

**DIREITO À SAÚDE**  
Direito constitucional à saúde  
e suas molduras jurídicas e fáticas.

João Pedro Gebran Neto  
Desembargador Federal

Outubro de 2014

## Introdução.

Quando promulgada, mais de um quarto de século, a Constituição Federal brasileira era tida por alguns como uma carta política ilusória, absolutamente descontextualizada da realidade de então. Que talvez ficasse bem para a realidade da Suécia ou outro país com elevado IDH (índice de desenvolvimento humano).

Os críticos ignoravam que ela não era uma fotografia do Brasil, não mostrava como era o Brasil, tampouco promovia uma imediata transformação do Estado. Ela era um projeto de país a ser construído, representava – e representa – a aspiração de construir uma sociedade livre, justa e solidária, que pretende reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º da Carta).

E este projeto vem sendo edificado nestes últimos 25 anos, por intermédio de programas de Estado, pelo desenvolvimento da legislação que regula os diversos preceitos constitucionais e, também, pelas intervenções do Poder Judiciário na busca de conferir direitos constitucionalmente previstos.

Exemplo maior desta promessa em construção é o Sistema Único de Saúde, um ambicioso projeto de superação do modelo anterior, fincado no art. 6º, da Constituição Federal, que garante a saúde como um direito fundamental, e nos preceitos do art. 196 e seguintes, do referido diploma, que reprisam a saúde como direito de todos e dever do Estado, impondo ao Poder Público o estabelecimento de ações e serviços de saúde, na forma da lei (art. 197, CF).

Colmatando a Carta Política, veio à luz a Lei nº 8080/90 que organizou o Sistema Único de Saúde e estabeleceu direitos e deveres para a promoção, proteção e recuperação da saúde.

De lá para cá, muito se evoluiu para assegurar este direito fundamental, embora ainda se esteja distante daquilo que possa ser razoável. A intervenção do Poder Judiciário ao longo dos anos – e com maior ênfase na última década – nas políticas públicas de saúde ganhou tamanha proporção que o Supremo Tribunal Federal decidiu abrir ampla discussão sobre o tema, convocando a realização da Audiência Pública nº 4, ocorrida entre os meses de abril e maio de 2009.

Dela decorreram diversas consequências, tais como a Recomendação nº 31, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, e a Resolução CNJ nº 107, que instituiu o Fórum Nacional para o monitoramento e solução de demandas na área da assistência à saúde, com a criação de comitês estaduais de saúde.

No Estado do Paraná tive a oportunidade de coordenar por aproximadamente três anos este Comitê, onde um grupo bastante heterogêneo de pessoas, com o mais elevado espírito público, passou a discutir abertamente os diversos temas envolvendo a judicialização, num aprendizado mútuo. Médicos das mais variadas especialidades, administradores públicos, representantes de planos de saúde, membros do Ministério Público, juízes, advogados, procuradores do Estado e da

União, farmacêuticos entre tantos outros profissionais se uniram no debate das graves vicissitudes que assolando o sistema de saúde.

A experiência e conhecimento colhidos nestes anos permitiram o aprofundamento de reflexões sobre o tema do direito fundamental à saúde e a judicialização.

Qualquer pesquisa sobre as lides que tramitam no Poder Judiciário chegará à conclusão que a chamada “judicialização da saúde” tem por objeto, na grande maioria das lides, a dispensação de medicamentos (aprovados, ou não, pela ANVISA; constantes, ou não, na Relação Nacional de Medicamentos – RENAME). Ainda se concluirá que as decisões judiciais têm sido principalmente fundadas no texto da Constituição Federal, ignorando-se tanto os dados da realidade, quanto o regramento infraconstitucional que dá organização ao Sistema Único de Saúde, inclusive a Lei nº 8080/90.

No presente estudo, busca-se traçar os âmbitos jurídicos e fáticos que devem modular a interpretação das normas constitucionais e o papel que do Poder Judiciário desempenha e pode desempenhar na outorga mais efetiva do direito à saúde para os brasileiros.

Assim como o projeto de país que a Constituição inspira, o caminho para a construção de um efetivo direito fundamental à saúde é longo, e apenas foram trilhados os passos iniciais. Muito há para ser desbravado. O SUS representa uma grande evolução em relação ao sistema anterior, mas ainda está muito distante de assegurar aos indivíduos o almejado direito à saúde.

Convivemos com demasiadas mazelas, precária infra-estrutura, subfinanciamento, gestões deficientes e bom atendimento em alguns setores, mas com absoluta falta de atendimento em outros.

O papel que o Poder Judiciário desempenha neste contexto deve ser objeto de profunda reflexão. É isto que se busca contribuir com este estudo.

De logo, é importante que se diga, a multiplicidade de ações versando sobre o direito à saúde apresenta diversos aspectos positivos e negativos, alguns dos quais elencados no presente estudo.

Mas é possível avançar ainda mais, tanto na perspectiva daquilo que é judicializado, quanto daquilo que pode e deve ser judicialmente deferido.

Por isso, busca-se neste estudo demonstrar que a promessa constitucional precisa ser construída de modo consciente e responsável, com o fortalecimento do SUS e o reconhecimento de que os preceitos constitucionais que fundam o direito constitucional à saúde possuem diversos limites, dentro e fora da norma fundamental.

## 1. Moldura constitucional do direito à saúde.

A Constituição Federal de 1988 foi pioneira em estruturar e dar contornos à saúde pública e privada no Brasil.

Fazendo uma digressão para as duas constituições anteriores, tanto a Carta Política de 1967, quanto a Emenda Constitucional nº 01/1969, apenas disciplinavam a competência da União em estabelecer e executar um plano nacional de saúde.

A vigente Carta, por sua vez, elevou a saúde ao plano dos direitos sociais fundamentais (art. 6º), trazendo no seu texto diversas regras de competência legislativa, de planejamento e execução. A Constituição prevê competência comum da União, dos Estados e Municípios para cuidar da saúde (art. 23, II), competência da União para legislar sobre o direito sanitário (art. 24, XII), competência dos municípios em prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população (art. 30, VII); previsão de limites mínimos de aplicação de recursos orçamentários na saúde (art. 34, VI, e); dentre outras disposições.

E, para além das regras de competência e custeio, a Constituição instituiu, como parte do capítulo destinado à Seguridade Social, uma seção consagrada à saúde (artigo 196 e seguintes).

Dentre todos, destacam-se os artigos 196 e 198, que definem os contornos do Sistema Único de Saúde, prevendo 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” e o “**atendimento integral**” (art. 198, II).

Ao mesmo tempo em que instituiu um sistema público de saúde e elevou as ações de saúde como matéria de **relevância pública** (art. 197), a Carta Política tornou **livre à iniciativa privada** a assistência à saúde (art. 199), em sintonia com o disposto no art. 170 e seu parágrafo único, do mesmo diploma, que tratam dos princípios que regem as atividades econômicas.

**1.1.** Para bem compreender os preceitos constitucionais acerca do direito fundamental à saúde é preciso que se entenda, em primeiro lugar, qual o significado dos termos empregados nos preceitos referidos, mais especificamente dois deles de natureza e conteúdo bastante específicos.

A tratar da saúde, o constituinte assegurou-a não apenas como direito de todos e dever do Estado, mas principalmente garantiu o acesso universal (art. 196, *caput*) e atendimento integral (art. 198, II), por meio de um sistema hierarquizado, organizado e único de saúde.

A criação constitucional deste sistema único tem razão de ser.

Até então, para além da competência da União em legislar sobre a matéria de saúde, as constituições anteriores eram silentes sobre a forma como a União, Estados, Municípios e Distrito Federal deveriam se organizar no âmbito da saúde.

Isto levava a instituição de duplicidade de instâncias no fornecimento do atendimento à saúde, implicando que qualquer um deles poderia dar atendimento sanitário em qualquer aspecto. E, mais grave, na maior parte das vezes, nenhum deles promovia nenhuma política de saúde.

Assim, frente às reivindicações da sociedade civil e do chamado “movimento sanitarista”, concebeu-se um sistema único de saúde, hierarquizado com rede regionalizada, cujas competências são fixadas pelo art. 200 da Constituição Federal.

E esta rede deveria garantir acesso universal e atendimento integral, fixado como diretriz do SUS.

Lidas de modo descontextualizado, as expressões acesso universal e atendimento integral podem levar a uma compreensão diversa daquela que originalmente concebida. E, ainda que não se esteja vinculado à *mens legislatoris*, a uma exegese divorciada da realidade e contrária à *mens legis*.

Ao tratar de acesso universal e igualitário buscou o constituinte atender a um grave reclamo social existente no antigo regime, vez que o sistema anteriormente estabelecia que a previdência social era prestada exclusivamente em favor daqueles indivíduos que estivessem inseridos no sistema previdenciário. Equivale dizer, fossem os chamados “portadores das carteirinhas”.

Em oposição a este atendimento restritivo, buscou-se garantir o acesso universal e igualitário como forma de assegurar a todos os indivíduos o tratamento preventivo e a assistência curativa das enfermidades.

Por isso que **o princípio da universalidade**, como direito fundamental à saúde, tem por significado a garantia estatal às condições necessárias para o exercício e acesso à atenção e à assistência à saúde em todos os seus níveis. Equivale dizer, basta a sua condição como ser humano para que seja garantido o pleno atendimento a saúde preventiva e curativa, ficando vedadas discriminações decorrentes da condição econômica, social, profissional ou mesmo regional.

E isto já é bastante ambicioso. Esta abordagem veda que pessoas de outros estados ou outros municípios não sejam tratadas em localidades diversas de seus domicílios. Também elimina a restrição até então existente de assegurar o acesso a tratamentos exclusivamente para aqueles que contribuíssem para a previdência social.

De um momento para outro, e isto merece ser festejado, a nova ordem constitucional incluiu no sistema de saúde todos os brasileiros, eliminando qualquer obrigatoriedade de registro anterior ou contribuição<sup>1</sup>.

A Lei nº 8080/90, no seu art. 7º, I, confere a “*universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência*”.

E o problema parece ser mais profundo na segunda questão.

Outro elemento assegurado pela Carta Política é o chamado **princípio da integralidade ou atendimento integral**. O artigo 198, II, estabelece que “*as ações e serviços públicos 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;*”.

Ora, da simples leitura do texto é possível verificar que o atendimento integral previsto na Constituição não tem por escopo a garantia de todo e qualquer tipo de atendimento para os indivíduos, mas uma diretriz, um vetor, um caminho que deve ordenar as políticas públicas.

Felipe Dutra Asensi assevera que o princípio da integralidade “*se traduz na ideia de que o indivíduo deve ser visto como uma totalidade bio-sociopsíquica, além de ter direito aos serviços de saúde de baixa, média e alta complexidade de forma humanizada. Ao mesmo tempo, tal princípio preconiza que os problemas de saúde vão além da mera presença ou ausência de doença, pois envolvem condicionantes sociais de múltiplas naturezas. Buscou-se, ainda, promover medidas que afastassem a exclusividade da noção de especialidade médica no cuidado em saúde, de modo a constituir uma atenção em saúde mais integral, que considerasse o usuário como um sujeito partícipe do seu processo de prevenção, proteção e recuperação*”<sup>2</sup>.

Assim, a integralidade prevista na Carta Política acha-se associada à noção de prevenção, proteção e recuperação, devendo o direito à saúde ser considerado em todos os aspectos, e não apenas em um deles.

Isto não se confunde com a noção de direito a todo o tipo de tratamento ou dever estatal prestacional amplo e irrestrito no tocante à saúde. Aliás, não há país no mundo que garanta direito nesta proporção. O que se deve garantir é a realização de políticas públicas preventivas, protetivas e de recuperação, num programa que seja o mais abrangente possível.

---

<sup>1</sup> - E a redação constitucional deixa transparecer que sequer estrangeiros podem ser excluídos deste atendimento, embora a questão possa exigir maiores reflexões quanto à possibilidade de criar limitações, como ser o estrangeiro residente ou não, estar legal ou ilegalmente no país, possibilidade de exigir-se seguro-saúde para estrangeiros, entre outros limites.

<sup>2</sup> - ASENSI, Felipe Dutra. Direito à saúde. Práticas sociais reivindicatórias e sua efetivação. Curitiba: Juruá, 2013, p. 140.

A integralidade, portanto, consistente em oferecer uma *“carteira generosa de bens e serviços para a população, a partir de escolhas fundadas em consensos baseados em critérios científicos e racionais de escolha, validados socialmente, e em princípios éticos, através de regras claras e transparentes”*, na expressão de Ciro Carvalho Miranda<sup>3</sup>.

A noção de integralidade, portanto, está firmada como diretriz, em oposição à ideia de compartimentização, divisão ou secção. O Sistema Único de Saúde está obrigado a criar políticas públicas preventivas e curativas. Deve dar o atendimento necessário aos seus usuários, segundo as políticas públicas previstas.

Aliás, o artigo 7º, da Lei nº 8080/90, elenca a integralidade como um dos princípios norteadores do SUS, *“entendida como conjunto articulado e contínuo de ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema”*.

Em suma, diversamente daquilo que possa decorrer de uma interpretação literal e sem a prévia concepção dos motivos que levaram ao constituinte fixar tais princípios, a integralidade não pressupõe o acolhimento de todas as expectativas individuais, mas a obrigação do poder público instituir políticas públicas progressivas para dar maior cobertura, melhor atendimento e incorporação de procedimentos, tecnologias e medicamentos.

**1.2.** O arcabouço constitucional também legitima a convivência de um sistema público de saúde e um sistema privado de saúde. Um sistema público calcado em princípios sociais de solidariedade, igualdade, universalidade e integralidade. Um sistema privado baseado em princípios que regem a iniciativa privada, destacadamente a liberdade de ação e objetivos financeiros.

Essa dualidade implica numa fratura lógica da Carta Política. Eleva a saúde a um patamar extremamente diferenciado dentro da estrutura jurídico-constitucional, assegurando-a como direito fundamental social de todos os indivíduos, prevendo acesso universal, integralidade, atendimento igualitário e dever do Estado, ao mesmo tempo em que permite o funcionamento de um sistema privado de saúde, com atendimento voltado para a parcela da população em condições de arcar com os seus custos.

Esta convivência entre sistema público e privado apresenta aspectos salutar e aspectos de iniquidade.

Uma parcela minoritária da população tem condições de arcar com os custos da saúde integralmente privada, tendo acesso a serviços de excelência, aos melhores tratamentos, à mais moderna tecnologia, a médicos extraordinariamente

---

<sup>3</sup> - MIRANDA, Ciro Carvalho. SUS. Medicamentos, protocolos clínicos e o Poder Judiciário: ilegitimidade e ineficiência. Brasília: editora Kiron, 2013, p. 29/30.

qualificados e até de renome internacional. Estes indivíduos estabelecem uma relação privada com os prestadores dos serviços médicos, sendo regidos por regras de direito civil e uma relação de mercado.

Outra parcela da sociedade - um pouco maior que a primeira -, por intermédio de planos de saúde e seguros-saúde, tem acesso a alguns destes serviços privados, segundo a modalidade dos contratos firmados com as empresas que prestam os planos ou seguros de saúde. Este segundo grupo está regido pela contratualidade, que firma um regime mais delimitado que o primeiro grupo, dadas as cláusulas contratuais e os benefícios cobertos pelos planos ou seguros de saúde.

Deste segundo grupo é possível extrair um terceiro grupo<sup>4</sup> composto pelos indivíduos que possuem planos ou seguros na área da saúde, mas que eventualmente não estão cobertos pelos benefícios ou serviços que pretendem ou necessitam. São pessoas que, de modo individual ou coletivo, aderiram a planos que ofertam serviços básicos na área de saúde, mas não dão acesso a tratamentos/medicamentos mais sofisticados, modernos e onerosos.

Por fim, é possível estabelecer a existência de um quarto grupo, representado pela maior parte da população, que tem acesso exclusivamente aos serviços públicos de saúde.

Esta última parcela, com o acréscimo do terceiro grupo em casos específicos (quando busca benefícios não previstos nos planos de saúde), é aquela que quer os serviços públicos de saúde, representados pelo SUS das filas, dos postos de saúde, da falta de especialistas, da carência de leitos e UTIs, dos médicos importados, etc. Os serviços prestados contrastam com os da saúde privada, acessíveis apenas ao primeiro e segundo grupo da população.

Esta realidade dual, amparada na legislação pátria, tem causado extremo desconforto e talvez seja a causa primeira da judicialização da saúde, porque se busca conceder aos indivíduos que tem acesso apenas ao SUS um padrão de qualidade e atendimento mais próximo do possível daquele dispensado aos indivíduos que tem acesso ao sistema privado.

E, para além da desigualdade do sistema público e do sistema privado, há verdadeira confusão entre as estruturas públicas e privadas de atendimento, bem como de atuação profissional.

**1.3.** O quadro até aqui traçado permite constatar que, antes da Constituição Federal de 1988, o estágio de desenvolvimento e organização do nosso sistema de saúde muito se aproximava da tutela da saúde na Inglaterra nos idos de 1937.

---

<sup>4</sup> - Em verdade se trata de uma subdivisão do segundo grupo que, em face de circunstâncias da vida, acabam formando um novo grupo eventual e volátil, que se comporta como o grupo de pessoas absolutamente desassistidas.

No livro *A Cidadela*, A. J. Cronin descreve a trajetória e os dramas vivenciados por um médico jovem e idealista, desde sua prática profissional pelo interior daquele país até retornar a Londres onde encontra seus antigos colegas, quando atinge o chamado “sucesso profissional” mediante a adoção de práticas no mínimo duvidosas, que até então criticava.

O caminho trilhado pelo sistema de saúde inglês, desde o pós-guerra até se tornar um dos exemplos mundiais eficiência em saúde pública, mostra que o sistema de saúde único de saúde no Brasil tem muito a evoluir. Mas igualmente revela que os passos iniciais vêm sendo dados desde 1988, e que o atingimento de um estágio muito superior é possível.

A experiência tem demonstrado que pertence ao terceiro agrupamento acima citado a maioria dos autores de ações na área da saúde, porque esclarecidos, com atendimento parcial da saúde privada, mas sem condições de arcar com tratamentos e/ou medicamentos não cobertos por seus contratos particulares.

A estes demandantes crescem-se o Ministério Público e a Defensoria Pública no patrocínio de causas em favor de pessoas pertencentes ao quarto grupo, fomentando a chamada *judicialização da saúde*. Todos buscam o acesso aos serviços médicos, aos exames clínicos e laboratoriais, aos médicos especialistas, aos estabelecimentos hospitalares, direito a leitos e aos fármacos, sob a perspectiva dos princípios constitucionais da saúde pública, tornando a prestação estatal ainda mais frágil, desigual e caótica.

Isto porque esta judicialização, no mais das vezes, tem ignorado as molduras fáticas.

## **2. Moldura fática do financiamento à saúde.**

Como afirmado acima, a dualidade entre público e privado é uma das causas da judicialização, porque muitos buscam o acesso e/ou padrão de atendimento que nem sempre é acessível a todos.

E estas demandas na área de saúde impactam sobremaneira as políticas públicas de saúde, a organização do sistema e, de um modo ainda mais firme, as finanças do Estado<sup>5</sup>.

Cada pretensão implica em ônus financeiro e sobrecarga da infra-estrutura existente. E aqui se abra um parêntesis para deixar demarcado um ponto que me parece pouco valorado na judicialização da saúde: embora a grande maioria das demandas diga respeito a medicamentos, a mesma lógica jurídica se aplica a outros tipos de pretensões como cirurgias, implantação de órteses e próteses, procedimentos, internações, *home care*, tratamentos no exterior, entre tantas outras providências que podem ser buscadas.

---

<sup>5</sup> - A questão ganhou tamanha proporção que vários estados e a própria União criaram rubricas próprias em seus orçamentos para atendimentos de determinações judiciais na área de saúde.

Esta dimensão é de fundamental importância porque, como é sabido, os recursos são finitos e, ainda que não fossem, não há o quantitativo de estabelecimentos hospitalares, clínicas e médicos suficientes para atender ao sistema público do mesmo modo que o sistema privado. Equivale dizer, não há dinheiro, e ainda que houvesse, isto não seria o bastante.

Os gastos públicos em saúde no Brasil são inferiores as médias mundiais, sejam eles considerados *per capita*, sejam tomados em percentual sobre o PIB<sup>6</sup>. A União responde com aproximadamente 50% dos gastos públicos, sendo a outra metade dividida entre Estados e Municípios.

Para além dos gastos públicos, também há despesas privadas na área de saúde, compostas tanto por pagamentos de planos de saúde e seguros, quanto por pagamentos diretos. Dos aproximados 7,9% do PIB gastos em saúde, a maior parte deles decorre de investimentos privados.

Ainda que gastos públicos e privados sejam somados, chega a ser um truísmo afirmar que a saúde no Brasil é subfinanciada. Especialmente do ponto de vista público, porquanto nosso modelo constitucional priorizou a saúde pública (art. 197, CF), ao mesmo tempo em que permitiu à iniciativa privada a exploração da saúde suplementar.

O subfinanciamento é reconhecido pelos próprios administradores públicos<sup>7</sup>, sendo indispensável o aumento progressivo dos investimentos públicos nos programas de saúde, de modo que sejam atingidos níveis desejáveis. Raros Estados executam o percentual constitucional de orçamento público a ser investido na saúde. Esta sobrecarga tem sido imposta aos Municípios, mas a participação dos Estados e da União não atinge os montantes necessários.

Isto bem demonstra que há evidente problema de custeio na saúde pública, o que permite desde logo reconhecer que a judicialização agrava este problema de alocação de recursos. Embora influencie na questão da alocação de recursos, cumpre indagar se a judicialização acaba melhorando ou piorando a outorga do direito à saúde?

As três imagens, a seguir apresentadas, permitem visualizar o problema num amplo espectro.

---

<sup>6</sup> - Sobre o tema, confirmam-se os seguintes artigos: Gasto per capita do Brasil com saúde é menor que a média mundial (<http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,gasto-per-capita-do-brasil-com-saude-e-menor-que-media-mundial-imp-,1032260>) e Tendências do financiamento da Saúde (<http://gvsaude.fgv.br/sites/gvsaude.fgv.br/files/20.pdf>).

<sup>7</sup> - Os Ministros de Estado Aluisio Mercadante e Ideli Salvatti, em reportagem do jornal Estado de São Paulo, em 26 de setembro de 2011, reconhecem o subfinanciamento. Igualmente o Secretário da Saúde do Estado de São Paulo, em matéria do mesmo jornal, publicado em 27 de março de 2014, também afirma que a saúde no Brasil é subfinanciada.

Na imagem 1, é possível verificar os crescentes gastos do Estado do Paraná na dispensação de medicamentos por força de ordem judicial ao longo da última década:

<b>Evolução do atendimento às Demandas Judiciais por Medicamentos</b>	
<b>ANO</b>	<b>Valor da distribuição de medicamentos (R\$)</b>
2004	3.377.305,06
2005	6.852.110,37
2006	12.418.871,02
2007	15.780.851,97
2008	19.336.580,60
2009	35.004.454,94
2010	35.718.740,24
2011	45.073.802,93
2012	60.168.910,82
2013	(aprox.) 65.000.000,00

É fácil constatar que, em dez anos, os gastos por força de ordem judicial cresceram cerca de vinte vezes.

Na figura seguinte (imagem 2), apresenta-se a dimensão destas despesas frente às demais despesas orçamentárias executadas pelo Estado do Paraná para a aquisição e fornecimento de medicamentos:

## Distribuição de Medicamentos pelo CEMEPAR em 2012

PROGRAMAS	VALOR
<b>Componente Especializado</b>	<b>R\$ 259.088.904,60</b>
<b>Componente Estratégico</b>	<b>R\$ 133.059.169,80</b>
Programa AIDS (antiretrovirais)	R\$ 24.145.239,77
Imunobiológicos (soros e vacinas)	R\$ 65.466.045,34
<b>Componente Básico</b>	<b>R\$ 6.052.927,66</b>
<b>Imatinibe (compra MS)</b>	<b>R\$ 12.975.528,00</b>
<b>Programas Estaduais SESA</b>	<b>R\$ 41.188.704,75</b>
<b>Demanda Judicial</b>	<b>R\$ 60.168.910,82</b>
<b>TOTAL</b>	<b>R\$ 512.534.145,60</b>
Repasse estadual aos municípios (CBAF)	<b>R\$ 23.630.106,50</b>

Verifica-se que, no ano de 2012, as ordens judiciais ocuparam aproximadamente 12% dos gastos na dispensação de medicamentos no Estado do Paraná. E, diga-se, para o atendimento de menos de 3000 pessoas, segundo os dados da Secretaria Estadual de Saúde do Paraná<sup>8</sup>.

Por fim, a terceira imagem de contextualização do problema diz respeito aos gastos de outros estados da federação decorrentes de ordens judiciais:

---

<sup>8</sup> - Embora o percentual possa não parecer expressivo, do ponto de vista quantitativo, a comparação com outros dados da tabela permite visualizar sua dimensão. Basta ver que o valor é maior que o gasto com todas os programas de saúde da própria SESA.

## Gastos da União e de alguns Estados decorrentes de ordens judiciais

<b>UNIÃO – 2010</b>	<b>R\$ 132 milhões</b>
<b>Ceará - 2013</b>	<b>R\$ 140 milhões</b>
<b>Paraná - 2013 (2784 pessoas atendidas)</b>	<b>R\$ 65 milhões</b>
<b>São Paulo - 2010</b>	<b>R\$ 700 milhões</b>
<b>Minas Gerais – 2010 (4762 pessoas atendidas)</b>	<b>R\$ 61 milhões</b>
<b>Rio Grande do Sul – 2011</b>	<b>R\$ 192 milhões</b>
<b>Espírito Santo - 2010</b>	<b>R\$ 9 milhões</b>

A disparidade de gastos entre os Estados decorre do grau de desenvolvimento das políticas locais, a aplicação em maior ou menor grau do limite constitucional de 12%, a falta de medicamentos da lista RENAME nos postos de saúde, a população de cada Estado ou mesmo a cultura local de litigiosidade.

Assim, ultrapassado o plano individual da discussão sobre o direito à saúde, é possível constatar que atualmente as ordens judiciais de todo o Brasil acabam drenando anualmente bilhões de reais que deveriam ser investidos no atendimento coletivo.

Evidentemente que a este desvirtuamento orçamentário, somado ao baixo financiamento da saúde e, por vezes, à má gestão desses recursos, acaba impedir que o Sistema Único de Saúde tenha um funcionamento mais eficiente.

Mas, de qualquer sorte, a chamada judicialização da saúde, quando atua na perspectiva do direito individual, acaba por colaborar com a má distribuição destes escassos recursos.

Se os dados orçamentários já não falassem por si, importa considerar outros limites da realidade.

Do ponto de vista estrutural, a carência pode ser aferida a partir de um exemplo do Estado do Paraná, mais especificamente na Região Metropolitana de Curitiba, onde cerca de 29 mil pessoas aguardam numa fila por consultas com

dermatologista, ou mais de 79 mil consultas oftalmológicas, isto sem falar providências de natureza mais complexa, como exames ou procedimentos<sup>9</sup>.

Ainda que houvesse previsão orçamentária para atendimento de todos, não haveria médicos, hospitais, leitos, laboratórios, clínicas para realizar exames e dar imediato atendimento em curto espaço de tempo. Se atendidas mil pessoas por mês, seriam necessários mais de dois anos para atender a todos.

Não se pode resolver problemas desta ordem sem que haja uma adequada dimensão do quadro fático e soluções possíveis e perenes, a serem adotadas em uma política de longo prazo.

Por questão de justiça, impõe-se consignar o Paraná é um dos Estados que está melhor organizado em matéria de saúde, sendo o exemplo acima mera redução dos problemas existentes em outros estados da Federação.

Pois bem, estas molduras - fática e jurídica – são balizas para o método de interpretação estrutural-concretizante das normas constitucionais, conforme adequadamente leciona Friederich Muller<sup>10</sup>. Equivale dizer, para estabelecer o conteúdo do direito à saúde, dentro da perspectiva de que a saúde é direito de todos e dever do Estado, há que ser tomada a realidade do Estado brasileiro e seu atual estágio de desenvolvimento.

A interpretação das normas constitucionais e a legislação que lhe dá consistência e integração devem ser realizadas em sintonia com a realidade, não bastando a letra da constituição assegurar algo que a realidade não permite. De outra banda, sempre que houver avanços na realidade, há que se empregar também avanços na interpretação e concretização das normas constitucionais, criando uma hermenêutica progressiva, buscando ampliar os direitos e garantias constitucionais dos indivíduos.

Este contexto é de fundamental importância para a compreensão do Sistema Único de Saúde, interpretação e aplicação de suas normas, de modo a compreender que o ideal e o desejável na área do direito à saúde não coincide com aquilo que é possível.

Parafrazeando Pondé: *“Sabemos que a marca essencial de toda forma de paraíso imaginado é a de um lugar no qual desejos e necessidades são iguais e harmônicos. Portanto, um lugar no qual o círculo forma um quadrado”*<sup>11</sup>.

O desejável era que todos tivessem acesso a ótimos médicos, aos melhores estabelecimentos hospitalares, aos fármacos mais efetivos e exames em

---

<sup>9</sup> - dados extraídos de matéria jornalística, consoante quadro e referência adiante expostos.

<sup>10</sup> - MÜLLER, F. **Métodos de trabalho do Direito Constitucional**. 2. ed. Tradução: Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 36.

<sup>11</sup> - PONDÉ, Luis Felipe. *A era do ressentimento: uma agenda para o contemporâneo*. São Paulo: LeYa, 2014.

equipamentos modernos. O ideal, para a saúde e para todos os demais direitos, é que as pessoas estivessem inseridas no primeiro grupo, daqueles que tem capacidade econômica para adquirir todos os bens da vida que lhe sejam necessários ou até mesmo voluptuários. Ou, ainda do ponto de vista ideal, que o Estado fosse de tal forma eficiente e com capacidade econômica suficiente para arcar com todas as despesas de saúde, bem como com o custeio de todos os direitos e garantias fundamentais.

Sem se aprofundar na sempre polêmica questão da chamada reserva do possível, não se pode deixar de considerar que a limitação da realidade aos direitos prestacionais está bem desenvolvida pela jurisprudência da Corte Constitucional da Alemanha<sup>12</sup>, a partir do precedente que firmou a sua existência.

O possível, dentro da saúde, é aquilo que o Estado pode garantir de modo isonômico para todos os indivíduos, por meio de política pública de saúde que permita, em primeira linha, um atendimento básico para todos, tanto na promoção, quanto na prevenção e tratamento da saúde. Depois, com previsão de um atendimento especializado para aqueles que deles necessitem. Por fim, uma atuação muito específica para tratamentos caros e raros. Tudo isto conforme as possibilidades orçamentárias e as políticas públicas instituídas.

### **3. Princípio republicano: escolhas, escassez e racionamento.**

Postos os quadros constitucional e fático, imprescindível que outros conceitos sejam estabelecidos para melhor compreensão das ideias.

O primeiro deles diz respeito ao princípio republicano, sob o qual está organizado o Estado brasileiro. J. J. Canotilho destaca dentre os elementos densificadores da forma republicana a *“existência de uma estrutura político-organizatória garantidora das liberdades cívicas e políticas. Neste sentido a forma republicana aponta para a ideia de um arranjo de competências e funções dos órgãos políticos em termos de balanceamento, de freios e contrapesos (checks and balances)”*<sup>13</sup>.

Estas competências e funções dos órgãos políticos representam os Poderes constitucionalmente previstos para realizar as atividades estatais, tradicionalmente divididos, e no Brasil não é diferente, entre Executivo, Legislativo e Judiciário.

---

<sup>12</sup> - No julgamento do BVerfGE 33, 303 (numerus clausus), o Tribunal Constitucional da Alemanha defendeu a constitucionalidade de normas de direito estadual que limitavam o ingresso à Faculdade de Medicina nas Universidades de Hamburgo e da Baviera, postulando os autores o direito de ingresso ilimitado de postulantes.

<sup>13</sup> - CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Livraria Almedina. 1998. p. 222.

Os Poderes do Estado, desde a tradicional concepção de rígida separação até a atual de colaboração entre os poderes<sup>14</sup>, possuem competências específicas segundo as atribuições constitucionalmente previstas a partir do Título IV, da Carta Magna, mediante controles recíprocos.

Embora a interação entre os poderes deva ser harmoniosa, isto não autoriza que qualquer um deles venha a exercer o papel constitucional que veio a ser destinado a outro. Aliás, cada um dos poderes detém parcela das funções do Estado, não lhes sendo dado intervir no exercício das atribuições dos outros fora dos limites constitucionalmente autorizados.

Aqui residem outros pontos fundamentais para compreensão do papel que deve ser exercido pelo Poder Judiciário quanto às políticas públicas e, de um modo especial, quanto à judicialização da saúde: legitimidade e limites de atuação.

A Constituição Federal positivou diversos direitos e garantias fundamentais, todos eles dotados de força normativa e com o atributo da máxima efetividade. Equivale dizer, é possível extrair do texto constitucional normas que garantam aos indivíduos direitos concretos, independentemente da interposição do legislador, em superação a antiga noção de a carta política como repositório de boas intenções destinadas ao legislador. E estas normas, a partir dos textos que lhes dão origem, devem produzir o máximo de efetividade que seja possível extrair a partir de sua redação, na forma do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais.

Isto, entretanto, não equivale a conferir ao intérprete, ao indivíduo ou ao aplicador da norma um cheque em branco para livremente preencher seu conteúdo. Essa máxima efetividade encontra limites no próprio texto, bem como na interpretação harmônica dos demais dispositivos constitucionais, ou mesmos nos dados da realidade.

Assim, a precisão do conteúdo, limites e modo de exercício dos direitos constitucionais, como regra geral, fica a cargo do legislador ordinário. A aplicação desta norma, e da sua regulamentação, recai sobre a administração pública. E, por fim, o controle quanto à constitucionalidade da legislação e dos atos administrativos de execução destas normas deve ser exercido pelo Poder Judiciário.

Este brevíssimo esquema permite verificar que o papel reservado ao Poder Judiciário quanto ao desenvolvimento e aplicação dos direitos constitucionais contempla algumas limitações.

E, para além das limitações constitucionais e funcionais, também deve entrar no sopesamento dos limites de atuação de cada um dos poderes, e de um modo especial do Poder Judiciário, o tema da legitimidade democrática.

Embora não seja o escopo deste estudo tratar da separação de poderes e os limites de atuação de cada qual e sua legitimidade democrática, não se pode perder

---

<sup>14</sup> - SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2010, 33ª ed., p. 109.

de vista que o Poder Judiciário é o menos legitimado para realizar escolhas políticas, seja porque não se submete ao crivo do escrutínio popular, seja porque não é o detentor das condições ideais para examinar o impacto político e econômico e suas decisões<sup>15</sup>.

Não se quer, com isso, defender a ideia de vedação da atuação do Poder Judiciário quanto às políticas públicas, mas que as políticas já existentes devem merecer deferência por parte do julgador, bem como a preferência da atuação negativa, invalidando aquelas que estejam em desconformidade com a Constituição Federal ou com as leis.

Sobre o tema, tenho por apropriadas as palavras de Luis Roberto Barroso<sup>16</sup>:

“ Por essa razão, o STF deve ser deferente para com as deliberações do Congresso. Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, em relação a tudo mais os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos. Juízes e tribunais não podem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida – impondo suas escolhas, suas preferências, sua vontade. Só atuam, legitimamente, quando sejam capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição.

Nessa linha, cabe reavivar que o juiz: (i) só deve agir em nome da Constituição e das leis, e não por vontade política própria; (ii) deve ser deferente para com as decisões razoáveis tomadas pelo legislador, respeitando a presunção de validade das leis; (iii) não deve perder de vista que, embora não eleito, o poder que exerce é representativo (i.e, emana do povo e em seu nome deve ser exercido), razão pela qual sua atuação deve estar em sintonia com o sentimento social, na medida do possível. Aqui, porém, há uma sutileza: juízes não podem ser populistas e, em certos casos, terão de atuar de modo contramajoritário. A conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático. Logo, a intervenção do Judiciário, nesses casos, sanando uma omissão legislativa ou invalidando uma lei inconstitucional, dá-se a favor e não contra a democracia.

Ele nem sempre dispõe das informações, do tempo e mesmo do conhecimento para avaliar o impacto de determinadas decisões, proferidas em processos individuais, sobre a realidade de um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público. Tampouco é passível de responsabilização política por escolhas desastrosas. Exemplo emblemático nessa matéria tem sido o setor de saúde. Ao lado de intervenções necessárias e meritórias, tem havido uma profusão de decisões

---

<sup>15</sup> - “A formulação de políticas públicas (a agenda governamental) e administração dos recursos públicos são as tarefas principais do legislativo e do executivo. A eleição dos seus membros confere, com o mandato político, a opção do povo sobre as políticas a programar sobre a utilização ser dada aos recursos públicos. Pelo menos essa é a concepção que está na essência da separação dos poderes, adotada nas constituições modernas”, nas palavras de Fernando Quadros da Silva (Controle Judicial das Agências Reguladoras – Aspectos doutrinários e jurisprudenciais. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014, p. 264).

<sup>16</sup> - BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *In* Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p. 23-32.

extravagantes ou emocionais em matéria de medicamentos e terapias, que põem em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação dos escassos recursos públicos. Em suma: o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir. Ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em autolimitação espontânea, antes eleva do que diminui.”

E, na conclusão de seu texto, aponta o agora Ministro do Supremo Tribunal Federal:

“ Em suma: o Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. Eventual atuação contramajoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia. Nas demais situações, o Judiciário e, notadamente, o Supremo Tribunal Federal deverão acatar escolhas legítimas feitas pelo legislador, ser deferentes para com o exercício razoável de discricionariedade técnica pelo administrador, bem como disseminar uma cultura de respeito aos precedentes, o que contribui para a integridade, segurança jurídica, isonomia e eficiência do sistema. Por fim, suas decisões deverão respeitar sempre as fronteiras procedimentais e substantivas do Direito: racionalidade, motivação, correção e justiça.”

E administrar, pois, é fazer escolhas. E nem sempre são escolhas fáceis. No âmbito da saúde, quase sempre são difíceis. O administrador probo não prefere uma ou outra política pública a seu bel-prazer, deve fazê-lo calcado dentre de critérios de necessidade, eficiência, alcance, disponibilidade orçamentária, exclusão de outras possibilidades, dentre tantas outras variáveis.

E, para fazer escolhas, há que se distinguir entre prioridade, alocação de recursos e racionamento.

**Prioridade** consiste em dar atenção especial a alguma coisa, organizar em ordem de importância, estabelecer preferência para de atendimento, acolhimento, mas com a possibilidade de atendimento de todos. Isto se dá, por exemplo, na entrada em aeronave. Todos os passageiros vão entrar, mas o modo de entrada pode ser ordenado. No atendimento de um hospital ou posto de saúde, onde a escolha de quem será atendimento em primeiro lugar pressupõe não apenas a ordem de chegada, mas a situação de emergência de cada paciente. Normalmente envolve opções para melhorar ou otimizar o funcionamento, melhorar a eficiência, ou acolhimento de emergência, mas não implica em escassez ou falta de atendimento, apenas impõe critérios para sua realização, sendo todos atendidos.

**Alocação de recursos** consiste num modo de prover e distribuir recursos com determinado propósito. Tem conotação de neutralidade administrativa, não pressupõe escassez, pode exigir critério de escolha, selecionando os grupos atingidos. É o que ocorre com a própria legislação orçamentária, onde há a previsão de alocação de recursos em determinadas áreas, em detrimento de outras. Ou na pavimentação de ruas numa determinada cidade ou na construção de escolas ou

postos de saúde para atender uma comunidade. Também implica na escolha dos medicamentos que serão incluídos nas listas oficiais e distribuídos, quais patologias farão parte de programas de vacinação ou prevenção, entre outras escolhas de políticas públicas. Há apenas escassez relativa no que diz respeito à prestação material dos direitos prestacionais.

**Racionamento**, por sua vez, tem normalmente uma conotação negativa, significando dividir, suprir pessoa com racionamento, destinar quantidades específicas. A ideia de racionamento muitas vezes está ligada à guerra, mas não apenas nestas situações, como se dá, por exemplo, com o racionamento de energia elétrica ou de gasolina. Pressupõe escassez, pode estar ligada a questões negativas, como negar um serviço ou um recurso, provavelmente exigindo critérios. A escassez pode estar ligada a inexistência de recursos econômicos, mas pode estar relacionada à falta de outros bens da vida, como a ausência de água, gasolina, ou mesmo de UTI's.

Quando há escassez absoluta, a natureza do problema é de racionamento. De outro lado, quando a escassez é relativa, a questão é de alocação de recursos. A chave da questão ética, quando se trata de racionamento (escassez absoluta), é qual indivíduo receberá o bem da vida. Quanto se trata de alocação de recursos, quais os grupos de indivíduos que dividirão os recursos. Na alocação de recursos há possibilidade de construir uma relação ganha-ganha, porque todos (ou uma gama elevada de pessoas ou grupos) poderão receber o bem da vida, ainda que em menor medida que a desejável. Já no racionamento, alguns serão privados do bem da vida.

Na questão da saúde a distinção é grande importância porque, tratando-se de escassez absoluta, quem deve decidir a questão, em regra, são os médicos. Já, na alocação de recursos, as decisões são políticas ou legais.

Assim, a distinção conceitual entre racionamento e alocação de recursos significa que o racionamento impõe a regulação do acesso aos benefícios de saúde mediante condições de absoluta escassez, ao passo que a alocação de recursos regula o acesso à saúde sob condições de escassez relativa.

**O que é racionamento em saúde?** É quando determinados medicamentos ou procedimentos são necessários, mas os recursos existentes não permitem o atendimento de todos. A questão não está centrada apenas nos recursos econômicos, mas também em recursos tecnológicos, humanos, infra-estrutura, entre outros.

Para ilustrar, cito alguns exemplos do presente e do passado.

Hoje, quando a África vivencia o surto de febre hemorrágica conhecida por Ebola, com grave risco de expansão mundial. Um dos mais eficazes medicamentos disponíveis para o tratamento, que tem sido realizado por meio de um coquetel medicamentos, consiste numa droga cuja produção mensal é limitada a 100 pacientes. Como escolher quais pacientes receberão o medicamento?

No passado, foram intensos os debates havidos nos Estados Unidos<sup>17</sup> por ocasião do surgimento da insulina, da penicilina, da hemodiálise e das terapias antiretrovirais<sup>18</sup> (ARVs).

Após a descoberta quase acidental de Ian Fleming, em 1929, a penicilina somente começou a ser produzida na década 40 pela Universidade de Oxford, a partir das pesquisas de Sir Howard Florey e Ernst Chain, que retomaram os estudos de Fleming e conseguiram produzi-la com fins terapêuticos em escala industrial, inaugurando a era dos antibióticos. A escassa produção inicial impedia que a nova descoberta fosse utilizada por todos. Além disso, acreditava-se que ela seria a solução para todas as moléstias. Para agravar o quadro, o mundo enfrentava sua segunda grande guerra, o que estava a exigir maiores e melhores cuidados médicos para os soldados envolvidos no conflito. Pois bem, os Estados Unidos, diante deste contexto, optou por distribuir a penicilina que lhe era disponível para os soldados americanos, muitos dos quais doentes em função de terem contraído gonorréia.

Isto gerou grande descontentamento e severo debate na imprensa americana, porque não se compreendia que, num caso de evidente escassez absoluta, a opção política tenha sido ministrar medicamentos a soldados que mantinham – segundo a opinião pública – uma vida promíscua, em detrimento de cidadãos com conduta ilibada.

Outro caso que ilustra muito bem a questão do racionamento deu-se em Seattle, onde primeiramente desenvolveu-se um sistema eficiente de hemodiálise. Embora a descoberta do tratamento de problemas renais (com a filtragem por meio artificiais) tivesse sido inventada em 1913, por John Abel, nos Estados Unidos, ao realizar o tratamento em seus cães (método foi aprimorado em 1917 pelo alemão Georg Haas), somente em 1943 o holandês Wilem Kolff inventou a primeira máquina de diálise. Ocorre que o mecanismo inicial padecia de um grave problema, era necessária utilização de uma nova veia e numa nova artéria a cada procedimento. Após poucas sessões, o paciente já não dispunha de locais adequados para a realização da hemodiálise. Apenas em 1960, Scribner e Quinton, da Universidade de Washington, em Seattle, inventaram o chamado “sistema Shunt”, o qual permitia um acesso arteriovenoso externo permanente. Foram instituídos diversos centros de hemodiálise nos Estados Unidos, mas a quantidade de pacientes que necessitavam do procedimento era muito superior ao número de máquinas em cada centro médico para sua realização. Em 1962, apenas um cada cinquenta pacientes recebiam o tratamento.

---

<sup>17</sup> - Sobre o tema, recomenda-se a leitura dos seguintes textos:

- McGough LJ, Reynolds SJ, Quinn TC, Zenilman JM. *Which patients first? Setting priorities for antiretroviral therapy where resources are limited.* Am J Pub Health 2005; 95: 1173–80. (<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1449336/>);

- Reinhardt, U. *‘Rationing’ Health Care: What Does It Mean?* New York Times. July 3 2009. (<http://economix.blogs.nytimes.com/2009/07/03/rationing-health-care-what-does-it-mean/>);

- Singer P. *Why we must ration healthcare.* New York Times. July 15, 2009. (<http://www.nytimes.com/2009/07/19/magazine/19healthcare-t.html>)

<sup>18</sup> - A questão do fornecimento dos ARV's é tratada no filme “Clube de Compras Dallas”.

A questão era definir quem deveria receber o tratamento, considerando inclusive que cada paciente se submete ao procedimento várias vezes durante a semana?

A solução encontrada foi a constituição de um comitê local “*The Admissions and Policies Committee of the Seattle Artificial Kidney Center at Swedish Hospital*”, de composição heterogênea, a quem competia selecionar os pacientes que iriam receber o tratamento. Referido comitê estabeleceu alguns critérios para seleção dos pacientes, mas não tardou para que o mesmo ficasse conhecido como “Comitê da Morte”, eis que realizava a escolha daqueles que seriam tratados, em detrimento de outros que não receberiam o tratamento e, em breve, morreriam em decorrência de falência renal<sup>19</sup>.

Se uma decisão desta natureza já é criticável quando adotada por um comitê de composição heterogênea, voltado à solução de questão típica de escassez absoluta, que dirá deixar tamanha responsabilidade ao alvedrio de um juiz, sem que haja padrões legislativos para que estabeleça qualquer distinção.

Ora, é evidente que não podem estas escolhas recair sobre o Poder Judiciário, seja porque não está legitimado a dar estas respostas, seja porque tais questões refogem a critérios da legalidade, seja porque se tratam de decisões técnicas (as vezes políticas) para as quais não está o juiz devidamente preparado para solvê-las.

Viável, apenas, apontar eventuais ilegalidades nos critérios escolhidos, à luz dos princípios constitucionais, ou mesmo buscar fomentar soluções políticas de modo a produzir políticas organizativas. Jamais substituir-se ao administrador ou a legislador ou mesmo aos profissionais que devem fazer estas eleições.

Se a lei ou o regramento infralegal estabelecesse que os elegíveis para determinado tratamento especial fossem apenas homens casados com filhos (semelhante ao que foi feito em Seattle), seria lícito ao Poder Judiciário discutir o critério, de modo a incluir mulheres que estivessem em situação análoga, fossem o arrimo de família e o raro recurso devesse lhe beneficiar porque, assim como um homem com filhos, ela era igualmente arrimo da família. Enfim, a discriminação legal poderia ser objeto de contestação judicial. Mas, salvo melhor juízo, em caso de escassez absoluta, não poderia o Poder Judiciário indicar individualmente qual homem casado deveria ser beneficiado pelo tratamento, ou quem deveria ocupar o primeiro lugar na lista de atendimento. Isto não é um problema jurídico, mas questão que deveria ficar ao cargo de escolhas políticas ou médicas.

Assim, em um caso de escassez absoluta, a solução não passa pela determinação judicial, mas pela construção de um sistema que dê conta em solver o problema.

---

19 - Uma versão desta história acha-se descrita no artigo da revista Life, escrito por Alexander S. “*They decide who lives, who dies: medical miracle puts a moral burden on a small committee*”. Life. 1962;53(19):102-125.

Foi o que ocorreu relativamente ao transplante de órgãos, nos Estados Unidos<sup>20</sup>:

**Dados da realidade:**

1. *O número de transplantes no USA no ano de 2011 foi de aproximadamente 28.500, mais da metade deles de rins. Isto porque que cada indivíduo morto, tendo dois rins, permite o transplante para dois pacientes. Além disso, é possível o transplante de doador vivo, posto que este sobrevive com apenas um dos rins. Os demais órgãos, por vezes unitários, somente podem ser obtidos de mortos.*
2. *O número de pessoas em lista de espera dos diferentes órgãos é crescente, especialmente rins. A lista para transplante de pulmão e coração é estável. Estima-se que no ano de 2011 eram mais de 110.000 pacientes aguardando por doações.*
3. *A espera por transplante é variável. No caso de rim, a média é de um ano. No caso fígado, apesar de variar a faixa etária, isto pode demandar mais de um ano.*
4. *Embora morram cerca de 2,7 milhões de americanos por ano, não há órgãos suficientes para transplantes. Isto porque são diversas as causas de mortes, bem como a idade dos possíveis doadores, o que reduz o número de possibilidades. A isto se some o fato de que muitas famílias negam o pedido de doação de órgãos.*
5. *Ainda que fossem otimizados todos os fatores, ainda assim haveria um déficit entre as necessidades e os doadores.*

**Política pública instituída:**

1. *Considerando que há aumento crescente entre o número de doadores e o número de pessoas que necessitam da doação de rins, reconhece-se esta situação como escassez absoluta, o que demanda a criação de políticas para distribuição.*
2. *Para buscar organizar este problema, institui-se uma organização não governamental, sem fins lucrativos, chamada UNOS que passou a controlar informações sobre pacientes e doadores, de modo a estabelecer critérios para alocação dos órgãos transplantados consoante as necessidades e possibilidades. Compatibilidade, urgência médica, proximidade entre doador e receptor e idade são critérios importantes.*
3. *Diferentes órgãos podem ter diferentes critérios. No tocante ao fígado, criaram-se dois status: 1a - que diz respeito a urgência médica para pessoas que, em poucas horas ou dias podem morrer; 1b - crianças com doenças crônicas. Ocorre que estes grupos representam cerca de 1% dos receptores. O critério utilizado para selecionar os pacientes foi a gravidade da doença. O segundo critério é uma mistura de pontos, que criam uma escala numérica (entre 6 e 40) de gravidade da doença, e necessidade de transplante nos próximos 3 meses. Utilizam para fixar os valores numéricos dados da bilirubina, protombina e creatinina. O segundo princípio também reside na escolha dos mais doentes (sickest first). O*

---

<sup>20</sup> - Informações extraídas do curso da Universidade da Pensylvania: *Rationing and Allocating Scarce Medical Resources*, ministrado por Ezekiel J. Emanuel, MD, PhD.

*terceiro critério é a proximidade do doador com o receptor, porque nestes casos o órgão sofre menos danos se ficar menor tempo guardado no gelo. De acordo com os escores, os mais necessitados são escolhidos na área local, depois na região e por último em âmbito nacional.*

Este exemplo permite demonstrar que a questão sanitária é bastante ampla, não se limitando a casos de fornecimento de medicamentos ou mesmo de procedimentos, mas também questões que envolvem políticas públicas e escolhas difíceis.

A realidade brasileira não é diferente, tampouco distante, do exemplo acima colacionado. Em recente reportagem na imprensa nacional<sup>21</sup>, restou demonstrado a quantidade de **pacientes** necessitando de consultas com médicos especialistas, bem como a demora para atendimento, como demonstra o quadro abaixo:

---

<sup>21</sup> - publicado no jornal Gazeta do Povo, na edição do dia 10.10.2014, bem como na versão digital, no endereço eletrônico: <http://www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/conteudo.phtml?tl=1&id=1505220&tit=Busca-por-medico-especialista-pode-levar-35-anos>.

## AS MAIS PROCURADAS

Veja as especialidades médicas com mais demanda na rede pública de saúde das maiores cidades do Paraná, bem como o tempo de espera para cada uma delas:

<b>CURITIBA</b>	Consultas	Espera (meses)
Cardiologia	12.179	15
Dermatologia	19.091	10
Oftalmologia	78.723	5
Otorrinolaringologia	29.648	1
Cirurgia Geral	13.665	1

<b>PONTA GROSSA<sup>2</sup></b>	Consultas	Espera (meses)
Oftalmologia	1.473	23
Cardiologia	3.587	3
Neurologia	9.100	2
Ortopedia	4.942	sem fila
Urologia	3.587	sem fila

<b>FOZ DO IGUAÇU</b>	Consultas	Espera (meses)
Ortopedia	11.425	2
Neurologia	6.353	2
Vascular	3.205	2
Oftalmologia	18.053	2
Cardiologia	8.464	1

<b>LONDRINA</b>	Consultas <sup>1</sup>	Espera (meses)
Proctologia	--	42
Ortopedia/ombro	--	40
Dermatologia	--	38
Ginecologia	--	33
Ortopedia/coluna	--	26

<b>CASCADEL</b>	Consultas	Espera (meses)
Dermatologia	363	10
Cardiovascular	330	9
Oftalmologia	1.014	6
Psiquiatria	696	6
Cardiologia	900	5

<b>PARANAGUÁ</b>	Consultas	Espera (meses)
Oftalmologia	483	15 dias
Cancerologia	164	1 semana
Otorrinologia	160	1 semana
Ginecologia	160	1 mês
Neurologia	39	oito meses

**Observação:** Levantamento de setembro de 2013 a setembro de 2014.

1. Dados não disponíveis.

2. Levantamento de agosto de 2013 a agosto de 2014.

**Fonte:** Secretarias municipais de saúde.  
**Infografia:** Gazeta do Povo.

Ora, é evidente que nenhuma decisão judicial que pretenda solucionar a espera por uma consulta, sob a perspectiva dos direitos individual e fundamental à saúde fará justiça, sequer para o caso concreto, quanto mais para a totalidade de pacientes que aguarda um atendimento.

A perspectiva unissubjetiva escamoteia a realidade e faz surgir flagrante injustiça em relação aos demais. Critérios de solução coletiva e política do problema passam a ser substituídos por precários dados individuais e falsos postulados, tais como, receberá o bem da vida aquele que ajuizar primeiro a ação, serão ignoradas as necessidades dos demais postulantes da mesma pretensão, a concessão do

benefício para um retardará a dos demais, escolhas de urgências clínicas serão substituídas por liminares judiciais. E, no mais das vezes, será desconsiderado o impacto que esta decisão acarretará no contexto geral, de modo alguma política (ainda que coletiva) será implantada em detrimento de outra que não é objeto da demanda.

Aliás, o Poder Judiciário tem passado ao largo de qualquer consideração sobre como são escolhidas as políticas na área da saúde, ignorando completamente a existência de ampla participação social, por intermédio das conferências municipais, conferências estaduais de saúde e conferência nacional de saúde. As políticas públicas de saúde sólida base social, mas sua própria existência é ignorada pela maioria dos operadores do direito, apesar de legalmente instituída desde 1990, pela Lei ° 8142, de 28 de dezembro.

Os problemas acima postos não implicam numa negativa geral de toda e qualquer postulação na área da saúde pública, tampouco advoga a defesa irrestrita das políticas postas, de modo que o indivíduo e o Poder Judiciário restem de mãos atadas frente a eventuais omissões do legislador ou do administrador. Há espaços para intervenção judicial, tanto para examinar as políticas existentes e suas omissões. Quanto a esta última, entretanto, o mínimo desejável é que haja maior investigação sobre a existência de alternativas, se a pretensão está amparada em sólida evidência científica, se a solução pretendida seria viável se estendida para todos que estivessem em situações semelhantes, entre outros fatores.

Apenas apresentam-se estes quadros para pontuar que soluções simplistas para intrincados problemas muita vez acaba por onerar ainda mais o Sistema Único de Saúde. Além disso, algumas soluções individuais ostentam aparência de justas, quando, na verdade, implicam em graves injustiças coletivas. A política de autocontenção do Poder Judiciário pode ser uma boa solução para problemas políticos, consoante a advertência de Luis Roberto Barroso.

#### **4. Conclusão: aspectos positivos e negativos da judicialização.**

A experiência colhida nas discussões sobre a judicialização da saúde e os dados da realidade acima apresentados permitem indagar:

##### **A judicialização da saúde tem feito bem à saúde?**

A questão não implica numa resposta simples, tampouco única.

**4.1.** É possível elencar aspectos negativos e positivos da judicialização, bem como chegar a uma conclusão.

Dentre os diversos aspectos negativos, podem ser elencados:

- **Desorganização do SUS.** As decisões judiciais que atendem interesses individuais acabam por criar políticas públicas em favor de poucos,

interferindo por vezes na ordem na fila de atendimento, em internações, cirurgias, ou mesmo obrigando ao fornecimento daquilo que o Estado não tinha se comprometido.

- **Influência negativa sobre as finanças públicas.** As diversas decisões judiciais, como demonstrado, têm implicado no desvio de recursos públicos que deveriam ser drenados para as políticas coletivas, em favor de poucos indivíduos;
- **Indevidas escolhas judiciais de políticas públicas.** O Poder Judiciário acaba por realizar escolhas para as quais não está legitimado, deixando de atuar como legislador negativo, passando a agir como legislador positivo ou mesmo como administrador.
- **Fragilização da isonomia.** Aporte de escassos recursos para alguns beneficiários em detrimento das políticas instituídas, como revelando os dados relativos ao Estado do Paraná, no quadro apresentado.

**4.2.** Ao lado dos aspectos negativos, é necessário que se reconheça a existência de diversos aspectos positivos decorrentes da judicialização.

- **Fomento de políticas públicas.** Alguns programas de políticas públicas, como a criação do Programa nacional de medicamentos para HIV/AIDS, somente vieram a ser implementados porque grupos organizados da sociedade passaram a provocar o Estado, por meio da judicialização, para o atendimento de necessidades;

- **Revisão das políticas:** Diversas ações administrativas e legais somente foram implementadas por força da pauta política que a judicialização gerou. Exemplo disto é a publicação da Lei nº 12.401/11 (alterando a Lei nº 8080/90, introduzindo, dentre outros, os arts. 19-Q e 19-R) a qual importou:

a) na revisão da lista RENAME (em março de 2012) passando de 550 para 810 itens (Portaria 533 do MS) e Portaria nº 53/2012 (incorpora medicamento);

b) na atualização dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (tendo sido promovidas 14 inclusões/alterações em 2011 e 2012);

c) criação da CONITEC:

- **Fixação de prazo para tratamento de câncer.** A judicialização e a enfermidade sofrida pela Chefe do Poder Executivo Federal, foram fatores que acarretaram a edição da Lei nº 12.732/2012, que fixou prazo de 60 dias para início do tratamento de câncer maligno.

- **A saúde como pauta política.** Dentre os diversos assuntos que norteiam a pauta política, é possível dizer que a judicialização das políticas públicas acabou por transformar o direito à saúde, a qualidade do atendimento, as políticas existentes, os medicamentos incorporados, o financiamento da

saúde, as tabelas de procedimentos e valores pagos, custos de órteses e próteses, a doença mental, entre tantos outros temas, passaram a fazer parte da pauta política e judiciária nacional.

**4.3.** Do balanço entre estes aspectos positivos e negativos da judicialização é possível concluir que, até o presente estágio, ela contribuiu para que novas políticas públicas fossem desenvolvidas, fomentando o aprimoramento legislativo, a incorporação de novos medicamentos na lista RENAME, a revisão dos protocolos clínicos e criação da CONITEC.

Entretanto, o modelo já se acha esgotado e o prosseguimento pela mesma senda levará as políticas de saúde e o próprio SUS ao colapso, porque muitos recursos são desviados de sua natural aplicação, para serem empregados em benefícios de uns poucos.

Não pode o Poder Judiciário continuar a ser ordenador de despesas e políticas públicas, seja porque lhe falta legitimidade, seja porque promove iníqua distribuição de recursos em detrimento das políticas postas.

Dadas as conhecidas e graves mazelas do SUS, destacadamente o precário atendimento em postos de saúde e hospitais, a falta de medicamentos previstos nas listas públicas, especialmente a RENAME, para atendimentos dos pacientes inseridos no SUS, entendo que a autêntica judicialização da saúde deveria ser na busca do efetivo atendimento das promessas constitucionais e das políticas públicas existentes.

Em muito contribuiriam o Poder Judiciário, o Ministério Público e as múltiplas associações de pacientes se judicializassem o cumprimento daquilo que se acha pactuado entre os entes públicos. Se pretendessem a fixação de prazo para atendimentos, se buscassem a incorporação de medicamentos, se auxiliassem na construção de sistemas com vista à extinção das filas de atendimentos especializados e exames, ou mesmo para questões mais complexas como cirurgias e transplantes.

A atual judicialização tem pouco a colaborar, doravante, com a evolução do Sistema Único de Saúde. Ao revés, parece fragilizá-lo, colocando-o a serviço daquele número ínfimo de usuários que, por circunstâncias, conseguem demandar por prestação específica.

O Poder Judiciário tem enveredado por realizar escolhas que não lhe competem, vez que não está legitimado para tanto. Cenários de escassez relativa e absoluta abrem espaço para aqueles que têm legitimidade e competência para realizar as escolhas.

Ao Poder Judiciário compete, quando demandado, verificar se estas escolhas estão em conformidade com o arcabouço jurídico, corrigindo eventuais equívocos.

Também tem por competência exigir que as políticas públicas formalmente instituídas sejam cumpridas de modo adequado de tempo e forma.

É evidente que a realidade do SUS não se transformará de um dia para outra. Como já assinalado, não será num passe de mágica que as longas filas de espera, a precária infra-estrutura, a insuficiência orçamentária, a falta de execução do orçamento e a má-gestão serão solucionadas.

Entretanto, a chamada judicialização da saúde somente trará efeitos positivos se auxiliar na ordenação do sistema e na imposição de obrigações de cumprimento daquilo que está prometido no âmbito constitucional e nas políticas públicas previstas na legislação infraconstitucional. Enfim, na tutela coletiva das políticas públicas já existentes e na busca de avanços. A distribuição desordenada de benefícios, além de atingir a um número muito pequeno de beneficiários, vulnera as políticas existentes em favor da coletividade.