se dessa obrigação.

**Palavras-chave:** Judicialização, Saúde, Direito, Separação, Poderes.

**Abstract: Introduction:** The Federal Constitution of de 1988, to qualify the health as a fundamental right, of universal and equal access, and responsibility of the State, and to establish the participation of the judiciary power in the face of threat or injury the rights, emerged the so-called legalization of health: the interference that power on primarily issues be the responsibility of the executive and legislative powers. The article aimed to identify the position of the Supreme Court (STF) and the interference of the judiciary on the separation of powers principle. **Methodology:** This was qualitative-quantitative research, descriptive and analytical character, of judgments delivered by the Supreme Court, from June 2009 to June 2015, in appeal, the lawsuits about health actions or health services. Results and discussion: The analysis of decisions show: increased health demands brought to the Supreme Court in 2014 and 2015; predominance of pharmaceutical inputs and assistance

<sup>1</sup> Assessora do Departamento de Planejamento e Regulação da Provisão de Profissionais de Saúde da Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde - Ministério da Saúde. Email: tabata08@hotmail.com



demands; trend of the State claimed as appeal reasons the violation of separation of powers and serious injury to the public order; the pacified the understanding of the Supreme Court as the matter. **Results and discussion:** The analysis of decisions show: increased health demands brought to the Supreme Court in 2014 and 2015; predominance of pharmaceutical inputs and assistance demands; trend of the State claimed as appeal reasons the violation of separation of powers and serious injury to the public order; the pacified the understanding of the Supreme Court as the matter. **Conclusion:** For the STF, the intervention of the judiciary in public health policy does not violate the principle of separation of powers, does not cause too damage to public order, because the guarantee and realization of the right to health is the State's responsibility, not being allowed, within the constitutional framework adopted, any of the powers disclaim such obligation.

**Keywords:** Legalization, Health, Law, Separation, Powers.

**Resumen: Introducción:** La Constitución Federal de 1988, para calificar la salud como un derecho fundamental de acceso universal e igual, y el deber del Estado, y para establecer la participación del poder judicial frente a la amenaza o lesión o los derechos ha dado lugar a la llamada legalización de salud: la interferencia que el poder sea en temas principalmente responsabilidad de los poderes ejecutivo y legislativo. El artículo tiene como objetivo identificar la posición de la Corte Suprema (STF) y la interferencia del poder judicial en el principio de separación de poderes. **Metodología:** Se realizó una investigación cualitativa-cuantitativa, de carácter descriptivo y analítico de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de junio 2009 hasta junio 2015 en las acciones de la sede de recurso cuyos objetos fueron declarado acerca de acciones o servicios de salud. **Resultados y discusión:** El análisis de las decisiones Mostrar: aumento de las demandas de salud llevados a la Corte Suprema en 2014 y 2015; predominio de las demandas de insumos farmacéuticos y asistencia; Estado de la tendencia reivindica como una característica de las razones por violación de la separación de poderes y el daño grave al orden público; pacificado la comprensión de la Corte Suprema como la materia. **Conclusión:** Para la intervención STF del poder judicial en la política de salud pública no viola el principio de separación de poderes, o resulta dañado por el orden público, ya que la garantía y el ejercicio del derecho a la salud es responsabilidad del Estado, cualquiera que sea la pelota y el ámbito de sus funciones, siendo inadmisibles, dentro del marco constitucional aprobada, ninguno de los poderes renuncia a dicha obligación.

**Palabras-llave:** Legalización, Salud, Derecho, Separación, Powers.

## Introdução

A partir da Constituição Federal de 1988 (1) a saúde deixou de ser um direito assegurado apenas aos trabalhadores inseridos formalmente no mercado de trabalho, para passar a ser um direito fundamental, de acesso universal e igualitário, de natureza social (art. 6º, CF/88), e de relevância pública em um Estado democrático de direito, baseado na defesa dos direitos fundamentais e na realização da justiça social (1).



Dallari e Nunes Júnior (2) afirmam que a saúde, vista dentro do ordenamento constitucional como uma condição essencial à dignidade da pessoa humana, é um direito de prestação pública, que se materializa por meio de serviços e ações do Estado.

O legislador constitucional, diante da necessidade de uma atuação positiva do Estado, atribuiu ao Poder Público o dever, não só de garantir o acesso aos serviços e ações de saúde por meio de políticas públicas que visem à promoção, proteção e recuperação da saúde, deu-lhe também a tarefa de normatização, fiscalização e controle das ações de saúde, tanto no âmbito público, como no âmbito privado (3).

A Constituição Federal ao assegurar diversas garantias constitucionais, com o objetivo de dar maior efetividade aos direitos fundamentais, em especial o acesso universal integral e igualitário à saúde, estabeleceu a participação do poder judiciário diante de ameaça ou lesão ou aos direitos.

Diante dessa atribuição conferida ao Judiciário, tornou-se cada vez mais frequente a interferência desse poder em questões que, primariamente, seriam da competência dos poderes executivos ou legislativos. É a partir desse papel desempenhado pelo poder judiciário na garantia de direitos fundamentais que surge a judicialização.

Segundo Barroso (4), a judicialização pode ser compreendida da seguinte forma:

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 encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Com o 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.

No âmbito da saúde, a judicialização se consolidou como resposta a um contexto marcado pela exclusão no acesso aos serviços de saúde (5) e morosidade dos poderes executivo e legislativo em satisfazerem de forma efetiva as demandas acerca do acesso às ações e serviços de saúde.

Diante da intervenção do Judiciário em questões tipicamente inseridas no campo de competência dos demais poderes, surge o debate acerca da legalidade dessa ingerência, haja vista a garantia constitucional da independência e da harmonia entre os três poderes do Estado brasileiro (1).



A Teoria Clássica da Separação dos Poderes do Estado, abordada por Montesquieu no Livro XI da obra *Do Espírito das Leis*, lecionava que a liberdade política dos governos moderados, seria encontrada quando nesses não houvesse abuso de poder, sendo necessário para tanto que um poder viesse a ser um freio para o outro. Tal controle entre os poderes só poderia ser posto em prática por meio de disposições constitucionais que atribuíssem a órgãos distintos as três funções do Estado (4).

Capano (7), ao fazer uma leitura contemporânea da teoria da separação dos poderes, afirma que:

Embora o pensamento de Locke seja reconhecido como o antecedente mais próximo da teoria da separação dos poderes, é com Montesquieu que a doutrina adquire sua forma mais clássica. Em apenas poucas linhas e com bastante lucidez, o pensador sintetiza o propósito essencial da teoria da separação dos poderes: “A liberdade política só se encontra nos Governos moderados. Mas ela não existe sempre nos Estados moderados. Ela só existe neles quando não se abusa do poder. Mas é uma experiência eterna que todo o homem que tem poder é levado a abusar dele. Vai até encontrar limites. Quem diria! A própria virtude precisa de limites. Para que não possam abusar do poder, precisa que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder.

Com a evolução dos modelos de Estado e a necessidade de aliar a democracia da tradicional separação dos poderes às novas realidades sócio-políticas que se apresentavam surgiu a necessidade de adequação da Teoria Clássica ao bom desempenho das atividades do Estado. Os poderes estatais deixaram de ser vistos como efetivamente separados e rigidamente especializados, para serem interpretados como distintos e coordenados (7).

Foram nas Constituições democráticas que nasceu a ideia de colaboração entre os poderes do Estado (8), na qual cada poder permanecia com a sua autonomia organizacional, mas com a possibilidade de intercomunicação de funções, exercidas sistematicamente em cooperação mútua. Surgia-se assim a nova divisão dos poderes, baseada na independência orgânica e da harmonia entre legislativo, executivo e judiciário.

Quando à independência e harmonia entre os poderes, Silva (9) assevera que “a harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito”, todavia cumpre observar que a independência, assim como as funções não são de caráter absoluto, pois são passíveis de interferências que objetivam manter o “equilíbrio necessário



à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o demandado de um em detrimento do outro [...]”.

Diante do modelo constitucional brasileiro, Silva (8) elucida que independência e a divisão de funções entre os poderes não são absolutas, pois além do respeito às prerrogativas de cada poder, a harmonia pressupõe interferências funcionais:

Tudo isso demonstra que os trabalhos do Legislativo e do Executivo, especialmente, mas também do Judiciário, só se desenvolverão a bom termo, se esses órgãos se subordinarem ao princípio da harmonia, que não significa nem o domínio de um pelo outro nem a usurpação de atribuições, mas a verificação de que, entre eles, há de haver consciente colaboração e controle recíproco (que, aliás, integra o mecanismo), para evitar distorções e desmandos.

Assim, a visão contemporânea da separação dos poderes estabelece que cada função governamental é exercida preponderantemente por um órgão específico, entretanto, essa repartição de atribuições para cada órgão não é absoluta.

Os poderes encontram prerrogativas constitucionais para participar das atribuições uns dos outros, desempenhando funções atípicas, a fim de que garantir a atuação eficiente e eficaz do Estado. No entanto, essas funções atípicas são secundárias ou subsidiárias, devendo ser exercidas nos limites do texto constitucional, visando a manutenção do equilíbrio entre os poderes (8).

Partindo dessa discussão, o estudo proposto objetiva identificar, por meio da análise jurisprudencial, como o Supremo Tribunal Federal – STF, na qualidade de guardião da Lei Fundamental<sup>2</sup>, posiciona-se quanto à judicialização da saúde frente ao princípio da separação dos poderes previsto no texto constitucional.

## Metodologia

Este artigo adotou como método a pesquisa quali-quantitativa, de caráter descritivo e analítico, das decisões judiciais proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em sede recursal, de ações de conhecimento ajuizadas na primeira instância das justiças estaduais e justiça federal, cujos objetos pleiteados tratavam da assistência farmacêutica e insumos;

<sup>2</sup> “[...] A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo STF – a quem se atribuiu a função eminente de ‘guarda da Constituição’ (CF, art. 102, *caput*) – assume papel de essencial importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso País confere, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental” (9).



assistência médico-hospitalar; e qualidade dos serviços de saúde pública ofertados/implantação de política pública.

As amostras da pesquisa foram colhidas no banco de dados de decisão sítio da Suprema Corte, por meio das ferramentas de busca e consulta disponível para pesquisa de jurisprudência (acórdãos), com a utilização dos descritores: direito; saúde; e separação dos poderes, com o recorte temporal de junho de 2009<sup>3</sup> a junho de 2015.

Foram encontrados 25 acórdãos com o tema da saúde. Após a leitura das decisões, foram descartados da amostra 10 acórdãos cujas ações originárias de conhecimento não tratavam do objeto deste estudo.

Para a análise das 15 amostras foram aplicados procedimentos sistemáticos e objetivos para a descrição do conteúdo das amostras, com a finalidade de compreensão e avaliação das informações contidas no material de pesquisa.

A título de complementação do aporte teórico, foi realizada a revisão bibliográfica da literatura sobre os principais conceitos que circundam o tema do direito à saúde e a judicialização desse direito.

Para isso, foram consultados livros, artigos científicos, teses e dissertações elaboradas e publicadas por pesquisadores e militantes do direito sanitário, nas bases de dados do *Scielo* e *Google acadêmico*, predominantemente nos anos de 2009 a 2015, tendo por critérios de triagem: literaturas de acesso livre e publicadas em língua portuguesa, com conteúdo acerca dos princípios, direitos e garantias fundamentais, relativo aos ideais e ao modelo de Estado adotado pela CF/88, expostos nos Título I, II e VIII do texto constitucional; e da judicialização da política e, em específico, a da saúde, que abordam as implicações desse fenômeno na ordem política-administrativa e social do Brasil.

## Resultados e discussão

A pesquisa demonstrou que apesar da Audiência Pública sobre a judicialização da saúde ter ocorrido em 2009, somente a partir de 2010, que os ministros da Suprema Corte iniciaram os julgamentos dos recursos das demandas que pleiteavam, em desfavor do Estado, ações e serviços de saúde.

---

<sup>3</sup> O marco inicial do recorte temporal de junho de 2009 foi adotado em razão da Audiência Pública nº 4, que ocorreu em 27, 28 e 29 de abril e em 4, 6 e 7 de maio de 2009, convocada pelo ministro Gilmar Mendes, presidente do STF à época, com o tema da judicialização da saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS).

**Tabela 1.** Classificação quantitativa da distribuição e julgamento das demandas pelo STF.

Órgão julgador – STF	Ano de julgamento							Total Geral	(%)
	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015		
Primeira Turma	-	-	-	1	2	3	3	9	60
Segunda Turma	-	-	-	-	-	2	2	4	27
Tribunal Pleno	-	2	-	-	-	-	-	2	13
Total	-	2	-	1	2	5	5	15	100

Fonte: Produzida pela autora com base em análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (10).

De acordo com os dados obtidos, foi observado que foi a partir de 2014 que a demanda de julgamentos pela Suprema Corte aumentou, representando um aumento da tendência de transferir ao poder judiciário o papel de garantir o acesso e a efetivação do direito à saúde, que constitucionalmente é função típica dos poderes executivos e legislativos, por meio da implementação de políticas públicas.

Quanto ao objeto pleiteado nas ações de conhecimento, foi verificado que 20% das amostras trataram da qualidade dos serviços de saúde pública ofertados/implantação de política pública, enquanto que 33% cuidaram da assistência médico-hospitalar. Já a maior parte das amostras, 47%, versou sobre a assistência farmacêutica e insumos, conforme demonstrado na tabela 2:

**Tabela 2.** Classificação quanto ao objeto pleiteado nas demandas.

Tipo de prestação	Ano de julgamento							Total Geral	(%)
	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015		
Assistência farmacêutica e insumos	-	1	-	-	1	3	2	7	47
Assistência médico-hospitalar	-	-	-	-	-	2	3	5	33
Qualidade dos serviços de saúde pública ofertados/implantação de política pública	-	1	-	1	1	-	-	3	20
Total	-	2	-	1	2	5	5	15	100

Fonte: Produzida pela autora com base em análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (10).

Ao analisar os dados obtidos quando as amostras foram classificadas e analisadas pelo objeto da ação originária, percebeu-se que inicialmente, pelo menos nos 3 primeiros



anos (2010-2012-2013) em que exerceu o papel de garantir o direito à saúde, o STF entrevistou diretamente nas políticas públicas de saúde, seja na qualidade dos serviços prestados, seja na necessidade/obrigação da implantação da política.

Já em 2014 e 2015, a intervenção da Suprema Corte teve o foco alterado para a garantia da assistência farmacêutica/insumos e da assistência médico-hospitalar. Observa-se que a intervenção da última instância do poder judiciário não foi motivada pela ausência de ação ou pela morosidade dos demais poderes quanto ao acesso adequado à saúde, mas sim na universalidade e equidade desse acesso.

O poder público ao se tornar o responsável por tais garantias, seja qual for a sua esfera de atuação (municipal/distrital, estadual e federal) não pode apenas implantar as ações e disponibilizar os serviços e insumos, deve ser garantido também o acesso amplo, irrestrito e indiscriminado a todos os meios que possam assegurar a saúde (redução do agravo/recuperação) do indivíduo.

Como dito anteriormente, todas as amostras estudadas trataram de ações originárias ajuizadas contra o Estado (União, Estados e Municípios), que diante dos julgamentos desfavoráveis das instâncias inferiores, apresentou, no Supremo Tribunal, recurso almejando a reforma das decisões, sob o fundamento da ocorrência grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas e a violação do princípio da separação dos poderes.

Os quadros 1, 2 e 3, sistematizam, por tipo de demanda, os recorrentes e as decisões do STF quanto à cada amostra analisada.



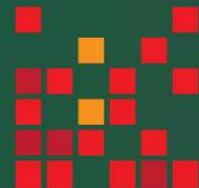
**Quadro 1.** Classificação das demandas de assistência farmacêutica e insumos quanto ao recorrente e a decisão do STF.

Demandas de assistência farmacêutica e insumos			
	Nº Processo	Recorrente	Acórdão (resumo da ementa)
1	STA – Agr 175 / CE	União	Políticas públicas. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento.
2	RE-AgR 762242 / RJ	Estado do Rio de Janeiro	Direito à saúde. Dever do Estado. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Precedentes. Agravo regimental conhecido e não provido.
3	RE 429903 / RJ	Estado do Rio de Janeiro	Fornecimento de medicamento e manutenção em estoque. Ausência de ofensa ao princípio da separação dos poderes. Constitucional. Direito à saúde. Dever. Poder público. Recurso extraordinário a que se nega provimento.
4	ARE-AgR 803281 / RS	Estado do Rio Grande do Sul	Direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da federação. Ofensa ao princípio da separação de poderes. Inocorrência. Atribuição de fornecimento de fármaco para tratamento oncológico. Agravo regimental a que se nega provimento.
5	AI-AgR 810864 / RS	Estado do Rio Grande do Sul	Direito à saúde. Fornecimento pelo poder público de fraldas descartáveis. Inexistência de ofensa ao princípio da separação dos poderes. Solidariedade dos entes federativos. Agravo regimental a que se nega provimento.
6	ARE-AgR 859350 / SC	União	Direito à saúde. Fornecimento de medicamentos. Ofensa ao princípio da separação dos poderes. Inocorrência. Responsabilidade solidária entre os entes federados. Agravo regimental a que se nega provimento.
7	ARE-AgR 892114 / MG	Município de Uberaba/MG	Direito à saúde. Tratamento médico. Responsabilidade solidária dos entes federados. Inexistência de ofensa ao princípio da separação dos poderes. Agravo regimental conhecido e não provido.

Fonte: Produzido pela autora com base em análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (10).

Das 7 amostras que trataram das demandas de assistência farmacêutica e insumos, percebeu-se que: 4 delas chegaram ao STF para julgamento de recursos interpostos pelos Estados da Federação; 2 por recurso interposto pela União; e 1 por recurso apresentado por Município.

Da análise das amostras, observou-se que 100% dos recursos apresentados tiveram o provimento negado, sendo mantida a decisão condenatória, pois os ministros da Suprema Corte entenderam pela não inocorrência de violação ao princípio do princípio da separação dos poderes e pela existência da responsabilidade solidária entre os entes da Federação



quanto à garantia da assistência farmacêutica e insumos para a efetivação do direito à saúde.

**Quadro 2.** Classificação das demandas de qualidade dos serviços de saúde pública ofertados/implantação de política pública quanto ao recorrente e a decisão do STF.

Demandas de qualidade dos serviços de saúde pública ofertados/implantação de política pública			
	Nº Processo	Recorrente	Acórdão (resumo da ementa)
1	SL-AgR 47 / PE	Estado de Pernambuco	Políticas públicas. Ordem de regularização dos serviços prestados em hospital público. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento.
2	AI-AgR 809018 / SC	Estado de Santa Catarina	Implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Agravo regimental não provido.
3	RE-AgR 642536 / AP	Estado do Amapá	Sistema público de saúde local. Poder judiciário. Determinação de adoção de medidas para a melhoria do sistema. Possibilidade. Princípios da separação dos poderes e da reserva do possível. Violação. Inocorrência. Agravo regimental a que se nega provimento.

Fonte: Produzido pela autora com base em análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (10).

Quanto aos recursos interpostos contras as decisões que visaram à garantia da qualidade dos serviços de saúde pública ofertados/implantação de política pública (quadro 2), o STF não identificou a ocorrência de violação ou grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública que justificassem a reforma da decisão que condenou os Estados de Pernambuco, Santa Catarina e Amapá de adorem as medidas necessárias para a implementação de políticas públicas, regularização e melhoria das ações e serviços de saúde.



**Quadro 3.** Classificação das demandas de assistência médico-hospitalar quanto ao recorrente e a decisão do STF.

Demandas de assistência médico-hospitalar			
	Número do Processo	Recorrente	Acórdão (resumo da ementa)
1	ARE-AgR 801676 / PE	Estado de Pernambuco	Direito à saúde. Fornecimento pelo poder público do tratamento adequado. Solidariedade dos entes federativos. Ofensa ao princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Prevalência do direito à vida. Agravo regimental a que se nega provimento.
2	RE-AgR 820910 / CE	União	Direito à saúde. Realização de tratamento médico. Obrigação solidária dos entes da federação. Situação de omissão da administração pública. Concretização de políticas públicas pelo poder judiciário. Possibilidade. Agravo a que se nega provimento.
3	ARE-AgR 814878 / PE	União	Direito à saúde. Determinação de fornecimento de tratamento médico. Ofensa ao princípio da separação dos poderes. Inocorrência. Responsabilidade solidária dos entes federados. Agravo regimental a que se nega provimento.
4	ARE-AgR 879204 / RJ	Estado do Rio de Janeiro	Direito à saúde. Implementação de políticas públicas. Inexistência de ofensa ao princípio da separação dos poderes. Consonância da decisão recorrida com a jurisprudência cristalizada no Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental conhecido e não provido.
5	RE-AgR 696077 / RS	Estado do Rio Grande do Sul	Direito à saúde. Implementação de políticas públicas. Inexistência de ofensa ao princípio da separação dos poderes. Agravo regimental conhecido e não provido.

Fonte: Produzido pela autora com base em análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (10).

Nas amostras que trataram da assistência médico-hospitalar, na qual figuraram com recorrentes a União (em duas 2 demandas) e os Estados (em 3), o não provimento dos recursos apresentados pelos entes da Federação foi unânime, visto que prevaleceu o entendimento cristalizado do STF quanto à inexistência de ofensa ao princípio da separação dos poderes quando se trata de ações de pleiteiam a concessão de assistência médico-hospitalar, diante da ineficácia ou omissão do poder público em garantir o acesso integral e irrestrito de todos os meios necessários para a redução de risco do agravo, para a recuperação, proteção e promoção da saúde.

### Considerações finais

Segundo Santos (11), a judicialização da política é percebida quando os órgãos integrantes do poder judiciário interferem expressivamente na ação política, no âmbito da



execução das funções típicas de outro poder, isto é, aquelas que, diante de sua natureza, são de maior preponderância, inerentes e intrínsecas a determinado Poder. Quando o poder estatal ultrapassa a barreira das funções que originariamente não lhe foram atribuídas, verifica-se o exercício atípico da função.

Diante dessa leitura, entende-se que, em um Estado democrático de direito, para que as liberdades individuais sejam garantidas, a repartição das atividades públicas é condição indispensável para evitar a concentração demasiada das funções em um mesmo ente (4).

Assim, sendo o direito à saúde um dever do Estado, de relevância pública, devendo ser efetivado por meios de ações e de políticas públicas, não deve ser visto apenas como responsabilidade exclusiva de um único poder (detentor e controlador do aparelho público). A garantia e efetividade do direito à saúde extrapolam os limites de atuação do poder executivo, sendo de responsabilidade do Estado, seja qual for a esfera e a abrangência de suas funções, sendo inadmissível, dentro do modelo constitucional adotado, qualquer dos poderes eximir-se dessa obrigação (9), não configurando o “exercício deliberado da vontade política” pelo Poder Judiciário (12).

Observa-se que o poder judiciário, quando evocado para satisfazer uma prestação legalmente prevista, interfere nas políticas públicas de saúde, de competência típica dos poderes executivo e legislativo, por meio do exercício de suas funções atípicas, coloca-se como via de acesso e efetivação do direito à saúde, provocando atualmente, no âmbito da judicialização da saúde, aumento significativo de ações judiciais ajuizadas com esse intuito.

O Estado quando instado pelas decisões judiciais a cumprir com a sua função típica, dentro do contexto do direito à saúde, alega, muitas vezes, em sede de defesa ou como fundamento recursal, a violação do princípio da separação dos poderes pelo Judiciário, que adentra no campo de competência do poder executivo, ao se posicionar quanto à conveniência, oportunidade e finalidade do mérito administrativo inerente às ações e aos serviços públicos de saúde.

A interferência do Judiciário, no âmbito da função típica do Executivo e Legislativo, se justifica como meio de assegurar aos cidadãos a garantia e efetividade dos direitos quando violados pela leniência, inércia ou incapacidade dos poderes detentores da função típica.

A “incapacidade de o Executivo e o Legislativo fornecerem respostas efetivas à explosão das demandas sociais por justiça” (13), diante dos ideais democráticos instituídos



pela Constituição Federal de 1988, fez com que a concretização dos direitos nela previstos, recaísse sob o poder judiciário.

Deste modo verifica-se que o poder judiciário ao intervir nos atos administrativos dos demais Poderes, quando provocado, determinando que os demais Poderes adotem medidas cuja finalidade seja a viabilização da satisfação de direitos constitucionalmente previstos, não está inovando na ordem jurídica, nem intervindo no mérito administrativo e discricionário do Poder Executivo, mas sim determinando que tal Poder obedeça às políticas públicas já instituídas.

Desta forma, tem-se que o Poder Judiciário ao intervir nas políticas públicas de saúde, não está ferindo o princípio da separação dos poderes, adentrando na esfera de análise do mérito administrativo, ou interferindo na discricionariedade da Administração Pública, mas está na verdade garantindo ao sujeito de direitos que busque a concretização de um direito fundamental, que necessita da atuação eficaz do Estado para que se efetive, não configurando, “exercício deliberado da vontade política” (12) pelo Poder Judiciário.

Seguindo nessa direção, a Suprema Corte pacificou o entendimento de que o poder judiciário tem legitimidade para determinar que os demais poderes tomem as providências concretas, a fim de garantir a efetivação de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, como é o caso do direito à saúde, sem, contudo configurar violação do princípio da separação dos poderes, previsto no art. 2º, da CF/88.

## Referências

1. Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil, 5 de outubro de 1988 [Internet]. Brasília, 1988 [Acesso em 6 out 2015]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)
2. Dallari SG, Nunes Júnior VS. Direito Sanitário. São Paulo: Verbatim; 2010.
3. Canotilho JJG. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina; 2012.
4. Barroso LR. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Brasília. [Acesso 15 set 2015]. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/eadcj/mod/resource/view.php?id=47743>
5. 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]. Brasília: Mestrado em Direito, Universidade de Brasília; 2009. [Acesso em 15 set 2015]. Disponível em <http://repositorio.unb.br/handle/10482/4153>

6. Barbosa MC. Revisão da Teoria da Separação dos Poderes do Estado. Revista Científica da Faculdade Lourenço Filho. 2006, 5 (1): 1-16. [Acesso em 20 set 2015]. Disponível em <http://www.flf.edu.br/revista-flf.edu/volume05/v5mono4.pdf>

7. Capano FF. A leitura contemporânea da teoria da separação de poderes: desafio para a melhor efetivação das políticas públicas concretizadoras da Constituição. In: Smanio GP, Bertolini PTM. O direito e as políticas públicas no Brasil. São Paulo: Atlas; 2013, p. 63-82.

8. Silva, JA. Curso de Direito Constitucional Positivo. 38. ed. São Paulo: Malheiros; 2015.

9. Supremo Tribunal Federal. A Constituição e o Supremo. Brasília. [Acesso 15 set 2015]. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBD.asp?item=1093>

10. Supremo Tribunal Federal. Busca na jurisprudência. Brasília. [Acesso 31 out 2015]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp>

11. Santos BS. A judicialização da Política. Lisboa, Centro de Excelência - Processo de Avaliação de Unidades de Investigação do Ministério da Ciência e da Tecnologia - CES Centro de Estudos Sociais; 2003. [Acesso em 15 set 2015]. Disponível em: <https://www.ces.uc.pt/opiniao/bss/078.php>

12. Barroso LR. O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar; 2009.

13. Melo MPC, Vianna LW, Carvalho MAR. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan; 1999.

---

*Recebido em: 13.1.2016*  
*Reapresentado em: 10.10.2016*  
*Aprovado em: 23.1.2017*

#### **Como citar este artigo:**

Costa TS. A judicialização da saúde: as decisões do Supremo Tribunal Federal frente ao princípio da separação dos poderes. *Revista Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*. 2017 jan./mar, 6(1):139-152.



## A dicotomia do Princípio da Integralidade do SUS

The SUS Completeness principle of dichotomy

La dicotomia del Principio de la Integralidad del SUS

Lisiane Rodrigues Alves<sup>1</sup>

**RESUMO:** Este artigo tem como objetivo discutir o aspecto dicotômico do princípio da integralidade, a partir de uma revisão literária narrativa. Apresenta um breve mapeamento histórico da luta pela saúde no mundo e no Brasil, como uma prática social. O princípio da integralidade como forma de ampliação ao acesso à saúde e, também, como forma de sua restrição. Finalizando com a análise das tentativas de arrefecimento desta dicotomia em contraste com a realidade social e econômica da sociedade brasileira.

**Palavras-chave:** Dicotomia. Integralidade. Saúde

**ABSTRACT:** This article aims to discuss the dichotomous aspect of the integrality principle, based on a literary narrative review. It presents a brief historical mapping of the struggle for health in the world and in Brazil, as a social practice. The principle of integrality as a way of expanding access to health and, also, as a form of its restriction. Finalizing with the analysis of attempts to cool this dichotomy in contrast to the social and economic reality of Brazilian society.

**Keywords:** Dichotomy. Integrality. Health

**RESUMEN:** Este artículo tiene como objetivo discutir el aspecto dicotómico del principio de LA exhaustividad, a partir de una revisión narrativa literaria. Se presenta una historia de la lucha de la salud en el mundo y en Brasil, como una práctica social. El principio de la integralidad como medio para ampliar el acceso a la salud y también como una forma de restringir ellos. Al final con el análisis de esta dicotomía en contraste con la realidad social y económica de la sociedad brasileña.

**Palabras-llave:** Dicotomia. Integralidad. Salud

### Introdução

A construção do SUS, uma das características fundamentais do sistema, é uma inédita e radical politização do que, tradicionalmente, consideram procedimentos técnico-operacionais do planejamento e organização, sendo que o cenário que se apresenta é de superação da tradicional separação entre a esfera política e a técnica, na qual as ações tomam os espaços de gestão concreta das redes de serviços e de operação do instrumental próprio das políticas públicas, o que vem exigindo novos padrões de relacionamento entre

---

<sup>1</sup> Advogada, Assessora Jurídica da Secretaria Estadual da Saúde do Rio Grande do Sul, Especialista em Direito Sanitário pela Escola de Saúde Pública da SES/RS/ Unisinos. Email: lisianealves@terra.com.br



serviços, profissionais e usuários (1).

Dentro desta realidade, em 1988, a Constituição da República Federativa do Brasil, trouxe o princípio da integralidade como um dos princípios norteadores do Sistema Único de Saúde<sup>2</sup>, vindo a ser definido legal e institucionalmente na NOB/96<sup>2</sup> como “um conjunto articulado de ações e serviços de saúde, preventivos, curativos, individuais e coletivos em cada caso, nos níveis de complexidade do sistema”.

Ou seja, é um marcador contínuo que se estrutura a partir de uma ação social específica, que pode incluir os aspectos objetivos e subjetivos da interação/relação dos atores em suas práticas no interior das instituições (3).

Dessa maneira, a integralidade é um conceito que permite a identificação dos sujeitos como totalidades, ainda que não sejam alcançáveis em sua plenitude, considerando todas as dimensões possíveis que se pode intervir, pelo acesso permitido por eles próprios (4).

## Metodologia

A metodologia aplicada foi a revisão da literatura que:

É o processo de busca, análise e descrição de um corpo do conhecimento em busca de resposta a uma pergunta específica. “Literatura” cobre todo o material relevante que é escrito sobre um tema: livros, artigos de periódicos, artigos de jornais, registros históricos, relatórios governamentais, teses e dissertações e outros tipos”. (5)

Sendo que esta metodologia possui três tipos (6):

a) Narrativa - não utiliza critérios explícitos e sistemáticos para a busca e análise crítica da literatura. A busca pelos estudos não precisa esgotar as fontes de informações. Não aplica estratégias de busca sofisticadas e exaustivas. A seleção dos estudos e a interpretação das informações podem estar sujeitas à subjetividade dos autores. É adequada para a fundamentação teórica de artigos, dissertações, teses, trabalhos de conclusão de cursos.

b) Sistemática - é um tipo de investigação científica. Essas revisões são consideradas estudos observacionais retrospectivos ou estudos experimentais de recuperação e análise crítica da literatura. Testam hipóteses e têm como objetivo levantar, reunir, avaliar

---

<sup>2</sup> Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:  
II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais.



criticamente a metodologia da pesquisa e sintetizar os resultados de diversos estudos primários. Busca responder a uma pergunta de pesquisa claramente formulada. Utiliza métodos sistemáticos e explícitos para recuperar, selecionar e avaliar os resultados de estudos relevantes. Reúne e sistematiza os dados dos estudos primários (unidades de análise). É considerada a evidência científica de maior grandeza e são indicadas na tomada de decisão na prática clínica ou na gestão pública.

c) Integrativa - surgiu como alternativa para revisar rigorosamente e combinar estudos com diversas metodologias, por exemplo, delineamento experimental e não experimental, e integrar os resultados. Tem o potencial de promover os estudos de revisão em diversas áreas do conhecimento, mantendo o rigor metodológico das revisões sistemáticas. O método de revisão integrativa permite a combinação de dados da literatura empírica e teórica que podem ser direcionados à definição de conceitos, identificação de lacunas nas áreas de estudos, revisão de teorias e análise metodológica dos estudos sobre um determinado tópico. A combinação de pesquisas com diferentes métodos combinados na revisão integrativa amplia as possibilidades de análise da literatura.

Sendo que, para este trabalho, se adequou a revisão narrativa, pois constitui, basicamente, de análise da literatura publicada em livros, artigos de revista impressas e/ou eletrônicas na interpretação e análise crítica pessoal do autor.

Essa categoria de artigos têm um papel fundamental para a educação continuada pois, permitem ao leitor adquirir e atualizar o conhecimento sobre uma temática específica em curto espaço de tempo; porém não possuem metodologia que permitam a reprodução dos dados e nem fornecem respostas quantitativas para questões específicas. São considerados artigos de revisão narrativas e são qualitativos (7).

## Resultados

### A – Conceito de integralidade

Para se conseguir compreender ou até mesmo visualizar a conceituação do princípio da integralidade, um dos princípios norteadores do Sistema Único de Saúde (SUS) no Brasil, é necessária, senão obrigatória, a realização de um breve mapeamento histórico da luta pela saúde, no mundo e no Brasil, como uma prática social.

Assim, divide-se em três períodos distintos:

a) Século XVI ao XVIII;



b) Século XIX;

c) Século XX .

O período renascentista (a) foi marcado pela modificação de costumes e idéias, provocando uma profunda alteração no comportamento político, cultural e econômico da Europa, cujo período foi do século XVI ao século XVIII, como bem destaca Luz (8):

(...)ao mesmo tempo uma época de modificação de costumes e idéias, e uma série de momentos inaugurais na criação artística e filosófica, científica e tecnológica, que têm ressonância progressiva, a partir de centros urbanos de irradiação, para todo o mundo conhecido (Velho Mundo). Essa ressonância produz uma série de mudanças profundas no comportamento político, cultural e econômico da Europa, cujos efeitos de mutação se fizeram sentir até o século XVIII.

Importante referir que na segunda metade do século XVIII, na Europa Ocidental, surgiram as bases doutrinárias acerca da saúde em um processo histórico de disciplinamento dos corpos e constituição das intervenções sobre os sujeitos (9).

Nesse período a abordagem acerca da saúde possuía dois aspectos: de um lado a higiene, como um conjunto de preceitos a serem seguidos pelo indivíduo isoladamente, de outro, as propostas de uma política ou polícia médica, em que o Estado assume a responsabilidade de definidor de políticas, leis e regulamentos relativamente à saúde no coletivo e, respectivamente, como seu fiscalizador da aplicação social respectiva.

Dessa maneira, as práticas de saúde foram remetidas ao plano jurídico-político, ou seja, a racionalidade moderna coincide com a racionalidade científica, quando toma como norma epistêmica a utilização de um método de produção de verdades como meio de legitimação perante a sociedade, através do exercício contínuo e renovado de “buscar novos conteúdos de verdades” (pesquisa científica) (8).

No século XIX (b) o grande fator que marcou a organização da massa trabalhadora, marcadamente na Inglaterra, França e Alemanha, foi a Revolução Industrial, passando, a saúde, a ser uma das reivindicações sociais no período de 1830 e 1880.

Assim, passou-se a compreender a crise sanitária como um processo político e social denominado Medicina Social, em que se postulou a aplicação da medicina no âmbito social curando-se os males da sociedade.

Neste mesmo período surge na Inglaterra e nos Estados Unidos o movimento conhecido como sanitarismo, composto por funcionários das, recém implantadas, agências



oficiais de saúde e bem-estar.

Os sanitaristas produzem um discurso e uma prática sobre as questões da saúde fundamentalmente baseadas em aplicações de tecnologia e em princípios de organização racional para a expansão de atividades profiláticas, destinadas, principalmente, aos pobres e setores excluídos da população.

Reforçando o movimento sanitarista, advém o paradigma microbiano nas ciências básicas de saúde e, praticamente, redefine as diretrizes da teoria e prática no campo da saúde social no mundo ocidental.

A racionalidade médica terá, na modernidade, a doença como categoria central, norteando, até os dias atuais, seu modo de intervenção na sociedade (8).

Já no século XX (c), houve uma sucessão de alterações e progressos, em razão das modificações do panorama político e social do mundo e da situação de saúde põem em cheque as premissas e previsões dos antigos modelos, tais alterações, para melhor visualização, passa-se a demonstrar na tabela abaixo organizada por período (década) e fato relevante:

Período (década)	Fato relevante
Início do século Décadas de 10 a 30	Relatório Flexner (USA) – provoca uma profunda reavaliação das bases científicas da medicina, que resulta na redefinição do ensino e da prática médica a partir dos princípios tecnológicos rigorosos. Com sua ênfase no conhecimento experimental de bases subindividual, esse modelo reforça a separação entre individual e coletivo, privado e público, biológico e social, curativo e preventivo. Surgindo as primeiras escolas de saúde pública, tal como a Fundação Rockefeller, inicialmente nos USA e, posteriormente, na América Latina.
Década de 40	Ao lado de reflexos sociais da crise econômica de 29 e, também, o incremento dos custos em razão da especialização e da tecnologização da prática médica, articula-se nos USA propostas de implantação de um sistema nacional de saúde, propõe-se a abertura de departamentos de medicina preventiva, nos moldes da maioria dos países europeus.
Década de 50	1952 – Realização em Colorado Springs de uma reunião de importantes escolas de medicina norte-americanas, propondo-se ampla reforma dos currículos médicos no sentido de inculcar uma atitude preventiva nos futuros praticantes, redefinido-se, radicalmente, a noção de prevenção, constituindo “dilema preventista” <sup>10</sup> . Com entusiasmo os organismos internacionais do campo da saúde aderiram, realizando-se congressos similares ao de Colorado Springs em Nancy (França) no mesmo ano; em 1953 em Gotemburgo (Suécia), patrocinado pela OMS <sup>3</sup> , e na América Latina, sob o patrocínio da OPS <sup>4</sup> , foram organizados seminários, em 1955, Viña Del Mar

<sup>3</sup> OMS – Organização Mundial de Saúde

<sup>4</sup> OPS – Organização Panamericana de Saúde



	<p>(Chile) e Tehuacán (México) em 1956.</p> <p>1953- Definição de serviços básicos de saúde pela OMS, cobrindo as seguintes atividades: a) atenção à saúde da mulher e da criança; b) controle de doenças transmissíveis; c) saneamento ambiental; d) manutenção dos sistemas de informação; e) educação em saúde; f) assistência médica de baixo grau de complexidade.</p>
Década de 60	<p>1963 – Uma comissão de especialistas propõe a inclusão nos serviços básicos de saúde a participação.</p> <p>Na América Latina, programas de saúde comunitária são implantados, principalmente na Colômbia, no Brasil e no Chile, sob o patrocínio de fundações norte-americanas e endossados pela OPS, na expectativa de que o seu efeito-demonstração poderia influenciar positivamente o desenho dos sistemas de saúde no continente.</p>
Década de 70	<p>1974 – No Canadá, o Relatório Lalonde define as 04 (quatro) bases de um movimento pela promoção da saúde, estabelecendo o modelo do “campo da saúde”: a) a biologia humana; b) o sistema de organização dos serviços; c) o ambiente e d) o estilo de vida. Passou a se chamar de “revolution tranquile”, implantou-se em diversas províncias do Canadá uma rede de centros comunitários de saúde e serviços sociais, efetivamente integrados a um sistema de medicina socializada, que representa uma síntese dos modelos de atenção precedentes. Sendo a Carta de Ottawa o documento oficial que institucionaliza o modelo canadense, define os principais elementos discursivos do movimento da promoção de saúde: a) integração da saúde como parte das políticas públicas “saudáveis”; b) atuação da comunidade na gestão do sistema; c) reorientação dos sistemas de saúde e d) ênfase na mudança dos estilos de vida.</p> <p>1977 – A Assembléia Mundial da Saúde lança a consigna Saúde para Todos no Ano 2000 (SPT-2000), assumindo uma proposta política de extensão da cobertura dos serviços básicos de saúde com base nos sistemas simplificados de assistência à saúde.</p> <p>1978- Em Alma Ata, a Conferência Internacional sobre Atenção Primária à Saúde, promovida pela OMS<sup>5</sup>, reafirma a saúde como direito do homem sob a responsabilidade política dos governos, e reconhece a sua determinação intersectorial e, também, estabelece a Atenção Primária à Saúde como estratégia privilegiada de operacionalização da SPT – 2000.</p>
Década de 80	<p>Início da década de 80 – o movimento de 1978 aparece com o rótulo atualizado denominado SILOS<sup>6</sup> e dentro de um modelo distritalizado com base em níveis hierarquizados de atenção, a retórica da saúde comunitária integra-se às primeiras iniciativas de reforma setorial da saúde nos países subdesenvolvidos;</p> <p>Nos USA aparece um movimento inspirado na Carta de Otawa, sob a sigla de HPDP<sup>7</sup>, indicando a opção pela proposta mínima de mudança de estilo de vida por meio de programas de modificação de comportamentos considerados de risco, como hábito de fumar, dieta, sedentarismo.</p> <p>1986- a OMS absorveu este movimento lançando o Projeto Cidades Saudáveis.</p> <p>1987 a 1988- por iniciativa da OPS procedeu-se à análise da infraestrutura privilegiando as seguintes áreas críticas: políticas públicas, sistemas de</p>

<sup>5</sup> OMS – Organização Mundial de Saúde

<sup>6</sup> SILOS – Sistemas Locais de Saúde

<sup>7</sup> HPDP – Health Promotion Disease Prevention



	<p>informação e desenvolvimento da epidemiologia, economia e financiamento, recursos humanos em saúde, desenvolvimento tecnológico e sistemas de serviços de saúde.</p> <p>1989 e 1990- foram realizados seminários para a análise da prestação de serviços no que diz respeito a recuperação da saúde, prevenção de doenças e promoção da saúde.</p>
Década de 90	<p>1991 a 1995- a OPS encaminhou um ambicioso projeto para reflexão e crítica sobre a teoria e a prática da saúde pública, tendo como referência os textos básicos e a reunião do “Grupo de Consulta” ocorrida em New Orleans em 1991.</p> <p>1991- O Banco Mundial patrocina a atualização dos princípios do movimento da promoção da saúde, nele incorporando a questão do desenvolvimento econômico e social sustentado como importante pauta extra-setorial para o campo da saúde;</p> <p>1992- A Conferência Mundial pelo Meio Ambiente, conhecida como ECO 92, realizada no Rio de Janeiro, promovida pela ONU<sup>8</sup>, a saúde ambiental foi definida como prioridade social para a promoção da saúde, dentro da célebre Agenda 21;</p> <p>1994 – I Conferência Panamericana sobre Educação em Saúde Pública, Rio de Janeiro, propôs o aprofundamento do debate em torno da transformação da estrutura organizacional das respectivas escolas, considerando a pertinência da desvinculação administrativa em relação às faculdades de medicina;</p> <p>1995- em Genebra, realizou-se um painel, convocado pela OMS, para discutir a “Nova Saúde Pública”, em consonância com as visões de representantes europeus e americanos da saúde pública, não parece dar conta dos impasses identificados na América Latina e Caribe, para eles a crise não é estrutural e representaria apenas uma dada interpretação de sanitaristas. Propõe uma agregação de novos temas e habilidades ao campo da saúde pública ou ao seu âmbito de práticas e de instituições, elaborando a “Renovação da Saúde para Todos (RSPT);</p> <p>1996 até 2000 - Definir e sustentar prioridades; destinar recursos para os objetivos mais eficazes; inovar quando as velhas políticas fracassam; coordenar metas conflitantes; impor perdas a grupos poderosos; representar interesses difusos e desorganizados ao lado dos interesses mais concentrados e bem organizados; garantir a execução dos programas; assegurar a estabilidade dessas políticas, para que possam produzir efeitos; estabelecer e manter compromissos internacionais, visando o bom desenvolvimento a longo prazo; e sobretudo, administrar as clivagens políticas, a fim de garantir que a sociedade não degenera em guerra civil.</p>

Fonte: Alves, LR. O princípio da integralidade e as ações judiciais. Monografia apresentada no curso de Especialização em Direito Sanitário da Escola de Saúde Pública da Secretaria da Saúde do Estado do Rio Grande do Sul. 2010.

## B – Integralidade e ampliação ao acesso à saúde

A integralidade em saúde é uma ação social que resulta da interação democrática entre

<sup>8</sup> ONU – Organização das Nações Unidas



os atores no cotidiano de suas práticas na oferta do cuidado de saúde nos diferentes níveis de atenção do sistema da saúde.

Através do atendimento dos usuários de forma integral, deixa-se de enxergar apenas o organismo doente para analisar o ser humano como um todo, formando, com isso, uma Atenção Integral ao usuário, através da interação entre o tratamento, prevenção e promoção da saúde pública, realizando seu atendimento de forma multidisciplinar.

Diante dessa abordagem, a Promoção da Saúde é definida como o processo de capacitação da comunidade para atuar na melhoria da sua qualidade de vida e saúde, incluindo uma maior participação e controle desse processo (11).

Assim, a integralidade deve ser compreendida como um princípio que se alastra em vários níveis de discussão e das práticas na área da saúde, devendo, o gestor e o profissional, estar preparados para ouvir, entender e, a partir daí, atender às demandas e necessidades das pessoas, grupos e coletividades.

Um exemplo de abrangência deste princípio é a crescente incorporação de sistemas terapêuticos alternativos nos serviços públicos de saúde, como a utilização de fitoterápicos, evidencia uma compreensão ampliada do direito à saúde, na medida que os conteúdos teórico-práticos norteadores dessas práticas se aproximam da integralidade em duas dimensões: da atenção e do cuidado em saúde (12).

Importante destacar que a adesão as práticas terapêuticas alternativas, segundo estudiosos do sistema de saúde, é, também, uma das formas de garantir a universalização da assistência médica, por meio da garantia de escolha, pelo usuário, de seu tratamento, além de significar assegurar ao usuário o exercício da cidadania, temas estes que serão aprofundados em oportunidade futura.

Com isso, dentre as várias iniciativas de mudanças, pode-se referir como positiva a estratégia utilizada pelo Programa de Saúde da Família-PSF (13), surgida em 1994, com o propósito de mudança do modelo da atenção à saúde, que passa a ter como núcleo do cuidado às famílias, sendo as mesmas abordadas e compreendidas a partir do meio onde vivem.

Assim, dentre suas ações destaca-se o aspecto educativo, com o intuito de incentivar a autoestima e o cuidado dos membros da família, promovendo reflexões que conduzam a modificações nas atitudes e comportamentos, mas sua sustentabilidade depende do estabelecimento de parcerias intersetoriais, articulando-se ações interdisciplinares de



assistência, prevenção e promoção da saúde.

Dessa maneira, para que o princípio da integralidade seja, efetivamente, exercido é necessário e essencial o trabalho em equipe transdisciplinar (8) entre os distintos saberes formais e não-formais, o que deve ocorrer desde a formação do profissional de saúde.

Com isso, uma educação em saúde nos moldes da integralidade inclui políticas pública<sup>9</sup>, ambientes apropriados para além dos tratamentos clínicos e curativos, comprometidas com o desenvolvimento da solidariedade e da cidadania, envolvidas na melhoria da qualidade de vida e promoção do homem (14).

No contexto do Sistema Único de Saúde, a integralidade pode ser vista como uma imagem, uma noção amálgama, com vários sentidos (15):

a) crítica a atitude médica fragmentária – a um sistema que privilegia a especialização e segmentação, a atitude médica reducionista, a formação médica de base flexneriana, recusa em reduzir o paciente ao aparelho ou sistema biológico que supostamente produz o sofrimento e, portanto, a queixa do paciente, integralidade tomada a partir do referencial da Medicina Integral;

b) crítica a práticas dos profissionais de saúde – buscar compreender o conjunto de necessidades de ações e serviços de saúde que um paciente apresenta para além da atenção individual curativa, incorporação de ações de promoção e prevenção da atenção à saúde e articulação com as ações curativas e reabilitadoras – integralidade tomada a partir do referencial da Medicina Preventiva;

c) como modo de organizar as práticas – relaciona-se como a organização dos serviços e das práticas de saúde, crítica a separação entre práticas de saúde pública e práticas assistenciais, entre ações de saúde coletiva e atenção individual, crítica aos programas verticais – integralidade tomada como horizontalização dos programas;

d) como modo de organizar o processo de trabalho em saúde – otimizar o impacto epidemiológico, articular atenção a demanda espontânea como oferta programada de atenção à saúde, busca contínua de ampliar as possibilidades de apreensão e satisfação das necessidades de um grupo populacional, de ampliação da eficiência – integralidade tomada como oferta de programa de atenção à saúde;

---

<sup>9</sup> Políticas Públicas compreendem um conjunto de decisões e ações direcionadas à solução de problemas políticos. Entende-se por atividades políticas, os procedimentos formais e informais que traduzem as relações de poder na sociedade. As políticas públicas buscam encontrar formas para resolver, sobretudo, os conflitos referidos a bens públicos (KEHRIG, Ruth Terezinha. Políticas Públicas. UNISUL Virtual, Palhoça, SC, 2006).



e) como acesso às técnicas de diagnóstico e tratamento necessárias a caso a caso – articulação a partir da atenção básica aos meios de diagnóstico e atenção especializada, quando necessário, de ampliação de acesso ao sistema de saúde e de resolutividade da atenção – integralidade tomada como acesso a diversos níveis de atenção;

f) como construção de políticas especificamente desenhadas – como forma de dar resposta a um determinado problema de saúde ou aos problemas de saúde que afligem um determinado grupo populacional, articulação intra e intersetorial, de ampliação dos âmbitos e articulação de diversos espaços para a busca de soluções, busca de qualidade de vida – integralidade tomada como ampliação do horizonte de intervenção sobre problemas.

Diante disso, a integralidade do sistema está fundada em 03 (três) pilares que formam um todo indivisível: promoção, prevenção e recuperação. Logo, os serviços de saúde devem funcionar atendendo o indivíduo como um ser humano integral, submetido às mais deferentes situações de vida e de trabalho, ou seja, o atendimento deve ser realizado para a sua saúde e não somente para a sua doença, a fim de, com isso, erradicar as causas e diminuir os riscos, além de tratar os danos.

### C – Integralidade e a restrição ao acesso à saúde

Assim, a integralidade é, simultaneamente, uma potencialidade e uma fragilidade, pois remete ao conceito de integração de serviços por meio de redes assistenciais necessárias para a solução dos problemas de saúde de uma população em seus diversos ciclos de vida e características sociais.

Dessa maneira, o sistema de saúde atende às pessoas que optaram pelo SUS, conforme prevê o princípio da universalidade, e estão inseridas nas Políticas Públicas, construídas para atender à coletividade, o que, muitas vezes, não está evidente aos olhos do indivíduo isolado, uma vez que estas referidas Políticas possuem etapas para sua elaboração (9), quais sejam:

Dessa maneira, está demonstrado que a construção da política pública de saúde, essencial para a efetivação da integralidade, é um processo dialético e democrático, derivado das reivindicações postas pelo movimento sanitário desde a década de 70, como já demonstrado no item “A”.

Ou seja, a integralidade é assumida como sendo uma ação social resultante da



permanente interação dos atores na relação demanda e oferta, em planos distintos de atenção à saúde, nas quais os aspectos subjetivos e objetivos sejam considerados<sup>16</sup>, quais sejam:

A - Plano individual— onde se constroem a integralidade no ato da atenção individual

B - Plano sistêmico— onde se garante a integralidade das ações na rede de serviços.

Ou seja, o que caracteriza a integralidade é obviamente a apreensão ampliada das necessidades, mas principalmente essa habilidade de reconhecer a adequação das ofertas de ações de saúde ao contexto específico da situação no qual se dá o encontro do sujeito com a equipe de saúde (17). Trata-se mais de um exercício de seleção negociada do que é relevante para a construção de um projeto de intervenção ou terapêutico, capaz de dar, oportunamente, respostas ao conjunto de necessidades de ações e serviços de saúde.

Neste sentido, é importante destacar que a integralidade deve andar sempre acompanhada da prudência, uma vez que deve-se diferenciar a utilização indiscriminada de tecnologias de diagnóstico precoce, que apenas têm utilidade para expandir o consumo de bens e serviços, da utilização das mesmas tecnologias com a perspectiva de assegurar o direito do usuário do sistema público à saúde através de uma demanda programada para responder às necessidades coletivas, muitas vezes não percebida pelo indivíduo.

Saliente-se que o fator mais relevante para o aumento dos custos em saúde em todo o mundo, em particular nos Estados Unidos, é o contínuo progresso da tecnologia médica (18).

Com isso, a integralidade pode ser percebida como um princípio de organização contínua do processo de trabalho, conjugada com a busca de ampliação das possibilidades de apreensão das necessidades de saúde de um grupo populacional, o que podemos denominar de política de saúde.

Dessa forma, uma das divisões da Política Pública são os Programas de Saúde, que podem ser conceituados como um conjunto de ações organizadas com vista ao enfrentamento de um problema público qualquer, vinculados às Leis Orçamentárias e uma perspectiva de atuação não limitada temporalmente (19).

Neste ponto, revela-se a grande fragilidade da proposta do princípio da integralidade, uma vez que não se efetivaram encaminhamentos eficazes para seu financiamento, tornando-se subfinanciado, mesmo com a promessa constitucional de imposição de percentuais mínimos de aplicação das receitas dos entes federados, União, Estado,



Municípios e Distrito Federal, art. 198, §2º da Constituição Federal<sup>10</sup>, acentuando o grau de restrição de acesso dos usuários à saúde pública. Com isso:

O baixo financiamento do SUS é hoje o fator que mais impossibilita os gestores municipais e estaduais de organizarem a oferta de serviços com qualidade, em consonância com as necessidades e direitos da população usuária. Os reflexos dessa situação provocam a sub-remuneração e precarização dos vínculos de trabalho dos profissionais e dos estabelecimentos prestadores de serviços, a ausência de investimento em melhores edificações e equipagem de unidades de saúde, colocando em risco a viabilidade da gestão”<sup>(20)</sup>.

O legislador brasileiro tem consciência de tal situação, tanto que na própria Constituição Federal já previu em seu art. 196<sup>11</sup>, o acesso à saúde através de políticas públicas sociais e econômicas, ou seja, sempre se teve consciência de que a ação do Administrador Público deve estar pautada em planejamento social e financeiro, uma vez que os recursos advindos do erário sempre são escassos, face a infinitude das necessidades humanas de saúde, como desenvolvido no parágrafo anterior.

Além disso, o planejamento de todo o gasto público é obrigatório, também, pela Lei Complementar nº 101/2000<sup>12</sup>, como forma de aferir transparência à Administração, como também, previne a ocorrência de desvios de finalidade e, ainda, possibilita o equilíbrio das contas públicas<sup>13</sup>, valorando outros interesses da sociedade, que são complementares à saúde, tais como educação, esporte, lazer, meio ambiente, cultura, segurança e outros.

<sup>10</sup> Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

I - no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000).

<sup>11</sup> 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.

<sup>12</sup> A LC 101/2000 estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências

<sup>13</sup> LC 101/2000 : Art. 1º Esta Lei Complementar estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, com amparo no Capítulo II do Título VI da Constituição.

§ 1º A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidadas e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar.



Com isso, para se alcançar o princípio da integralidade é necessário identificar as prioridades dentro da área da saúde entre as diversas necessidades e políticas de saúde, o que sempre envolverá dificuldades distributivas e políticas também.

### Considerações finais

Tenta-se diminuir a dicotomia existente no princípio da integralidade com a inclusão de novas tecnologias à saúde, com o acesso aos medicamentos fitoterápicos e com a regulamentação da Emenda Constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000, através da Lei Complementar nº 141, de 16 de janeiro de 2012, fixando-se os percentuais mínimos de investimento do orçamento público à saúde, como também, estabelecendo uma forma de transferência financeira menos burocratizada entre os entes públicos, através das denominadas transferências entre os fundos de saúde.

Ocorre que a perfeição do enunciado legal esbarra na dura realidade social e econômica vivenciada pelo Brasil há alguns anos, cujos cortes financeiros abalam a elaboração das políticas públicas de saúde e, conseqüentemente, a interdisciplinariedade necessária para a efetivação do princípio em discussão, tornando cada vez mais visível e enraizada a dicotomia existente.

### Referências

1. Levcovitz, E. Transição X consolidação: o dilema estratégico da construção do SUS. Um estudo sobre as reformas das políticas de saúde – 1974 -1996. Tese (Doutorado em Saúde Coletiva) – Instituto de Medicina Social, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 1997.
2. Brasil: Ministério da Saúde. NOB – Norma Operacional Básica (Ministério da Saúde – NOB 96, 1996).
3. Bozi, M.L. Cidadania, participação e saúde na visão dos profissionais do setor de serviços. Um estudo de caso de rede pública de serviços. Cadernos de Saúde Pública, 10 (4): 446-456, 1994.
4. Nietzsche EA. Tecnologia emancipatória: possibilidade para a práxis de enfermagem. Ijuí:Ed.Unijui; 2000.
5. Universidade Federal de São Paulo- UNESP – Campus de Botucatu. 20015. Disponível em [www.fca.unesp.br/home/biblioteca/tipos-de-revisao-de-literatura.pdf](http://www.fca.unesp.br/home/biblioteca/tipos-de-revisao-de-literatura.pdf). [Acesso em 1º.nov.2016]
6. Universidade de São Paulo – Instituto de Psicologia – Biblioteca Dante Moreira Leite. Disponível em [www.ip.usp.br/portal/images/biblioteca/revisão.pdf](http://www.ip.usp.br/portal/images/biblioteca/revisão.pdf). Acessado em 01/11/2016.



7. Rother, E T. Revisão Sistemática X revisão narrativa. Disponível em [www.scielo.br](http://www.scielo.br). Acessado em 01/11/2016.
8. Luz, M.T. Natural, racional e social. Razão médica e racionalidade científica moderna. Rio de Janeiro: Campus, 1988.
9. Paim, J. Almeida F. N. Saúde Coletiva: uma nova saúde pública ou campo aberto a novos paradigmas? *Revista de Saúde Pública*, 32 (4), 1998.
10. Arouca, A.S. O dilema preventista: contribuição para a compreensão e crítica da medicina preventiva. Campinas, 1975. Tese de Doutorado – Universidade Estadual de Campinas.
11. Organização Mundial de Saúde-OMS. Carta de Ottawa. In: *Promoção da Saúde e Saúde Pública*. Rio de Janeiro: Escola Nacional de Saúde Pública. Fundação Oswaldo Cruz. 1986. p. 158-162.
12. Mendes, E.V. Uma agenda pra saúde. São Paulo: Hucitec, 1997.
13. Souza MF. O Programa Saúde da Família: uma visão nacional. In: Fernandes MEL, Dowbor TP, Kretzer MR, Gouveia I, Sucupira AC, Menezes L, Resegue R, organizadores. *AIDS: prevenção porta a porta*. São Paulo: Hucitec; 2004, p. 41-5.
14. Schall VT, Stuchiner M. Educação em Saúde: Novas Perspectivas. *Caderno de Saúde Pública*. 1999, 2:4-5.
15. Kell, Maria do Carmos Gomes. Integralidade da Atenção à Saúde. Disponível em: [www.saude.gov.br](http://www.saude.gov.br). [Acesso em 13.jul.2009].
16. Pinheiro, Roseni; Mattos, Rubens A. Os sentidos da integralidade na atenção e no cuidado à saúde. Rio de Janeiro: ABRASCO, 2001.
17. Mattos, Rubens Araújo de. A Integralidade na prática (ou sobre a prática da integralidade). *Caderno Saúde Pública*, rio de Janeiro, 20(5): 1411-1416, set-out, 2004.
18. Amaral, Gustavo. Direto, Escassez & Escolha, Editora Renovar, 2001, pag.142.
19. Mattos, Ruben Araújo de. Os Sentidos da Integralidade: algumas reflexões acerca dos valores que merecem ser defendidos 1. Disponível em: [www.lappis.org.br](http://www.lappis.org.br). [Acesso em 13.jul.2009].
20. Centro Brasileiro de Estudos de Saúde-CEBES. Gastos em saúde: é muito ou é pouco? Disponível em [www.cebes.org.br](http://www.cebes.org.br). [Acesso em 8.nov.2009].

---

*Recebido em: 25.nov.2016*  
*Aprovado em: 21.mar.2017*

**Como citar este artigo:**

Alves LR. A dicotomia do Princípio da Integralidade do SUS. *Revista Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*. 2017 jan./mar, 6(1):153-166.



## La Interrupción Terapéutica del Embarazo como Derecho Humano a la Salud. Un análisis desde el Bioderecho

The Therapeutic Interruption of Pregnancy as a Human Right to Health. An analysis from the Bioderecho

O aborto terapêutico como um Direito Humano à Saúde. Uma análise do Biodireito

Alejandro A. Marín-Mora<sup>1</sup>  
Karla Morales-Muñoz<sup>2</sup>

**RESUMEN:** Actualmente en Latinoamérica lo referente al Aborto abre el debate ético-jurídico en torno a la legalización del proceso. Si bien el debate sobre el Aborto está aún lejos de agotarse. Se pretende con esa revisión circunscribir la discusión específicamente a la Interrupción Terapéutica del Embarazo, entendiendo esta como un derecho a la salud de las mujeres, que ha sido plasmado en la jurisprudencia constitucional, y ha sido reconocido en la mayoría de las legislaciones tanto en América como en Europa. El bioderecho nos otorga una nueva perspectiva de análisis de la Interrupción Terapéutica del Embarazo al abordar el problema desde tres corrientes, biológica, ética y jurídica. Además, nos permitimos mediante ejercicios de derecho comparado y análisis de los razonamientos jurisprudenciales, aproximarnos a conclusiones con respecto de un problema de salud que afrontan miles de mujeres.

**Palabras-llave:** Derecho a la Salud. Interrupción Terapéutica del Embarazo; Inviabilidad extrauterina; Salud mental.

**ABSTRACT:** At present, in Latin America, abortion refers to the ethical-legal debate around the legalization of the process. While the debate on abortion is still far from exhausted. The purpose of this review is to circumscribe the discussion specifically to the Therapeutic Interruption of Pregnancy, understanding this as a right to women's health, which has been reflected in constitutional jurisprudence, and has been recognized in most of the legislations both in America As in Europe. The Bioderecho gives us a new perspective of analysis of the Therapeutic Interruption of Pregnancy in addressing the problem from three streams, biological, ethical and legal; We also allow comparative law exercises and analysis of jurisprudential reasoning to approximate conclusions regarding a health problem faced by thousands of women.

**Keywords:** Right to health. Therapeutic Interruption of Pregnancy; Extrauterine Inviability; Mental health.

**RESUMO:** Atualmente na América Latina abre-se o debate para a relação do aborto com os temas ético e jurídico em torno do processo de sua legalização. Mas o debate sobre o aborto

<sup>1</sup> Médico-Cirujano. Master em Bioderecho. Doctorando Facultad de Derecho, Universidad de Murcia. Murcia, España.

<sup>2</sup> Abogada. Controladoria de Servicios de Salud. Caja Costarricense de Seguro Social. Secretaria de la Comisión Derecho a la Salud. Colegio de Abogados San José, Costa Rica. Email: amarinm@costarricense.cr



ainda está longe de se esgotar. Pretende-se com esta revisão circunscrever a discussão especificamente ao aborto terapêutico, entendido como o direito à saúde das mulheres, que foi incorporada na jurisprudência constitucional, e tem sido reconhecida na maioria das leis na América e na Europa. O Biodireito nos dá uma nova perspectiva de análise do aborto terapêutico na abordagem do problema a partir de três eixos: biológicos, éticos e legais. Além disso, permite que o direito comparado através de exercícios e análise da abordagem de raciocínio jurisprudencial conclusa sobre problema de saúde enfrentado por milhares de mulheres.

**Palavras-chave:** Direito à Saúde. Aborto. Saúde Mental

## Introducción

La interrupción terapéutica del embarazo (ITE) o conocida como “aborto terapéutico”, se ha entendido en diversas legislaciones como la interrupción de un embarazo por causas médicas, la que puede motivarse por razones preventivas, como ocurre cuando la gestación pueda empeorar el pronóstico de una enfermedad de base haciendo inviable el feto, o razones curativas, cuando se considera que el embarazo causa un peligro para la vida o la salud física o mental de la gestante.

Actualmente observamos una desigualdad en materia de ITE en las legislaciones latinoamericanas (1), en contraposición con las normativas europeas, donde la figura jurídica está ampliamente regulada. Lo anterior desata una problemática social, ya que el régimen jurídico en ciertos países no responde de manera adecuada a las situaciones reales que afectan a las personas, violentando su derecho humano a la salud. Por ello al analizar la legislación y la jurisprudencia constitucional se pretende aportar una argumentación jurídica sobre la ITE que contribuya a solucionar la problemática jurídica que se presenta tanto en Costa Rica como en otros países de Latinoamérica.

El debate para construir una argumentación ético-jurídica que logre un consenso sobre la ITE, no debe partir únicamente de la contraposición de principios bioéticos en conflicto, o bien de dos derechos humanos fundamentales, entiéndase el Derecho a la vida del embrión o feto, y el derecho a la libre elección o autonomía de la mujer, para decidir su libre desarrollo personal, esta confrontación de dos bienes jurídicos y dos valores constitucionales, no de diferente rango, sino de rango equivalente, debe contemplar además el derecho a la salud o la vida de la mujer, el cual se precisa potencialmente amenazado, lo cual obliga a la intervención médica (previo consentimiento informado) por un denominado estado de



necesidad. Asimismo, el derecho de los profesionales sanitarios a ejercer su derecho a la objeción de conciencia cuando este exista.

El análisis de la ITE, debe partir del debate entre las ciencias jurídicas y biomédicas, ya que las ciencias médicas aportaran datos importantes sobre hechos biológicos, y la ética médica contribuirá con principios rectores que deben prevalecer en la actuación clínica, estos datos, así como los provenientes de otras ciencias se podrán integrar en el discurso jurídico como argumentación para la temática sobre la ITE (2).

Este debate solo puede ser facilitado por el dialogo que promueve el Bioderecho, que parte de una reflexión desde la ética de mínimos (3) o ética civil (4), proponiendo mínimos axiológicos y normativos (morales y jurídicos). Esos principios mínimos que se deben obtener por consenso en torno a la ITE, deben expresar una "maduración ética" de la sociedad, porque significa respetar las diferencias y establecer la necesidad de derechos humanos fundamentales que no se reducen a los individuales y negativos, sino a los derechos de las personas especialmente de las mujeres y de los profesionales sanitarios encargados de su atención, así como los derechos de protección del *nasciturus*.

En un ejercicio de derecho comparado, se analizaran las sentencias de la Sala Constitucional de Costa Rica, en conjunto con las sentencias del Tribunal Constitucional de España en materia de ITE, también a partir de las fuentes doctrinales, normativas y jurisprudenciales existentes en la materia en ambos países.

### **Consideraciones sobre la ITE**

Según la Organización Mundial de la Salud (OMS), aborto es "la interrupción de un embarazo tras la implantación del huevo fecundado en el endometrio antes de que el feto haya alcanzado viabilidad, es decir, antes de que sea capaz de sobrevivir y mantener una vida extrauterina independiente" (OMS 1994). La OMS considera también, que el límite de viabilidad de la edad gestacional es de 22 semanas, el peso fetal de 500 gr. y la longitud céfalo nalgas de 25 cms (5).

Por su parte, podemos definir el aborto terapéutico como:

...aquella práctica abortiva tendiente a tratar alguna alteración en la salud de la madre ocasionada por un embarazo, mediante la eliminación de la causa misma de la dolencia actual o eventual, sea en este caso, el producto de la



concepción, que representa un serio riesgo para el bienestar físico o mental de la progenitora”. (Gómez y Kött, 2000, p 66) (6)

La Unión Soviética fue la primera en legalizar el aborto en 1920, se reconoció el derecho de la mujer rusa para detener un embarazo no deseado en relación a problemas de salud y, también por otras razones. Los países escandinavos empezaron a liberalizar el derecho al aborto en el decenio de 1930. Islandia comenzó en 1935, seguida de Suecia en 1938. Dinamarca en 1939 y finalmente Finlandia y Noruega en 1950 y 1960. En 1968 se aprobó una legislación liberal del aborto en el Parlamento británico.

Según las estimaciones del Instituto Guttmacher<sup>7</sup> (EU), a nivel global, el 40% de las mujeres en edad reproductiva (entre 15–44 años) vive en países con leyes altamente restrictivas, entiéndase en los cuales el aborto está totalmente prohibido, o permitido únicamente para salvar la vida de la mujer, o proteger su salud física o mental.

De acuerdo con los datos de la OMS para el año 2007, 189 países pertenecientes a las Naciones Unidas permiten la ITE, cuando el motivo de la misma es salvar la vida de la mujer embarazada. Asimismo 126 países incluyen dentro de los motivos preservar la salud física y mental de las mujeres. Según esta información el 4% de la población mundial vive en países donde el aborto está totalmente prohibido. Ejemplo de ello son Nicaragua donde en el año 2006, derogó la figura del aborto terapéutico, o Chile que penalizó la ITE en caso de peligro de muerte de la madre o inviabilidad fetal, en el año 1989, durante la dictadura.

### Cuadro 1: Situación legal del Aborto en la región de Latinoamérica y el Caribe

Prohíben totalmente o no explicitan excepciones	Chile, República Dominicana, El Salvador, Haití, Honduras, Nicaragua, Surinam
Explicitan como excepción salvar la vida de la madre	Antigua y Barbuda, Brasil, Dominica, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Venezuela
Explicitan como excepción salvar la de la madre o preservar su salud física	Argentina, Bahamas, Bolivia, Costa Rica, Ecuador, Granada, Perú,
Explicitan como excepción salvar la vida de la madre o preservar su salud física o mental	Colombia, Jamaica, San Cristóbal y Nieves, Santa Lucía, Trinidad y Tobago
Explicitan como excepción razones económicas además de las anteriores	Barbados, Belice, San Vicente y Granadinas
Sin restricciones salvo límite de edad gestacional u otro	Ciudad de México, Uruguay, Cuba Guyana, Puerto Rico

Singh y cols., 2009 (Singh S et al., *Abortion Worldwide: A Decade of Uneven Progress*, New York: Guttmacher Institute, 2009. Disponible en: <http://www.guttmacher.org/pubs/Aborto-a-nivel-mundial.pdf>)



La situación a nivel de Europa Occidental dista mucho de la situación legal a nivel latinoamericano, ya que sus normativas poseen apertura para la interrupción voluntaria del embarazo. Las legislaciones europeas comparten elementos entre sistemas de indicaciones y plazos o ambos, y en el caso específico de ITE explicitan los distintos causales médicos, esto evita posibles errores por interpretación de la norma.

Incluso estas legislaciones cuentan con jurisprudencia entorno a la ITE, ejemplo de ello, el Tribunal Constitucional Español en sentencia del año 1985 (53/1985) (8), en control previo a la dictación de la ley despenalizadora del aborto (1985), considero que el “derecho a la vida”, como derecho constitucional y fundamental, tiene por titulares a los nacidos y no al *nasciturus*. No obstante, éste es reconocido como un bien jurídico constitucional que merece protección y tutela de la ley, pero dicha tutela puede ceder en ciertos casos cuando entra en conflicto con los intereses de la madre, como es el caso de la ITE.

La sentencia del Tribunal Constitucional Alemán en el año 1975, ejemplifica la constitucionalidad de la ITE, interpretando los dos primeros artículos de la Constitución Alemana, concluye que el Estado tiene un deber de protección de la vida del *nasciturus* y este deber tiene prioridad sobre los intereses personalísimos de la mujer que no desea el embarazo; No obstante, reconoce el tribunal que este deber no implica la exigibilidad absoluta (impuesta por el derecho penal) del deber de tolerar el embarazo, el cual resulta razonable que no sea exigible en los casos de indicación terapéutica, y embriopática, y por ello no puede ser considerado punible.

### **La Interrupción terapéutica del Embarazo en cifras.**

En el mundo entero ocurren aproximadamente 210 millones de embarazos anuales, de estos el 46% terminan en algún tipo de interrupción del embarazo o aborto inducido.

En España donde la interrupción voluntaria del embarazo es permitida en su legislación, se efectuaron 108.690 interrupciones voluntarias en el año 2013, de las cuales 6,94% de ellas ocurrieron por la presencia de grave riesgo para vida o salud de la embarazada y el 0,28% se debieron por anomalías fetales incompatibles con la vida extrauterina. Por lo tanto se puede afirmar que en España 7,847 mujeres embarazadas vieron resguardado su derecho a la salud cuando autorizaron una ITE por encontrarse en un



estado de necesidad, entendiendo causas médicas, o cuando el feto presentaba anomalías incompatibles con la vida extrauterina (9).

El estudio efectuado por la Asociación Demográfica Costarricense (10) reveló que se realizaron 27,000 abortos inducidos por año en Costa Rica, lo que representó un aborto por cada tres nacidos vivos en Costa Rica. El Área de Estadísticas en Salud de la Caja Costarricense de Seguro Social registró 74 egresos hospitalarios por ITE entre 1997 y 2014.

### La ITE en la Legislación de Costa Rica

Como es visible estamos frente a un tema jurídicamente discutido y discutible<sup>11</sup>, pero es claro que muchas legislaciones han visto la necesidad de despenalizar las interrupciones terapéuticas de embarazos en ciertos supuestos, en donde no solo entra en juego a nuestro entender la valoración moral del aborto, y en el particular los valores del médico están presentes cuando se enfrenta a una situación de aborto, sino que además no puede permanecer neutral ante el estado de necesidad, por existir una condición de riesgo, una afectación clara y evidente contra la integridad física y/o mental de la mujer embarazada, y el dilema ético en torno al principio del “doble efecto” (12) producto de la ITE.

La Constitución Política de Costa Rica de 1949, en su artículo 21.- establece que “*La vida humana es inviolable*” (13). Y a partir de dicho artículo la Sala Constitucional ha establecido mediante sentencia N° 5130- 94, del 7 de setiembre de 1994 (14), el derecho a la salud que tiene todo ciudadano, correspondiéndole al Estado la obligatoriedad de velar por la salud pública, impidiendo que se atente contra ella. Lo anterior resulta importante de resaltar, ya que un Estado que no contemple la ITE en su régimen jurídico, puede estar negando el derecho a la salud o a la vida de la mujer que se ve potencialmente amenazado por una condición médica (estado de necesidad).

La Sala Constitucional ha establecido que “... la preponderancia de la vida y de la salud, como valores supremos de las personas, está presente y señalada como de obligada tutela para el Estado, no sólo en la Constitución Política, sino también en diversos instrumentos internacionales suscritos por el país” (15).

La normativa que regula la figura de la ITE en Costa Rica se encuentra en el Código Penal (1970) (16), Libro Segundo, Título 1: Delitos contra la Vida, Sección II, Artículo 121.- que la denomina aborto impune, el cual cita:



No es punible el aborto practicado con consentimiento de la mujer por un médico o por una obstétrica autorizada, cuando no hubiere sido posible la intervención del primero, si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y éste no ha podido ser evitado por otros medios

Sobre el artículo 121 del Código Penal que permite la ITE con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la mujer, la Sala Constitucional en su sentencia 2792 del año 2004 resolvió una recurrencia sobre la inconstitucionalidad a dicho artículo, arguye:

“...en consonancia con la doctrina y legislación comparada sobre el tema, debe anotarse que cuando se habla de un peligro para la salud de la madre, se trata de una amenaza grave y seria que aun cuando no pone directamente en riesgo su vida (caso en que sería de aplicación el otro supuesto normativo), representa un peligro de lesión a su dignidad como ser humano de tal magnitud que -por ello mismo- el cuerpo social no está en situación de exigirle que la soporte, bajo la amenaza de una penalización. Es necesario entender entonces que la exclusión de penalidad operará entonces en el caso de darse una confrontación de dos bienes jurídicos y dos valores constitucionales, no de diferente rango, sino de rango equivalente. En tal supuesto- cuyas variables concretas la Sala no puede ni debe enlistar en abstracto sino que corresponde verificar y declarar a las autoridades judiciales competentes- no resulta en absoluto desacertado ni menos aún inconstitucional que el legislador se haya abstenido de sancionar la preferencia que se haga por la salud la mujer, si esta va a resultar gravemente lesionada por el embarazo al grado de verse afectado, también de forma grave, su dignidad como ser humano y eventualmente su vida. Con esta perspectiva, para la Sala resultan conciliados el texto normativo impugnado y las nociones de derecho constitucional aplicables a la función punitiva del Estado, tal y como ésta fueron descritas más arriba, de tal manera que no existe ninguna colisión irreconciliable que amerite la anulación de la norma discutida”. (17)

## Derecho Comparado

En materia de derecho comparado, España, conto con legislación en esgrimir la ITE, cuando existen indicaciones médicas, en la Ley Orgánica 9/1985 de 5 de julio de 1985, de reforma del artículo 417 bis del Código Penal (18), actualmente derogado.

El Tribunal Constitucional Español argumentó en la sentencia núm. 53/1985 (19), en torno a la ITE (denominado aborto terapéutico), lo siguiente:

Aborto: Terapéutico: constitucionalidad de la prevalencia de la vida de la madre: si la vida del nasciturus se protegiera incondicionalmente, se



protegería más a la vida del no nacido que a la vida del nacido, y se penalizaría a la mujer por defender su derecho a la vida

En España con la aprobación Ley de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo (20), aprobada en 2010, se derogó el artículo 417 bis introducido en el Código Penal de 1973 por la Ley Orgánica 9/1985, pero la ITE se mantuvo mediante el artículo 15.- que establece los considerandos para la realización de un “aborto terapéutico”.

La Ley española establece claramente que podrá practicarse la ITE cuando exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada, o bien “...cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida y así conste en un dictamen emitido con anterioridad por un médico o médica especialista, distinto del que practique la intervención, o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico”.

La legislación española, así como su jurisprudencia, permiten establecer que no puede penalizarse a la mujer por defender su derecho a la vida y la salud tanto física como mental; asimismo se puede recurrir a la ITE cuando el feto presente anomalías incompatibles con la vida extrauterina, ambos previo consentimiento informado de la madre. Lo anterior porque no solo están en colisión dos derechos fundamentales entiéndase el Derecho a la vida del embrión o feto, y el derecho a la libre elección de la mujer, sino que además y bajo amenaza se observa el derecho a la salud o a vida, lo que obliga a la intervención médica.

Otro elemento a destacar es que tanto el Tribunal Constitucional Español como el costarricense, reconocen la constitucionalidad de la ITE dentro sus legislaciones, elemento imprescindible si pretendemos denominar la ITE como derecho de la mujer a la salud, y entendido el concepto salud (21) para efectos de la interrupción del embarazo, como un estado de bienestar integral y completo, que incluye tres dimensiones: física, mental y social, estrechamente relacionadas entre sí. La presencia de factores de riesgo determina la factibilidad legal de una interrupción del embarazo, cuyo propósito sea proteger la salud de la mujer, ya que la afectación establecida o la latencia de riesgo para la salud no sólo se puede entender como el riesgo contra la vida, sino que en aras de una interpretación integral, se debe dirigir a evitar la consolidación de la enfermedad, y más aún a detectar todos los factores de vulnerabilidad que puede presentarse durante cualquier etapa de la gestación



Si se pretende una amplia discusión sobre el tema general del aborto, debe considerarse la ITE como la mínima causal a despenalizar en las legislaciones que no explicitan excepciones en materia de aborto, como es el caso de El Salvador, Nicaragua y República Dominicana entre otros, dado que como argumenta tanto la Sala Constitucional de Costa Rica como el Tribunal Constitucional Español, no es inconstitucional que la legislación se abstenga de sancionar la ITE cuando esta se practique en aras de evitar que la salud física y/o mental de la mujer, pueda resultar gravemente lesionada por el embarazo al grado de verse afectada su dignidad como ser humano y eventualmente su vida.

### **Discusión de la Jurisprudencia Constitucional en Costa Rica.**

Actualmente el Estado Costarricense se encuentra bajo demanda ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) con sede en Washington, por dos casos en donde la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia rechazó los recursos de Amparo presentados contra la Institución de sanidad pública por no realizar una ITE a dos mujeres embarazadas con fetos que presentaban afectaciones orgánicas que les hacían incompatibles con la vida extrauterina, y conforme el alegato del recurso presentaban afectación de su salud física y mental.

Según la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en la Resolución N° 2007007958 del 07 de junio del 2007, se rechazó el recurso que pretendía una interrupción terapéutica en un embarazo de alto riesgo, ya que el producto en gestación padecía el denominado Encefalocele Posterior, patología que hace imposible la vida extrauterina del feto.

La recurrente alegó con en el base al artículo 21 de la de la Constitución Política, que versa sobre el derecho a la vida, la cual denomina inviolable, para lo que la Sala Constitucional argumentó que el peligro para la vida o salud de la madre no se deriva directamente del embarazo, sino que es indirecto, pues se origina en una patología psiquiátrica desarrollada por la paciente. Esta tesis de la Sala Constitucional parte de una importante omisión, ya que inobservo que la mujer embarazada desarrollo una patología psiquiátrica por gestar un feto incompatible con la vida extrauterina, la patología psiquiátrica no precedía a la gestación, como lo estableció un dictamen médico.

Otro elemento importante que dio cabida a la inadmisibilidad del recurso de amparo fue el alegato de la recurrente que adujo “[...] que los médicos se han negado a practicarle el



aborto, no por criterio médico, sino por temor a reacciones sociales o a la justicia penal [...]”, lo que implico para la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, asumir que no existía un criterio médico, que estableciera la necesidad del aborto para proteger la vida o salud de la madre. Por lo que el Tribunal concluyo que si existía temor de una represión penal por parte de los médicos, es porque estos habían estimado que el caso no se ajusta a los requisitos del aborto terapéutico, único supuesto en el que no es punible en Costa Rica; Por lo anterior la Sala Constitucional no podría, sustituir, suplir o entrar a dirimir entre criterios médicos encontrados y ordenar la interrupción del embarazo de la amparada -como se pretendía-, pues ello está fuera de su competencia de jurisdicción.

Por último, en el segundo caso, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en la Resolución N° 2013002331 del 22 de febrero de 2013, fue recurrida cuando una mujer estimo lesionado su derecho a la salud, pues a pesar de los padecimientos físicos y psiquiátricos que alego padecer, como consecuencia de un embarazo en el que el feto sufrió de patología fetal denominada Síndrome Abdomen-Pared, que lo hacía incompatible con la vida extrauterina, las autoridades recurridas se negaban a adelantar su parto.

Entre los elementos de juicio más relevantes para el análisis destaca que según criterio médico-obstétrico se consideró que no existía riesgo de patología física que complicara la salud de la gestante comparativamente con embarazos de curso normal. La paciente amparada, no tenía antecedentes de ningún padecimiento psiquiátrico previo, fue diagnosticada con Síndrome de Estrés Agudo, y el de reacción adaptativa de tipo depresivo ante la inviabilidad de su hijo.

Con base en este último diagnóstico, debería partir la tesis que sostenga que la salud mental de la gestante está siendo afectada por el embarazo y en concordancia ordenar a las autoridades sanitarias la práctica de la ITE, sumado a que el feto no posee viabilidad extrauterina, todo ello amparado en el artículo 121 del Código Penal de Costa Rica que establece que no es punible el aborto practicado con consentimiento de la mujer si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre, entendiendo el concepto salud como lo definido por la OMS.

Al momento de trámite del recurso de amparo, la mujer en gestación tuvo un parto por cesárea bajo indicación médica. Sin embargo exceptuando dos magistrados que consideraron que el recurso de amparado debía estimarse, ya que la omisión de la ITE, aunado al hecho de inviabilidad del feto impuso una carga a la amparada que convirtió su



situación en un trato cruel y degradante que afectó su salud. El resto del tribunal o declaro sin lugar el recurso, basados principalmente en el criterio médico-obstétrico, el cual consideró no existía riesgo de la patología física que complicara la salud de la gestante. Esta argumentación omitió el riesgo de patología psiquiátrica; lo que a criterio parte de circunscribir el concepto salud al modelo reduccionista tradicional, biológico, dejando de lado el nuevo modelo biopsicosocial de salud.

### Consideraciones finales

Se debe buscar un consenso en torno a la ITE, ya que en los demás supuestos de aborto es nulo el consenso encontrado entre los distintos autores. Si bien podemos abrir el debate sobre las implicaciones éticas, jurídicas, sociales o religiosas, entre otras, sobre la interrupción voluntaria del embarazo. Nuestra premisa particular es lograr una propuesta de consenso (ética de mínimos), donde partimos de la consideración del aborto terapéutico (o interrupción del embarazo por causas médicas), como figura legal que deben contemplar las instituciones jurídicas a fin de garantizar el derecho a la salud y a la vida de las mujeres.

Se concluye además sobre la importancia del dictamen médico y por tanto la valoración objetiva que pueda realizar sobre el estado de salud física y mental de las pacientes, aunado a la importancia que los sistemas sanitarios cuenten con guías y protocolos médicos para el manejo de este tipo de casos. Se debe sumar al esfuerzo una capacitación en materia de bioética y bioderecho del cuerpo sanitario, para evitar prejuicios o temores por posibles repercusiones legales carentes de fundamento.

Para concluir anotamos los fundamentos bioéticos en torno a la ITE para su justificación:

Según Gispert (22), se deben considerar los siguientes:

- a) Diagnóstico Correcto e imposibilidad de tratamiento alternativo al aborto
- b) Incapacidad médica para salvar a la madre- hijo
- c) Muerte materna segura de continuar el embarazo
- d) Feto no viable antes de la posible muerte materna
- e) Grave daño físico, mental o social de la madre en caso de continuar el embarazo
- f) Solicitud y autorización de la madre o personas responsables.



## Referencias

1. Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, 5-13 de septiembre 1994, publicación de Naciones Unidas Ventas n. 95 X111.18A/CONF.171/13, (1994).
2. Edward L. Rubin, "Law and the Methodology of Law", en Wis. L. Rev, 1997, p. 537 y ss.
3. Diego Gracia expone que la ética de mínimos se basa en el principio de igualdad básica y respeto mutuo en la vida social. La ética de mínimos impone el respeto y la exigencia de igualdad básica, aun coactivo, mediante un código de reglas mínimas de convivencia.
4. Entiéndase "Ética civil<sup>2</sup> como la ética pública de una sociedad, y que tiene por garante al Estado.
5. Derogación del aborto terapéutico en Nicaragua: Impacto en la salud. Salud de la familia y la comunidad OPS/OMS. 2007.
6. Gómez Delgado, Manuel y Kött Salas, Marianne (2000). Nuevo enfoque jurídico-penal sobre el fenómeno del aborto en la realidad social costarricense. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica.
7. Singh S et al., Abortion Worldwide: A Decade of Uneven Progress, New York: Guttmacher Institute, 2009.
8. Tribunal Constitucional de España. Sentencia núm. 53/1985, Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es-ES/Resolucion/Show/SENTENCIA/1985/53> [Acesso em 10.ene.2017]
9. Sobre el embarazo. Disponible en: [http://www.msssi.gob.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/embarazo/tablas\\_figuras.htm](http://www.msssi.gob.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/embarazo/tablas_figuras.htm) [Acesso em 10.ene.2017]
10. Gómez Ramírez, Cristian (2008). Estimación del aborto inducido en Costa Rica. 1edición. Asociación Demográfica Costarricense. San José, Costa Rica.
11. D. Gracia Et Al. Toma De Decisiones En El Paciente Menor De Edad Medicina Clínica. Vol. 117. Núm. 5. 2001
12. "Principio del Doble Efecto". Se manifiesta en el pensamiento (Suma theologiae) de Santo Tomás de Aquino (1225-1274). Citado por Miranda Montecinos Alejandro. El principio del doble efecto y su relevancia en el razonamiento jurídico. Revista Chilena de Derecho, vol. 35 N° 3, pp. 485 - 519 (2008).



13. Constitución Política de Costa Rica. Disponible en:
14. <http://pdba.georgetown.edu/Parties/CostaRica/Leyes/constitucion.pdf> [ Acceso em 10.ene.2017]
15. Corte Suprema de Costa Rica, N° 05130-1994, de 7 de septiembre de 1994.
16. Corte Suprema de Costa Rica, N° 06096-1997, de 26 de septiembre de 1997, considerando I.
17. Código Civil de Costa Rica. Disponible en: <http://www.cendeisss.sa.cr/etica/codcivil.pdf> [Acesso em 10.ene.2017]
18. Sala Constitucional, Costa Rica. Voto No2792-04. Disponible en: <http://www.pgrweb.go.cr/DOCS/Dictamenes/1/P/J/2000-2009/2005-2009/2005/90426.html> [Acesso em 10.ene.2017]
19. Disponible en: <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1985-14138>
20. Boletín oficial del Estado núm. 119, de 18 de mayo de 1985. Recurso previo de inconstitucionalidad número 800/1983. Sentencia número 53/1985, de 11 de abril. Disponible en: [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-T-1985-9096](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-1985-9096). [Acesso em 10.ene.2017]
21. Ley de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. 2010, España. Disponible en: <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-3514> [Acesso em 10.ene.2017]
22. González Vélez, Ana Cristina. Interrupción Legal del Embarazo, Ética y Derechos Humanos. La Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres y la Alianza Nacional por el Derecho a Decidir. Bogotá, Colombia. 2008.
23. Gispert, Jorge. Conceptos de Bioética y Responsabilidad. Médica. 2001. Editorial el Manual Moderno. Tercera edición. México. Página 143.

---

*Recebido em: 2.jan.2017*  
*Aprovado em: 15.mar.2017*

#### **Como citar este artigo:**

Marín-Mora AA, Morales-Muñoz Karla. La Interrupción Terapéutica del Embarazo como Derecho Humano a la Salud. Un análisis desde el Bioderecho. *Revista Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*. 2017 jan./mar, 6(1):167-179.



## Juizados Especiais: uma solução para a questão da saúde?

Small Claims Courts: a solution to the health issue?

Juzgados de Causas Pequeñas: ¿una solución a la cuestión de la salud?

José Carlos Zebulum<sup>1</sup>

**RESUMO:** Como resultado de políticas públicas ineficientes ou até mesmo inexistentes no âmbito da saúde, e uma crescente demanda dirigida ao Poder Judiciário por prestações de desta natureza, é fato que a situação atual do acesso à saúde no Brasil é fortemente condicionada ao acesso à justiça. Isto coloca um desafio para o Poder Judiciário no enfrentamento das dificuldades que envolvem a tutela do direito fundamental à saúde. Se a implantação dos juizados especiais se apresenta como solução encontrada para facilitar e viabilizar o acesso à justiça, torna-se necessário investigar se a simplificação e racionalização de procedimentos adotados nesta esfera do Judiciário concorre, efetivamente, para ampliar e facilitar o acesso à saúde.

**Palavras-chave:** Judicialização. Acesso aos serviços de saúde.

**ABSTRACT:** As a result of inefficient or even non-existent public health policies, and a growing demand directed to the Judiciary for benefits of this nature, it is a fact that the current situation of access to health in Brazil is strongly conditioned to access to justice. This poses a challenge to the Judiciary in facing the difficulties involved in protecting the fundamental right to health. If the implementation of small claims courts is a solution found to to make feasible and facilitate access to justice, it is necessary to investigate whether the simplification and rationalization of procedures adopted in this sphere of the judiciary, contributes effectively to broadening and facilitating access to health.

**Keywords:** Judicialization. Access to health services.

**RESUMEN:** Como resultado de la ineficiente o incluso inexistente políticas de salud, y una creciente demanda dirigida al poder judicial para la provisión de esta naturaleza, es seguro que la actual situación del acceso a los servicios de salud en Brasil depende, en gran medida, del acceso a la justicia. Esto plantea un desafío para el poder judicial para hacer frente a las dificultades que implican la protección del derecho fundamental a la salud. Si la implantación de los juzgados de pequeñas causas se presenta como una solución que se encontró para facilitar y permitir el acceso a la justicia, es necesario investigar si la simplificación y racionalización de los procedimientos adoptados en este ámbito judicial contribuye, de manera efectiva, para ampliar y facilitar el acceso a la salud.

**Palabras-llave:** Judicialización. Acceso a los servicios de salud.

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito Civil Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutorando em saúde coletiva pelo Instituto de Estudos de Saúde Coletiva da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Juiz Federal no Estado do Rio de Janeiro. Email: jcarloszebulum@gmail.com



## Introdução

De uma forma geral, as dificuldades que envolvem a questão do acesso à saúde só podem ser superadas através de políticas sociais e econômicas que proporcionem uma melhor distribuição de renda, o fortalecimento da cidadania, melhores condições de educação e de habitação, e não somente através de ações circunscritas ao nível de atuação dos sistemas de saúde. A partir do momento em que estas políticas não são implementadas, ou se mostram insuficientes ou inadequadas, as pessoas, naturalmente, irão procurar outros meios para assegurar o acesso aos serviços de saúde. É o que vem ocorrendo no Brasil, com o fenômeno conhecido como judicialização da saúde.

Considerada a crescente demanda de prestações de saúde dirigida ao Poder Judiciário e sua importância no atendimento de parcela significativa das necessidades básicas da população na área da saúde, resta evidente que a situação atual do acesso à saúde no Brasil é fortemente condicionada ao acesso à justiça. Isto coloca um desafio para o Poder Judiciário no enfrentamento das dificuldades que envolvem a tutela do direito fundamental à saúde.

A busca por um processo mais célere e, conseqüentemente, uma resposta mais rápida, além do acesso facilitado, leva o jurisdicionado, em muitos casos na área da saúde, a optar pelos juizados especiais, o que vem causando grande impacto na seara destas serventias e novos desafios para atuação judicial. Se os juizados especiais representam uma solução bastante satisfatória para a desejada ampliação e facilitação do acesso à justiça, o mesmo talvez não possa ser assegurado em relação ao acesso à saúde. Neste estudo nosso objetivo é identificar a existência de uma série de dificuldades e embaraços a serem superados pelo juízes e servidores destas cortes judiciais no enfrentamento das demandas de saúde. Portanto, nossa proposta é colher subsídios para ao final responder a uma questão crucial: uma vez que os juizados especiais surgem como solução encontrada para facilitar e viabilizar o acesso à justiça, em que medida a simplificação e racionalização de procedimentos adotados nesta esfera do Judiciário concorre, de fato, para ampliar e facilitar o acesso à saúde?



## Metodologia

O primeiro passo da investigação consistiu na realização de uma revisão bibliográfica sobre a literatura, em bases de dados bibliográficas do campo da saúde pública, buscando descrever o “estado da arte” da discussão sobre o tema da judicialização da saúde, no qual se desenvolve a problemática. Para esta revisão foi utilizada a metodologia descritivo-analítico-reflexiva, que permitiu, por meio do embasamento em referenciais bibliográficos existentes na literatura, a análise reflexiva do tema proposto sob o modo descritivo. Assim, a partir da busca sistemática em bases eletrônicas, utilizando-se a Biblioteca Virtual em Saúde (BVS), coordenada pela BIREME - Biblioteca Regional de Medicina, OPAS - Organização Pan Americana de Saúde, e OMS - Organização Mundial de Saúde, foram consideradas as publicações no idioma português, o corte geográfico para Brasil como país/região como assunto, o operador booleano "AND" para a interseção entre os assuntos, e o corte temporal entre os anos janeiro/2002 e junho/2016.

Os dados foram pesquisados durante o período de maio de 2015 a dezembro de 2016. Foram utilizados os descritores: "saúde pública", "acesso aos serviços de saúde"; e as palavras-chave: "judicialização da saúde", "judicialização" e "sistemas de justiça".

As chaves de busca foram elaboradas da seguinte forma:

- "judicialização da saúde", que permitiu a recuperação de 53 documentos; destes, tendo em conta a pertinência com os objetivos deste estudo e a data da publicação, selecionamos 9 textos para análise;
- "judicialização" AND "saúde pública", foram recuperados 45 documentos; destes, tendo em conta a pertinência com os objetivos deste estudo, a data da publicação, e a repetição de textos, selecionamos 5 textos para análise;
- "judicialização" AND "acesso aos serviços de saúde", retornaram 31 documentos em língua portuguesa; destes, tendo em conta a pertinência com os objetivos deste estudo, a data da publicação, e a repetição de textos, selecionamos 9 textos para análise;
- "sistemas de justiça" AND "acesso aos serviços de saúde", retornaram 22 documentos em língua portuguesa; destes, tendo em conta a pertinência com os objetivos deste estudo, a data da publicação, e a repetição de textos, selecionamos 5 textos para análise;



- "sistemas de justiça" AND "saúde pública", retornaram 59 documentos em língua portuguesa; destes, tendo em conta a pertinência com os objetivos deste estudo e a data da publicação, selecionamos 11 textos para análise.

De forma complementar, pesquisamos e analisamos a bibliografia existente sobre temas diretamente relacionados ao problema em estudo, tais como o acesso à justiça e o acesso à saúde. Além disso, realizamos pesquisas de caráter documental em sítios do Ministério da Saúde, de Tribunais, e do Conselho Nacional de Justiça, entre outros, a fim de ampliar nossa investigação e possibilitar a obtenção de uma resposta mais sólida e confiável à questão acima descrita. Prosseguimos com os resultados obtidos.

### **Acesso à Justiça**

O conceito de acesso à justiça sofreu profundas alterações ao longo do século passado, eis que originariamente era tido, simplesmente, como o direito de propor ou contestar uma ação. No momento em que as Constituições europeias modernas passam a prever uma gama de direitos sociais, tais como direito ao trabalho, à saúde, à segurança e à educação, torna-se também um direito fundamental a possibilidade de se exigir em juízo que o Estado assegure à cidadania o gozo destes direitos. Assim, o direito ao efetivo acesso à justiça assume papel de destaque dentre os novos direitos, já que a mera titularidade destes últimos se torna inócua se não houver meios que assegurem o seu efetivo exercício, inclusive, a sua reivindicação judicial. Entretanto, o direito de acesso à justiça não significa apenas a possibilidade de recurso ao Poder Judiciário sempre que um direito seja ameaçado, eis que revela um conteúdo mais amplo. Acesso à justiça significa a possibilidade de procurar instituições voltadas para a solução simplificada ou pacífica de ameaças ou de impedimentos a direitos, de fazer uso de canais que permitam o reconhecimento de direitos de forma mais ágil e racional. Ou seja, trata-se de direito que envolve uma série de instituições estatais e não estatais. Envolve, na realidade, todo um sistema de mecanismos e instituições que podem atuar na busca da solução pacífica de conflitos e do reconhecimento de direitos (1).<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Segundo Cappelletti e Garth (2):

A expressão 'acesso à justiça' é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. primeiro,



A Constituição Federal de 1988 consagrou o acesso à justiça como um direito em seu art. 5º, XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”<sup>3</sup>. Além disso, esta mesma constituição criou uma série de mecanismos para assegurá-lo, dentre os quais podemos citar os seguintes (4):

- a) Previsão de criação dos juizados especiais destinados ao julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade, e penais de menor poder ofensivo, com ênfase na informalidade do processo e a participação de juízes leigos (art. 98, I)<sup>4</sup>;
- b) Reestruturação e fortalecimento do Ministério Público, como órgão essencial à função jurisdicional do Estado, conferindo-lhe atribuições para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses coletivos e sociais (arts.127, *caput*, e 129);
- c) Elevação da Defensoria Pública como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita (art. 134 e parágrafo único).<sup>5</sup>

---

o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individualmente e justos.

Nessa mesma linha de pensamento, Marinoni (3) afirma que acesso à justiça:

[...] quer dizer acesso a um processo justo, a garantia de acesso a uma justiça imparcial, que não só possibilite a participação efetiva e adequada das partes no processo jurisdicional, mas que também permita a efetividade da tutela dos direitos, consideradas as diferentes posições sociais e as específicas situações de direito substancial.

A doutrina, de uma forma geral, identifica três “ondas”, ou barreiras que deveriam ser superadas para que os indivíduos, sobretudo os mais carentes, tivessem, de fato, seus direitos garantidos, transformando-se em cidadãos. A primeira onda caracteriza-se pela garantia de assistência jurídica para os pobres. A segunda se manifesta na representação dos direitos difusos, e a terceira ocorre com a informalização de procedimentos de resolução de conflitos (2). A primeira onda reflete toda a sorte de dificuldades que os mais pobres encontram em reconhecer os direitos de que são titulares e em reivindicá-los judicialmente. O linguajar sofisticado dos operadores do direito, os procedimentos morosos e repletos de incidentes, o excesso de formalismo, além de ambientes que provocam intimidação, como a suntuosidade dos tribunais, contribuem para dificultar o acesso destas pessoas. No que diz respeito à segunda onda, a preocupação está na extensão do direito de acesso à justiça, buscando-se não apenas efetivar direitos de natureza individual, mas também direitos que transcendem a individualidade, referidos a grupos, categorias e coletividades. Na terceira onda, a ampliação do acesso à justiça é garantida por fórmulas capazes de simplificar procedimentos envolvidos na prestação jurisdicional, e também pela admissão de meios extrajudiciais de resolução de conflitos (1).

<sup>3</sup> Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 05 de outubro de 1988. [Acesso em 27 nov 2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm).

<sup>4</sup> A enorme quantidade de causas que tramitavam no Poder Judiciário há muito despertava no Poder Público a percepção de que o sistema judiciário brasileiro necessitava de mudanças. A inovação pretendida veio, inicialmente, pela Lei 7.244/84, conhecida como “Lei do Juizado Informal de Pequenas Causas”.

<sup>5</sup> Há que se ressaltar, ainda, as mudanças introduzidas pela Emenda Constitucional n.º 45, de 30 de dezembro de 2004 conhecida como *Reforma do Judiciário*, que repercutem de forma relevante na facilitação do acesso à justiça, a saber: (1) cria-se um novo órgão do Poder Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça, que assume, dentre suas atribuições, a de receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares. Assim, as partes podem se dirigir diretamente a este órgão quando prejudicadas pela morosidade ou por outra falha na prestação jurisdicional; (2) assegura-se à cidadania, com a natureza de direito fundamental, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Aspecto importante nas ações em que se busca a tutela do direito à saúde, tendo em conta o caráter de urgência manifestado em boa parte destes casos; (3) impõe-se que



Entretanto, em que pese o reconhecimento, desde 1988, de um amplo rol de direitos e de instituições voltadas para assegurá-los, são, ainda hoje, significativos os obstáculos que se opõem à efetiva realização dos direitos e consequente construção da cidadania. São apontados pela doutrina, inicialmente, os elevados índices de desigualdade econômica e social que ainda permeiam a sociedade brasileira, e que acabam gerando um grave desequilíbrio, eis que, de um lado, existem pessoas e entidades que litigam em demasia, até porque conhecem quais são seus direitos e sabem como demandá-los. De outro, os que sequer conhecem e não reclamam seus direitos. Acrescentam-se, ainda, a lentidão atribuída ao Judiciário, o excesso de formalismo e a linguagem hermética dos operadores do direito, bem como o fato de o país não ter incorporado, nem na mesma extensão nem em igual grau de institucionalização, os meios alternativos de resolução de conflitos, como o fizeram países vizinhos, como a Argentina e o Chile (1).

No entanto, o contraponto mais significativo aos embaraços acima citados, e que, portanto, nos interessa de forma mais direta, seja, talvez, a implantação dos Juizados Especiais Estaduais e Federais, para as causas de menor complexidade.<sup>6 7 8</sup>

O surgimento destas cortes de *pequenas causas* no Brasil<sup>9</sup> ocorreu sob à égide da Constituição de 1967, com as modificações perpetradas pela Emenda 1/69 e pela Emenda 7/77, que o legislador ordinário aprovou o projeto de lei que culminou com a promulgação

---

a distribuição de processos seja imediata, em todos os graus de jurisdição; (4) garante-se a autonomia administrativa, funcional e financeira da Defensoria Pública. **Brasil. Emenda Constitucional nº 45 de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências.** Brasília, 30 de dezembro de 2004. [Acesso em 15 dez 2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm).

<sup>6</sup> Brasil. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, 26 de setembro de 1995. [Acesso em 06 dez 2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm).

<sup>7</sup> Brasil. Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Brasília, 12 de julho de 2001. [Acesso em 06 dez 2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/l10259.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10259.htm).

<sup>8</sup> Brasil. Lei n. 12.153, de 22 de dezembro de 2009. Dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios. Brasília, 22 de dezembro de 2009. [Acesso em 06 dez 2016]. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L12153.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12153.htm).

<sup>9</sup> Estas serventias constituem uma evolução dos juizados de pequenas causas, inicialmente criados para solucionar os conflitos de pouca relevância econômica no século XI, na Inglaterra. Também na Inglaterra, já em 1846, foram criadas as *Country Courts* – Cortes de Condado, que buscavam acesso a uma justiça rápida e com poucos custos, atuando precipuamente por meio de juizes itinerantes. Já no século XX, em 1913, foram criadas nos Estados Unidos as denominadas *poorman's courts* (corte dos homens pobres), igualmente vocacionadas à solução de conflitos de menor valor econômico. O motivo foi a situação de grande desigualdade na distribuição de renda causada pelo fluxo de cidadãos do campo para a cidade. Assim, foram criadas cortes específicas para dirimir os conflitos de interesses, marcadamente de pequeno valor econômico, que surgiam nessas novas comunidades (5). Mais tarde, em Nova Iorque, foram instituídas as *small claims courts*, também com a finalidade de solucionar conflitos de pequeno valor econômico - inferiores a cinquenta dólares, e, desta feita, a criação ocorreu em virtude da mudança ocorrida na estrutura social e econômica após a quebra de bolsa de valores de Nova Iorque em 1929 (5).



da Lei 7.244, de 7 de novembro de 1984 já revogada.<sup>10 11</sup> A Constituição de 1988, na sua redação original, pouco alterou as normas constitucionais anteriores. A novidade digna de nota foi a extinção da figura do juiz temporário e a previsão de um juiz leigo para atuar nos juizados especiais. No entanto, o legislador ordinário levou quase sete anos para editar a norma regulamentadora do dispositivo constitucional que tratava dos juizados especiais, norma esta que foi promulgada como Lei n.º 9.099, e datada de 26 de setembro de 1995<sup>12</sup>. Sua base é a mesma da Lei n.º 7.244/84, mas houve algumas alterações.<sup>13</sup>

A implantação dos juizados especiais no Brasil representou, de fato, um grande avanço na democratização dos serviços judiciários, considerando-se vários aspectos que, a princípio, se revelam bastante atrativos e pertinentes à preocupação em se facilitar o acesso a justiça, a saber:

- Nos juizados especiais dos Estados e nos juizados especiais federais as pessoas podem buscar seus direitos inclusive sem advogado, sendo propiciado àqueles que comparecem desacompanhados de advogados, atendimento gratuito por

<sup>10</sup> Brasil. Lei n. 7.244, de 7 de novembro de 1984. Dispõe sobre a criação e o funcionamento do Juizado Especial de Pequenas Causas. Brasília, 7 de novembro de 1984. [Acesso em: 07 dez 2016]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1980-1988/L7244.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7244.htm). Até então, embora houvesse previsão em textos constitucionais anteriores, o sistema de julgamento de causas de menor valor econômico não chegou a ser regulamentado por norma primária. Quando o Executivo Federal enviou ao Congresso o anteprojeto de lei que culminou com a aprovação da Lei 7.244/84, a comissão encarregada de sua elaboração destacou os seguintes pontos: (a) a deficiente estrutura do Judiciário e o tratamento processual inadequado para causas de pequeno valor que estavam em tramitação em 1983; (b) a base fundamental da criação de novo procedimento judicial consistiria na eliminação de determinados fatores negativos, tais como, o alto custo da demanda, a lentidão e a quase certeza da inviabilidade ou inutilidade do ingresso em juízo (6). A Lei 7.244/84 trouxe, de fato, notáveis modificações ao sistema processual então vigente: extinguiu as custas no primeiro grau; inseriu expressamente na lei os princípios informadores de oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade; previu a possibilidade de julgamento de causas cujo valor econômico seria de até vinte salários mínimos; dispensou a presença de advogados; permitiu o trabalho no horário noturno; criou a inovadora forma de citação por carta; previu uma fase prévia de conciliação, por conciliador escolhido pelo juízo; admitiu a possibilidade de instituição de árbitros; simplificou o procedimento recursal dispondo que o recurso seria julgado por três juizes do primeiro grau de jurisdição; e autorizou que conciliações, ainda que não tivessem sido feitas no juizado especial, fossem homologadas pelo juiz, valendo como título executivo judicial (6).

<sup>11</sup> Glaucio Ferreira Maciel Gonçalves (6) critica a imprecisa terminologia empregada - *pequenas causas* – salientando que a causa não é pequena em razão do seu valor, já que para muitos é o único litígio existente, o que o tornaria o mais importante de todos. O fato de a causa ser de valor pequeno não quer dizer, então, que ela seja de somenos importância. É importante como todas as outras, mas seu pequeno valor a diferencia das demais e lhe dá a garantia de um processo mais célere e fundado em princípios norteadores até então alheios ao nosso sistema judiciário processual. Entretanto, afirma, a adjetivação encontrada pela lei é a que mais aproxima a lei da realidade.

<sup>12</sup> Brasil. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, 26 de setembro de 1995. [Acesso em 07 dez 2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm).

<sup>13</sup> Ferraz (7) elenca as inovações trazidas em relação à antiga lei de pequenas causas: (a) A instituição do juiz leigo, ao lado do juiz togado; (b) A inserção da execução das causas cíveis, que constava no projeto original, mas fora excluída; (c) A criação, ao lado dos Juizados Especiais Cíveis, dos Juizados Especiais Criminais; (d) A alteração do objeto, de causas de reduzido valor econômico, para causas cíveis de menor complexidade; (e) Autorização da transação. Como mudança, pode-se apontar, ainda, que o procedimento, que até então não era explícito, porque poderia ser disposto por norma estadual, passou a ser totalmente regulamentado pela Lei 9.099/95 (6). Atualmente, os juizados estão implantados tanto no âmbito da justiça estadual, como no âmbito da justiça federal.



profissionais habilitados na área jurídica, a fim de facilitar a propositura das medidas judiciais adequadas a cada caso.

- A simplificação dos procedimentos tende a reduzir, senão eliminar, a aludida morosidade do trâmite processual.
- Os prédios onde se localizam estas serventias se afastam da suntuosidade e austeridade daqueles em que se localizam os tribunais, o que contribui para deixar as pessoas mais à vontade no momento em que comparecem para reivindicar seus direitos, ou mesmo para depor.
- A utilização de uma linguagem menos judicializada e, portanto, de mais fácil assimilação pelo cidadão comum, permite uma melhor compreensão das questões em julgamento.
- A grande proliferação dos Juizados Especiais em localidades mais distantes dos grandes centros, que até então vinham sendo esquecidas, por assim dizer, na implementação dos serviços judiciários, tem repercutido de forma relevante na facilitação do acesso à justiça aos residentes nestas localidades, na maioria dos casos, pessoas carentes de maiores recursos, que acabam encontrando nestes Juizados um meio rápido e, muitas vezes mais fácil, de obter a tutela de seus direitos.

### **Acesso à Saúde**

A carta da Organização Mundial da Saúde (OMS), aprovada em 1948, estabelece que “a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença ou enfermidade”. Nesta mesma linha, Marques considera a saúde como a condição de bem-estar consciente em que se encontra o indivíduo em plena atividade fisiológica e psíquica, reagindo ao seu meio físico, biológico e social, sem dor, sem lesão, sem fadiga e sem tristeza (8). O alto grau de abstração que emerge de tais conceitos tem suscitado inúmeras críticas, seja pela utópica ideia de “completo”, seja pela imprecisa noção de “bem-estar”. Não obstante, é digno de nota o caráter ampliativo que deles emerge, afastando-se da noção de uma mera “ausência de doença” (9), o que possibilita uma melhor compreensão do processo saúde-doença, a partir da ideia de que a eclosão da doença depende da articulação de fatores contribuintes, ou ainda, de determinantes biológicos e socioculturais (10).



Embora ainda exista muita discussão sobre o conceito de acesso à saúde, a maior parte da literatura concorda que acesso não equivale à simples utilização do serviço de saúde. O acesso à saúde tem sido cada vez mais discutido em termos de justiça social e de equidade; suas principais características podem ser resumidas em quatro dimensões: disponibilidade, aceitabilidade, capacidade de pagamento e informação (11).

A disponibilidade deve ser entendida como a existência ou não do serviço de saúde no local apropriado e no momento em que é necessário. Essa dimensão engloba, de forma ampla, a relação geográfica entre as instituições que prestam serviços de saúde e o indivíduo que deles necessita, levando-se em conta a distância, opções de transporte dos profissionais de saúde, bem como sua disposição para mobilizar-se até o indivíduo que necessita do serviço de saúde. Compreende ainda a relação entre tipo, abrangência, qualidade e quantidade dos serviços de saúde prestados (12). É considerada um conceito importante, pois reflete a entrada no sistema de saúde (13) e possibilita a mensuração de vários indicadores de processos e de resultados (14).

A capacidade de pagamento (*affordability*) compreende a relação entre o custo de utilização dos serviços de saúde e a capacidade de pagamento dos indivíduos, abrangendo conceitos relacionados ao financiamento do sistema de saúde (12). Nessa análise são considerados custos diretos com saúde, como, por exemplo, despesas com consultas médicas, medicamentos e testes diagnósticos; custos indiretos, como custos com transporte e alimentação, além de eventuais gastos com planos de saúde (11). Sobre esta questão, Ronald Dworkin adverte: na medida em que a ciência médica vem descobrindo medicamentos e tratamentos cada vez mais caros, tornando os gastos com assistência médica cada vez mais significativos, avulta-se a necessidade de se impor um racionamento à assistência médica (ao menos nos países que adotaram sistemas de saúde patrocinados, no todo ou em parte, pelo ente público). Segundo o autor, atualmente, não se paga mais pela mesma assistência médica pela qual se pagava menos anteriormente; pelo contrário, paga-se mais por uma assistência que disponibiliza uma variedade muito maior de tratamentos e medicamentos (15).

A dimensão da informação resulta de um adequado processo de comunicação entre o sistema de saúde e o indivíduo; é considerada essencial para a compreensão de cada uma das dimensões acima referidas e seus indicadores são: a escolaridade dos indivíduos, o conhecimento e a existência de fontes de informação (12). Dela advém a idéia do



*empoderamento (empowerment)* do indivíduo que toma decisões bem informadas a respeito do uso dos serviços de saúde (11). Ocorre assimetria de informação quando um dos atores do sistema de saúde detém informações significativas, enquanto que o outro não possui informações suficientes para fazer uso do sistema de forma adequada para atender às suas reais necessidades (12). É indicativa de que o sistema de saúde pode e deve ser aprimorado (16).

A aceitabilidade compreende o modo pelo qual os serviços prestados são percebidos pelos indivíduos e comunidades; é a dimensão menos tangível do acesso e, portanto, a mais difícil de ser quantificada e detectada. É fortemente influenciada por fatores como idade, sexo, etnia, idioma, crenças culturais, condição socioeconômica, entre outros (12), e pode-se dizer que resulta de um processo de interação entre as expectativas do paciente e as expectativas do profissional de saúde. Evidencia-se, em geral, pela existência de uma relação de confiança e de respeito mútuo entre os profissionais de saúde e os usuários dos serviços (11) (17).<sup>14</sup>

### **O Sistema de Saúde Pública no Brasil e a Judicialização**

A Constituição de 1988<sup>15</sup> estabeleceu uma série de direitos individuais e sociais. Provocou o que Santos (1996) chamou de “choque de direitos”, ou seja, trouxe, em um só momento, um conjunto de prestações sociais subjetivas que deveriam ser garantidas pelo Estado, que, entretanto, não disporia de estrutura e capacidade para lidar com déficits de proporção tão alta como os existentes (21). Constituiu, portanto, um marco de promoção de direitos e foi um dos aportes para a confirmação do que se convencionou chamar de “juridificação” de diversos setores da vida social<sup>16</sup>.

Da mesma forma, a carta constitucional de 1988 trouxe grandes mudanças em relação ao Poder Judiciário a fim de adequá-lo enquanto espaço dedicado à concretização e à

<sup>14</sup> Observam-se, ainda, na doutrina, alguns posicionamentos acerca do impacto das desigualdades sobre o acesso aos diferentes níveis de atenção (12). Há quem entenda, por exemplo, que o baixo nível de educação em saúde é determinante na redução do acesso à prevenção em saúde (18). Por outro lado, há quem afirme que o foco na atenção primária é importante para a melhoria dos sistemas de saúde, viabilizando o acesso adequado aos serviços e aos medicamentos (19). Com relação à atenção especializada, tem sido observado que o processo de avaliação de novas tecnologias em saúde deve ser iniciado pela definição clara das prioridades do sistema de saúde (20).

<sup>15</sup> Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 05 de outubro de 1988. [Acesso em 29 dez 2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm).

<sup>16</sup> Como explicam Cunha, Noronha e Vestena (21) o conceito de “juridificação” das relações sociais vem sendo estudado há bastante tempo por todas as ciências sociais. Destacam-se estudos na área da ciência política, da sociologia e do direito, que buscaram compreender a transferência da subjetividade e da política para a institucionalidade da forma jurídica.



garantia de direitos. Assim, o Judiciário assume um duplo papel: tem a tarefa de reparar e reconstituir direitos violados e, também, a de suprir a lacuna deixada pelos demais poderes do Estado no que tange à efetivação desses direitos. Ao mesmo tempo em que o constituinte definiu os “títulos” que seriam elevados ao grau de direitos fundamentais, também conferiu poderes ao Judiciário para definir os conteúdos desses títulos e torná-los efetivos (21).

Assim, mudanças significativas, não apenas no setor da saúde, mas em toda a área social, foram implementadas na ordem jurídica brasileira a partir da Constituição promulgada em outubro de 1988. A saúde, reconhecida como um direito fundamental da pessoa humana, é então considerada como um direito de todos e dever do Estado, a ser garantido mediante políticas sociais e econômicas visando à redução do risco de doença e de outros agravos. Além disso, a Lei maior deixou claro que o acesso às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde deveria ser universal, integral e igualitário<sup>17</sup>.

As normas constitucionais que trataram do direito à saúde dependeriam, evidentemente, de trabalho legislativo posterior para torná-las executáveis, além da implementação de políticas governamentais, envolvendo, inclusive, a criação de órgãos públicos, dotações orçamentárias, etc. Temos, assim, espécies normativas a que a doutrina comumente se refere por normas programáticas, ou seja, normas constitucionais de eficácia limitada, através das quais o constituinte, ao invés de regular direta e imediatamente o interesse em questão, limita-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado (22).

Logo em seguida foram editadas as Leis 8.080/90 e 8.142/90, que estabeleceram, respectivamente, a organização do Sistema Único de Saúde – SUS, e o controle social das ações, a ser efetivado através da realização de conferências e dos conselhos de saúde (10). O Sistema Único de Saúde (SUS) é um sistema de proteção social com princípios basilares na seguridade. A sua abrangência universal requer uma governança eficaz e para que isso ocorra é essencial um planejamento e gestão das políticas públicas de saúde. Assim, o sistema político, ao identificar a situação de saúde da sociedade brasileira, planeja as ações

---

<sup>17</sup> Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 05 de outubro de 1988. [Acesso em 29 dez 2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm).



a serem realizadas com a capacidade de proporcionar a resposta do poder público às demandas sociais com base nos princípios da universalidade, integralidade e equidade<sup>18</sup>.

O Sistema Único de Saúde filia-se à corrente da “medicina com base em evidências”<sup>19</sup>, e, assim, adotaram-se os “Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas” (PCDT), que consistem em documentos que estabelecem 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<sup>20</sup>. Trata-se de um conjunto de critérios a orientar a realização do diagnóstico de doenças e a promoção do tratamento correspondente, com base nos medicamentos disponíveis<sup>21</sup>. Os protocolos têm por objetivo estabelecer claramente os critérios de diagnóstico de cada doença, o algoritmo de tratamento das doenças com as respectivas doses, os mecanismos para o monitoramento clínico em relação à efetividade do tratamento, e a supervisão de possíveis efeitos adversos. Objetivam, também, criar mecanismos para a garantia da prescrição segura e eficaz (23). Portanto, em princípio, os medicamentos devem ser dispensados para os pacientes que se enquadrarem nos critérios estabelecidos no respectivo Protocolo Clínico e Diretriz Terapêutica, eis que um medicamento ou tratamento, se ministrado em desconformidade com o Protocolo, contraria um consenso científico vigente.

Podemos acrescentar como justificativa importante para a adoção dos protocolos e da medicina baseada em evidências, a grande influência da indústria farmacêutica exercida sobre os médicos, que, muitas vezes, acaba influenciando as medidas terapêuticas indicadas pelos profissionais. Com efeito, não se pode ignorar a pressão do complexo

---

<sup>18</sup> A referência constitucional à *integralidade* sempre foi muito discutida na doutrina, havendo interpretação no sentido de que, quando combinada com a exigência de *universalidade*, significaria “*dar tudo a todos*”. Porém, a Lei n.º 12.401 de 2011, que introduziu importantes alterações na Lei n.º 8.080/90, não lhe atribuiu este alcance, e definiu integralidade, no artigo 7º, II, como o “*conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema*”.

<sup>19</sup> Exigem-se, portanto, as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo, acatadas pelo órgão competente para o registro ou a autorização de uso. Conforme o art.19-Q, § 2º, da Lei n.º 8.080/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 12.401 de 2011.

<sup>20</sup> Conforme o art.19 N, II, da Lei n.º 8.080/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 12.401 de 2011. Brasil. Lei n.º 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. Brasília, 19 de setembro de 1990. [Acesso em 29 dez 2016]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8080.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm).

<sup>21</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n.º 175/CE, Tribunal Pleno, Relator Ministro Gilmar Mendes (Presidente), julgamento em 17/03/2010, DJe 30/04/2010, p. 070.



industrial e comercial da saúde para incorporação de novos procedimentos e medicamentos, nem sempre mais seguros e efetivos (24).

A partir da edição da Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011<sup>22</sup>, que criou a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC), a incorporação, pelo SUS, de nova medicação ao seu elenco de medicamentos a serem fornecidos para tratamento de patologias, só deverá ser feita após manifestação favorável do órgão, cujo relatório levará em consideração, necessariamente, as evidências científicas sobre a eficácia, a efetividade e a segurança do medicamento, além de uma avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas<sup>23</sup>.

Em que pese todo o regramento constitucional e infraconstitucional acima cogitados, a simples atribuição aos entes federados, de diversas responsabilidades na área da saúde, não foi suficiente para solucionar as dificuldades que a população brasileira já vinha enfrentando para ter concretizado, na prática, o direito fundamental. Desta feita, as pessoas passam a procurar, através da via judicial, a assistência à saúde que, ao menos em boa parte dos casos, deveria estar sendo prestada diretamente nos hospitais e demais órgãos públicos. Este fenômeno, já identificado neste artigo como "*judicialização da saúde*", compreende, portanto, a provocação do Poder Judiciário em prol da efetivação da assistência médica e/ou farmacêutica. Diante de determinações proferidas judicialmente, a Administração passa a ser constrangida a prestar atendimento médico e assistência farmacêutica, o que produz repercussões tanto na política de saúde como sobre os cofres públicos (25), além de uma inevitável tensão entre órgãos do Poder Judiciário e Executivo.

O Ministro Gilmar Mendes, Relator do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n.º 175<sup>24</sup>, em seu voto, analisa diversas questões envolvidas na concretização judicial do direito fundamental à saúde, estabelecendo importantes diretrizes a serem

<sup>22</sup> 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. Brasília, 28 de abril de 2011. [Acesso em 27 dez 2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12401.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12401.htm).

<sup>23</sup> De acordo com o art.19 Q da Lei n.º 8.080/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 12.401 de 2011: "A incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, são atribuições do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS". Brasil. Lei n.º 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. Brasília, 19 de setembro de 1990. [Acesso em 29 dez 2016]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8080.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm).

<sup>24</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n.º 175/CE, Tribunal Pleno, Relator Ministro Gilmar Mendes (Presidente), 17/03/2010, DJe 30/04/2010, p. 070.



observadas no julgamento de demandas por medicamentos e serviços de saúde, que podem ser assim sintetizadas:

1. Na maioria dos casos em que o Judiciário é demandado para decidir questões de saúde, a intervenção judicial não ocorre em razão da inexistência de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas em virtude de políticas já estabelecidas e ignoradas por parte da Administração<sup>25</sup>.
2. Os juízes, salvo em casos excepcionais, não devem condenar o Estado ao fornecimento de prestação de saúde não registrada na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), eis que o registro, além de garantir a segurança e o benefício do medicamento, é fator preponderante na sua regulação econômica. Pelo mesmo motivo, também não devem impor ao Poder Público, a obrigação de fornecer medicamento que ainda esteja em fase experimental.
3. Em princípio, os medicamentos devem ser dispensados para os pacientes que se enquadrarem nos critérios estabelecidos nos respectivos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do SUS. Confere-se, entretanto, ao Poder Judiciário, a possibilidade de decidir que alternativa diferente daquela indicada e custeada pelo SUS deve ser adotada, desde que se comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no caso particular de determinada pessoa.
4. Constatada omissão ou demora excessiva por parte do SUS, no desempenho da obrigação de rever, periodicamente, os protocolos existentes e, se for caso, elaborar novos protocolos para se adequar a uma nova realidade, caberá ao prejudicado recorrer ao Poder Judiciário.

### **Dificuldades ao Acesso à Saúde.**

Já vimos que o crescimento da judicialização da saúde torna a satisfação deste direito fortemente condicionado à satisfação de outro direito fundamental, o acesso à justiça. Considerando-se que implantação dos Juizados Especiais Estaduais e Federais, para as causas de menor complexidade, surge como solução destinada a viabilizar e a facilitar o acesso à justiça, devemos agora, verificar se representa, também, uma solução para o

---

<sup>25</sup> Portanto, via de regra, não se cogita de indevida interferência judicial na formulação de políticas públicas, mas sim de simples *controle de legalidade do exercício da função administrativa*. Partindo-se desta premissa, o primeiro dado a ser considerado pelo juiz, ao examinar a pretensão do demandante a um determinado bem ou serviço na área da saúde, é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação pleiteada pela parte, uma vez que, em caso positivo, ao deferi-la, o Poder Judiciário *não está criando política pública*, mas apenas *determinando o seu cumprimento*.



acesso à saúde. Vislumbramos, desde já, algumas dificuldades, que optamos por apresentar separadamente, de acordo com a sua natureza. Assim, temos dificuldades de ordem estrutural, procedimental, e na execução das decisões.

### **Dificuldades Estruturais.**

Consideramos as seguintes dificuldades estruturais:

- a) Carência de recursos materiais e humanos.
- b) Dependência de outros órgãos.

### **Carência de recursos materiais e humanos.**

É sabido que a estrutura administrativa destes órgãos jurisdicionais, e das turmas recursais, vem se mostrando incompatível com a “avalanche” de processos distribuídos aos juizados, parte deles voltados à tutela do direito à saúde. Portanto, a demanda crescente de prestações de saúde submetida aos juizados, quando confrontada com a insuficiência de recursos humanos e logísticos, ainda verificada nestas serventias, pode mesmo colocar em cheque a rapidez esperada, e assim, a própria credibilidade dos Juizados. Esta situação só tende a se agravar, uma vez que já está em vigor a Emenda Constitucional n.º 95, de 15 de dezembro de 2016<sup>26</sup>, que congela os gastos públicos por 20 anos, o que, evidentemente, repercutirá nas ações governamentais na área da saúde. Ora, à medida em que os serviços de saúde começarem a sofrer restrições por conta da queda dos investimentos, as pessoas buscarão cada vez mais o Poder Judiciário, fazendo crescer, ainda mais, a quantidade de processos na área da saúde. Os juizados especiais, que já contam com grandes acervos, terão, certamente, grandes dificuldades para administrar este aumento de demanda, e uma das conseqüências será, sem dúvida, a morosidade, a lentidão no processamento. Os efeitos da delonga processual, conforme aduz Cappelletti (26), são devastadores, pois a morosidade “aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito”. Na lição de Marinoni (3), a lentidão do processo pode desfigurar o princípio da

<sup>26</sup> **Brasil. Emenda Constitucional nº 95 de 15 de dezembro de 2016.** Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências. Brasília, **15 de dezembro de 2016.** [Acesso em 15 jan 2017]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm).



igualdade processual e provocar sentimentos negativos no corpo social: gera descrença na justiça e desestimula a procura pelo Judiciário.<sup>27</sup>

Deve-se destacar, ainda, que esta situação, se evoluir, acabará colocando em risco uma das grandes vantagens auferidas com a criação dos juizados, e que bem realça o seu caráter democrático e de facilitação do acesso ao Judiciário. É que, de acordo com o princípio da simplicidade dos atos processuais, principalmente nos casos em que o cidadão não disponha de advogado, basta que ele se dirija ao juizado e relate o fato, que o serventário da justiça reduzirá a termo todo o fato descrito pelo autor, elaborando, assim, a petição inicial (5). Diante da carência de recursos humanos, haverá serventários em número suficiente para o atendimento daqueles que comparecem sem advogado, mormente com o expressivo aumento de demanda que se anuncia?

### Dependência de outros órgãos

O Poder Judiciário não possui o monopólio da efetivação dos direitos e da resolução de conflitos. Não é a única porta de acesso à justiça. Outros espaços têm se constituído para a garantia de direitos e para a solução de controvérsias. Dentre essas instituições, deve-se citar o Ministério Público, a Defensoria Pública, além das organizações erigidas a partir de princípios orientados pela pacificação, como a conciliação, a mediação e a arbitragem (1). Como já ressaltamos, o direito de acesso à justiça não significa apenas recurso ao Poder Judiciário sempre que um direito seja ameaçado. Esse direito envolve uma série de instituições estatais e não estatais. Envolve, na realidade, todo um sistema de mecanismos e instituições que podem atuar na busca da solução pacífica de conflitos e do reconhecimento de direitos (1). Assim, não basta, simplesmente, deslocar geograficamente o órgão jurisdicional propriamente dito a determinada localidade, muitas vezes distante dos grandes centros, na ilusão de que assim estará se garantindo o acesso ao Poder Judiciário e à saúde. É preciso que na localidade estejam também assegurados os serviços da

---

<sup>27</sup> Podemos, aqui, recordar Rui Barbosa em sua “Oração aos Moços”, em 1920, quando resumiu com perfeição os efeitos da lentidão:

(...) Mas Justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes e assim as lesa no patrimônio, honra e liberdade. Os juízes tardinheiros são culpados que a lassidão comum vai tolerando. Mas sua culpa tresdobra com a terrível agravante de que o lesado não tem meio de reagir contra o delinquente poderoso, em cujas mãos jaz a sorte do litígio pendente.

Universidade Federal de Santa Catarina. Literatura Brasileira. *Oração aos moços*. Santa Catarina, 2016. [Acesso em 16 dez 2016]. Disponível em: [http://www.literaturabrasileira.ufsc.br/\\_documents/0006-01488.html](http://www.literaturabrasileira.ufsc.br/_documents/0006-01488.html).



Defensoria Pública, do Ministério Público, além da existência de um sistema público de saúde em condições de garantir a tutela apropriada, sob pena de se tornar inviável a proteção ao bem da vida. Em algumas localidades as pessoas, definitivamente, não têm acesso aos defensores, promotores e procuradores públicos, ainda que haja juizados disponíveis.

### **Dificuldades Procedimentais**

As dificuldades procedimentais são as seguintes:

- a) A questão probatória.
- b) O limite de alçada.
- c) Inobservância da orientação do STF.
- d) Desrespeito à política de regionalização da assistência à saúde.

### **A questão probatória**

Nos juizados especiais, a simplicidade do procedimento adotado busca obter uma solução mais rápida do litígio, o que é bastante atrativo. No entanto, o procedimento especial não permite que o postulante tenha as mesmas possibilidades de produção provas que teria no procedimento comum. Em casos mais complexos encaminhados aos juizados, por estarem dentro do valor de alçada, os juízes poderão encontrar sérias dificuldades no momento de decidir pela concessão ou não de uma liminar, haja vista a escassez de provas. Como já ressaltamos, a imensa maioria dos processos de saúde que chegam às varas e juizados, todos com pedidos de tutela de urgência, apresentam como lastro probatório da necessidade e da urgência do tratamento ou da medida terapêutica, uma simples prescrição médica, e é com base nela que os juízes, na maioria dos casos, concedem liminarmente uma determinada medida terapêutica. Também na imensa maioria dos casos, a decisão liminar é ratificada ao final, nas sentenças e nos acórdãos dos Tribunais, sem que a etapa probatória seja adequada e suficientemente aprofundada (24). Em verdade, na grande maioria destes processos, o objeto se exaure pura e simplesmente com a concessão da liminar, e a sentença, proferida ao final, sem que tenha havido qualquer produção de prova após o provimento liminar, apenas o ratifica.



Neste contexto, causam perplexidade e suscitam debates, os Enunciados n.º 50 e 51, aprovados na II Jornada da Saúde, organizada e realizada pelo Conselho Nacional de Justiça<sup>28</sup>, *verbis*:

50 - Saúde Pública - Salvo prova da evidência científica e necessidade preemente, não devem ser deferidas medidas judiciais de acesso a medicamentos e materiais não registrados pela ANVISA ou para uso *offlabel*. Não podem ser deferidas medidas judiciais que assegurem o acesso a produtos ou procedimentos experimentais.<sup>29</sup> (grifo nosso)

51 - Saúde Pública - Nos processos judiciais, a caracterização da urgência/emergência requer relatório médico circunstanciado, com expressa menção do quadro clínico de risco imediato<sup>30</sup>.

Tais orientações contrariam, frontalmente, a simplificação dos procedimentos e a própria praxe nestas cortes.

### O limite de alçada

Questão tormentosa, que ainda está por merecer maior atenção por parte dos estudiosos, está na compatibilização do limite de alçada estabelecido para os juizados especiais federais e da fazenda pública, com a garantia de acesso à saúde. Em ambos os casos, a lei limita a atuação dos juizados às causas cujo valor econômico não ultrapasse sessenta salários mínimos.<sup>31</sup> Em primeiro lugar, deve ser questionada a adoção de um

<sup>28</sup> A II Jornada de Direito da Saúde, realizada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) nos dias 18 e 19 de maio de 2015, em São Paulo, aprovou 23 enunciados interpretativos que trazem informações técnicas para subsidiar os magistrados na tomada de decisões em ações judiciais sobre direito à saúde. A conselheira Debora Ciocci, na ocasião, se referiu à importância da interlocução entre todos os atores envolvidos com a questão do direito à saúde. “A II Jornada foi muito importante para a discussão sobre os efeitos da judicialização e as maneiras de enfrentá-la, com todo mundo junto. O evento está inserido em uma nova cultura de diálogo interinstitucional, entre integrantes tanto do sistema de saúde quanto do Judiciário, porque a gente só vai achar uma solução adequada para os jurisdicionados com a busca pela eficiência e celeridade da Justiça”, reforçou a conselheira. Conselho Nacional de Justiça. *Notícias*. Brasília, 2015. [Acesso em 07 dez 2016]. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79430-ii-jornada-da-saude-aprova-enunciados-para-subsidiar-juizes>.

<sup>29</sup> Conselho Nacional de Justiça. II Jornada de Direito da Saúde. *Enunciados Aprovados II Jornada de Direito da Saúde*. Brasília, 2015. [Acesso em 07 dez 2016]. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/05/96b5b10aec7e5954fcc1978473e4cd80.pdf>

<sup>30</sup> Conselho Nacional de Justiça. II Jornada de Direito da Saúde. *Enunciados Aprovados II Jornada de Direito da Saúde*. Brasília, 2015. [Acesso em 07 dez 2016]. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/05/96b5b10aec7e5954fcc1978473e4cd80.pdf>

<sup>31</sup> O artigo 2º da Lei n.º 12.153/2009 estabelece que “É de competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública processar, conciliar e julgar causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos”. Já o artigo 3º da Lei n.º 10.259/2001, dispõe: “Compete ao Juizado Especial Federal Cível processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos, bem como executar as suas sentenças”. Brasil. Lei n. 12.153, de 22 de dezembro de 2009. Dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios. Brasília, 22 de dezembro de 2009. [Acesso em 09 dez 2016]. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L12153.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12153.htm).



critério puramente econômico – o valor limite de sessenta salários mínimos – para definir a competência destes juizados, que, em princípio, deveriam julgar causas de menor complexidade, que não se confundem, necessariamente, com causas de pequeno valor. A distorção é evidente e pode ser facilmente constatada a partir da análise de dois casos: É perfeitamente possível, inclusive na área da saúde, que uma demanda apresente baixo valor econômico, e se caracterize como uma causa de maior complexidade, por exigir produção de prova mais detalhada e demorada, incompatível, portanto, com o rito simplificado e com a celeridade que se espera dos juizados. Por outro lado, é também perfeitamente possível que uma demanda apresente alto valor econômico, mas seu julgamento seja simples e de fácil elucidação, não exigindo, portanto, maiores dilações probatórias. Observe-se que, no primeiro caso, a partir de um critério pautado exclusivamente no valor econômico da causa, salvo exclusão por ato do juiz, o processo permanecerá no sistema dos juizados, apesar de ser com ele incompatível, dada a complexidade da causa. Já no segundo caso, teremos a situação oposta, eis que um processo perfeitamente adequado ao rito dos juizados, por tratar de questão de pouca ou nenhuma complexidade, tramitará fora do sistema, uma vez que o valor da causa supera o limite de alçada.

Importante frisar que no sistema dos juizados especiais federais e da fazenda pública, diferentemente do que acontece em relação aos juizados especiais cíveis, regidos pela Lei n.º 9.099/95, a competência é absoluta<sup>32</sup>, ou seja, havendo juizado da fazenda pública na comarca ou juizado federal na seção ou subseção judiciária, as causas que não superem o limite da alçada previsto nas respectivas leis (sessenta salários mínimos), serão necessariamente propostas nos juizados, e não nas varas, ainda que especializadas em matéria de saúde. Nestes casos, a parte não teria como optar pela tutela ordinária, já que a Lei impõe o trâmite do processo no juizado.

Outro ponto a ser destacado, ainda no âmbito da alçada dos juizados, diz respeito às ações de medicamentos, onde, não raro, o autor pleiteia determinado medicamento a ser fornecido por tempo indeterminado, tudo com base na prescrição médica que acompanha a

<sup>32</sup> O artigo 2º, § 4º, da Lei n.º 12.153/2009 estabelece que “No foro onde estiver instalado Juizado Especial da Fazenda Pública, a sua competência é absoluta”. No mesmo sentido, o artigo 3º, §3º, da Lei n.º 10.259/2001, que dispõe: “No foro onde estiver instalada Vara do Juizado Especial, a sua competência é absoluta”. Brasil. Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Brasília, 12 de julho de 2001. [Acesso em 09 dez 2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/l10259.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10259.htm).



inicial. Nestes casos, em que o pedido envolve prestações sucessivas, como verificar se a ação está dentro do limite de alçada dos juizados?

Observe-se que tanto a Lei dos Juizados Especiais da Fazenda Pública (Lei n.º 12.153/2009, art. 2º, §2º)<sup>33</sup> como a Lei dos Juizados Especiais Federais (Lei n.º 10.259/2001, art. 3º, §2º)<sup>34</sup> deixaram claro o critério a ser utilizado, qual seja, a soma de de 12 (doze) parcelas vincendas e de eventuais parcelas vencidas não poderá exceder o valor de sessenta salários mínimos.

Interessante observar que na II Jornada da Saúde, organizada e realizada pelo Conselho Nacional de Justiça, foi aprovado o seguinte enunciado:

47 - Saúde Pública - Não estão incluídos na competência dos juizados especiais da fazenda pública os casos em que se pretende o fornecimento de medicamento e/ou tratamento cujo custo anual superar o limite da competência dos referidos juizados.<sup>35</sup>

Assim, podemos introduzir a seguinte problemática: supondo o caso em que uma pessoa busca o juizado necessitando, com urgência, de um medicamento cujo custo mensal ultrapasse cinco salários, e a prescrição médica estabeleça que o tempo de uso é indeterminado (o que acontece em boa parte dos casos). Pois bem, o magistrado, em obediência às regras acima delineadas, pautadas em critério puramente econômico, e sem qualquer evidência sobre eventual complexidade da causa, será obrigado a declinar de sua competência para as varas, excluindo dos juizados um processo que, em princípio, seria adequado ao rito simplificado, prejudicando a parte que então se submeterá, necessariamente, ao rito ordinário, mais lento e oneroso.

### **Inobservância da orientação do STF**

Como já ressaltamos, de acordo com o balizamento estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal, os juízes, salvo em casos excepcionais, não devem condenar o Estado ao fornecimento de prestação de saúde não registrada na Agência Nacional de Vigilância

<sup>33</sup> Brasil. Lei n. 12.153, de 22 de dezembro de 2009. Dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios. Brasília, 22 de dezembro de 2009. [Acesso em 09 dez 2016]. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L12153.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12153.htm).

<sup>34</sup> Brasil. Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Brasília, 12 de julho de 2001. [Acesso em 09 dez 2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/l10259.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10259.htm).

<sup>35</sup> Conselho Nacional de Justiça. II Jornada de Direito da Saúde. *Enunciados Aprovados II Jornada de Direito da Saúde*. Brasília, 2015. [Acesso em 08 dez 2016]. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/05/96b5b10aec7e5954fcc1978473e4cd80.pdf>



Sanitária (ANVISA), eis que o registro, além de garantir a segurança e o benefício do medicamento, é fator preponderante na sua regulação econômica. Pelo mesmo motivo, também não devem impor ao Poder Público, a obrigação de fornecer medicamento que ainda esteja em fase experimental, como prevê, inclusive, o Enunciado n.º 50, aprovado na II Jornada da Saúde, organizada e realizada pelo Conselho Nacional de Justiça, acima transcrito.

Além disso, os medicamentos devem ser dispensados para os pacientes que se enquadrarem nos critérios estabelecidos nos respectivos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do SUS. Confere-se, ao Poder Judiciário, a possibilidade de decidir que alternativa diferente daquela indicada e custeada pelo SUS deve ser adotada, apenas no caso excepcional, em que seja demonstrado que o tratamento fornecido não é eficaz no caso particular de determinada pessoa.

Ocorre que, mesmo no procedimento comum, de uma forma geral, estas orientações não vêm sendo observadas pelos juízes, que não raro, ao vislumbrarem risco para a saúde do postulante em caso de demora (*periculum in mora*), deferem, liminarmente, medicamentos sem registro na ANVISA, ou mesmo registrados, não incorporados em protocolos, fora dos casos de exceção admitidos pela Suprema Corte, o que, como visto, pode colocar em risco a saúde das pessoas. Esta situação só tende a se acirrar no sistema dos juizados, em que o procedimento simplificado requer dos juízes respostas mais rápidas e, ainda, com menores possibilidades de instrução probatória. Nestas serventias, como acima se ressaltou, os juízes acabam decidindo exclusivamente com base na prescrição médica que acompanha a petição inicial.

### **Desrespeito à política de regionalização da assistência à saúde**

Recentes trabalhos demonstram claramente que não tem havido muita preocupação entre os julgadores com a divisão de responsabilidades entre os entes federados em matéria de saúde (27). Verificou-se, por exemplo, que medicamentos cujo fornecimento ficou a cargo dos Municípios, em conformidade com a política nacional de saúde adotada em 2002 e reforçada em 2006, foram fornecidos pelo Estado por determinação judicial (28). Esta é uma peculiaridade da judicialização, uma vez que os juízes, no momento de condenar a fazenda



pública a uma dada prestação, não vêm observando esta divisão de responsabilidades entre os entes federados, orientando-se, no mais das vezes, pelo entendimento sufragado pelo STF, no sentido de que a responsabilidade por prestações em matéria de saúde é solidária, ou seja, pode ser exigida de qualquer um dos entes da Federação<sup>36</sup>. No âmbito dos juizados especiais, esta conduta dos magistrados, por razões de celeridade e simplificação, só tende a se generalizar.

### Dificuldades na execução das decisões

Como vimos, o procedimento dos juizados especiais busca propiciar um amplo acesso à justiça aos jurisdicionados, visto ser regido por princípios específicos que norteiam a interpretação das normas a ele aplicáveis, quais sejam a oralidade, a simplicidade, a informalidade, a economia processual, a celeridade, a busca da conciliação e da transação. Uma vez concedida a liminar que determina ao ente público o atendimento de determinada medida terapêutica, seja de fornecer medicamentos, seja de proceder a uma internação, ou de prestar um atendimento, não raro os juízes encontram dificuldades em concretizá-la, sendo obrigados a impor medidas de coerção para que as liminares sejam cumpridas.

São frequentes os casos em que o ente público alega não dispor do medicamento em questão, inexistência de leitos, impossibilidade do atendimento, etc. Nestes casos, os juízes costumam impor multas diárias, conhecidas como astreintes, até que a liminar seja cumprida. Como vem observando a quinta turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região,

<sup>36</sup> É importante frisar o entendimento já consolidado em nossos tribunais, inclusive no Supremo Tribunal Federal, de que a responsabilidade em matéria de saúde é solidária, eis que a competência comum dos entes da Federação para cuidar da saúde consta do art. 23, II, da Constituição. Assim, em princípio, qualquer um dos entes federados pode ser acionado para custear medicamentos ou tratamentos de saúde. Há, inclusive, a proposta de se criar uma súmula vinculante (Proposta de Súmula Vinculante nº 4) com este conteúdo, mas o tema ainda está sendo discutido no Supremo Tribunal Federal. O Defensor Público-Geral da União apresentou proposta de edição de súmula vinculante com o objetivo de que fique expressa a "responsabilidade solidária dos entes federativos no que concerne ao fornecimento de medicamento e tratamento médico ao carente, comprovada a necessidade do fármaco ou da intervenção médica, restando afastada, por outro lado, a alegação de ilegitimidade passiva corriqueira por parte das Pessoas Jurídicas de Direito Público"; e também a "possibilidade de bloqueio de valores públicos para o fornecimento de medicamentos e tratamento médico ao carente, comprovada a necessidade do fármaco ou da intervenção médica, restando afastada, por outro lado, a alegação de que tal bloqueio fere o artigo 100, caput e parágrafo 2º, da Constituição de 1988". A Comissão de Jurisprudência determinou o sobrestamento da proposta até o julgamento do mérito do RE 566.471, de relatoria do ministro Marco Aurélio. O presidente do STF, Ricardo Lewandowski, sugeriu a seguinte redação para o enunciado: "É solidária a responsabilidade dos entes federativos para o fornecimento de medicamento e tratamento médico das pessoas carentes." O Procurador Geral da República se manifestou pela aprovação da proposta com a seguinte redação: "É solidária a responsabilidade dos entes federativos para o fornecimento de medicamento e tratamento médico das pessoas carentes, e legítima a determinação de bloqueio de verbas públicas que assegurem o cumprimento da decisão condenatória, sem que se possa alegar, quanto à ordem de bloqueio, ofensa ao art. 100, § 2º, da Constituição Federal". *Notícias STF*. Brasília, 2015. [Acesso em 13 set 2016]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=303868>.



“é legítima, e não abusiva, a imposição de multa diária para assegurar o adimplemento da obrigação de fazer, mormente em situações em que envolve o direito à saúde”<sup>37</sup>.

Em alguns casos, diante de reiterado descumprimento, ocorre, inclusive, a ameaça de prisão do gestor, a fim de assegurar a efetividade da decisão, sendo necessária, inclusive, a impetração de habeas corpus preventivo para evitar o cerceamento da liberdade<sup>38</sup>. Tem sido comum, por parte da União, a proposta de convolação da obrigação de entrega do medicamento, em obrigação pecuniária, ou seja, o ente público propõe depositar em juízo o valor monetário do medicamento, ao invés de fornecê-lo *in natura*. Alguns juízes podem até aceitar a alternativa proposta, e o farão, com certeza, a fim de evitar maiores prejuízos para a parte, em casos de urgência. No entanto, esta opção cria grandes embaraços para os juizados, que são obrigados a procurar o medicamento no mercado e adquiri-lo através de um processo de licitação, ainda que simplificado, eis que devem buscar o menor preço. Evidentemente, esta transferência de responsabilidade do órgão governamental para o juizado impõe aos servidores tarefas adicionais e totalmente estranhas às suas atividades fins, tumultuando ainda mais a delicada situação de algumas serventias. Sobre esta questão já decidiu o Tribunal Regional Federal da 2ª Região<sup>39</sup>:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS. RESPONSABILIDADE DOS ENTES DA FEDERAÇÃO. DEVER CONSTITUCIONAL. OBRIGAÇÃO DE FAZER QUE NÃO SE CONFUNDE COM A POSSIBILIDADE DE DEPÓSITO EM DINHEIRO

(...)

IV - A obrigação imposta pela Lei é a de fornecimento de medicamentos e tratamentos necessários aos jurisdicionado e não de pagamento em dinheiro. Trata-se, portanto, de obrigação de fazer e não de obrigação de pagar. Portanto, só na excepcional hipótese de impossibilidade de fornecimento do medicamento em questão diretamente ao agravado é que se pode considerar a possibilidade de substituição da obrigação por pagamento do valor correspondente para a aquisição dos remédios diretamente pela parte. (...).

## Considerações Finais

<sup>37</sup> Brasil. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível n.º 00261375320114013400, Quinta Turma, Relatora Juíza Federal Daniele Maranhão Costa, julgamento em 28/09/2016, e-DJF1: 07/10/2016.

<sup>38</sup> Brasil. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *Habeas Corpus* n.º 00378662820104010000, Terceira Turma, Relatora Desembargadora Federal Assusete Magalhães, julgamento em 07/12/2010, e-DJF1: 17/12/2010.

<sup>39</sup> Brasil. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Agravo de Instrumento n.º 200802010195720, Sétima Turma Especializada, Relator Desembargador Federal Reis Friede, julgamento em 20/05/2009, DJU: 28/05/2009, p. 174.



O desenvolvimento deste estudo nos leva a concordar com o entendimento doutrinário no sentido de que o acesso à justiça é requisito fundamental para que os direitos, individuais ou coletivos, tenham, de fato, efetividade, ou seja, é condição sine qua non (2). Os direitos só se realizam, de fato, se for real a possibilidade de reclamá-los perante tribunais imparciais e independentes. Em outras palavras, o direito de acesso à justiça é o direito sem o qual nenhum dos demais se concretiza. Assim, a questão do acesso à justiça é primordial para a efetivação de direitos (29), incluindo-se, evidentemente, o direito à saúde. Neste contexto, os juizados especiais se apresentam como uma ferramenta fundamental para concretizar esta garantia constitucional, eis que as pessoas, a partir da sua implantação, passaram a ser conscientizar da existência de uma via adequada à correta e eficiente defesa dos seus direitos e interesses (30).

Porém, se é verdade que o sistema dos juizados especiais constitui, de fato, uma peça fundamental na busca pela ampliação e facilitação do acesso à justiça, revelando uma importante mudança de paradigma no sistema de justiça brasileiro, não alcança a mesma repercussão e os mesmos resultados quando se pensa no acesso à saúde. As dificuldades estruturais, procedimentais, e de execução das decisões vêm impondo sérios obstáculos à concretização do direito à saúde no âmbito destas serventias, e, como vimos, o quadro só tende a piorar, com a crescente demanda e a redução dos investimentos governamentais, tanto na área da saúde, como também no âmbito do Poder Judiciário. Ao que tudo indica, as grandes vantagens esperadas com a implantação destas cortes no Brasil – facilitação do acesso, otimização e aceleração do trâmite processual, satisfação mais rápida e efetiva do direito tutelado -, ao menos no que tange à saúde, não vêm se concretizando na prática. Sugerimos, portanto, como prosseguimento deste estudo, a realização de pesquisas empíricas a fim de levantar informações concretas sobre os obstáculos com que os juízes dos juizados especiais vêm se defrontando na condução dos processos referentes à saúde, e os resultados efetivamente alcançados em termos de efetiva satisfação do direito fundamental em questão.

## Referências

1. Sadek MTA. Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos. Revista USP, 2014, março/abril/maio, 101: 55-66.



2. Cappelletti M, Garth B. Acesso à Justiça. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris, 1988.
3. Marinoni LG. Novas Linhas do Processo Civil. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
4. Carneiro PCP. Acesso à Justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
5. Medeiros HHA. Os juizados especiais cíveis e o acesso à Justiça. *Âmbito Jurídico*, 2012, fev, XV (97). Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11133](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11133). [Acesso em: 12 nov 2016].
6. Gonçalves GFM. Observação jurídico-sociológica da lei dos juizados especiais federais. [Tese]. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), 2007. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/handle/1843/BUBD-96KQVV>. [Acesso em 10 jan 2017].
7. Ferraz L S. Acesso à justiça: Uma análise dos juizados especiais cíveis no Brasil. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2010.
8. Andrade A, Pinto SC, Oliveira RS, organizadores. Saúde e bem-estar social. Rio de Janeiro: Fiocruz; 2002. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/sfwjtj/pdf/andrade-9788575413869-45.pdf>. [Acesso em 14 nov 2016]
9. Massáu GC, Bainy AK. O impacto da judicialização da saúde na comarca de Pelotas. *Revista de Direito Sanitário*. 2014, 15 (2): 46-65. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/88357>. [Acesso em: 12 nov 2016].
10. Almeida Filho N, Paim JS. Conceitos de saúde-doença: atualização do debate teórico-metodológico. In: Paim JS, Almeida Filho N, organizadores. Saúde Coletiva: Teoria e Prática. Rio de Janeiro: MedBook, 2014.
11. McIntyre D, Mooney G. The economics of health equity. New York: Cambridge University, 2009. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/CBO9780511544460>. [Acesso em 14 nov 2016].
12. Sanchez RM, Ciconelli RM. Conceitos de acesso à saúde. *Revista Panamericana de Salud Publica*. 2012, mar, 31(3): 260–268.] Disponível em: <http://iris.paho.org/xmlui/handle/123456789/9344>. [Acesso em: 18 nov 2016]
13. Donabedian A. Aspects of medical care administration: specifying requirements for health care. Cambridge: Harvard University; 1973.]. Disponível em: [http://journals.lww.com/lww-medicalcare/Citation/1974/10000/Aspects\\_of\\_Medical\\_Care\\_Administration\\_\\_Specifying.9.aspx](http://journals.lww.com/lww-medicalcare/Citation/1974/10000/Aspects_of_Medical_Care_Administration__Specifying.9.aspx). [Acesso em 8 dez 2016]
14. Aday LA, Andersen RA. A framework for the study of access to medical care. *Health*



Services Research. 1974, 9(3): 208–220. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1071804/>. [Acesso em 12 nov 2016].

15. Dworkin R. A Virtude Soberana. A teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes Editora, 2005.

16. Thiede M, McIntyre D. Information, communication and equitable access to health care: a conceptual note. Cadernos de Saúde Pública. 2008, 24 (5):1168–1173. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/18461247>. [Acesso em 14 nov 2016].

17. Travassos C. Fórum: equidade no acesso aos serviços de saúde. Introdução. Cadernos de Saúde Pública. 2008, 24 (5):1159–1161. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-311X2008000500023](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2008000500023). [Acesso em 14 nov 2016].

18. Sanders LM, Shaw JS, Guez G, Baur C, Rudd R. Health literacy and child health promotion: implications for research, clinical care, and public policy. Pediatrics. 2009, 124 (3): 306–314. Disponível em: [http://pediatrics.aappublications.org/content/124/Supplement\\_3/S306](http://pediatrics.aappublications.org/content/124/Supplement_3/S306). [Acesso em 9 dez 2016].

19. Sambala EZ, Sapsed S, Mkandawire ML. Role of primary health care in ensuring access to medicines. Croatian Medical Journal. 2010, 51 (3):181–190. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2897088/>. [Acesso em 9 dez 2016]

20. Ferraz MB. Dilemas e escolhas do sistema de saúde. Economia da saúde ou saúde da economia? Rio de Janeiro: Medbook; 2008.

21. Cunha JR, Noronha R, Vestena CA. Terceiro Setor e judicialização da política e sistema interamericano de Direitos Humanos no Brasil: Investigação empírica a partir de militantes. Revista Direito e Práxis. 2011, 02 (01):181-212. 6]. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/2081/8226>. [Acesso em 11 dez 2016]

22. Silva JA. Aplicabilidade das normas constitucionais. 6. ed. São Paulo: Malheiros. 1998.

23. Ministério da Saúde. Brasília, 2016. Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas. Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/>. [Acesso em 11 jun 2016].

24. Ventura, MS. O processo decisório judicial e a assessoria técnica: A argumentação jurídica e médico-sanitária na garantia do direito à assistência terapêutica no SUS [Tese]. Rio de Janeiro: Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca; 2012. Disponível em: <http://bases.bireme.br/cgi-bin/wxislind.exe/iah/online/?IsisScript=iah/iah.xis&src=google&base=LILACS&lang=p&nextAction=Ink&exprSearch=745021&indexSearch=ID>. [Acesso em 10 nov 2016].

25. Leitão LC, Simões MO, Simões AE, Alves BC, Barbosa IC, Pinto ME. Judicialização da saúde na garantia do acesso ao medicamento. Revista Salud Publica. 2014, 16 (3): 360-370. Disponível em: <http://www.redalyc.org/pdf/422/42232761003.pdf>. [Acesso em 29 dez 2016].



2016].

26. Cappelletti M. Acesso à Justiça. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris, 2002.

27. Boing A, Bloemer NS, Roesler C, Fernandes S. A judicialização do acesso aos medicamentos em santa catarina: um desafio para a gestão do sistema de saúde. *Revista de Direito Sanitário*. 2013, 14 (1): 82-97. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/56625>. [Acesso em 28 dez 2016]

28. Dallari SG. Aspectos particulares da chamada judicialização da saúde. *Revista de Direito Sanitário*. 2013, 14 (1): 77-81.. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/56624>. [Acesso em 28 dez 2016]

29. Sadek MTA. Acesso à justiça: porta de entrada para a inclusão social. In: Livianu R, organizador. *Justiça, cidadania e democracia*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2009. p. 170-180. Disponível em: <http://static.scielo.org/scielobooks/ff2x7/pdf/livianu-9788579820137.pdf>. [Acesso em 15 jan 2017].

30. Sadek MTA. Aprofundando os diálogos. In: Carbonari PC, organizador. *Relatório Reforma do judiciário*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2010. p. 26-42. Disponível em: <http://static.scielo.org/scielobooks/fhn4p/pdf/carbonari-9788579820304.pdf>. [Acesso em 15 jan 2017].

---

*Recebido em: 2.jan.2017*  
*Aprovado em: 29.mar.2017*

### **Como citar este artigo:**

Zebulum JC. Juizados Especiais: uma solução para a questão da saúde? *Revista Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*. 2017 jan./mar, 6(1):180-206.



## A atuação de advogados e organizações não governamentais na judicialização da saúde pública no Brasil: a quem será que se destina?

The acting of lawyers and non-governmental organizations in public health judicialization in Brazil: to whom is it intended?

La actuación de los abogados y las organizaciones no gubernamentales en la judicialización de la salud pública en Brasil: ¿a quién va dirigido?

Hudson Pacifico Silva<sup>1</sup>  
Keyla Ketlyn Passos Pimenta<sup>2</sup>

**RESUMO. Introdução:** O presente estudo busca compreender a atuação de advogados e organizações não governamentais no fenômeno da judicialização da saúde no Brasil, com base em um conjunto de ações judiciais julgadas em primeira e segunda instância na Comarca de Campinas no ano de 2012. **Métodos:** Estudo descritivo e retrospectivo, com dados coletados por meio de entrevistas com 27 advogados, responsáveis por 78 ações judiciais. **Resultados:** De modo geral, os advogados cobram pelos honorários profissionais, representam clientes com elevado poder aquisitivo, solicitam os benefícios da justiça gratuita para seus clientes, mantêm relações com diversas associações sem fins lucrativos que atuam na área da saúde, exploram esse nicho de mercado e possuem uma prática voltada para a litigância. Identificou-se a atuação de duas organizações não governamentais, que mantêm relações com diversos outros atores, incluindo empresas do complexo econômico-industrial da saúde. **Conclusão:** Argumenta-se que a judicialização da saúde não contempla os grupos mais vulneráveis da sociedade, sendo permeada por relações duvidosas e pouco transparentes entre os atores que dela participam. Além disso, o judiciário carece de conhecimento sobre os elementos da realidade em que atua e que, agindo de forma não articulada como os outros membros do poder público, não é capaz de realmente mitigar o problema da saúde pública.

**Palavras-chave:** Judicialização da saúde. Sistema Único de Saúde. Poder judiciário. Advogados. Organizações não governamentais.

**ABSTRACT. Introduction:** This study seeks to understand the role of lawyers and non-governmental organizations in the process of judicialization of health in Brazil, based on a set of lawsuits decided at first and second instances in the judicial district of Campinas in 2012. **Methods:** Descriptive and retrospective study, with data collected through interviews with 27 lawyers, responsible for 78 lawsuits. **Results:** In general, lawyers charge for professional fees, represent clients with high purchasing power, request the benefits of free justice for their clients, maintain relationships with several non-profit organizations working in

<sup>1</sup> Economista, Doutor em Ciências pela Universidade de São Paulo e pós-doutorado na área de inovações em saúde no Departamento de Administração de Saúde da Universidade de Montreal, Canadá. Pesquisador do Instituto de Pesquisa em Saúde Pública da Universidade de Montreal, Canadá, e professor colaborador do Departamento de Medicina Preventiva da Universidade de São Paulo – São Paulo, São Paulo, Brasil. Email: hp.silva@umontreal.ca

<sup>2</sup> Advogada, Mestra em Ciências Humanas e Sociais Aplicadas pela Universidade Estadual de Campinas. É aluna do curso de Gestão de Políticas Públicas da Faculdade de Ciências Aplicadas da Universidade Estadual de Campinas, Limeira, Brasil. E-mail: keylapassos@gmail.com



health, exploit this niche market and have a dedicated practice to litigation. We identified two non-governmental organizations that maintain relations with many other actors, including private companies of the health industry. **Conclusion:** It is argued that the judicialization of health does not include the most vulnerable groups in society, being permeated by dubious and non-transparent relationships among stakeholders that participate of the process. Moreover, the judiciary lacks knowledge about the elements of reality in which it operates and, acting isolated from other public authorities, is not able to really mitigate the problem of public health in Brazil.

**Keywords:** Judicialization of health. Brazilian Unified Health System. Judiciary. Lawyers. Non-governmental organizations.

**RESUMEN. Introducción:** Este estudio busca entender el papel de los abogados y las organizaciones no gubernamentales en el proceso de judicialización de la salud en Brasil, basado en un conjunto de demandas decididas en primera y segunda instancias en el distrito judicial de Campinas en 2012. **Metodología:** Estudio descriptivo y retrospectivo, con los datos recogidos a través de entrevistas con 27 abogados, responsables de 78 demandas.

**Resultados:** En general, los abogados cobran por honorarios profesionales, representan a clientes de alto poder adquisitivo, solicitan los beneficios de la justicia gratuita para sus clientes, mantienen relaciones con varias organizaciones sin fines de lucro que trabajan en salud, explotan este nicho de mercado y tienen una práctica dedicada a litigio. Se identificaron dos organizaciones no gubernamentales que mantienen relaciones con muchos otros actores, incluidas las empresas privadas de la industria de la salud. **Conclusión:** Se sostiene que la judicialización de la salud no incluye a los grupos más vulnerables de la sociedad, está impregnado de relaciones dudosas y no transparentes entre los actores que participan del proceso. Por otra parte, el poder judicial carece de conocimiento sobre los elementos de la realidad en la que opera y, actuando aisladas de otras autoridades públicas, no es capaz de mitigar realmente el problema de la salud pública en Brasil.

**Palabras-clave:** Judicialización de la salud. Sistema Único de Salud. Poder judicial. Abogados. Organizaciones no gubernamentales.

## Introdução

Matéria publicada recentemente no *Jornal do Brasil* (1) divulgou que diversos especialistas, incluindo representantes do Governo, Poder Judiciário, Comunidade Médica e Sociedade Civil, se reuniram em evento realizado na Academia Nacional de Medicina (ANM) para debater questões relacionadas à judicialização da saúde. De acordo com a matéria, as ações judiciais contra o poder público, as operadoras de planos privados de assistência à saúde e os médicos envolvem cifras astronômicas e podem levar o setor de saúde ao colapso. A título de exemplo, menciona que somente no Estado de São Paulo o governo estadual responde a 50.700 processos judiciais, envolvendo gastos na ordem de R\$ 114 milhões por mês no cumprimento das demandas das pessoas que recorrem à justiça.



Dessa forma, a judicialização da saúde constitui um dos grandes desafios para a gestão das ações e serviços públicos de saúde no país.

O fenômeno da judicialização da política é de grande relevância mundial no debate das políticas públicas em razão do impacto das decisões judiciais no processo de tomada de decisão em políticas públicas (2,3). No campo da saúde pública, a judicialização se refere à busca pela garantia de acesso às ações e serviços públicos de saúde por intermédio de ações judiciais. A judicialização da saúde, inserida no fenômeno maior da judicialização da política, tem manifestado impacto no campo da administração pública, principalmente quanto às questões orçamentárias e equitativas (4).

O trabalho que cunhou o termo judicialização da política, descrevendo pela primeira vez esse fenômeno, foi organizado por Tate e Vallinder (5) na coletânea *The Global Expansion of Judicial Power*. Publicada em 1995, a obra descreve a judicialização da política como o fenômeno de revisão das decisões de um poder político pelo poder judiciário tomando como base a constituição. Em uma descrição mais contemporânea do fenômeno, outros autores (3) definem o termo judicialização da política de forma semelhante: a busca pela resolução de conflitos por meio do judiciário em áreas cuja atuação é majoritariamente política e tomando como base a constituição do país.

No Brasil, a tentativa de resolução de conflitos políticos em saúde por meio do poder judiciário apenas se tornou relevante após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que possibilitou a atuação do poder judiciário em matérias que eram, *a priori*, de competência dos poderes legislativo e executivo. Afastando-se do sistema constitucional anterior, que permitia, por meio da legislação infraconstitucional, limitar o acesso à assistência médica aos segurados da Previdência Social, a Constituição de 1988 consagrou a saúde como direito social de todos os brasileiros (art. 6º), inseriu-a como uma das áreas que integram a seguridade social (art. 194) e estabeleceu que ela deve ser garantida pelo Estado mediante a adoção de um conjunto amplo de políticas públicas destinadas à redução do risco de doença e de outros agravos, assim como ao acesso universal às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196). Posteriormente, diversos aspectos relativos à organização e ao funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) foram regulamentados por legislação infraconstitucional, com destaque para a Lei Orgânica da Saúde (6,7), o Pacto pela Saúde (8), o Decreto 7.508/2011 (9) e a Lei 12.401/2011 (10).



Junto às precisões legais e constitucionais vieram também dilemas em sua aplicação. Isso porque, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, pessoas passaram a ingressar com ações judiciais a fim de reivindicar os mais diversos bens e serviços em saúde em face do Estado. De acordo com Pepe et al. (11), a maior parte das demandas judiciais é proveniente de processos individuais de cidadãos reivindicando o fornecimento de medicamentos, muitos dos quais ainda não foram incorporados pela assistência farmacêutica do SUS, não contam com registro no país ou foram prescritos para indicação terapêutica não constante do registro sanitário (uso *off label*). Outra característica importante se refere ao fato de que a maioria dos pedidos tem sido deferida pela autoridade judicial, tendo como praticamente única base a prescrição medicamentosa apresentada pelo reivindicante.

Revisões da literatura (12,13) identificaram as principais ideias dispostas nas publicações sobre o tema da judicialização em saúde no Brasil: o direito à saúde é prioritário em relação à reserva do possível<sup>3</sup>; o aumento da judicialização não está atrelado à absorção de direitos sociais pela sociedade; não é razoável a condenação do Estado ao custeio de medicamentos sem registros ou tratamentos experimentais; a judicialização pode ser fonte de interesses privados; a judicialização pode colocar em risco a continuidade de políticas públicas; a judicialização pode ser indutora da construção e melhoramento de políticas públicas; a judicialização vai contra o ideal de justiça distributiva; as ações judiciais no campo da saúde deveriam contar com uma análise mais criteriosa por parte dos magistrados; e a hipossuficiência econômica e o estado de urgência são as principais causas dos pedidos.

A literatura recente sobre o tema da judicialização da saúde no Brasil tem abordado também diversas outras questões importantes, incluindo: a interferência do judiciário em critérios de utilização de medicamentos, mais especificamente como ferramenta da indústria de farmacêutica (11,14); a existência de demandas judiciais que culminam na alocação de recursos de forma incompatível aos princípios do SUS, gerando possíveis iniquidades (15); a atuação dos poderes e seus limites (16,17); a incorporação inadequada de novas tecnologias no SUS (18); a judicialização como mecanismo de efetivação individual do direito à saúde pública (19) e de salvação do SUS (20).

<sup>3</sup> A reserva do possível no orçamento público se refere ao dilema econômico da escassez. A teoria da reserva do possível surgiu na Corte Constitucional alemã na década de 1970, por meio das decisões sobre o direito constitucional à educação que afirmavam que os direitos sociais de natureza prestacional, ou seja, que envolvessem custos efetivos do Estado, deveriam ficar sujeitos à reserva da lei e à disponibilidade de recursos.



Apesar do interesse crescente por parte dos estudiosos sobre o tema, a atuação dos advogados e das associações sem fins lucrativos permanece um item de pesquisa pouco explorado na literatura. São raros os estudos A partir de uma análise de 200 ações judiciais oriundas da Comarca de Campinas, São Paulo, o objetivo do trabalho é descrever as motivações e as formas de participação desses atores no fenômeno da judicialização da saúde pública no Brasil.

## Metodologia

Tratou-se de estudo descritivo e retrospectivo, com base em um *mix* de dados primários e secundários. Os dados primários, de natureza qualitativa, foram coletados por meio de entrevistas realizadas com uma amostra de advogados que atuaram em ações judiciais julgadas em primeira e segunda instâncias no ano de 2012. Essas ações judiciais, que forneceram os dados secundários necessários para a identificação dos advogados, foram selecionadas com base nos seguintes critérios: serem oriundas da Comarca de Campinas; julgadas pelo Tribunal Estadual no período correspondente ao ano de 2012; propostas em face do poder público; de caráter individual; e que reivindicam o direito fundamental à saúde.

A amostra foi constituída por 200 ações judiciais, cujos dados foram coletados por meio de consultas ao sítio do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) na internet e agrupados em quatro categorias: identificação da demanda; existência de liminares e resultados da decisão liminar; decisões do tribunal e de primeira instância; e sentenças e recursos de sentença. Os dados foram organizados em planilha Excel e depois analisados por meio de tabelas de estatística descritiva geradas a partir do software SPSS 23.

Identificou-se a atuação de 103 advogados, responsáveis por 173 ações judiciais. Desse total, foram realizadas entrevistas com 27 advogados (26% do total), responsáveis por 78 processos (39% do total). Os dados para contato foram obtidos por meio de vista aos próprios autos e pelo sítio da Ordem dos Advogados do Brasil na internet. As conversas ocorreram por telefone, encontros presenciais e troca de mensagens eletrônicas (e-mails). Não foi possível entrevistar todos os advogados da amostra em virtude das seguintes limitações: inexistência de dados atualizados para contato; advogados já falecidos; indisponibilidade de agenda; e recusa a participar do estudo.

As informações coletadas nas entrevistas com os advogados se referem aos seguintes itens: motivações para atuação do advogado na ação judicial (motivações filantrópicas ou



cobrança de honorários profissionais); relação mantida entre profissional e cliente (se amigos, parentes ou desconhecidos); quantidade anual de ações dessa natureza que, em média, são iniciadas pelo advogado; existência de contato pelo cliente ou advogado com instituição específica (ONGs, associações de pacientes, etc.) sobre o tema da ação, incluindo a qualificação do contato (se está relacionado com o início da ação).

## Resultados

Uma breve caracterização das ações 200 ações judiciais podem ser visualizada na tabela 1, que traz a distribuição das ações segundo diversas variáveis. Os dados permitem verificar a seguinte situação:

- A esfera estadual (por meio da Secretaria de Estado da Saúde e outros órgãos) aparece como réu da ação em 70,5% dos casos, ao passo que os municípios (por meio das respectivas prefeituras ou secretarias municipais de saúde) aparecem em 20,5%. Ambas as esferas – estadual e municipal – aparecem simultaneamente como réus em 9,0% das ações;
- As decisões judiciais proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado de SP (TJSP) se referem a processos que tiveram seu início em diferentes momentos: 15% das ações foram iniciadas no mesmo ano do julgamento (2012), 17,5% foram iniciadas no ano anterior (2011), 26% em 2010 e 36,5% em anos anteriores a 2010; além disso, 12% dos processos analisados haviam sido iniciados antes de 2007;
- A grande maioria (80,5%) dos autores das ações (demandantes) encontra-se na faixa etária de 18 a 65 anos (adultos), 15,5% na faixa etária de mais de 65 anos (idosos) e somente 3,0% possuem menos de 18 anos;
- Considerando o tipo de petição inicial, observa-se predominância do mandado de segurança em 67,5% dos processos; ações ordinárias representaram 21,5% dos processos, obrigação de fazer 9,0% e ação civil pública 2,0%;
- Houve pedido de liminar em 74,5% das ações, sendo a liminar deferida em 53% delas. Além disso, o prazo para apreciação da liminar foi de até um mês a contar da data da propositura da ação na grade maioria dos casos (66,4%);



- Em 86,5% das ações o advogado do autor é de natureza particular. Apesar disso, a justiça gratuita<sup>4</sup>, que isenta o autor de custas e emolumentos judiciais, foi utilizada na quase totalidade dos casos (99,5%);
- Prevalência de enfermidades crônicas, com pacientes portadores de diabetes (28,5%), câncer (20,0%), degeneração miópica (7,0%), hepatite (5,5%) e psoríase (3,0%);
- Nas ações onde foi possível identificar o valor da causa (n=150), 62,7% se referem a causas com valor até R\$ 1000, 19,3% a valores situados na faixa de R\$ 1001 até R\$ 5000, 8,7% a valores na faixa de R\$ 5001 até R\$ 10000 e 9,3% acima de R\$ 10000;
- Com relação à decisão de 1ª instância, 58% das decisões deferiram o pedido do autor, 37% indeferiram o pedido do autor e 5% deferiram parcialmente o pedido do autor; e
- Nos processos julgados em 2ª instância, 53,5% tiveram recurso improvido (mantida decisão de deferimento do pedido do autor), ao passo que 36,0% tiveram recurso provido (decisão de deferimento do pedido do autor, reformando decisão anterior).

**Tabela 1.** Caracterização das ações judiciais analisadas (n = 200).

Variável	Alternativa	Resultado (%)
Réu da ação	Estado	70,5
	Município	20,5
	Estado e município	9,0
Ano de início da ação	2012	15,0
	2011	17,5
	2010	26,0
	Antes de 2010	36,5
Faixa etária do autor da ação	Menos de 18 anos	3,0
	De 18 a 65 anos	80,5

<sup>4</sup> A obtenção de justiça gratuita fica vinculada apenas à declaração de próprio punho do autor de que não pode arcar com as custas e emolumentos judiciais, declaração essa que é juntada ao processo sem necessidade de comprovação de situação financeira. Esse pedido quase nunca é impugnado.



Variável	Alternativa	Resultado (%)
Tipo de petição inicial	Mais de 65 anos	15,5
	Mandado de segurança	67,5
	Ação ordinária	21,5
	Obrigação de fazer	9,0
Pedido e resultado de liminar	Ação civil pública	2,0
	Pedido liminar deferido	53,0
	Pedido liminar indeferido	18,5
	Pedido liminar parcialmente deferido	2,5
Prazo de apreciação da liminar	Não houve liminar ou informação não localizada	25,5
	Até um mês a contar da data da propositura da ação	66,4
Advogado do autor	Mais de um mês a contar da data da propositura ação	33,6
	Particular	86,5
Justiça gratuita	Defensor público	13,5
	Sim	99,5
Enfermidade principal	Não	0,5
	Diabetes	28,5
	Câncer	20,0
	Degenera�o macular	7,0
	Hepatite	5,5
	Psoríase	3,0
Valor da causa (em R\$)	Outras	36,0
	Até 1000	62,7
	De 1001 até 5000	19,3
	De 5001 até 10000	8,7
Decisão de 1ª instância	Mais de 10000	9,3
	Deferido	58,0
	Indeferido	37,0
Decisão de 2ª instância	Deferido parcialmente	5,0
	Recurso improvido (mantida decisão de deferimento do pedido do autor)	53,5
	Recurso provido (decisão de deferimento do pedido do autor, reformando decisão anterior)	36,0
	Recurso parcialmente provido	5,0



Variável	Alternativa	Resultado (%)
	Recurso improvido (mantida decisão de deferimento parcial do pedido do autor)	2,0
	Recurso improvido (mantida decisão de indeferimento do pedido do autor)	1,0
	Outros	2,5

Fonte: Tribunal de Justiça do Estado de SP. Elaboração própria

### Atuação dos advogados

Em sua grande maioria (89%), os advogados com os quais foi possível estabelecer contato e que concordaram em participar do estudo responderam que cobraram normalmente os honorários profissionais pelas ações. Houve quatro exceções: dois advogados disseram que um de seus casos se tratava de uma atuação remunerada pelo Estado por meio de participação de convênio com a Defensoria Pública, outro mencionou que um de seus casos se tratava de ação movida em nome de sua esposa e outro que moveu a ação em nome de um tio.

No que se refere à relação mantida entre profissional e cliente, os advogados responderam que, de modo geral, o cliente era um como outro qualquer, não havendo nada de especial nas relações entre eles que não houvesse na relação estabelecida com clientes de outros tipos de ações. Houve duas exceções, já contempladas também na questão anterior: profissionais que moveram ações em nome de parentes próximos – esposa e tio. Também cabe ressaltar que os advogados mencionaram que alguns clientes do tipo de ação estudada já fazem parte da clientela normal, que geralmente frequentam os mesmos espaços sociais e são pessoas comumente instruídas e de meios financeiros razoáveis. Todos os advogados foram uníssimos em dizer que não possuíam clientes em situação de pobreza<sup>5</sup> no que se refere às ações estudadas. Curiosamente, um dos profissionais relatou que, de seus clientes em cerca de sete processos da amostra, todos “moravam no Alphaville”, condomínio de luxo bastante conhecido em Campinas. Mais curiosamente ainda, os dados das ações judiciais revelam que os autores de alguns destes casos declararam outra localidade de domicílio nos autos.

<sup>5</sup> O termo pobreza não foi abordado na acepção jurídica do termo, mas sim na acepção sociológica, ou seja, no que se relaciona às noções de escassez de recursos, desigualdade, vulnerabilidade e exclusão social. Os advogados declararam ter consciência do significado de pobreza nessa acepção.



Sobre a questão da relação de cliente ou advogado com organização específica sobre o tema (organizações não governamentais, empresas, etc.) e se isso foi a causa do contato entre ambos a fim de mover a ação, a grande maioria dos advogados respondeu conhecer organizações que atuam na Comarca de Campinas, mas que elas não são a causa do contato com clientes. No entanto, três advogados relataram que é muito frequente que se mantenha contato com determinadas organizações não governamentais que indicam e encaminham clientes aos escritórios. Afirmaram também que isto é regra entre os profissionais com grande volume de ações dessa natureza. Um deles relatou que foi contratado por uma associação sem fins lucrativos para mover esse tipo de ação, sendo os custos dos processos arcados pela própria associação; disse também que alguns dos processos que iniciou como advogado dessa associação fazem parte da amostra estudada.

Já sobre o número de ações dessa natureza movidas por ano dentro e fora da comarca pelos advogados, as respostas foram variadas. Dois terços dos profissionais disseram que essas causas apareciam muito raramente, sendo que o processo constante da amostra era, muitas vezes, o único movido naquele ano. De forma geral esses dois terços disseram mover de um a dois processos do tipo ao ano. Já a outra parte declarou ingressar com uma grande quantidade desses processos todos os anos, seis deles em especial disseram mover entre 15 e 40 ações dessa natureza por ano, enquanto outro profissional disse chegar a 240 ações em um único ano. Vale ressaltar que ficou bem esclarecido aos advogados que a pergunta se tratava apenas de ações movidas contra o Estado (*latu sensu*) em todo território nacional.

Sobre a posição dos advogados com relação ao tema, todos declararam acreditar que a litigância é o único meio eficaz para reivindicar o direito do cliente. Afirmaram que não há possibilidade de conciliação ou mediação com os representantes do poder público e nem é possível lançar mão de instrumentos administrativos para discussão do problema em razão da ausência ou ineficácia desses meios. Também afirmaram categoricamente que a administração pública é falha na gestão dos recursos (fizeram várias menções à corrupção e à procrastinação), bem como que os recursos disponíveis, se bem geridos, seriam suficientes para fazer valer a garantia constitucional à saúde. Os profissionais explicitam com orgulho a importância das suas atuações.



## As organizações não governamentais

Foi possível identificar duas organizações principais que atuam no tema de forma a servir de ponte entre advogado e cliente em parte das ações da amostra. São elas a Associação de Assistência a Portadores de Hepatites e Transplantados Hepáticos do Estado de São Paulo (ONG Saúde em Vida) e a Associação dos Familiares, Amigos e Portadores de Doenças Graves (AFAG). Outras informações, colhidas nos endereços eletrônicos dessas instituições e outros sítios da internet, indicam que pode existir uma relação entre elas e as empresas farmacêuticas, sugerindo uma possível influência dessas organizações na escolha dos médicos pelos pacientes e, conseqüentemente, no tratamento adotado.

A ONG Saúde em Vida foi fundada em 2003 e idealizada para orientar e conscientizar a população sobre as particularidades das hepatites virais. O trabalho da ONG sobre essa enfermidade engloba a divulgação de informação sobre seus efeitos, a sua propagação, os meios e formas de contaminação, as manifestações, os riscos, os métodos de detecção, tratamentos disponíveis, as maneiras de prevenção, as instituições e os profissionais especializados no tratamento da patologia e as possibilidades de recuperação. Com duas unidades na região, uma em Campinas e outra em Limeira, a ONG Saúde em Vida foi fundada por portadores de hepatites e transplantados hepáticos. A ONG declara que promove o intercâmbio de informações com outras entidades para a realização de programas e projetos de interesse social, procurando realizar parcerias com profissionais da área (infeccionista, hematologista ou gastroenterologista) a fim de melhorar a saúde e a qualidade de vida dos pacientes.

Em setembro de 2009, a ONG Saúde em vida inaugurou, em Campinas, a Casa da Hepatite, que realiza exames gratuitos, visando o diagnóstico da doença e o atendimento da população em geral. No local também é oferecido gratuitamente atendimento médico e psicológico, exames laboratoriais, biopsias hepáticas e serviços de enfermagem. Também há notícias que fazem referência ao fato de que na Casa da Hepatite houve a implantação do Centro de Aplicação do *Interferon*<sup>6</sup> (medicamento usado para o combate de doenças virais, como a hepatite C), além de realizadas palestras sobre hepatites e reuniões com

---

<sup>6</sup> De acordo com a ANVISA, o Interferon costuma ser indicado para portadores do genótipo 1 da Hepatite Viral que nunca foram tratados e para aqueles que não tiveram sucesso com o tratamento disponível até o momento. Esse novo medicamento deve ser administrado em associação com outros dois medicamentos que já são utilizados no tratamento da Hepatite C, o Boceprevir e a Ribavirina, para que alcance o resultado esperado. Note-se o elevado índice de judicialização do Boceprevir e da Ribavirina nos processos estudados (pag 50 deste trabalho), lembrando-se que o Boceprevir foi incorporado pelo Ministério da Saúde apenas em julho de 2012.



familiares e portadores da doença para a melhoria do convívio social e familiar e para o esclarecimento da população.

De março a outubro de 2009 a ONG Saúde em Vida realizou 27 campanhas educativas e abertas à população, algumas promovidas em lugares públicos e outras em empresas privadas nas cidades da região de Campinas (Piracicaba, Paulínia, Rio Claro, Araras, Limeira, Vinhedo, etc), nas quais foram realizados 5.795 testes de detecção da doença. A ONG também estabeleceu parcerias com o Centro de Oncologia de Campinas a fim de promover campanhas sobre as formas de câncer relacionadas à hepatite. O Centro de Oncologia de Campinas, também conhecida como COC, é uma clínica privada que atende pacientes por meio de pagamento direto e por meio de convênios médicos. A clínica declara abertamente que a parceria com laboratórios é seu ponto forte, sendo que “novos medicamentos lançados no exterior são recebidos quase que imediatamente, garantindo ao paciente medicação de ponta”<sup>7</sup>.

A ONG Saúde em Vida foi apontada pelos advogados como atora no processo de judicialização no Comarca de Campinas na medida em que informa os pacientes sobre a via judicial, indica advogados e até têm sua própria assessoria jurídica para esse fim específico. Como demonstrado, outras informações também indicam que existe uma relação estreita entre a ONG e algumas organizações privadas lucrativas, sugerindo a influência direta de empresas farmacêuticas na sua atuação e orientação dos pacientes, bem como uma possível influencia dessas organizações na escolha dos médicos e no tratamento adotado.

Já a AFAG, Associação dos Familiares, Amigos e Portadores de Doenças Graves, é uma entidade de abrangência nacional, sediada em Campinas e que, desde 2005, declara atuar na defesa dos direitos das pessoas acometidas por doenças raras e graves. A instituição tem como fim levar informação à população sobre doenças graves e raras, promover eventos de conscientização, apoiar outras associações com fins correlatos e ajudar na estruturação de unidades públicas de atendimento, visando com isso diminuir as diferenças e promover a dignidade da pessoa humana<sup>8</sup>. A AFAG mantém relação com dezenas de outras organizações sediadas no Brasil, em países da América Latina e na Europa. Ela foi apresentada pelos advogados como uma das organizações que informa a população sobre o recurso judicial.

<sup>7</sup> <http://www.oncologia.com.br/clinica.php>, acesso em 11 de novembro de 2015.

<sup>8</sup> <http://www.afagbrasil.org.br/afag/>, acesso em 11 de novembro de 2015.



Em consulta ao sítio eletrônico da associação pode-se constatar que a última cartilha lançada teve como título “Saúde ao alcance de todos: faça valer seus direitos”<sup>9</sup>. Elaborada por uma advogada e dirigida aos pacientes, a cartilha tem informações práticas sobre direitos, modelo de requerimento para acesso a dados médicos, sobre a obrigação de fornecimento de tratamentos, exames médicos e insumos pelo SUS, sobre saúde suplementar e planos de saúde, informações sobre isenções e abatimentos tributários, com modelos de pedido de isenção e dedução, e ainda sobre tarifas de transporte público, liberação de abonos salariais, aposentadorias por invalidez, renda mensal vitalícia (benefício de prestação continuada), previdência privada, andamento prioritário de processos judiciais, além de referência completa à legislação que toca todos os assuntos. A cartilha foi elaborada pela advogada Maria Cecília Mazzariol Volpe, que é portadora de câncer no intestino desde 2001. Ela milita em favor da divulgação dos direitos assegurados pela Constituição aos doentes de câncer e outras doenças e mantém relações com várias entidades privadas. A advogada também lançou cartilhas semelhantes junto a várias outras organizações. Por exemplo, uma versão da mesma cartilha lançada pela AFAG também foi lançada junto à clínica ONCOCAMP, clínica particular para tratamento oncológico em Campinas, que faz uso de recursos técnico-científicos atualizados. Outra versão da cartilha também foi lançada em parceria com o Instituto Brasileiro de Controle do Câncer (IBCC), como o título “Câncer: Faça valer seus direitos”<sup>10</sup>, sendo declarado na própria cartilha, pelo IBCC, que o objetivo da publicação é mostrar aos clientes que, além de oferecer profissionais altamente especializados e qualificados no tratamento dos mais diversos tipos de câncer, querem também levar ao conhecimento público informações importantes, como os direitos.

Em entrevista da Advogada dada à Folha de São Paulo em 28 de fevereiro de 2002<sup>11</sup> ela afirma que “é muito importante que as pessoas briguem por aquilo a que têm direito. Não cura, mas colabora muito com o êxito do tratamento”. Ela relata que todos devem ter consciência do direito de ter seu tratamento custeado integralmente pelo Estado e que não se pode esquecer que todos pagam impostos para que isso aconteça. Também declara que autoriza a cópia integral da cartilha aos interessados em distribuir o conteúdo e espera obter o apoio de laboratórios e hospitais.

<sup>9</sup> <http://www.afagbrasil.org.br/wp-content/uploads/2014/03/Cartilha.pdf>, acesso em 11 de novembro de 2015.

<sup>10</sup> <http://www.ibcc.org.br/upload/cartilha/cartilha.pdf>, acesso em 11/11/2015.

<sup>11</sup> <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/equlibrio/eq2802200219.htm>, acesso em 22/11/2015.



## Discussão

Pode-se fazer várias considerações acerca das informações obtidas. A primeira é que fica bastante claro que os advogados têm consciência de que as ações judiciais não são movidas pelos grupos mais vulneráveis da sociedade, ou seja, de que representam indivíduos pertencentes aos setores mais favorecidos nesse tipo de ação. Uma segunda consideração é que existe um grupo de advogados que atua mais fortemente nesse tipo de ação, o que sugere a existência de um nicho de mercado crescente, que conta com a atuação especializada de alguns advogados em ações judiciais dessa natureza.

Uma terceira consideração a ser feita é que as entrevistas realizadas com os advogados põem em causa os aspectos éticos da atuação desses profissionais, na medida em que há pedido dos benefícios da justiça gratuita em todas as ações da amostra, assim como declaração de uma situação financeira que, na maioria das vezes, não é condizente com a real condição do cliente (autor da ação). Também é possível que parte desses advogados tenha utilizado o conceito jurídico de pobreza, que reconhece o fato de que o cliente não tem condições de suportar o pagamento das despesas processuais sem prejuízo do sustento próprio e da família, mesmo na posse de eventuais bens. De todo o modo, é pouco provável que seja este o caso para a totalidade das ações analisadas, já que a obtenção de justiça gratuita fica vinculada apenas à declaração de próprio punho do autor de que não pode arcar com as custas e emolumentos judiciais, declaração essa que é juntada ao processo sem necessidade de comprovação de situação financeira.

Outro aspecto que chama a atenção na atuação dos advogados é que esses profissionais parecem ter uma forte formação voltada para litigância, ou seja, para a resolução de conflitos por meio do processo judicial, ficando evidente a indisposição para adotar qualquer medida alternativa ou predisposição à conciliação e mediação. Esse tipo de comportamento, porém, parece estar na contramão de uma tendência mundial em direção a uma cultura eficaz de solução extrajudicial, de modo a privilegiar a negociação realizada entre as partes antes que o conflito se torne um litígio.

Os resultados evidenciaram também a existência de relações entre os advogados e diversos tipos de organizações, incluindo empresas da indústria farmacêutica, clínicas, médicos e associações sem fins lucrativos. Destaque-se que as clínicas e as empresas farmacêuticas podem desenvolver mecanismos para estimular a orientação dos advogados para a litigância, bem como a divulgação de informações que lhes é mais favorável por meio,



inclusive, das próprias associações sem fins lucrativos. Cabe lembrar que essas relações podem estar envolvidas em um processo bastante lucrativo para o setor privado.

É fato que o mercado de medicamentos e demais produtos e serviços de saúde apresenta grande vulto econômico e o Estado, em função das dimensões do Sistema Único de Saúde (SUS), costuma ser um cliente bastante visado pelas empresas. A Tabela 2, que sintetiza dados fornecidos pela Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo, mostra a existência de um mercado que movimenta, por mês, em razão da judicialização, R\$ 42,7 milhões na compra de medicamentos, materiais, nutrição/dietas e outros itens adquiridos diretamente do setor privado e com poucas possibilidades de negociação, dado que a compra tende a ser feita de forma fragmentada e pressionada pelo tempo. Do total desse gasto estadual, R\$ 21,8 milhões (cerca de 50%) se referem a produtos com vinculação de marca, ou seja, cuja decisão judicial determinou a marca específica do produto. Isso significa que a decisão vincula a administração pública à compra do produto da marca ordenada, sob pena de descumprimento da decisão.

**Tabela 2.** Comparativo de valores gastos (R\$) para atendimentos de demandas judiciais. Itens com vinculação de marca e sem vinculação de marca. Valor estimado mensal.

Categoria	Marca	Sem marca	Total
Medicamentos	2.846.324,16	2.436.618,83	5.282.942,99
Materiais	17.342.938,95	17.175.311,05	34.518.250,00
Nutrição / dietas	1.276.869,37	1.001.860,82	2.278.730,19
Outros itens	321.058,85	321.058,85	642.117,70
Total	21.787.191,33	20.934.849,54	42.722.040, 87

Fonte: Sistema de gerenciamento e controle de demandas judiciais (S-CODES). Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo (SÃO PAULO, 2015). Elaboração própria.

Considerados os possíveis mecanismos articulados pela indústria junto às relações entre clínicas, médicos, advogados e as associações sem fins lucrativos, bem como considerando a orientação dos advogados para o litígio judicial, fica a questão se não se estaria diante da chama “indústria das liminares”. A “indústria das liminares” é o nome dado ao movimento pelo qual o judiciário é usado por empresas privadas como meio para melhor vender seus produtos. Tal indústria não é movimento novo no Brasil e costuma operar por meio da parceria entre médicos, clínicas, hospitais e fornecedores.



Várias notícias têm exposto esse possível problema em todo o Brasil. Por exemplo, o jornal Folha de São Paulo noticiou, em 20 de maio de 2015, que diversas associações têm se dedicado a aumentar a quantidade de remédios oferecidos gratuitamente no SUS, muitas delas com apoio da indústria farmacêutica, por meio da realização de encontros e promoção de eventos na tentativa de influenciar políticos, formadores de opinião, médicos e técnicos do governo (21). O Centro Brasileiro de Estudos em Saúde (CEBES) publicou, em 23 de outubro de 2015, artigo do farmacêutico da Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), Leandro Farias, no qual ele afirma que o judiciário vem assumindo, por meio da judicialização da saúde, uma função para a qual não é capacitado e lança a hipótese da existência de uma máfia no setor da saúde que manipula o judiciário (22). Outra notícia veiculada pela Rede Globo, no dia 4 de janeiro de 2015, denunciou a existência da “máfia das próteses e órteses” no fenômeno da judicialização pública e privada, descrevendo que médicos chegam a ganhar cerca de cem mil reais por mês em esquemas que desviam dinheiro do SUS e encarecem planos de saúde (23).

Destaque-se que a Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) da Câmara dos Deputados que investiga o caso da Máfia das Órteses e Próteses aprovou, no dia 15 de julho de 2015, por unanimidade, o relatório final emitido pelo relator deputado André Fufuca (24). No documento, o relator propõe a tramitação de quatro projetos de lei para coibir as fraudes no mercado de implantes médicos, que foram comprovadas. Os projetos trazem sugestões para modernizar a regulamentação do setor de implantes, barrar práticas comerciais abusivas, tipificar o crime de corrupção privada e dar transparência à relação entre médicos e empresários.

É importante destacar que algumas iniciativas envolvendo o Poder Judiciário têm sido tomadas no período recente em função da quantidade de ações judiciais na área da saúde e da necessidade de conferir maior precisão e rapidez na apreciação dessas ações. A título de exemplo, cabe mencionar as recomendações do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aos Tribunais para adoção de medidas com a finalidade de melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde (25), a instituição do Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde (26) e a implantação de varas especializadas nos Tribunais para processar e julgar ações que tenham por objeto o direito à saúde (27). A aprovação da Lei 12.401/2011 (10), que dispõe sobre a assistência terapêutica e a



incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do SUS, também representa uma tentativa de regulamentar aspectos importantes associados ao fenômeno da judicialização, na medida em que ela define que os protocolos clínicos e as diretrizes terapêuticas devem estabelecer os medicamentos ou produtos necessários nas diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde de que tratam e que, na ausência destes, a dispensação deve ser realizada com base nas relações de medicamentos instituídas pelo gestor federal do SUS e, de forma suplementar, nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores do SUS nos Estados e Municípios. Também é importante mencionar que a referida lei determina que os medicamentos ou produtos de interesse para a saúde devem ser avaliados quanto à sua eficácia, segurança, efetividade e custo-efetividade para as diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde. Outra iniciativa que merece ser destacada é a parceria entre o CNJ e a Comissão Nacional para Incorporação de Tecnologias no SUS (Conitec), que disponibilizou um canal direto para responder a questionamentos dos magistrados sobre a incorporação de medicamentos, produtos ou procedimentos no SUS, além de fichas técnicas com informações simples e claras sobre medicamentos e produtos para a saúde mais demandados, incluindo a disponibilidade no SUS, a avaliação feita pela Conitec, o custo de tratamento, a existência de alternativas no sistema público de saúde e a disponibilidade de protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas para a situação clínica relacionada.

### **Conclusão**

A judicialização da saúde é parte integrante de um fenômeno mais amplo, a judicialização da política, que se refere à busca pela resolução de conflitos por meio do judiciário em áreas cuja atuação é majoritariamente política, tomando por base a constituição. Como a constituição brasileira estabelece que a saúde é direito de todos e dever do Estado e que, além disso, o atendimento integral é uma das diretrizes de organização do SUS, os magistrados tendem a deferir as demandas individuais relacionadas às ações e serviços de saúde, na medida em que o direito à saúde é visto como prioritário em relação à disponibilidade de recursos.

Este estudo, por meio da diversidade da natureza dos elementos considerados e analisados, sugere a existência de uma realidade geralmente ignorada ao nível dos “autos processuais” nos tribunais. Enquanto muitas instituições vinculadas ao Poder Judiciário e ao Ministério da Saúde divulgam uma série de recomendações quanto à complexidade do tema



no que tange à judicialização da saúde pública, o judiciário acaba por ignorar muitas discussões, que nem sempre chegam aos autos.

Em uma realidade local em que o fenômeno da judicialização da saúde pública não contempla os extratos mais baixos da sociedade e é permeado por relações duvidosas e pouco transparentes entre seus atores, os magistrados e demais operadores do direito ainda se mantem exógenos à realidade fática, que vai muito além de aspectos eminentemente jurídicos. Esta afirmação não busca deslegitimar ou desqualificar a interferência judicial no tema, mas mostrar que o judiciário carece de conhecimento sobre os elementos da realidade em que atua e que, agindo de forma não articulada como os outros membros do poder público, não é capaz de realmente mitigar o problema da saúde pública.

## Referências

1. Jornal do Brasil. Aumento de processos judiciais pode levar setor de saúde ao colapso. Jornal do Brasil. 28 jul 2016 [Acesso em 15 ago 2016]. Disponível em: <http://www.jb.com.br/ciencia-e-tecnologia/noticias/2016/07/28/aumento-de-processos-judiciais-pode-levar-setor-de-saude-ao-colapso/>
2. Yepes RU. A judicialização da política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos. *Sur, Rev. Int. Direitos Humanos*, 2007, 4(6): 52-69.
3. Engelmann F, Cunha Filho MC. Ações judiciais, conteúdos políticos: uma proposta de análise para o caso brasileiro. *Rev. Sociol. Polit.*, 2013, 21(45): 57-72.
4. Chieffi AL, Barata RB. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. *Cad. Saúde Pública*, 2009, 25(8): 1839-1849.
5. Tate N, Vallinder T. *The global expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics*. Nova York; Londres: New York University Press; 1995.
6. 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. *Diário Oficial da União*. Brasília [Acesso em 18 ago 2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm)
7. Brasil. Lei nº 8.142, 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 União. Brasília [Acesso em 18 ago 2016]. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8142.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm)

8. Brasil. Ministério da Saúde. Portaria nº 399, de 22 de fevereiro de 2006. Divulga o Pacto pela Saúde 2006 – Consolidação do SUS e aprova as Diretrizes Operacionais do Referido Pacto. Brasília, 1º set 2006. [Acesso em 18 ago 2016]. Disponível em:  
[http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/prtGM399\\_20060222.pdf](http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/prtGM399_20060222.pdf)

9. Brasil. Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011. Regulamenta a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília [Acesso em 18 ago 2016]. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/decreto/D7508.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/D7508.htm).

10. Brasil. Lei nº 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. Diário Oficial da União. Brasília [Acesso em 18 ago 2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12401.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12401.htm).

11. Pepe VLE, Figueiredo TA, Simas L, Osorio-de-Castro CGS, Ventura M. A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica. *Ciênc. saúde coletiva*, 2010, 15(5): 2405-2414.

12. Brito RJS. A judicialização do direito à saúde: uma revisão bibliográfica da produção científica nacional. [Monografia]. Brasília: Bacharelado em Ciências Sociais, Universidade de Brasília; 2011.

13. Oliveira MRM, Delduque MC, Sousa MF, Mendonça AVM. Judicialização da saúde: para onde caminham as produções científicas? *Saúde Debate*, 2015, 39(105): 525-535.

14. Marques SB, Dallari SG. Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. *Rev. Saúde Pública*, 2007, 41(1): 101-107.

15. Vieira FS. Ações judiciais e direito à saúde: reflexão sobre a observância aos princípios do SUS. *Rev. Saúde Pública*, 2008, 42(2): 365-369.

16. Pinheiro IA, Vieira LJM, Motta PCD. Mandando Montesquieu às favas: o caso do não cumprimento dos preceitos constitucionais de independência dos três poderes da república. *Rev. Adm. Pública*, 2011, 45(6): 1733-1759.

17. Baptista TWF, Machado CV, Lima LD. Responsabilidade do Estado e direito à saúde no Brasil: um balanço da atuação dos Poderes. *Ciênc. saúde coletiva*, 2009, 14(3): 829-839.

18. Franco MGRM, Franco TB. Judicialização da Saúde: incorporação das novas tecnologias em saúde no SUS por meio de decisões judiciais. *Diversitates*, 2013, 5(2): 179-



198.

19. Rosa LC. A judicialização como mecanismo de efetivação individual do direito à saúde pública. [Dissertação]. São Paulo: Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; 2015.

20. Fleury S. A judicialização pode salvar o SUS. *Saúde Debate*, 2012, 36(93): 159-162.

21. Alves G. Com apoio de farmacêuticas, associações pedem mais remédios na lista do SUS. *Folha de S. Paulo*. 20 mai 2015 [Acesso em 8 jan 2016]. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2015/05/1631178-com-apoio-de-farmacenticas-associacoes-pedem-mais-remedios-na-lista-do-sus.shtml>

22. Farias L. A judicialização da saúde e suas aberrações. *Cebes*. 23 out 2015 [Acesso em 8 jan 2016]. Disponível em: <http://cebes.org.br/2015/10/a-judicializacao-da-saude-e-suas-aberracoes/>

23. Globo. Máfia das próteses coloca vidas em risco com cirurgias desnecessárias. *Fantástico*. 4 jan 2015 [Acesso em 8 jan 2016]. Disponível em: <http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2015/01/mafia-das-proteses-coloca-vidas-em-risco-com-cirurgias-desnecessarias.html>

24. Fufuca A. Comissão Parlamentar de Inquérito para investigar a cartelização na fixação de preços e distribuição de órteses e próteses, inclusive, com a criação de artificial direcionamento da demanda e captura dos serviços médicos por interesses privados – Máfia das órteses e próteses no Brasil. [Relatório final de CPI]. Brasília: Câmara dos Deputados; 2015. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1579578>

25. Brasil. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010. Recomenda aos tribunais a adoção de medidas visando melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Brasília, 31 mar 2010. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/files/atos\\_administrativos/recomendao-n31-30-03-2010-presidencia.pdf](http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/recomendao-n31-30-03-2010-presidencia.pdf).

26. Brasil. Conselho Nacional de Justiça. Resolução CNJ nº 107, de 06 de abril de 2010. Institui o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde. Brasília, 7 abr 2010. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/files/atos\\_administrativos/resoluo-n107-06-04-2010-presidencia.pdf](http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/resoluo-n107-06-04-2010-presidencia.pdf)

27. Brasil. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 43, de 20 de agosto de 2013. Recomenda aos Tribunais de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais que promovam a especialização de Varas para processar e julgar ações que tenham por objeto o direito à saúde pública e para priorizar o julgamento dos processos relativos à saúde suplementar. Brasília, 21 ago 2013. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/files/atos\\_administrativos/recomendao-n43-20-08-2013-presidencia.pdf](http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/recomendao-n43-20-08-2013-presidencia.pdf)



---

*Recebido em: 30.ago.2016*  
*Aprovado em: 20.dez.2016*

**Como citar este artigo:**

Silva HP, Pimenta KKP. A atuação de advogados e organizações não governamentais na judicialização da saúde pública no Brasil: a quem será que se destina? *Revista Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*. 2017 jan./mar, 6(1):9-29.



## Análise das demandas judiciais de medicamentos: uma abordagem da realidade do Distrito Federal, Brasil

Analysis of drug lawsuits: an approach to the reality of the Federal District, Brazil

El análisis de los litigios sobre medicamentos: una aproximación a la realidad del Distrito Federal, Brasil

Cosme Santana Cardoso<sup>1</sup>

**RESUMO: Introdução:** As publicações das Políticas Nacionais de Medicamentos e de Assistência Farmacêutica trouxeram muitos avanços e conquistas na área de medicamentos. Apesar dos avanços no acesso aos medicamentos no SUS, tem-se observado uma demanda judicial crescente pelo seu fornecimento. **Objetivo:** O objetivo deste trabalho foi identificar, quantificar e qualificar os medicamentos que foram garantidos mediante ações judiciais no TJDF em 2011, além de verificar se houve a diminuição da quantidade de medicamentos padronizados garantidos em juízo, registrados no sistema de informações judiciais da Procuradoria Geral do Distrito Federal. **Metodologia:** A pesquisa realizada é classificada como documental, descritiva, com coleta retrospectiva de dados, expressada de forma quali-quantitativa. **Resultados:** Dos 250 processos tabulados, 216 foram utilizados para este trabalho. 100% dos processos analisados referiam-se a ações individuais. Dos processos analisados, destaca-se que 246 medicamentos foram judicializados no DF em 2011. A grande maioria dos medicamentos solicitados não constava em nenhuma lista oficial. **Conclusão:** Portanto, fica evidente uma atuação do Judiciário local não condizente com as políticas públicas do SUS.

**Palavras-chave:** Direito a Saúde. Medicamentos. Ações Judiciais. Listas Oficiais.

**ABSTRACT: Introduction:** The National Medicines Policy and the Pharmaceutical Assistance publications brought many advances and achievements in the field of medicines. Therefore advances in access to medicines in to SUS, there has been a lawsuit by increasing its supply. **Objective:** The objective of this study was to identify and quantify the drugs that were secured through litigation in TJDF in 2011, and see if there was a decrease of the amount of standard drugs secured in court, registered in the system of judicial information from the Procuradoria Geral do Distrito Federal. **Results:** The research is classified as documentary, descriptive and retrospective data collection, expressed in a quali-quantitative way. Between 250 cases tabulated, 216 were used for this research. 100% of the cases analyzed refer to individual litigations, where 82.5% of the total were injunctions and coercive actions. **Conclusion:** Of the cases examined, it is noteworthy that 246 medicines were judicialized in DF in 2011. While the large majority of medicines requested was not included in any official list. Therefore, there is clearly a work of the local judiciary is not consistent with the public policy of the SUS.

**Keywords:** Right to Health. Drugs. Lawsuits. Official Lists.

<sup>1</sup> Graduado em Farmácia e Bioquímica pela Universidade Federal da Bahia (UFBA); Servidor Público Federal e Distrital; Especialista em Citologia Clínica-Conselho Federal de Farmácia. Email: cosmesantana@uol.com.br



**RESUMEN: Introducción:** Las publicaciones de Políticas Nacionales de Drogas y Servicios Farmacéuticos trajeron muchos avances y logros en el ámbito de la droga. A pesar de los avances en el acceso a los medicamentos en el SUS, se ha visto una creciente demanda de suministro judicial. **Objetivo:** El objetivo de este estudio fue identificar, cuantificar y cualificar los medicamentos que han sido garantizados por demandas en TJDFT en 2011, y si se ha producido una disminución en la cantidad de los medicamentos estándares garantizados en la corte, grabado en el sistema de información judicial de la Procuraduría General del Distrito Federal. **Metodología:** La investigación se clasifica como un documental, descriptiva, con recogida de datos retrospectiva, expresada en forma cualitativa y cuantitativa. **Resultados:** De los 250 casos, cuadros 216 se utilizaron para este trabajo. 100% de los casos analizados se refirió a las acciones individuales. Los procesos involucrados, se insiste en que las drogas fueron 246 judicializado en la Ciudad de México en 2011. **Conclusión:** La gran mayoría de los medicamentos solicitados no aparecerá en ninguna lista oficial. Por lo tanto, el rendimiento de un poder judicial local no es coherente con la política pública del SUS es evidente.

**Palavras-llave:** Derecho a la salud. Medicamentos. Proceso Judicial.

## Introdução

A saúde é considerada pela Organização Mundial da Saúde (OMS) como o primeiro princípio básico para a felicidade, as relações harmoniosas e a segurança de todas as pessoas (1). A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em seu artigo XXV, item 1, declara que todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe e a sua família saúde e bem-estar, inclusive cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis (2). A Constituição da República de 1988, em seu artigo 6º, positiva em nosso ordenamento jurídico uma nova concepção de direitos pertencentes à coletividade e ligados à justiça distributiva e ao bem-estar social, os direitos sociais. Estes direitos têm o objetivo de promover a justiça social e uma distribuição mais equânime, integral e universal dos recursos econômicos e sociais. Esses direitos continuam a ser garantidos nos artigos 196 a 200, os quais tratam sobre a saúde como direito da cidadania (de todos), a equidade e a integralidade na prestação das ações e serviços de saúde, dentre outros. Além da Constituição Federal, o direito à saúde e, conseqüentemente, o direito à assistência farmacêutica estão positivados em outras normas infralegais.

A Assistência Farmacêutica (AF) é parte integrante das ações de assistência terapêutica integral à saúde e envolve a alocação de volumosos recursos públicos ao setor. O direito à saúde foi regulamentado pela Lei Orgânica da Saúde (Lei 8080/90), que em seu artigo 6º determina, como uma das funções do SUS, a formulação da política de



medicamentos e a responsabilidade pela execução de ações de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica (3).

A AF foi estabelecida como a Política Nacional de Assistência Farmacêutica (PNAF) pela Resolução CNS nº 338, de 6 de maio de 2004 (BRASIL, 2004). Após as publicações das Políticas Nacionais de Medicamentos e de Assistência Farmacêutica houve muitos avanços e conquistas tanto no acesso a medicamentos constantes nas listas oficiais como nos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT). Apesar dos avanços no acesso aos medicamentos no SUS, tem-se observado uma demanda judicial crescente pelo seu fornecimento (4).

O direito à assistência integral farmacêutica implica a responsabilidade compartilhada entre os entes federativos na garantia da equidade no acesso aos medicamentos no SUS, de forma a garantir o acesso igualitário e universal aos medicamentos para a assistência integral à saúde dos cidadãos (4).

Na opinião de Delduque & Marques,

Os cidadãos munidos de prescrições médicas oriundas tanto de serviços públicos quanto privados de saúde, e com base no direito à saúde garantido pelo ordenamento jurídico, vem demandando juridicamente o Estado para que este, representado por seus entes federados, forneça-lhes determinado medicamento (5).

Porém, a garantia do direito à saúde no Brasil é muito complexa, pois requer, dentre outros, gastos elevados e depende de uma política pública. Mas, como fazer para garantir um direito universal e integral para todos, já que a própria OMS considera a saúde como um item essencial para a felicidade?

Diante do exposto, é que surge a problemática em questão: Quais os medicamentos e as respectivas qualidades e quantidades que foram garantidos por meio de decisões judiciais no Distrito Federal no ano de 2011?

Delduque & Marques (5) demonstraram que as ações judiciais que tratavam de medicamentos apontavam para um grande número de provimentos no sentido de garantir produtos que estão nas listas oficiais. Destacaram, ainda, que a totalidade dos processos analisados referia-se a ações individuais e, em sua maioria, tramitavam como ações



cominatórias<sup>2</sup>. Nesse sentido, é importante investigar a realidade atual do DF, pois com a criação do Comitê Executivo da Saúde em 2011 estima-se que esses medicamentos tenham sido, em sua maior parte, não padronizados e os padronizados resolvidos pela via extrajudicial.

Este artigo apresenta os resultados de pesquisa sobre as demandas judiciais de medicamentos no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), no ano de 2011, bem como busca evidenciar quais medicamentos que foram mais garantidos por meio das ações judiciais e sua inserção ou não nas listas oficiais ou PCDT.

## A judicialização do direito à saúde

### Histórico e conceitos

Como destacam Vianna *et al* (7), o termo judicialização pode ser utilizado para descrever o alargamento das relações sociais como objetos do direito, passíveis de serem trazidas à discussão jurídica e, também, judicial. Apontam os autores que as transformações trazidas pela Constituição Federal de 1988 no Brasil alargam as possibilidades de ações junto ao Poder Judiciário, e assim este Poder vem decidindo crescentemente sobre os mais diversos temas sociais, políticos e também econômicos, que passam a ser abrigados pelo direito. Dentre estes temas, encontra-se a saúde.

A origem da judicialização da saúde ainda é duvidosa no Brasil, além da amplitude e diversificação das demandas nos tribunais. Essa dúvida decorre da “ausência de estudos sistemáticos e comparativos” e da dimensão da “judicialização e seus diferentes níveis de expressão nas cortes” (7).

A judicialização da saúde iniciou-se com a busca pelos medicamentos antirretrovirais, para a defesa do vírus da imunodeficiência adquirida - HIV. Observou-se ainda que as prescrições continham tanto medicamentos incorporados como não incorporados pela Assistência Farmacêutica (AF) do SUS, além do aumento exponencial das ações judiciais e dos gastos com medicamentos (8).

---

<sup>2</sup> Ações cominatórias são aquelas ações propostas para se obter, judicialmente, o bem da vida pleiteado no caso concreto, podendo ser solicitado ao juiz que fixe multa, a qual poderá ser diária, para ser paga pelo réu enquanto não cumprir a obrigação de fazer.



Por conta desses fatos, houve uma preocupação do Poder Judiciário, representado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), o qual designou a Audiência Pública nº 04 com o intuito de reunir representantes técnicos e jurídicos vinculados à saúde pública para discussão do tema. Dessa audiência, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Recomendação nº 31/2010, com informações para garantir mais eficiência na solução das demandas judiciais relativas à saúde (9).

O CNJ editou, então, a Resolução nº 107/2010, instituindo no seu âmbito o Fórum Nacional para o monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde, denominado Fórum Nacional Judiciário da Saúde, constituído pelos Comitês Executivos Estaduais com a finalidade de coordenação e execução de ações específicas consideradas relevantes.

Atendendo à determinação da Resolução 107/2010, do CNJ, foi criado em 2011 o Comitê Executivo Distrital da Saúde. Dentre as funções deste Comitê estão a monitoração das ações judiciais que envolvam a garantia do acesso à saúde, como o fornecimento de medicamentos, no âmbito do DF (9).

Nesse sentido, espera-se que o fenômeno da judicialização seja minimizado com a criação desses Comitês Executivos da Saúde, assegurando, com isso, a dignidade humana e o direito social à saúde constitucionalmente garantidos.

### **O direito à saúde na Constituição Federal e nas normas infraconstitucionais**

As Constituições brasileiras anteriores a de 1988 tratavam a saúde vinculada ao mundo do trabalho, reduzindo-a ao conceito de assistência sanitária, hospitalar e médico-preventiva.

A Constituição atual estabeleceu uma quebra de paradigma, ao estabelecer, no artigo 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, e a promoção do bem de todos, no artigo 3º, inciso IV, como um de seus objetivos (10). Esses foram os grandes impulsionadores do direito à saúde no Brasil.

A saúde está inserida no rol dos direitos sociais constantes no artigo 6º e tratada como direito de todos e dever do Estado, no artigo 196 da Carta Magna. Já o artigo 197 declara que as ações e serviços de saúde são de relevância pública, que nada mais é do que a realização dos objetivos e fundamentos da República Federativa do Brasil - artigos 1º e 2º



(10). Dessa maneira, um serviço público relevante em confronto com outro que não tenha essa qualificação, o administrador público deverá privilegiar a saúde, como por exemplo, na garantia de um determinado medicamento essencial a uma vida digna e saudável.

O artigo 198 da Constituição Pátria afirma que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, organizada segundo as diretrizes da descentralização, da integralidade da assistência e da participação da comunidade. As atribuições dessa rede, denominada Sistema Único de Saúde (SUS), estão enumeradas no artigo 200 (10).

Para consolidar esse direito e para organizar todo o Sistema de Saúde foi promulgada a Lei Orgânica da Saúde. As autoras, Delduque & Marques (5), citam que para materializar e organizar o SUS no Brasil foram promulgadas as Leis 8080/1990 e 8142/1990. A Lei 8080/1990, em seu artigo 6º, inciso I, alínea d, estabelece que um dos campos de atuação do SUS é a execução de ações de “assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica”. Em seu artigo 7º estabelece que a assistência à saúde deve ser prestada de forma integral, universal e igual (3).

Com o objetivo de enfrentar os gargalos e produzir inovações na organização e nos processos de gestão do sistema, foi implementado o Pacto pela Saúde 2006, aprovado pela Portaria GM/MS nº 399/2006, nas suas três dimensões: Pacto pela Vida, em Defesa do SUS e de Gestão. Dentro do Pacto de Gestão existe o Bloco de Financiamento da Assistência Farmacêutica, segundo o qual a Assistência Farmacêutica será financiada pelos três gestores do SUS (11).

A Lei 12401/2011, que alterou a Lei 8080/1990, declara em seu Título II, no Capítulo VIII, o qual trata sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do SUS, que a assistência terapêutica integral a que se refere a alínea d, inciso I, art. 6º da Lei 8080/1990, consiste em dispensar as prescrições dos medicamentos e dos produtos de interesse à saúde que estejam em conformidade com os PCDT e, na ausência destes, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores federal, estaduais, distrital e municipais (12). Essa Lei aumentará o acesso da população a medicamentos e procedimentos relacionados à saúde; inclusive os casos demandados por decisão judicial. Com isso, o Judiciário contará com parâmetros mais precisos para subsidiar as suas ações na área de saúde.



O Decreto 7508/2011, que regulamentou a Lei 8080/90, visa dar mais transparência a essa estrutura, com a finalidade de garantir maior segurança jurídica na fixação das responsabilidades dos entes federativos. A regulamentação contribuirá, também, para um melhor esclarecimento do Ministério Público e do Poder Judiciário a respeito das responsabilidades - competências e atribuições - dos entes federados nas redes de atenção à saúde. Além disso, preconiza em seu artigo 28 que o acesso à assistência farmacêutica deve ser universal e igualitário (13).

Nesse diapasão, após mais de uma década de luta, é finalmente sancionada a lei que regulamenta os gastos com saúde. A Emenda Constitucional 29/2000 (EC 29/2000), que obriga os governos federal, estadual e municipal a aplicarem percentuais mínimos na área da saúde, foi regulamentada por meio da Lei Complementar 141/2012. Essa Lei regulamenta o § 3º do art. 198 da CF para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pelos entes federados em ações e serviços públicos de saúde (14).

Dentro desse conjunto de normas temos ainda a Política Nacional de Medicamentos (PNM), aprovada pela Comissão Intergestores Tripartite e pelo Conselho Nacional de Saúde, constante na Portaria GM/MS 3916/1998, como parte fundamental da Política Nacional de Saúde, com o propósito de “garantir a necessária segurança, eficácia e qualidade destes produtos, a promoção do uso racional e o acesso da população àqueles considerados essenciais”. Entre as suas principais diretrizes estão o estabelecimento da relação de medicamentos essenciais e a reorientação da assistência farmacêutica (15).

A Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Rename), aprovada pela Portaria GM/MS 507/1999, é uma publicação do Ministério da Saúde, a qual consta os medicamentos para o controle das principais doenças que acometem o povo brasileiro. Essa Relação tem o papel de racionalizar a saúde pública no Brasil e serve de base para os estados e municípios elaborarem suas listas de assistência farmacêutica básica (11).

Os PCDT são oficializados por meio da edição de Portarias pelo Ministério da Saúde, após serem submetidos à consulta pública antes de serem publicados oficialmente (16). São desenvolvidos com base em evidência científica; estabelecem critérios de diagnóstico, tratamento e monitoramento clínico de agravos à saúde com a finalidade de nortear uma assistência médica e farmacêutica efetiva e de qualidade. Isso permite que os PCDT sejam



um instrumento na gestão pública para a aquisição e dispensação de medicamentos em todos os níveis de assistência farmacêutica (17).

Para Marques (16), a PNM e os PCDT, resumem as decisões coletivas que o Estado deve tomar em relação à assistência farmacêutica visando a garantia do direito social à assistência farmacêutica.

A Lei Orgânica do Distrito Federal, de 1993, em seu artigo 3º, trata a saúde como um dos seus objetivos prioritários. O artigo 207, inciso XXIV, declara que é competência do SUS no DF “prestar assistência farmacêutica e garantir o acesso da população aos medicamentos necessários à recuperação de sua saúde” (18).

Observa-se, com isso, que com a promulgação da Constituição Federal de 1988, surgiram inúmeras iniciativas legais que contribuíram para viabilizar o pleno direito à saúde no Brasil.

### **O Poder Judiciário e a garantia do acesso a medicamentos no Distrito Federal**

Há um crescente aumento dos gastos com saúde desde a criação do SUS (19). Os gastos com medicamentos são um bom exemplo disso, no sentido de que o Estado é pressionado a garantir à população, além dos medicamentos constantes das listas oficiais, aqueles de uso continuado e de alto custo (20). Isso resulta na realocação de verbas públicas para garantir um interesse individual em detrimento da coletividade, haja vista o orçamento já ser escasso.

Para Romero (21), “as políticas de medicamentos e de assistência farmacêutica do País passaram por significativas mudanças na segunda metade da década de 1990”. Isso pode ser verificado pelo grande número de normas que surgiram no sentido de regulamentar o setor nesse período.

A judicialização da Política de Assistência Farmacêutica tem ganhado “importância teórica e prática, face ao crescimento exponencial das ações que demandam medicamentos para o Estado por meio do Judiciário” (5).

Segundo Santana (20), as ações judiciais para aquisição de medicamentos elevam os gastos dos estados com saúde a cada ano. Essa situação também é convvida pelo DF, cujo movimento tem crescido muito rápido nos últimos anos.



Essa problemática tem encontrado no DF um local propício para o crescimento do movimento da judicialização das políticas de saúde, cujos litígios saem das salas dos gestores públicos para os gabinetes dos juízes (20). Apesar de encontrarmos um sistema de saúde relativamente bem estruturado, porém mal administrado (21). Isto fica bem evidente nos noticiários locais e nacionais a respeito da qualidade da prestação da saúde pública no DF.

Inicialmente, o DF demonstrava pouca disposição em atender às demandas relativas à saúde, além de tentar extinguir os processos sem apreciar o mérito. Porém, tais estratégias não funcionaram, pois foram sempre rejeitadas pelo TJDF. Daí o DF passou a tomar as suas decisões embasadas nos méritos das demandas e de acordo com o caso concretamente julgado pela justiça (20).

Santana (20) acrescenta ainda que as demandas judiciais por medicamentos no DF são levadas ao Judiciário pelos cidadãos ou pelo Ministério Público (MP) que buscam garantir o direito à saúde e à vida, e pela Administração Pública em sua defesa própria. O autor relata que para o Judiciário local a padronização de medicamentos e a adoção de protocolos clínicos é “exigência de índole meramente administrativa” (20), prevalecendo o receituário médico.

A judicialização da saúde no DF, que começou com a garantia do acesso dos pacientes aidéticos aos antirretrovirais, aumentou e alcançou um número diversificado de medicamentos.

Dentro desse contexto, foi realizada uma pesquisa descritiva, documental, expressada de forma quali-quantitativa, com levantamento de dados judiciais sobre medicamentos.

A finalidade deste trabalho é identificar, qualificar e quantificar os medicamentos que foram garantidos mediante ações judiciais no Distrito Federal em 2011, além de verificar se houve a diminuição de medicamentos padronizados garantidos em juízo e, bem como, tentar chegar a possíveis conclusões.



## Metodologia

Tratou-se de uma pesquisa descritiva, documental com coleta retrospectiva de dados judiciais sobre medicamentos na Procuradoria Geral do Distrito Federal, no ano de 2011, expressada de forma quantitativa, mas que se utilizou também de análise qualitativa.

As variáveis consideradas no estudo foram quantidades de medicamentos e medicamentos garantidos, tipos de ações judiciais, listas de medicamentos oficiais e Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas.

Os dados foram obtidos a partir do banco de dados do sistema de informações judiciais da Procuradoria de Meio Ambiente, Saúde e Patrimônio Urbanístico (PROMAI), especializada em atendimento das ações relacionadas à saúde, da Procuradoria Geral do Distrito Federal (PGDF), no mês de setembro de 2012. Destaca-se que o banco de dados consultado não é de acesso público. Esses dados foram fornecidos diretamente pela instituição, após solicitação junto à PROMAI, já em formato de planilha excel, onde se filtrou as ações relacionadas a medicamentos do ano de 2011, após serem sistematizados utilizando a palavra-chave “medicamento” e o campo filtrado “assunto”. O número total de ações obtidas após a filtragem foi 250.

Para os processos constantes na planilha que não continham o nome do medicamento no campo assunto foi realizada uma busca no site do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) utilizando como critério os números dos respectivos processos, com o objetivo de localizar os nomes dos medicamentos.

Foi acessado o portal do TJDFT, no Link “consultas”, na 1ª e na 2ª Instâncias utilizou-se como tipo de pesquisa o número do processo. Nos processos vinculados à 1ª e à 2ª Instâncias, no item “origem”, verificou se constava ou não o nome do medicamento garantido.

Das 250 demandas judiciais analisadas durante o ano de 2011 no DF, 216 foram usadas para o estudo, pois não foi possível identificar o medicamento solicitado nos 34 processos excluídos desta pesquisa.

As informações obtidas foram analisadas estatisticamente e expostas por meio de tabelas excel.



## Resultados e discussão

Dos 250 processos constantes da planilha, 216 (86,4%) foram selecionados para o estudo. Pois, 34 (13,6%) dessas demandas não constavam a identificação do medicamento no campo assunto ou eram outros produtos para saúde que não medicamento ou eram solicitação de procedimento médico.

Salienta-se que 100% dos processos analisados referiam-se a ações individuais, as quais tramitavam, em sua maioria (60,7%), como mandados de segurança e 21,8% como ações cominatórias, resultando em 82,5% do total (tabela 1).

**Tabela 1** - Tipos de ação judicial que demandaram medicamentos no DF em 2011

<i>Ação judicial</i>	<i>Quantidade</i>	<i>Porcentagem</i>
Mandado de segurança	131	60,70%
Ação Cominatória	47	21,80%
Obrigação de fazer	7	3,20%
Agravo de instrumento	6	2,80%
Procedimento ordinário	5	2,30%
Ação ordinária	4	1,80%
Outros	16	7,40%
Total	216	100,00%

Fonte: Sistema de informa es judiciais da PGDF sobre processos relacionados a medicamentos julgados no DF em 2011

Em estudo semelhante, no que se referem aos tipos de a es judiciais no DF, Delduque e Marques (5) encontraram resultado id ntico em rela o  s a es individuais e verificaram, ainda, que a maioria (97,7%) dessas a es tramitava como a es comin rias. O presente trabalho mostra que em rela o   natureza da a o, ainda h  a predomin ncia das a es comin rias – sobretudo os mandados de seguran a – que perfazem 82,5% do total de a es. Esses resultados s o semelhantes aos encontrados por Romero em 2008 e 2010, em que predominaram as a es comin rias e os mandados de seguran a com 57% do total e 60%, respectivamente.

Observa-se que as a es que demandam medicamentos no DF ainda continuam a ser solicita es individuais, pois n o se evidenciou nenhuma a o coletiva relacionada a medicamentos. Dado semelhante ao encontrado por Delduque & Marques (5), onde 100% das a es estudadas foram demandadas de maneira isolada.



É importante salientar que no DF a demanda por medicamentos é proporcionalmente menos importante do que demonstra a literatura brasileira em que aparece como bem mais judicializado. No período de 2005 a 2010, o fornecimento de medicamentos foi garantido, pelo Judiciário local, em apenas 16% das ações analisadas (7).

Do total de processos analisados, destaca-se que 246 medicamentos foram judicializados no DF em 2011, em uma média de 1,14 por ação judicial. Enquanto que Delduque & Marques (5) encontraram uma média de 2,63 medicamentos por ação judicial, média semelhante a encontrada no Rio de Janeiro por Pepe *et. al* (8), os quais evidenciaram que naquele Estado existe uma média de 3,25 medicamentos solicitados por ação. Isso demonstra que a quantidade de medicamento solicitado por ação individual vem em uma tendência decrescente.

Os medicamentos mais judicializados segundo o seu princípio ativo foram: Fator VIII concentrado - 14 (5,7 %), Fator VIII recombinante - 12 (4,9 %); Palivizumabe - 6 (2,4 %); Sorafenib - 6 (2,4 %); Aripiprazol, Bortezomibe, Fulvestranto, Temozolomida e Pregabalina cada um com 5 (2,0 %) (tabela 2).

Esses resultados são contrários aos achados por Delduque & Marques (2011), com exceção do Aripiprazol, cujos medicamentos mais demandados em juízo foram, na seguinte ordem de aparição: Zyprexa (Olanzapina), AAS - Ácido Acetil Salicílico, Humira (Adalimumabe), Rivotril (Clonazepam), Aripiprazol (Aripiprazol), Azopt (Brinzolamina) e Captopril (Captopril). Inclusive quanto ao uso desses medicamentos, em que, na sua maioria, eram psicotrópicos, diferentemente dos encontrados no presente trabalho em que a maioria dos medicamentos era para uso antineoplásico (Sorafenib, Bortezomibe, Fulvestranto, Temozolomida, Cetuximabe e Rituximabe).

**Tabela 2** – Medicamentos mais judicializados no DF em 2011

<i>Medicamento</i>	<i>Frequência</i>	<i>Lista Oficial ou Protocolo Clínico Oficial</i>
Fator VIII	14	sim
Fator VIII recombinante	12	não
Palivizumabe	6	não
Sorafenibe	6	não
Aripiprazol	5	não
Bortezomibe	5	não
Fulvestranto	5	não
Pregabalina	5	não
Temozolomida	5	não
Cetuximabe	4	não
Globulina antitimócito	4	sim
Itraconazol	4	sim
Rituximabe	4	não
Duloxetina	4	não

Fonte: Sistema de informações judiciais da PGDF sobre processos relacionados a medicamentos julgados no DF em 2011

Destaca-se, ainda, que entre os medicamentos mais judicializados, quase todos possuíam registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária/Ministério da Saúde, com exceção do Cetuximabe, antineoplásico, que ainda não possuía registro em 2011.

Dentre os 246 medicamentos identificados nas ações judiciais, apenas 53 (21,5%) constavam na RENAME e 69 (28,0%) estavam presentes na REME-DF. Enquanto que a maioria dos medicamentos solicitados não constava em nenhuma lista oficial. Dos medicamentos não presentes nas listas oficiais e PCDT, o Fator VIII recombinante, usado na prevenção e controle da hemorragia em pacientes com deficiência congênita do fator VIII (Hemofilia A), foi solicitado com maior frequência (12 solicitações). Esses dados demonstram que houve uma melhor padronização dos medicamentos no DF, haja vista que os medicamentos atualmente garantidos nas ações iniciais são não padronizados.

**Tabela 3** – Medicamentos que constam ou não em Listas Oficiais ou Protocolos Clínicos

<i>Lista Oficial ou Protocolo Clínico Oficial</i>	<i>Quantidade de processos que continham medicamentos na lista oficial ou protocolo clínico oficial</i>	<i>Quantidade de medicamentos</i>
RENAME	50	53
REME-DF	59	69
PCDT	31	31
RENAME/REME-DF/PCDT	05	05
Não constam na RENAME	166	193
Não constam na REME-DF	157	177

Fonte: Sistema de informações judiciais da PGDF sobre processos relacionados a medicamentos julgados no DF em 2011

Delduque & Marques (5) observaram que ao menos um medicamento solicitado na petição inicial estava incluso em alguma lista oficial do SUS ou PCDT, e que as peças processuais constavam medicamentos ausentes e medicamentos constantes dessas listas oficiais e PCDT. No entanto, constataram que apenas 37,5% dos medicamentos identificados não pertenciam a REME/DF. Esses dados não apresentam semelhança aos encontrados pelo presente trabalho, o qual observou que dos 216 processos analisados, 98 (45,4%) destes contemplavam pelo menos um medicamento que constava em uma lista oficial ou no PCDT, e 59 (27,3%) dos processos analisados continham medicamentos os quais constavam na REME-DF, e não a maioria, conforme tabela 3.

Em relação à inserção do medicamento nos PCDT do Ministério da Saúde, foi constatado que apenas 45 medicamentos solicitados constavam nesses Protocolos (5). No presente trabalho encontramos resultado semelhante, onde 31 medicamentos demandados faziam parte dos PCDT, apesar de mostrar uma tendência também decrescente.

Ressalta-se, ainda, que entre os 216 processos analisados, foram encontrados 118 processos (54,6%) em que os medicamentos solicitados não constavam em ao menos uma lista oficial ou PCDT; 98 processos (45,4%) em que pelo menos um medicamento solicitado constava em alguma lista oficial ou PCDT; 21 processos (9,7%) contemplavam mais de um medicamento.

Somente 5 (2 %) do total de medicamentos constantes nos processos analisados estavam contemplados ao mesmo tempo na RENAME, REME-DF e PCDT (tabela 3). Sendo que esses medicamentos se referiam somente a três princípios ativos diferentes:



Carbamazepina (1), Valproato de sódio (3) e Metformina (1). 193 não constavam na RENAME e 177 na REME-DF.

Do total de medicamentos analisados, 111 (45,1%) estavam contemplados em ao menos uma lista oficial (RENAME, REME-DF) ou PCDT. Enquanto que 135 (54,9%) não estavam contemplados em nenhuma lista oficial ou protocolo clínico. Esses dados apresentam uma tendência de inversão aos achados por Delduque & Marques (2011), que do total de 229 medicamentos analisados, encontraram que 37,7% não se enquadram em nenhuma lista oficial ou PCDT, ao passo que 62,3% se enquadram em uma ou outra lista, ou nas duas.

Além disso, na planilha fornecida pela PGDF, alguns medicamentos não constavam a informação de concentração ou forma de apresentação, o que pode acarretar em viés de análise, pois, a depender dessas informações, alguns medicamentos que não se enquadraram nas listas oficiais nem nos PCDT, poderiam vir a ser contabilizados como sendo contemplados em alguma lista oficial ou PCDT.

## Conclusões

De acordo com os resultados obtidos foi possível observar que houve uma diminuição considerável dos medicamentos padronizados garantidos em juízo. A realidade atual do DF demonstra que com a criação do Comitê Executivo da Saúde em 2011 a garantia desses medicamentos tenha sido, em sua maior parte, resolvida pela via extrajudicial. Isso pode ter refletido no grande número de medicamentos não constantes das listas oficiais nem dos PCDT garantidos nas ações iniciais em 2011 pelo Judiciário local.

Ao se analisarem as variáveis estudadas isoladamente, observou-se que em relação à natureza da ação ainda há a predominância das ações cominatórias, principalmente os mandados de segurança – que constituíram 82,5% do total das ações garantidas. Dentro dos resultados obtidos, o grupo de processos estudados demonstrou que esses tipos de ações continuam predominando em todos os estudos realizados até o presente momento.

Pôde-se notar que tanto neste trabalho como nos outros analisados a justiça no DF ainda continua deliberando ações individuais relacionadas aos medicamentos. Haja vista a ausência de ação coletiva requerendo este tipo de bem, em detrimento das ações individuais que totalizaram 100% dos processos analisados.



Apesar da totalidade das decisões serem baseadas em ações individuais, o presente trabalho demonstra que a quantidade de medicamento solicitado por ação isolada vem em uma tendência decrescente a cada ano, já que a média de medicamentos solicitados por ação foi de 1,14, Delduque & Marques (2011) encontraram uma média de 2,63 e no Rio de Janeiro, Pepe *et al* (2010b), evidenciaram uma média de 3,25.

Na variável medicamentos mais garantidos, o Fator VIII concentrado, usado principalmente para terapia de reposição no tratamento da Hemofilia A e no controle clínico da doença de von Willebrand, foi o que apresentou maior frequência (5,7%). Dentre os não padronizados, o Fator VIII recombinante apareceu em 12 solicitações (4,9%). Demonstrando que pode ter havido falha na quantidade adquirida ou na programação das compras daquele medicamento, já que ele é padronizado. Além disso, como a maioria dos medicamentos mais judicializados não constavam nas listas oficiais, isso refletirá na política pública elaborada para o setor, pois como sabemos, os recursos são escassos para suprir demandas individuais não constantes em tais políticas, prejudicando, com isso, a prestação do serviço à coletividade.

Em relação aos medicamentos que constam ou não em Listas Oficiais ou Protocolos Clínicos, apenas 53 (21,5%) constavam na RENAME, 69 (28,0%) estavam presentes na REME-DF e 31 (12,6%) nos PCDT. Esses dados demonstram que houve uma melhor padronização dos medicamentos no DF, apesar do mais garantido pelo Poder Judiciário em 2011 ser um medicamento padronizado (o fator VIII concentrado). Haja vista que a grande maioria dos medicamentos atualmente garantidos nas ações iniciais são não padronizados.

Observou-se também que dos 216 processos analisados, 98 (45,4%) destes contemplavam pelo menos um medicamento que constava em uma lista oficial ou no PCDT, e 59 (27,3%) dos processos analisados continham medicamentos os quais constavam na REME-DF. Foram encontrados ainda 118 processos (54,6%) onde os medicamentos solicitados não constavam em ao menos uma lista oficial ou PCDT e, apenas, 21 processos (9,7%) contemplavam mais de um medicamento.

Destaca-se ainda que apenas 3 princípios ativos faziam parte dos 5 medicamentos analisados nas petições iniciais contemplados ao mesmo tempo na RENAME, REME-DF e PCDT: Carbamazepina (1), Valproato de sódio (3) e Metformina (1). E 193 não constavam na RENAME e 177 na REME-DF. Isso corrobora com a constatação anterior de que houve



uma melhoria no processo de padronização dos medicamentos no DF, devido ao grande número de medicamentos não padronizados atualmente garantidos nas ações iniciais.

O presente estudo demonstrou que a maioria dos medicamentos garantidos foram não padronizados, ou seja, não constavam nas listas oficiais do Ministério da Saúde nem do DF nem nos PCDT, deduzindo, talvez, uma melhoria na padronização e programação das compras desses produtos por parte da Secretaria de Saúde do DF e uma atuação mais efetiva do Comitê Distrital da Saúde, pois essas garantias podem ter sido resolvidas extrajudicialmente.

Percebe-se também que as demandas judiciais por medicamentos no Distrito Federal predominaram aqueles não constantes nas relações oficiais. Portanto, fica evidente uma atuação do Judiciário local não condizente com as políticas públicas do SUS.

Nesse sentido, os resultados encontrados para a judicialização dos medicamentos no DF, nas variáveis analisadas, mostraram que é necessário alertar os profissionais de saúde prescritores para o grande número de medicamentos não padronizados que são garantidos judicialmente, adotando-se, se possível, medicamentos e formas de tratamentos mais específicas constantes das listas oficiais ou, então, incluindo esses medicamentos nas listas oficiais, como a REME-DF. Mostram ainda que há a necessidade de sensibilização do Poder Público para a padronização daqueles medicamentos mais judicializados e que contribuam para a coletividade, já que as decisões judiciais que garantem medicamentos no DF vêm de encontro às diretrizes do SUS.

## Referências

- 1 Organização Mundial de Saúde-OMS. Constitution of the World Health Organization by 22 July 1946. Disponível na internet na URL: <http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/EN/constitution-en.pdf>. [Acesso em 29.nov.2016].
2. Organização das Nações Unidas. The Universal Declaration of Human Rights by 10 December 1948. Disponível na internet na URL: <http://www.un.org/en/documents/udhr/index.shtml#atop>. [Acesso em 29.nov.2012].
3. Brasil Lei federal nº 8080 de 19 de setembro de 1990. Disponível na internet na URL: <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/lei8080.pdf>. [Acesso em 8.set.2012].
4. Brasil. Conselho Nacional de Saúde. Resolução nº 338 de 6 de maio de 2004. Aprova a Política Nacional de Assistência Farmacêutica. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Seção 1, n. 96, 20 de maio de 2004. Brasília: Ministério da Saúde, 2004



- 5 Delduque, M C.; Marques, Silvia B. A judicialização da política de assistência farmacêutica no Distrito Federal: diálogos entre a política e o direito. *Revista Tempus - Actas de Saúde Coletiva*, Brasília, v. 5, n. 4, 2011, p. 98.
6. Vianna, L W *et al.* A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: REVAN, 1999.
7. Penalva, J *et al.* Judicialização do direito à saúde: o caso do Distrito Federal. Belo Horizonte: Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 8.2011.
8. Pepe, V L.E *et al.* A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, 15: 2405-2414, 2010a.
9. Conselho Nacional de Justiça. Disponível na internet na URL: <http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/20194-comite-de-saude-discute-temas-relevantes-sobre-saude-publica-no-df> [ Acesso em 20.set.2012].
10. Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 8 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 2011.
11. Brasil. Ministério da Saúde. Portaria GM/MS nº 507 de 27 de abril de 1999. Publica a revisão da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais, que acompanha esta portaria. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 27 abril 1999. Poder Executivo. Seção I.
12. Brasil. Lei federal nº 12401 de 28 de abril de 2011. Disponível na internet na URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/Lei/L12401.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/Lei/L12401.htm). [ Acesso em 8.out.2012).
13. Brasil. Decreto nº 7508 de 28 de junho de 2011. Disponível na internet na URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/decreto/D7508.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/decreto/D7508.htm). [ Acesso em 8.out.2012).
14. Brasil. Lei complementar nº 141 de 13 de janeiro de 2012. Disponível na internet na URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp141.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp141.htm). [Acesso em 8. out.2012].
15. Brasil. Ministério da Saúde. Portaria nº 3916 de 10 de novembro de 1998. Aprova a Política Nacional de Medicamentos. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 10 nov 1998. Poder Executivo. Seção I.
16. Marques, SB. A relação do sistema jurídico e do sistema político na garantia do direito social à assistência farmacêutica: o caso do Estado de São Paulo São Paulo. São Paulo: Dissertação de Mestrado - USP, Faculdade de Saúde Pública, 2005.
17. Brasil Ministério da Saúde. Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas. Série A. Normas e Manuais Técnicos. Brasília - DF, 2010.
18. Distrito Federal. Lei Orgânica do Distrito Federal de 8 de junho de 1993. Disponível na internet na URL: [http://aespdf.org/DF\\_Lei\\_Organica.pdf](http://aespdf.org/DF_Lei_Organica.pdf). [ Acesso em 8.set.2012].
19. Barbosa, S. Financiamento da saúde: ferramenta de concretização do direito à saúde. *In: O direito achado na rua: introdução crítica ao direito à saúde*, Costa, Alexandre Bernardino *et al.* (Org.), Brasília: CEAD/UnB, 2008, p. 281-289.



20. Santana, R N. A saúde aos cuidados do Judiciário: a judicialização das políticas públicas de assistência farmacêutica no Distrito Federal a partir da jurisprudência do TJDF. Brasília: Dissertação de Mestrado - UnB, Faculdade de Direito, 2009.

21. Romero, LC. Judicialização das políticas de assistência farmacêutica: o caso do Distrito Federal. Consultoria Legislativa do Senado Federal. Brasília, 2008.

---

*Recebido em: 28.mar.2017*  
*Aprovado em: 29.mar.2017*

**Como citar este artigo:**

Cardoso CS. Análise das demandas judiciais de medicamentos: uma abordagem da realidade do Distrito Federal, Brasil. *Revista Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*. 2017 jan./mar, 6(1):228-246.



## Resenha

### Ampliando os horizontes do Direito da Saúde<sup>1</sup>

Broadening the horizons of Health Law

La ampliación de los horizontes de la Ley de Salud

Lourdes Lemos Almeida<sup>2</sup>

O livro que ora se resenha, resulta da homenagem do conjunto de associados do Centro de Direito Biomédico ao Professor Doutor Guilherme de Oliveira, a fim de para além de render a justa homenagem, fazer uma cartografia do direito da saúde no vasto espaço da língua lusófona.

A coletânea congrega capítulos ricos em doutrina para o direito da saúde, a começar pela visão epistemológica da área do conhecimento, que acaba por encontrar uma vasta terminologia para a definição do tema em estudo.

Para isso, o texto da lavra de João Carlos Loureiro aborda as diferentes concepções, em língua portuguesa, do objeto de estudos: direito médico, direito biomédico, direito da (bio) medicina, direito sanitário, direito da saúde, biodireito, direito da bioética e direito da vida, e ainda considera o direito da farmácia, do medicamento, direito veterinário e direito da enfermagem.

Inicia sua dissertação citando o caso dos Países Baixos em que o direito da saúde firmou tradição desde os anos 50 referindo-se ao *Gezondheidsrecht* em um direito autónomo da saúde, bem como a tradição alemã marcada pelo *Arztrecht*, literalmente o direito médico.

A fórmula direito sanitário caiu em desuso em Portugal, mas revela alguma pujança no Brasil, e remete ao direito da política sanitária, tendo a higiene e política sanitária os objetos de estudo, sendo sinónimo de direito da saúde pública.

<sup>1</sup> Loureiro, J.; Pereira, AD; Barbosa, C. Direito da Saúde: estudos em homenagem ao Prof.Dr. Guilherme de Oliveira Coimbra: Almedina, 2016

<sup>2</sup> Mestre em Saúde Coletiva pela Universidade de Brasília. Gerente do Núcleo de Gestão e Planejamento do Conselho Nacional de Secretários de Saúde – Conass. Email: lourdes.almeida@conass.org.br



O direito da medicina poderia ser apresentado como o conjunto de princípios e regras que disciplinam os cuidados da saúde. A par do direito penal e do direito civil, o impacto constitucional em geral e os direitos fundamentais em especial alargaram as áreas de juspublicização.

Já o direito da biomedicina foi cunhado em 2008, por Rüdiger Zuck<sup>3</sup> designando a interpenetração entre a biologia e medicina e, em geral, das ciências da vida, que alteraram a própria prática médica, considerando dimensões holísticas. Trata-se de um território interdisciplinar que articula medicina e biologia, associa medicina humana com os métodos da biologia molecular e da biologia celular.

O direito da saúde, em referência ao pensamento jurídico do Século XIX, encontra-se a definição de polícia sanitária, conformando-se no direito da saúde pública.

E mais ainda, o biodireito e o direito da bioética, além do direito dos cuidados da saúde, o direito da vida, o direito hospitalar, assumindo que a saúde é uma acepção *lata*.

O direito da saúde é um direito jovem, misto e autônomo, um direito de bens, posições jurídica e de relações.

No texto de autoria de Fernando Gomes, a deontologia e a bioética dialogam em uma construção dialética, assumindo que o termo bioética foi utilizado pela primeira vez pelo pastor protestante alemão Paul Max Fritz Jahr, em 1927, em um artigo que tratava do relacionamento ético entre homem, os animais e as plantas, ou seja, o relacionamento ético entre as formas de vida.

O capítulo “*The research methodology in Health Law*”, de Delduque, MC e Alves, SM, discute sobre o alargamento da pesquisa em direito da saúde, para além da pesquisa jurisprudencial, doutrinária e jurídico-formais posto que está envolto com questões médica, biológicas, políticas, sociais, econômicas que importam a adoção de métodos científicos diversos para sua completa compreensão.

A coletânea ainda conta com texto sobre a farmácia e o medicamento em Portugal, da lavra de João Rui Pita e Ana Leonor Pereira em que é feito um resgate histórico-legislativo para delinear a construção jurídico formal dos temas.

---

<sup>3</sup> “Biomedizin als Rechtsgebiet”, *Medizinrecht* 26 (2008) p. 57-61



De autoria de Bruno Trancas e Fernando Vieira, tem-se ainda uma abordagem sobre a psiquiatria forense em Portugal, em um texto que abrange os aspectos médico-legais e psiquiátricos.

A coletânea ainda traz texto sobre a medicina familiar em que sua autora Maria Teresa Correia C.P.Tomé faz um contexto histórico, sanitária e legislativo desde o Século XVIII a 1945 sobre a temática da medicina doméstica, considerando que o Centro de Saúde é a peça basilar do sistema prestador dos cuidados de saúde primários em nível local, considerando muito importante a boa articulação entre os cuidados primários em saúde e os cuidados hospitalares.

Por fim, relata os direitos e deveres do médico e disserta sobre ser médico de família.

Marília Dourado, complementa a coletânea dissertando sobre o envelhecimento em diferentes perspectivas.

A entidade reguladora da saúde criada em 2003 em Portugal é o tema do capítulo de autoria de Jorge Simões e Luiz Vale Lima desvelando o sistema de saúde português em detalhes.

---

*Recebido em: 10.mar.2017*  
*Aprovado em: 21.mar.2017*

**Como citar este artigo:**

Almeida LL. Ampliando os horizontes do Direito da Saúde. *Revista Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*. 2017 jan./mar, 6(1):247-249.