

IONE MARIA DOMINGUES DE CASTRO

**DIREITO À SAÚDE NO ÂMBITO DO SUS:
um direito ao mínimo existencial garantido pelo Judiciário?**

Tese de Doutorado

Orientadora:

Professora Livre-Docente Dra. Elza Antonia Pereira Cunha Boiteux

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

São Paulo, SP

2012

IONE MARIA DOMINGUES DE CASTRO

DIREITO À SAÚDE NO ÂMBITO DO SUS:

um direito ao mínimo existencial garantido pelo Judiciário?

Tese de Doutorado apresentada como requisito parcial para a obtenção de título de Doutor em Direito, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na Área de Filosofia do Direito.

Orientadora: Professora Livre-Docente Dra. Elza Antonia Pereira Cunha Boiteux

São Paulo, SP

2012

Castro, Ione Maria Domingues de.

Direito à saúde no âmbito do SUS: um direito ao mínimo existencial garantido pelo Judiciário?/Ione Maria Domingues de Castro.- São Paulo: I.M.D. Castro, 2012.

Xxx, 497 f.

Tese (Doutorado)- Faculdade de Direito da USP, 2012

Orientadora: Professora Livre Docente Dra Elza Antonia Pereira Cunha Boiteux.

Notas de rodapé

Inclui Bibliografia

1.Direito à saúde 2.Direito ao mínimo existencial 3.Direito Sanitário 4. Judicialização da Saúde. Legitimidade do Poder Judiciário. I Título

FOLHA DE APROVAÇÃO

IONE MARIA DOMINGUES DE CASTRO

DIREITO À SAÚDE NO ÂMBITO DO SUS:

um direito ao mínimo existencial garantido pelo Judiciário?

Tese de Doutorado apresentada como requisito parcial para a obtenção de título de Doutor em Direito, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na Área de Filosofia do Direito sob a orientação da Professora Livre-Docente Dra. Elza Antonia Pereira Cunha Boiteux

NOTA: _____

DATA DE APROVAÇÃO: __/__/__

Para TIA PURA, pela luta incansável por uma medicina para todos

Para DILZA, pela fé inabalável no ser humano

AGRADECIMENTOS

Quando eu pensava em esquecer a medicina e me afastar do serviço público de saúde para me dedicar ao direito, fui impedida pelo Dr. Odílio Rodrigues Filho, então Secretário de Saúde de Santos. Ao me colocar no Programa do Recém-Nascido de Risco e na Vigilância da Mortalidade Materno-Infantil, ele ajudou a promover minha reconciliação com a medicina, uma parte integrante e importante do meu viver. Por isso, sou-lhe eternamente grata.

Agradeço também ao meu querido psicólogo Luiz Antonio Guimarães Canello, que me ajudou a conjugar e transitar pelos mundos médico e jurídico.

Minha gratidão à Dra Pura Cortez, por suas lúcidas e pertinentes reflexões acerca do sistema de saúde e da medicina – ciência e arte.

À minha querida orientadora, Dra. Elza Antonia Pereira Cunha Boiteux, timoneira desta minha viagem, pela oportunidade de conviver com uma mente brilhante e pelo conforto de ter sempre uma luz a iluminar os momentos de escuridão.

A Rosana Maria Henriques de Oliveira Cocink, pelo incansável trabalho de correção e revisão do texto.

A Dilza Maria Maia Silveira, pelo incentivo para terminar a jornada quando o desânimo teimava em aparecer.

A todos aqueles que nestes anos de vida profissional me auxiliaram a compreender a responsabilidade de lidar com a vida humana.

Agradeço aos meus queridos pais, Acirema e Antonio, que me deixaram como herança o gosto pelo estudo e a certeza de que o conhecimento é a maior riqueza que podemos almejar na vida.

A todos, muito obrigada.

A autora

O que é a liberdade para aqueles que não podem fazer uso dela, porque não têm condições adequadas para o uso da liberdade? Propiciar direitos ou salvaguardas contra a intervenção do Estado para homens que mal têm o que vestir, que são analfabetos, subnutridos e doentes, é o mesmo que caçoar de sua condição. Estes homens precisam de instrução e de cuidados médicos, antes de poderem entender ou utilizar uma liberdade mais ampla.

Isaiah Berlin

RESUMO

DIREITO À SAÚDE NO ÂMBITO DO SUS: um direito ao mínimo existencial garantido pelo Judiciário?

Esta tese pretende ampliar o objeto de análise da judicialização da saúde, ao situar a questão dentro do Sistema Único de Saúde (SUS). A partir do estudo sobre a integralidade da atenção e a universalidade de acesso, que tomamos como regras do sistema, procuramos identificar o mínimo existencial do direito à saúde, tanto no SUS como no caso concreto. Defendemos a tese de que a identificação do mínimo existencial do caso concreto e do sistema de saúde pode ser realizada por várias pessoas: pelo legislador, pelo administrador, pelos membros do Conselho de Saúde e da Conferência de Saúde, pelo médico que assiste o paciente. Vimos também que a discricionariedade do administrador quanto à escolha das prestações mínimas a serem implementadas é reduzida no que diz respeito à saúde. Uma vez identificado o mínimo existencial da saúde, esse direito deve ser satisfeito, não se admitindo qualquer restrição, pois essa é uma exigência do ordenamento jurídico, que tem como valor fonte a pessoa humana. Defendemos também a posição de que, diante da omissão do Legislativo e do Executivo na implementação do direito ao mínimo existencial, caberá ao Poder Executivo atuar para que sejam cumpridas as políticas públicas e atingidos os objetivos do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Direito à saúde. Sistema Único de Saúde. Mínimo existencial. Universalidade. Integralidade. Judicialização. Separação de Poderes.

ABSTRACT

THE RIGHT TO HEALTH WITHIN THE SCOPE OF THE BRAZILIAN UNIVERSAL HEALTHCARE PROGRAM – SUS:

a right to the existential minimum guaranteed by the Judicial Branch?

The objective of this thesis is to expand the analysis of the “judicialization” (or judicial control) of health by placing the issue within the scope of the Brazilian Universal Healthcare Program (SUS). From the study on comprehensive care and universal access, which we accept as being the general rule in health system, we try to identify the existential minimum of the right to health both in the Brazilian Universal Healthcare Program – SUS – and in the concrete cases. We defend that the identification of the existential minimum in concrete cases and in the health system can be done by several people: the lawmaker, the administrator, the members of Health Councils and Health Conferences, and the physician attending the patient. We also saw that the administrator’s discretion towards choosing the minimum services to be implemented is reduced when referring to health. Once the existential minimum for health is identified, this right must be fulfilled, with no restrictions, since this is demanded by the legal system, whose basic value is the individual person. We also defend the position that, in view of the omission of the Legislative and Executive branches in implementing the existential minimum, it will be responsibility of the Judicial branch to act so that public policies are met and objectives of the Democratic State ruled by the law are complied with.

Keywords: Right to health. Brazilian Universal Healthcare Program. Existential minimum. Universal access. Comprehensive care. Judicialization. Separation of powers.

RESUMÉ

LE DROIT À LA SANTÉ DANS LE DOMAINE DU SUS: UN DROIT EXISTENTIEL assuré par le pouvoir Judiciaire?

Cette thèse a pour but d'élargir l'objet d'analyse de la santé dans la compétence du Judiciaire, en ce qui se réfère au Système Unique de Santé (SUS). A partir des études sur l'intégralisation de l'attention et l'universalisation de l'accès des citoyens aux traitements de santé, que nous considérons comme des règles du système, nous allons essayer d'identifier le minimum existentiel du droit à la santé, soit dans le domaine du SUS, soit dans des situations concrètes. Nous savons que l'identification du droit minimum à la santé peut être réalisée par de différentes personnes: le législateur, le gestionnaire public, les membres du Conseil de Santé et de la Conférence de Santé et le médecin qui assiste le patient. Nous remarquons aussi que le pouvoir discrétionnaire exercé par le gestionnaire de santé publique peut favoriser la diminution des actions *minima* à être appliquées à un patient déterminé. Nous soutenons la thèse qui établit que le patient a le droit à un traitement de santé sans restrictions: cette exigence est prévue par l'ensemble des lois qui ont comme source et point de départ l'être humain. Nous défendons l'opinion que, face à l'omission des pouvoirs Législatif et Exécutif en ce qui se réfère à l'assurance de la réalisation des actions dans le domaine de la santé, le pouvoir Judiciaire doit intervenir pour assurer la réalisation des politiques publiques pour atteindre les objectifs de l'Etat démocratique de droit.

MOTS CLÉS: Droit à la santé. Système Unique de Santé. Minimum existentiel. Universalité. Le Judiciaire et la santé. Séparation des pouvoirs.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - Determinantes da Saúde	38
Tabela 2 - Evolução do percentual mínimo aplicado pelo Município de Bariri de acordo com a EC 29/2000, no período de 2000 a 2010	160
Tabela 3 - Evolução do Percentual Mínimo aplicado ao Município de São Paulo de acordo com a EC 29/2000. No período de 2000 a 2010.....	161
Tabela 4 - Despesas com ações e Serviços Públicos de Saúde segundo cada esfera de governo	162
Tabela 5 - Histórico de Despesas com ações e serviços públicos de saúde financiadas por recursos próprios - por esfera d governo – no Estado de São Paulo, no período de 2000 a 2006	163
Tabela 6 - Estados que não cumprem o percentual mínimo de investimentos na área da saúde - exercício de 2008.....	165
Tabela 7 - Leitos por especialidade - Município de Santos.....	167
Tabela 8 - Total de equipamentos por grupo no Município de Santos.....	168
Tabela 9 - Equipamentos de diagnóstico por imagem no Município de Santos	169
Tabela 10 - Mínimo de Relatórios de Gestão, aprovados.....	171

Tabela 11 - Evolução histórica das transferências fundo a fundo da União para o Município de Santos 172

Tabela 12 – Série histórica dos valores correspondentes aos arquivos de beneficiários identificados(ABI)..... 185

Tabela 13 - Cobrança do Ressarcimento ao SUS - panorama geral de 2006 a 2010..... 186

LISTA DE SIGLAS

AB – Atenção Básica

ABRASCO – Associação Brasileira de Saúde Coletiva

ACS – Agentes Comunitários de Saúde

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

AIDS – Acquired Immunodeficiency Syndrome

AIH – Autorização de Internação Hospitalar

AME – Ambulatório Médico de Especialidades

ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar

ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária

APAC – Autorização de Procedimentos de Alto Custo

BID – Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento

CACON – Centros de Alta Complexidade em Oncologia

CEBES – Centro Brasileiro de Estudos de Saúde

CF – Constituição Federal Brasileira

CGR – Colegiado de Gestão Regional

CIB – Comissões Intergestoras Bipartites

CIT – Comissões Intergestoras Tripartites

CMED – Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos

CNES – Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CNRS – Centre Nacional de La Recherche Scientifique

CNS – Conferência Nacional de Saúde

CNSP – Conselho Nacional de Seguros Privados

COFINS – Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social

CONASEMS – Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde

CONASS – Conselho Nacional de Secretários de Saúde

CRM – Conselho Regional de Medicina

CSLL – Contribuição Social sobre o Lucro Líquido

DALY – Disability-Adjusted Life Years

DATASUS – Departamento de Informática do Sistema Único de Saúde do Brasil

DDT – Dicloro Difenil Tricloroetano

DF – Distrito Federal

DRU – Desvinculação de Receitas da União

DRS – Departamento Regional de Saúde

DST/AIDS – Doença Sexualmente Transmissível/AIDS

ETDs – Estações de Transformação e Distribuição

EMEA – European Medicines Agency

ESF – Equipe de Saúde da Família

EUA – Estados Unidos da América

FAE – Fração Ambulatorial Especializada

FAEC – Fundo de Ações Estratégicas e Compensação

FAPESP – Fundação de Amparo à Pesquisa de São Paulo

FAS – Fundo de Ação Social

FEF – Fundo de Estabilidade Fiscal

FDA – Food and Drug Administration

FINSOCIAL – Fundo de Investimento Social

Fiocruz – Fundação Oswaldo Cruz

FSESP – Fundação Serviços Especiais de Saúde Pública

FUNDEB – Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação

GM/MS – Gabinete do Ministro/Ministro da Saúde

GND – Grupo de natureza de despesa

IAPAS – Instituto de Administração Financeira da Previdência Social

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

ICNIRP – Comissão Internacional de Proteção das Radiações não Ionizantes

IDH – Índice de Desenvolvimento Humano

IEE/USP – Instituto de Eletrotécnica e Energia da Universidade de São Paulo

INAMPS – Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social

INPS – Instituto Nacional de Previdência Social

INSS – Instituto Nacional de Seguro Social

IQV – Índice de Qualidade de Vida

IVC – Índice de Condições de Vida

LDO – Lei de Diretrizes Orçamentárias

LOA – Lei Orçamentária Anual

LOS – Lei Orgânica de Saúde

MC/DF – Medida Cautelar do Distrito Federal

NOAS – Norma Operacional de Assistência à Saúde

NOB – Norma Operacional Básica

NOBS – Normas Operacionais Básicas

NPH – Insulina Humana

NTP – Núcleos de Trabalho e Pesquisas

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

OECD – Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico

OMS – Organização Mundial de Saúde

OPAS – Organização Pan-Americana de Saúde

OS – Organização Social

OSCIPS – Organização da Sociedade Civil de Interesse Público

PAB – Piso Ambulatorial Básico

PAC – Programa de Agentes Comunitários da Família

PDI – Plano Diretor de Investimentos

PDR – Plano Diretor de Regionalização

PIB – Produto Interno Bruto

PLC – Projeto de Lei na Câmara dos Deputados

PLS – Projeto de Lei no Senado

PNAD/IBGE – Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio/Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

PNH – Política Nacional de Humanização

PNHP – Programa Nacional de Humanização do Parto

PNPCC – Política Nacional de Prevenção e Controle de Câncer

PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento

PPI – Programação Pactuada Integrada

PSF – Programa de Saúde da Família

QVLS – Qualidade de Vida Ligada à Saúde

QUALY – Quality-Adjusted Life Years

REDOME – Registro Nacional de Doadores Voluntários de Medula Óssea

RENAME – Relação Nacional de Medicamentos Essenciais

RIPSA – Rede Interagencial de Informação para a Saúde

SADT – Serviço de Apoio Diagnóstico e Terapêutico

SAI – Sistema de Informação Ambulatorial

SAS – Secretaria de Assistência à Saúde

SIAB – Sistema de Informação de Atenção Básica

SIAF – Sistema Integrado de Administração Financeira

SIOPS – Sistema de Informações sobre Orçamento Público em Saúde

STF – Supremo Tribunal Federal

SUDS – Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde

SUS – Sistema Único de Saúde

SUSEP – Superintendência de Seguros Privados

TUNEP – Tabela Única Nacional de Equivalência e Procedimentos

UBS – Unidade Básica de Saúde

UCA – Unidade de Cobertura Ambulatorial

UNICAMP – Universidade Estadual de Campinas

US – Unidade de Saúde

USF – Unidade de Saúde da Família

UPA – Unidade de Pronto Atendimento

UTI – Unidade de Terapia Intensiva

WHO – World Health Organization

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	23
1. O CONCEITO DE SAÚDE.....	28
1.1. A saúde e o processo saúde-doença.....	28
1.2. Fatores condicionantes da saúde.....	35
1.3. Saúde e qualidade de vida.....	43
1.4. A promoção da saúde.....	47
1.5. Políticas públicas saudáveis.....	57
1.6. Municípios saudáveis.....	60
1.7. Saúde e meio-ambiente.....	63
2. O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE.....	70
2.1. Direito fundamental ou direito humano?.....	70
2.2. A positivação dos direitos sociais, econômicos e culturais	72
2.3. Eficácia das normas constitucionais	75
2.4. Estrutura das normas de direitos sociais fundamentais	76
2.4.1. Regras e princípios	77
2.4.2. A dimensão objetiva e subjetiva do direito fundamental.....	84
2.4.3. A norma programática e o efeito vinculante.....	89
2.5. Os direitos prestacionais	92
2.6. O direito ao Mínimo Social	94
2.7. A reserva do possível.....	103
2.7.1. Crítica à reserva do possível.....	107
2.7.1.1. Escassez de recursos e escolhas trágicas	110
2.7.1.2. Sentenças aditivas: impacto no orçamento	112
2.8. Complementaridade, indissociabilidade, unidade e indivisibilidade dos direitos fundamentais.....	118
3. O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE.....	121

3.1. Tipos de sistemas de saúde	121
3.2. A criação do SUS.....	126
3.3. O Movimento da Reforma Sanitária.....	129
3.4. O SUS e a rede de assistência.....	131
3.5. Objetivos, princípios e diretrizes do SUS.....	132
3.5.1. Descentralização	134
3.5.2. Participação comunitária.....	139
3.5.3. Regionalização.....	142
3.6. Os níveis de atenção à saúde	144
4. OS RECURSOS PARA O SISTEMA DE SAÚDE	151
4.1. O financiamento do Sistema Único de Saúde.....	151
4.2. A saúde no âmbito público e privado	173
4.2.1. A Saúde Suplementar é sempre privada ?	175
4.2.2. O modelo público e o modelo privado	178
4.2.2.1 A utilização do SUS por pacientes portadores de planos de saúde suplementar.....	180
4.2.2.2. Ressarcimento dos serviços prestados pelo SUS a pacientes portadores de planos de saúde suplementar.....	183
4.2.3. A relevância pública dos serviços de saúde.....	188
4.2.4. Subsídios do Estado para o setor privado.....	194
4.2.5. A terceirização dos serviços públicos de saúde.....	197
5. O DIREITO À SAÚDE E O JUDICIÁRIO	205
5.1. A medicalização da sociedade e a assistência farmacêutica no SUS	205
5.2. O discurso dos atores nas demandas judiciais	211
5.3. Os medicamentos e as listas oficiais.....	214
5.4. A origem privada do patrocínio da causa e da prescrição de medicamentos	221
5.5. O registro na ANVISA e as evidências clínicas dos medicamentos	224
5.6. Hipossuficiência financeira do autor da ação	230

5.7. Os excessos nas demandas sobre medicamentos e serviços	233
5.8. Demandas judiciais por serviços do SUS	238
5.9. A oferta e a demanda por serviços do SUS	242
6. O MÍNIMO SOCIAL DO DIREITO À SAÚDE NO SUS E A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO.....	248
6.1. Integralidade: conceito.....	248
6.1.1. A integralidade e o mínimo social dentro do Sistema Único de Saúde.....	252
6.1.2. A integralidade e o mínimo social do caso concreto	257
6.2. Universalidade: democratização dos serviços de saúde	265
6.2.1. Avanços do SUS: reflexos da universidade.....	281
6.3. O Poder Judiciário e a garantia do mínimo existencial	285
6.3.1. Óbices à atuação do Poder Judiciário	286
6.3.2. A concretização dos direitos humanos:um objetivo do Estado brasileiro	290
6.3.3. As políticas públicas do SUS: juízo de constitucionalidade.....	292
6.3.3.1. A discricionariedade administrativa	295
6.3.3.2. O controle judicial das políticas públicas	297
6.3.3.3. Mecanismo processual para o juízo de constitucionalidade das políticas públicas	304
6.3.4. Estado Social: redefinição do princípio da separação dos poderes	313
6.3.5. Legitimidade do Judiciário para identificar o mínimo social do direito à saúde	319
7. CONCLUSÃO	328
REFERÊNCIAS	342

INTRODUÇÃO

O grande número de ações judiciais reivindicando direitos na área da saúde nos últimos anos tem levado a discussões acirradas a respeito da sindicabilidade desses direitos. Ao longo do tempo, inúmeros argumentos vêm sendo construídos no sentido de limitar ou até mesmo negar a efetividade e aplicabilidade imediata das normas relativas a tal direito. Isso, na prática, equivale à negação de um direito fundamental social e é preocupante, na medida em que o direito à saúde representa uma condição necessária ao gozo de todos os demais direitos.

As demandas judiciais para a concretização do direito à saúde colocam em evidência os problemas de nosso sistema de saúde e trazem à discussão jurídica várias teses que discutem a natureza,¹ o conteúdo² e as limitações ao direito à saúde.³ O tema, até o momento, encontra-se centralizado em questões como: a impossibilidade do acesso universal às ações de saúde⁴ e da integralidade da atenção à saúde (a impossibilidade de “dar tudo a todos”⁵), a reserva do possível, a falta de recursos na área da saúde,⁶ o conflito entre o direito individual e o direito coletivo,⁷ a falta de leitos e serviços suficientes, a impossibilidade fática

¹ Discute-se se as normas relativas à saúde seriam regras a serem aplicadas à maneira de tudo ou nada (Dworkin) ou se seriam princípios, isto é, normas que ordenam que algo seja realizado, na medida do possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes (Alexy).

² O direito à saúde é um direito prestacional, um direito de exigir prestações positivas do Estado. As obrigações podem ser classificadas em: obrigação de respeitar o acesso a bens que constituem objeto do direito; a obrigação de proteger, impedindo o acesso de terceiros a esses bens; a obrigação de garantir, assegurando que o titular do direito tenha acesso aos bens quando não puder fazê-lo por si mesmo; e a obrigação de promover, que exige do Estado o desenvolvimento de condições para que os titulares do direito tenham acesso aos bens. VAN HOOFF, G. H. J. The legal nature of economic, social and cultural rights: a rebuttal of some traditional views. In: ALSTON, P.; TOMASEVSKI, K. (Ed.). *The right to food*. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1984. p. 97-110. Durante algum tempo se afirmou que o estabelecimento de obrigações positivas para o Poder Público seria material e conceitualmente impossível, sendo apenas possível se falar da existência de um direito com relação à prescrição normativa que impusesse obrigações estatais negativas ou abstenções. ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Editorial Trotta, 2002. p. 22.

³ Com relação às restrições e limitações dos direitos fundamentais, existem duas correntes: 1ª) A teoria interna para a qual não existem duas coisas separadas – o direito e suas restrições, mas existe sim apenas uma coisa: o direito com um determinado conteúdo. São as restrições imanentes. 2ª) A teoria externa: neste caso, estaríamos diante de duas coisas distintas: o direito e suas restrições. Primeiro existiria o direito em si, que não está restringido ou limitado, e, em segundo lugar, existiria aquilo que resta do direito, quando lhe são introduzidas restrições. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción Carlos Bernal Pulido. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 240 ss.

⁴ TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 287.

⁵ MARQUES, Silvia Badim. A garantia do direito social à assistência farmacêutica: o papel do sistema jurídico e do sistema político. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 7, n. 1/2/3, p.214, 2006.

⁶ MENDES, Áquilas; MARQUES, Rosa Maria. The financing of SUS in a scenario of financialization. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 3, p. 841-850, mar./jun. 2009.

⁷ MARQUES, Silvia Badim. A garantia do direito social à assistência farmacêutica: o papel do sistema jurídico e do sistema político. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 7, n. 1/2/3, p. 214, 2006.

da decisão judicial criar vagas hospitalares e serviços que inexistem,⁸ as desigualdades e a injustiça decorrentes das decisões judiciais,⁹ a falta de legitimidade do Poder Judiciário para decidir sobre políticas de saúde,¹⁰ argumentos estes utilizados nas decisões da microjustiça.

Os trabalhos realizados, em sua grande maioria, analisam as demandas por medicamentos (uma ação curativa), a reserva do possível e o mínimo existencial, explorando os aspectos econômico e jurídico da questão sem, contudo, levar em conta o conceito ampliado de saúde e o Sistema Nacional de Saúde previsto na Constituição Federal e na legislação infralegal.

Diante deste cenário, a problemática por nós levantada no início do trabalho pode ser assim resumida: i) conhecer o funcionamento do SUS (Sistema Único de Saúde) traz alguma vantagem para a discussão da judicialização da saúde? ii) é possível caracterizar o acesso universal e a integralidade da atenção como o mínimo existencial do direito à saúde? iii) o Poder Judiciário tem legitimidade para identificar este mínimo existencial?

Esta tese pretende confirmar as hipóteses de que: i) a contextualização do direito à saúde dentro do Sistema Único de Saúde facilita a identificação do núcleo essencial do direito

⁸ LOPES, José Reinaldo Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no estado social de direitos. In: FARIA, J. E. (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 1.ed. 5. tir. São Paulo: Malheiros, 2010. p.131. O Poder Judiciário não pode substituir-se ao legislador político democrático como gestor de uma política econômica e social diferente da legitimamente acordada no quadro dos órgãos politicamente conformadores. QUEIROZ, Cristina. Direitos fundamentais sociais: questões interpretativas e limites da justiciabilidade. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 179-180. Considerando a escassez de recursos financeiros para satisfazer as necessidades inesgotáveis da população, cabe primeiro ao legislador ordinário ponderar entre os diversos interesses carentes de prestações públicas. SARMENTO, Daniel. *A ponderação na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000. p. 114.

⁹ MARQUES, Sílvia Badim. A garantia do direito social a assistência farmacêutica: o papel do sistema jurídico e do sistema político. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 7, n. 1/2/3, p. 195-217, 2006. Quem tiver a sorte de obter uma decisão judicial favorável terá o privilégio de ser atendido em detrimento de tantos outros que não tiveram a oportunidade e a sorte de obter a decisão judicial. LOPES, José Reinaldo Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no estado social de direitos. In: FARIA, J. E. (Org.) *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 1. ed. 5. tir. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 131.

¹⁰ A garantia da efetividade deste direito não pode desrespeitar a separação dos Poderes (que também é uma garantia institucional) e os princípios da democracia. CAMPILONGO, Celso Fernandes. O direito na sociedade complexa. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 82. O sistema político é o mais apto a tomar decisões coletivas em saúde com foco em critérios globais, planejando e justificando tais critérios com base nas necessidades coletivas. Ele também é mais forte para resistir à pressões dos grupos sociais, econômicos, periféricos ao sistema político, que buscam influir na tomada de decisões de políticas de saúde. MARQUES, Sílvia Badim. A garantia do direito social à assistência farmacêutica: o papel do sistema jurídico e do sistema político. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 7, n. 1/2/3, p. 209, 2006. As decisões judiciais tomadas no âmbito da microjustiça podem potencialmente comprometer o orçamento, na medida em que, ao exceder os limites estruturais do sistema jurídico, passam, na prática, a alocar recursos, determinando de que maneira eles devem ser gastos. AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 41. Com relação à possibilidade de formular e executar políticas públicas de saúde, a Constituição atribuiu competência comum à União, aos estados e aos municípios. DALLARI, Sueli Gandolfi. Competência Municipal em matéria de saúde. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 22, n. 92, p. 172-177, 1989.

à saúde; ii) o acesso universal e a integralidade são condições mínimas dentro do sistema para a efetivação do núcleo essencial do direito à saúde; iii) em caso de omissão do Executivo e do Legislativo, o Poder Judiciário não só pode como deve identificar o núcleo essencial do direito a ser satisfeito e garantir a sua efetivação.

Constatamos que a análise tradicional da judicialização da saúde é reducionista, na medida em que discute ações sobre medicamentos e analisa argumentos abstratos como a reserva do possível. Nosso objetivo principal é demonstrar que a discussão do direito à saúde pode ser realizada com base no substrato concreto que é o Sistema Único de Saúde, pois entendemos que a compreensão do conceito ampliado de saúde e do funcionamento do sistema contribui para a identificação mínimo do existencial do direito à saúde.

Este trabalho analisa o conceito de “mínimo existencial” no contexto do Sistema Único de Saúde, tendo como base para a reflexão a sua lógica de funcionamento, bem como o requisito da universalidade de acesso e da integralidade da atenção.

O principal argumento da tese é de que tanto a universalidade quanto a integralidade são regras do próprio sistema, e como tal, devem ser aplicadas ao caso concreto para a satisfação do direito ao mínimo existencial. No capítulo 6 demonstramos que o direito à saúde pertencente ao mínimo existencial deve ser analisado no contexto das ações e dos serviços existentes no SUS, não sendo possível limitá-lo com base em dados abstratos que resultam da aceitação acrítica da teoria da reserva do possível. Admitir o contrário seria distorcer o sentido da integralidade e relativizar um direito fundamental que é universal, o que não significa, porém, que se deva “dar tudo a todos” e “nem tudo que se pede” de forma indiscriminada e sem uma análise da real necessidade do caso concreto. Sustentamos ainda que, em caso de omissão dos demais Poderes na satisfação do direito à saúde, cabe ao Poder Judiciário identificar e garantir o mínimo existencial.

Quanto à análise do direito fundamental à saúde usamos o método dialético do relacionamento entre o máximo e o mínimo social dentro do Sistema Único de Saúde. A partir do conhecimento do sistema de saúde como um todo, utilizamos o raciocínio dedutivo para obtermos um conceito de mínimo existencial ao direito à saúde no interior do SUS e no caso concreto. Todas as análises realizadas tiveram como referencial teórico o conceito de mínimo existencial e o princípio norteador de todo o sistema jurídico brasileiro, que é o valor da dignidade humana.

No capítulo primeiro (1), discutimos o conceito de saúde; o processo saúde-doença;¹¹ os fatores condicionantes da saúde; qualidade de vida; promoção da saúde; políticas públicas saudáveis; municípios saudáveis; saúde e o meio-ambiente. Essas análises foram realizadas por duas razões. A primeira é porque constatamos que a satisfação do direito à saúde é frequentemente identificada com o fornecimento de um medicamento, o que se dá por influência do modelo biomédico de assistência, que privilegia as ações curativas e despreza os fatores determinantes da saúde (conceito ampliado de saúde). A segunda delas é porque o Sistema Único de Saúde foi baseado no conceito amplo de saúde e faz com que a moderna discussão deste direito englobe todas as ações e serviços realizados no sistema.

No capítulo segundo (2), elencamos os principais argumentos utilizados nas discussões sobre o direito à saúde e apresentamos uma crítica quanto à utilização da reserva do possível sem a sua contextualização no caso concreto. Procuramos fixar os principais aspectos da discussão na doutrina e na jurisprudência, bem como salientar o novo enfoque que pretendemos dar no contexto do Sistema Único de Saúde.

No capítulo terceiro (3), analisamos a criação,¹² a estrutura,¹³ o funcionamento,¹⁴ o financiamento,¹⁵ os princípios¹⁶ e o mecanismo de gestão do Sistema Único de Saúde.¹⁷ Esse capítulo tem como objetivo fornecer instrumental teórico multidisciplinar para ampliar e aprofundar o debate sobre saúde, além de ser essencial para a defesa da tese que pretendemos demonstrar. A discussão do direito à saúde exige que ele seja apreciado dentro do contexto do Sistema Único de Saúde vigente no país, sob pena das discussões ficarem alijadas do

¹¹ Superação do conceito de saúde da OMS “como ausência de doença” (um completo bem-estar físico, psíquico e social). A correlação de saúde com qualidade de vida e a presença de fatores determinantes da saúde como: habitação, meio-ambiente saudável, condições decentes de vida. BUSS, Paulo Marchiori. Promoção da saúde e qualidade de vida. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 166-177, 2000.

¹² Veremos as influências do movimento da reforma sanitária na criação do Sistema Único de Saúde.

¹³ Sistema hierarquizado (a porta de entrada ao sistema se dá pelo atendimento na atenção básica ou nos postos de pronto atendimento, podendo se necessário haver o encaminhamento para serviços e ações de média e alta complexidade). Um sistema único e descentralizado, com um gestor único em cada nível de governo (federal, estadual e municipal), fortalecendo-se a participação do município na gestão dos serviços da atenção básica.

¹⁴ O trabalho em rede entre os vários serviços de saúde de uma determinada região permite uma mais ágil e eficaz prestação de assistência ao paciente. RIGHI, Liane Beatriz. *A PNH, o trabalho em rede e os processos de regionalização da saúde*. Brasília: Ministério da Saúde, 2009.

¹⁵ O financiamento do sistema é feito pelas três esferas de governo: recursos federais, estaduais e municipais e pela Seguridade Social.

¹⁶ Princípios da universalidade de acesso, da integralidade da atenção à saúde.

¹⁷ Gestão tripartite. Participação do Conselho Municipal de Saúde. FEUERWERKER, Laura. Modelos tecnoassistenciais, gestão e organização do trabalho em saúde: nada é indiferente no processo de luta para a consolidação do SUS. *Interface-Comunicação, Saúde, Educação*, Botucatu, v. 9, n. 18, p. 489-506, set/dez. 2005.

substrato fático essencial, que é o sistema de saúde, no qual estão inseridos os serviços e onde se desenvolvem as ações relativas à saúde.

No capítulo quarto (4), estudamos os recursos do Sistema Único de Saúde e de que forma eles têm implicações no segmento da saúde suplementar. Este enfoque é importante por duas razões. Primeiro, porque nos permite compreender as razões pelas quais o sistema público depende tanto do setor privado. Segundo, porque a falta de recursos para a área da saúde é o principal argumento do governo e dos teóricos que trabalham com políticas públicas. A nossa crítica está acompanhada de fatos e dados sobre essa questão.

No capítulo cinco (5), examinamos a questão da medicalização da sociedade e as ações judiciais sobre medicamentos e demandas por serviços do SUS. Os objetivos deste estudo são: i) mostrar o quanto estes trabalhos estão influenciados pelo modelo biomédico e pela identificação do direito à saúde com o fornecimento de medicamentos; ii) discutir o tema sob o enfoque da integralidade e da universalidade de acesso inerentes ao Sistema Único de Saúde.

No capítulo sexto (6), examinamos a questão principal da tese: a análise da integralidade e da universalidade como regras do Sistema Único de Saúde e como a expressão do mínimo existencial do direito à saúde frente ao Sistema e ao caso concreto. Daí a relevância do Poder Judiciário como garantidor do mínimo existencial.

Em nossa conclusão, procuramos demonstrar a existência de argumentos falaciosos, os principais óbices para a atuação do Poder judiciário e o melhor caminho para efetivarmos o direito à saúde na perspectiva do mínimo existencial dentro do Sistema Único de Saúde.

1. O CONCEITO DE SAÚDE

1.1. A saúde e o processo saúde-doença

Ao longo da história, o sentido da palavra saúde foi tendo várias e diferentes conotações. As condições que influenciam o estado de saúde de uma determinada população já haviam sido apontadas por Hipócrates (460-377 a.C.). Este afirmava que não seria possível ao médico erradicar as doenças de um determinado conglomerado humano se não tivesse analisado a influência da cidade, do tipo de vida de seus habitantes e até mesmo da água consumida no local sobre a saúde da população. Neste sentido, ainda é valiosa a sua afirmação:

Quem deseja investigar devidamente a medicina, deverá proceder desta maneira... Quando chegar a uma cidade desconhecida, examinará sua localização, como está orientada ao vento e ao sol, e averiguará a água que consomem seus habitantes... Pois, se ficar inteirado desses detalhes, saberá a ciência certa sobre quais são as enfermidades do lugar.¹⁸

A visão racional da medicina, bem distante de uma concepção mágico-religiosa, é a característica do pensamento hipocrático. Dentre os vários escritos atribuídos a Hipócrates, o texto “A doença sagrada” exprime bem essas características:

Eis o que é a doença sagrada: ela não parece ter nada de mais divino nem de mais sagrado do que as outras, mas a natureza e a origem são as mesmas das outras doenças. Sem dúvida, é graças à inexperiência e à imaginação que atribuímos a sua natureza e a sua causa a algo divino.¹⁹

Hipócrates defendia a existência de quatro fluidos (humores) principais no corpo: a bile amarela, a bile negra, a fleuma e o sangue. A saúde era então baseada no equilíbrio desses elementos. O homem era visto como uma unidade organizada e a doença só apareceria quando houvesse uma desorganização desse estado.

Galeno (199-129 a.C) baseava-se nesse sistema humoral e apontava a importância de quatro temperamentos no estado de saúde. Seu sistema, que integrava a teoria humoral com a lógica aristotélica, foi incorporado por médicos árabes após a queda do Império Romano, sendo reintroduzido no pensamento médico europeu após 1250.²⁰ Ele via a causa da doença como endógena, isto é, ela estaria dentro do próprio homem, em sua constituição física ou em hábitos de vida que levassem ao desequilíbrio.

¹⁸ ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD. Prefácio. In: OPAS. *Procedimientos para la investigación de enfermedades transmitidas por el agua*. Washington-DC: 1980, primera edición, p.vii.

¹⁹ HIPOCRATES. A doença sagrada. In: ___ *Conhecer, Cuidar e Amar*. Tradução Dunia Marino Silva. São Paulo: Landy, 2002, p.112-113.

²⁰ AGUIAR, Adriano Amaral de. *A psiquiatria no divã: entre as ciências da vida e a medicalização da existência*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004. p. 50.

Paracelsus (1493-1541) afirmava que as doenças eram provocadas por agentes externos ao organismo. A medicina encontrava-se sob a influência da química, que começava a se desenvolver. Assim, para ele se os processos que ocorrem no corpo humano são químicos, os melhores remédios para expulsar a doença seriam também químicos, razão pela qual passou a tratar os doentes com pequenas doses de minerais e metais como, por exemplo, o mercúrio no tratamento da sífilis.²¹

Já Descartes (1596-1650), ao postular o dualismo entre mente e corpo, concebia o corpo humano funcionando como uma máquina governada inteiramente pelas leis da física.²² Thomas Mackeon lembra que essa teoria foi em parte confirmada quando Kepler descreveu o mecanismo dióptrico através do qual os olhos produzem a imagem na retina e, pouco depois, quando Harvey demonstrou o mecanismo da circulação do sangue no corpo humano.²³

Para Chandrakant P. Shah, o que influenciou o modelo biomédico/biomecânico foi a revolução cartesiana do século XVII, na qual corpo e mente eram entidades separadas, com o corpo sendo uma entidade física ativada pela mente.²⁴ De acordo com essa visão, o corpo atua como uma máquina, que pode ser corrigida quando ocorre um erro. Isso se dá através de procedimentos estabelecidos para reparar o dano ou restaurar a função através da neutralização de partes específicas ou da modificação da resposta do processo patológico. Por isso, o modelo biomédico tem seu foco principal nas causas e no tratamento das doenças.

Ao mesmo tempo em que se fortalecia o modelo, ocorreu o desenvolvimento da anatomia, o qual afastou a concepção humoral da doença, que passou a ser localizada nos órgãos.

A primeira ruptura com a ideia de que as doenças acometiam o organismo como um todo veio com Giovanni Battista di Morgani em 1761 que, pesquisando achados de autópsias, chegou à conclusão de que pelo menos algumas doenças poderiam ser causadas por lesões em um órgão apenas. Em 1800, François Xavier Bichat (1771-1802) afirmava que os distúrbios patológicos causadores de uma doença poderiam afetar apenas parte de um órgão.²⁵ Nascia, então, uma nova forma de compreensão das doenças, que posteriormente iria se

²¹ SCLIAR, Moacyr. História do Conceito de Saúde. *PHYSIS*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 1, p. 33-34, 2007.

²² DESCARTES, René. *Discurso do método*. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 47-66.

²³ MCKEOWN, Thomas. *The role of medicine: dream, mirage, or nemesis?* Oxford: Basil Blackwell Publisher Ltd., 1979. p. 4.

²⁴ SHAH, Chandrakant. P. *Public health and preventive medicine in Canada*. 5th ed. Toronto: Elseviers Saunders, 2003. p. 8.

²⁵ AGUIAR, Adriano Amaral de. *A psiquiatria no divã: entre as ciências da vida e a medicalização da existência*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004. p. 50-51.

firmar com o desenvolvimento da bacteriologia a partir do isolamento do bacilo da tuberculose por Robert Koch, no final do século XIX.

A bacteriologia criou um modelo de doença: o modelo da doença específica, que fez com que as empresas produtoras de remédios passassem a pesquisar tratamentos específicos para cada tipo de doença. Da mesma maneira, os estudos de Pasteur revelavam a existência de micro-organismos causadores da doença, o que possibilitava a introdução de soros e vacinas. Isso significava que algumas doenças podiam ser prevenidas e curadas. Para Chandrakant P. Shah, a teoria do germe (uma etiologia específica), ou seja, a ideia de que cada doença tem uma única causa, surgida no final do século XIX, também é inteiramente compatível com o modelo biomédico/biomecânico, cuja origem remonta ao século XVII.²⁶

A teoria do germe sugere que a mera introdução de um agente patológico dentro da comunidade já é suficiente para causar doença. Entretanto, é possível que muitas pessoas sejam expostas a uma variedade de agentes sem desenvolverem a doença, o que, por si só, demonstra que está incorreta a ideia de que a doença é causada por apenas um agente. De um ponto de vista epidemiológico, a presença do agente é uma condição necessária, mas não suficiente para o aparecimento da doença. Isso ocorre porque também devem estar presentes algumas condições no hospedeiro e no meio-ambiente para que a doença se desenvolva.

No século XIX, muitas doenças transmissíveis epidêmicas e endêmicas ameaçavam os empreendimentos comerciais e, da necessidade de estudá-las, preveni-las e curá-las, surge a epidemiologia, a partir de um estudo pioneiro feito pelo médico inglês John Snow (1813-1858), tendo por base uma epidemia de cólera ocorrida em Londres.²⁷

Em 1826, o médico Louis René Villermé (1782-1863) já havia publicado um estudo sobre a mortalidade em diferentes regiões de Paris, apontando a relação entre pobreza e doença. Em 1828, Pigeotte estudou a saúde dos trabalhadores têxteis em Troyes e, no mesmo ano, outro relatório de Villermé mostrou a relação íntima entre as taxas de morbidade e mortalidade e as condições de vida das classes sociais em Paris.²⁸

Na Inglaterra, também surgiram estudos desse tipo, pois era naquela sociedade que mais se sentia o efeito da Revolução Industrial sobre a saúde do proletariado e a urbanização dos povoados. O processo criador da economia de mercado, da fábrica e do ambiente urbano moderno trouxe à luz problemas que tornaram necessários novos meios de

²⁶ SHAH, Chandrakant. P. *Public health and preventive medicine in Canada*. 5th ed. Toronto: Elsevier Saunders, 2003. p. 8.

²⁷ SCLIAR, Moacyr. História do Conceito de Saúde. *PHYSIS*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 1, p. 34, 2007.

²⁸ ROSEN, George. *Uma história da saúde pública*. Tradução Marcos Fernandes da Silva Moreira com a colaboração de José Ruben de Alcântara Bonfim. São Paulo: Editora HUCITEC, 2006. p. 164.

prevenção de doenças e de proteção da saúde pública. Em Manchester, a primeira cidade industrial, o aparecimento de uma série de febres tinha chamado a atenção para o fato de que a congestão de fábricas e moradias condicionava o aparecimento e a difusão de doenças. A disseminação do tifo exantemático, durante o inverno de 1795, já tinha levado à formação de um Conselho de Saúde voluntário.²⁹ A epidemia de cólera de 1831 e 1832, ocorrida nos distritos mais pobres e nos locais onde se negligenciavam as medidas sanitárias, serviu de alerta e de estímulo para a edição de uma Nova Lei dos Pobres na Grã-Bretanha, que concentrou a atenção nos problemas de saúde das comunidades urbanas: imundície, doença e desamparo aos pobres, instituindo medidas sanitárias que se baseavam na convicção de que o ambiente físico e social tinha influência sobre a saúde da população.³⁰

Como aponta Sueli Gandolfi Dallari, foi o ambiente da Revolução Industrial que permitiu o debate entre aqueles que buscavam conceituar a saúde como diretamente dependente de variáveis relacionadas ao meio-ambiente, ao trabalho, à alimentação e à moradia e aqueles que, uma vez descobertos os germes causadores das doenças, tentavam conceituar a saúde como um estado de ausência de doenças.³¹

O conceito de saúde como ausência de doença se encaixava bem no modelo da doença específica. Esse conceito permitiria uma classificação objetiva dos seres humanos entre seres humanos saudáveis ou doentes, com base apenas no grau de eficiência das funções biológicas.³² Essa definição, derivada de uma visão restritiva, puramente biológica e médica, é criticável na medida em que “trata-se de uma antidefinição, que nega qualquer perspectiva analítica ao tema da saúde e reduz efetivamente toda a questão ao tratamento e prevenção das doenças e lesões”.³³ Não há uma base para a definição negativa de saúde tanto em nível individual quanto em nível coletivo, quer porque nem todos os indivíduos sadios acham-se isentos de doença, quer porque nem todos aqueles isentos de doença são sadios. Na prática, existem indivíduos ativos, social e economicamente produtivos, sem sinais de comprometimento, tidos como sadios, e que, no entanto, são portadores de incapacidades parciais e sequelas. Outros, ao contrário, estão infectados, apresentam comprometimentos,

²⁹ ROSEN, George. *Uma história da saúde pública*. Tradução Marcos Fernandes da Silva Moreira com a colaboração de José Ruben de Alcântara Bonfim. São Paulo: Editora HUCITEC, 2006. p. 157.

³⁰ Id. *Ibid.*, p.161-162.

³¹ DALLARI, Sueli Gandolfi. Direito à saúde: responsabilidade e garantias. In: ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. *O direito sanitário na Constituição Brasileira de 1988: normatividade, garantias e seguridade social*. Brasília: OPAS, 1994. p. 9. (Série Direito e Saúde n. 4).

³² BOORSE, Christopher. Health as a theoretical concept. *Philosophy of Science*, Chicago, v. 44, n. 4, p. 542-543, dec. 1977.

³³ FLEURY-TEIXEIRA, Paulo. Uma introdução conceitual à determinação da saúde. *Saúde em Debate*, Rio de Janeiro, v. 33, n. 83, p. 382, set./dez. 2009.

limitações, e incapacidades sem qualquer evidência clínica de doença.³⁴ Conclui-se, portanto, que saúde não é o oposto lógico de doença e que, por isso, jamais poderia ser definida como um estado de ausência de doença.

Com o passar do tempo, as doenças crônicas e degenerativas começaram a atrair a atenção, e o que se constatou é que não havia um único agente que pudesse explicá-las. As doenças cardíacas, por exemplo, tinham a sua explicação em vários fatores interligados. Esses fatores podem ser biopsíquicos, sociais, psicológicos. Assim, a dieta, o fumo, a inatividade física, o estresse, obesidade e tantos outros fatores podem contribuir para a doença. Isso definitivamente mudou a teoria da doença específica e o conceito de saúde como ausência de doença.

Na medida em que se constata a existência de múltiplos fatores determinantes da saúde, o conceito de saúde também deveria mudar, a fim de se adequar a essa nova realidade. Entretanto, a questão do conceito estava em aberto, uma vez que não existia um conceito universalmente aceito. Era preciso haver um consenso entre as nações.

Foi somente após a II Grande Guerra e a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) e da Organização Mundial de Saúde (OMS) que se chegou a um consenso a respeito do conceito de saúde. O conceito da Organização Mundial de Saúde está expresso no preâmbulo de sua Constituição (1946) e estabelece que “Saúde é um estado de completo bem estar físico, psíquico e social”.³⁵ Essa é uma concepção positiva, mas que possui alguns inconvenientes. Em primeiro lugar, porque há certa indeterminação, ou seja, a incapacidade de especificar o objeto que se pretende definir.³⁶ Em segundo lugar, está o fato de se tentar postular a saúde como um estado ideal de plenitude, que seria o objetivo final, nunca atingível.³⁷ O que se constata na prática é que existem indivíduos tidos como sadios que são portadores de incapacidades parciais e, por outro lado, existem também indivíduos infectados sem qualquer evidência clínica de doença.

³⁴ ALMEIDA FILHO, Naomar. O conceito de saúde: ponto cego da epidemiologia? *Revista Brasileira de Epidemiologia*, São Paulo, v. 3, n. 1-3, p. 7, dez. 2000.

³⁵ WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). *Constitution of the World Health Organization*. Basic Documents, Forty-fifth edition, Supplement, October 2006. Disponível em: <http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf>. Acesso em: 9 set. 2009.

³⁶ FLEURY-TEIXEIRA, Paulo. Uma introdução conceitual à determinação da saúde. *Saúde em Debate*, Rio de Janeiro, v. 33, n. 83, p. 382, set./dez. 2009.

³⁷ ALMEIDA FILHO, Naomar. *O conceito de saúde*, cit., p. 5.

Existe ainda uma terceira definição de saúde, na qual ela é vista como um meio, um recurso para a vida das pessoas.³⁸ Para Paulo Fleury Teixeira, essa também é uma definição positiva bastante difundida no campo da promoção da saúde, na qual se concebe a saúde como um meio ou uma condição para a realização da vida, distinguindo-a da totalidade da vida e do conjunto dos objetivos de vida do homem, já que a vida humana impõe objetivos que não se restringem à saúde.³⁹

Ao se considerar a saúde como meio para a vida ou para a realização dos indivíduos na vida, o referido autor afirma que certamente ela não pode ser confundida com a totalidade da realização dos homens e, portanto, é imposta uma restrição ao conceito de saúde que não se encontra na primeira definição da OMS. A saúde é tomada como um dos elementos da qualidade de vida e uma das condições objetivas para o desenvolvimento humano, e não como o seu conjunto. Partindo dessa concepção, ela é identificada como “a capacidade psicofisiológica para exercício ativo de si dos indivíduos para a sua realização na vida”.⁴⁰ Essa caracterização da saúde, como uma condição parcial para a realização dos indivíduos durante a vida, é uma tentativa de mostrar que a saúde é uma condição que, ao mesmo tempo, abrange e é condicionada pelas determinações da existência do indivíduo como ser biológico. Isso, de certa forma, explicita o compromisso do setor saúde e aponta para o seu objetivo específico no conjunto de políticas públicas no universo e nos outros setores da vida social.

Por outro lado, há de se levar em conta que a realização da capacidade dos indivíduos durante o curso da vida depende de meios materiais e espirituais que são adquiridos em função das relações que cada indivíduo desenvolve em sua existência e das suas características individuais. Isso envolve todas as dimensões da vida social.

As possibilidades para o desenvolvimento de capacidades individuais, as expectativas, os valores, e até o caráter das pessoas são profundamente marcados pela estrutura econômico-social geral. As características dessa estrutura estão presentes na vida das pessoas, determinando-lhes um modo de ser que pode variar de acordo com os diversos padrões culturais, condições materiais das famílias, com o grupo ou classe social a que pertencem, com os valores éticos, os gostos estéticos, as características das relações

³⁸ WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). 1986, Ottawa Charter on Health Promotion (WHO 1st HP Conference). Disponível em: <<http://www.opas.org.br/promocao/uploadArq/Ottawa.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2011.

³⁹ FLEURY-TEIXEIRA, Paulo. Uma introdução conceitual à determinação da saúde. *Saúde em Debate*, Rio de Janeiro, v. 33, n. 83, p. 382-383, set./dez. 2009.

⁴⁰ Id. *Ibid.*, p. 383.

interpessoais.⁴¹ Sendo assim, não há como afastar da análise do tema saúde os fatores sociais que a determinam.

As concepções de saúde vinculadas à proposta de Reforma Sanitária foram elaboradas na década de 1970 dentro dos departamentos de medicina social e preventiva e nas escolas de saúde pública. Na medida em que crescia a crítica das propostas da Medicina Preventiva e da Medicina Comunitária, mais se tentava delimitar o conteúdo de uma nova concepção de saúde e do processo saúde-doença. Na tentativa de atingir esse objetivo, Guilherme Rodrigues da Silva assim aborda o tema:

Considera-se saúde e doença como um único processo que resulta da interação do homem consigo mesmo, com outros homens na sociedade e com elementos bióticos e abióticos do meio. Esta interação se desenvolve nos espaços sociais, psicológico e ecológico, e como processo tem dimensão histórica [...]⁴²

Para ele, a saúde é entendida como um estado dinâmico de adaptação às condições de vida em uma dada comunidade num certo momento histórico. A doença apareceria como resultado de uma falência dos mecanismos de adaptação.

A partir de então a produção teórica desenvolvida pela Saúde Coletiva concentrou-se em dois conceitos: a determinação social das doenças e o processo de trabalho em saúde.⁴³ Ao se entender que a saúde e doença na coletividade não podem ser explicadas exclusivamente pelas dimensões biológica e ecológica, alarga-se a possibilidade de análise e de intervenção na realidade.

Além disso, há de se ressaltar aspectos culturais na reconceitualização das necessidades de saúde, apontando aspectos psicológicos e subjetivos como faz Jeni Vaitsman:

Saúde e doença, bem-estar e mal-estar são fenômenos não apenas físicos, que se manifestam pelo bom ou mau funcionamento de um órgão, mas ao mesmo tempo possuem uma dimensão psicológica que passa pelo vivenciar e pela emoção de cada indivíduo. São fenômenos que possuem uma dimensão sociocultural, coletiva e outra psicobiológica, individual, que não deveriam ser dicotomizados. Devem então ser compreendidos enquanto parte do modo de organização da vida cotidiana e da história pessoal de cada um.⁴⁴

⁴¹ FLEURY-TEIXEIRA, Paulo. Uma introdução conceitual à determinação da saúde. *Saúde em Debate*, Rio de Janeiro, v. 33, n. 83, p. 382, set./dez. 2009.

⁴² SILVA, Guilherme Rodrigues da. Origens da medicina preventiva como disciplina de ensino médico. *Rev. Hosp. Clin. Fac. Med. S.Paulo*, São Paulo, v.28, n.2, p.95, 1973.

⁴³ TEIXEIRA, S. As ciências sociais em saúde no Brasil. In: NUNES, E. D. (Org.). *As ciências sociais em saúde na América Latina: tendências e perspectivas*. Brasília: OPAS, 1985. p. 87-109.

⁴⁴ VAITSMAN, Jeni. Saúde, cultura e necessidades. In: FLEURY, S. (Org.). *Saúde: coletiva? Questionando a onipotência do social*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1992. p. 157-158.

Ela explica que existe um conjunto mais amplo de necessidades humanas tais como: subsistência, proteção, afeto, compreensão, participação, lazer, criação, identidade e liberdade. Se levarmos em conta tudo isso, aponta ela, “uma concepção de saúde não reducionista deveria recuperar o significado do indivíduo em sua singularidade e subjetividade na relação com os outros e com o mundo. Pensar a saúde hoje passa então por pensar o indivíduo em sua organização da vida cotidiana, tal como ela se expressa, não só através do trabalho, mas também do lazer – ou da sua ausência, por exemplo – do afeto, da sexualidade, das relações com o meio ambiente”.⁴⁵

Esta abordagem do processo saúde-doença traz um novo enfoque para o tema, na medida em que identifica “as estruturas sociais como determinantes para a produção e desigual distribuição dos riscos sanitários entre as populações”.⁴⁶

1.2. Fatores condicionantes da saúde

O indivíduo tem acesso aos meios produzidos e disponibilizados pela sociedade para a sua realização como pessoa, de acordo com a sua posição no ordenamento social. As condições sociais são base para o padrão sanitário de um povo, assim como a posição de cada indivíduo na sociedade é uma base da sua própria saúde.

As condições de habitação e ambientais do peridomicílio, a existência de restrições no acesso à alimentação e a outros bens fundamentais, as características físicas das atividades realizadas no trabalho, assim como as condições do ambiente em que se realiza o trabalho, podem implicar em uma série de riscos à saúde, pois são condições determinadas pela posição dos indivíduos na hierarquia social e na divisão social do trabalho e da renda.

Existe, portanto, um campo físico ou ambiental de determinação social da saúde. A exposição a agentes biológicos, químicos ou físicos danosos, a deficiência nutricional, o desgaste físico generalizado ou o esforço repetitivo no trabalho são características das condições sociais de pobreza que acometem a maioria da população mundial.⁴⁷

Mas há também outro campo denominado de determinantes psicossociais. O grau de reconhecimento, o nível de autonomia, o balanço entre esforços e recompensas e entre expectativas, realizações e frustrações que os indivíduos têm no curso da vida são igualmente

⁴⁵ VAITSMAN, Jeni. Saúde, cultura e necessidades. In: FLEURY, S. (Org.). *Saúde: coletiva? Questionando a onipotência do social*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1992. p. 171.

⁴⁶ CARVALHO, Antonio Ivo. Conselhos de saúde, responsabilidade pública e cidadania: a reforma sanitária como Reforma do Estado. In: FLEURY, S. (Org.). *Saúde e democracia: a luta do Cebes*. São Paulo: Lemos, 1997. p. 95.

⁴⁷ FLEURY-TEIXEIRA, Paulo. Uma introdução conceitual à determinação da saúde. *Saúde em Debate*, Rio de Janeiro, v. 33, n. 83, p. 380-384, set./dez. 2009.

determinantes de suas condições de saúde. Este campo é cada vez mais relevante, tendo em vista os problemas de saúde da atualidade, na medida em que se constata que fatores psicossociais têm grande peso nas cadeias causais das doenças.

É importante assinalar que não se trata de negar a determinação genética das condições de saúde, mas sim de precisar o seu peso em face dos determinantes comportamentais e sociais da saúde. São muitas as evidências de que graves problemas de saúde são controlados ou mesmo desaparecem com a modificação das condições sociais das populações antes ou independentemente do acesso a recursos médico-terapêuticos ou preventivos contra o problema. Um exemplo disso é o da tuberculose, que, nos países subdesenvolvidos, teve a sua incidência drasticamente reduzida muito antes da descoberta e do início do uso dos primeiros medicamentos tuberculostáticos devido às melhorias das condições de habitação, nutrição e trabalho das massas de trabalhadores.⁴⁸ Este caso se refere aos determinantes físicos e ambientais que estão fortemente vinculados às condições de pobreza e ambientais. No caso de doenças e agravos não transmissíveis, também existem evidências de que as condições sociais atuam preponderantemente por mediação psíquica, ou seja, por seu efeito sobre as emoções pessoais no curso da vida. Isso quer dizer que a qualidade e o caráter das interações sociais estão diretamente implicados nessa determinação social da saúde.⁴⁹

Os determinantes sociais da saúde podem ser definidos como uma “estrutura complexa envolvendo desigualdades sociais, usualmente mediadas pelas condições nas quais as pessoas nascem, crescem, vivem, trabalham e envelhecem, incluindo o acesso aos serviços de saúde”.⁵⁰

O conceito da “determinação da saúde” aparece inicialmente em 1974 no Relatório Lalonde (Marc Lalonde era titular do Ministério da Saúde e do Bem-Estar do Canadá) no qual se reconhece oficialmente que o paradigma biomédico do sistema de saúde canadense estava em crise e que era preciso ir além da atenção ao doente. No documento, Lalonde questiona a crença de que a qualidade da saúde de um país torna-se equivalente à qualidade da atenção médica instalada e que, portanto, estaria intimamente ligada aos avanços

⁴⁸ MCKEOWN, Thomas. *The role of medicine: dream, mirage, or nemesis?* Oxford: Basil Blackwell Publisher Ltd., 1979. p. 60-63.

⁴⁹ FLEURY-TEIXEIRA, Paulo. Uma introdução conceitual à determinação da saúde. *Saúde em Debate*, Rio de Janeiro, v. 33, n. 83, p. 386, set./dez. 2009.

⁵⁰ VERAS, Renata Meira; TRAVERSO-YÉPEZ, Martha. Social determinants of health and preterm birth trends in Brazil and Canada. In: FLEURY, S; BAHIA, L.; AMARANTE, P. (Org.). *Saúde em debate: fundamentos da reforma sanitária*. Rio de Janeiro: Cebes, 2008. p. 431.

da tecnociência médica.⁵¹ Diante dessa situação, o autor propõe uma nova abordagem para o campo da saúde, dividindo-o em quatro elementos:

- i) a biologia humana: que compreende a herança genética e os processos biológicos inerentes à vida, incluindo os fatores de envelhecimento.
- ii) o meio ambiente: que inclui o solo, a água, o ar, a moradia, o local de trabalho;
- iii) o estilo de vida: do qual resultam decisões que afetam a saúde: fumar ou deixar de fumar, beber ou não, praticar ou não exercícios e tantas outras.
- iv) a organização da assistência à saúde: esses seriam os fatores determinantes da saúde que existiriam fora da assistência médica.⁵²

No final dos anos setenta, as discussões e propostas sobre a determinação da saúde na Organização Mundial de Saúde passaram a incluir a questão social como elemento de peso sob a forma de determinantes que redefiniriam os sistemas de saúde.⁵³ Em 2004, foi criada na Organização Mundial de Saúde a Comissão sobre determinantes sociais em saúde, que foi a responsável pela edição de um relatório elaborado a partir dos resultados obtidos em grupos de trabalho, organizados em torno dos principais determinantes: exclusão social, mulher e equidade de gênero, desenvolvimento infantil precoce, condições de emprego, globalização, urbanização, sociedade civil, sistemas de saúde, condições de Saúde Pública prioritárias, ação intersetorial, entre outros.⁵⁴

Os fatores determinantes sociais em saúde são definidos pela OMS como circunstâncias em que as pessoas nascem, crescem, vivem, trabalham e envelhecem, bem como os sistemas estabelecidos para combater as doenças. Essas circunstâncias estão configuradas por um conjunto amplo de forças: econômicas, sociais, normativas e políticas.

Na verdade, o que se quer enfatizar com esta abordagem é o fato de que as condições de vida (crescimento, aprendizado, reprodução, trabalho e envelhecimento) estão

⁵¹ LALONDE, Marc. *A new perspective on the health of Canadians: a working document*. Ottawa: Government of Canada, 1974. Disponível em: <<http://www.hc-sc.gc.ca/hcs-sss/pubs/system-regime/1974-lalonde/index-eng.php#int>>. Acesso em: 10 jul. 2010.

⁵² Lalonde contribuiu para a discussão dos determinantes da saúde estendendo a discussão das políticas públicas às esferas do combate aos maus hábitos e à necessidade de melhorar a qualidade do entorno das pessoas. Porém, ele não aprofundou a questão da “determinação social da saúde”.

⁵³ A Conferência de Alma-Ata, em 1978, e a Primeira Conferência Internacional sobre Promoção da Saúde, em 1986, foram importantes fóruns de discussão a respeito do tema.

⁵⁴ ORGANIZACION MUNDIAL DE LA SALUD (OMS). *Sub-sanar las desigualdades en una generación: alcanzar la equidad sanitaria actuando sobre los determinantes sociales de la salud*. Comisión sobre los determinantes sociales de la salud: informe final. OMS: Ginebra, 2008. Disponível em: <http://whqlibdoc.who.int/publications/2009/9789243563701_spa.pdf>. Acesso em: 9 jul. 2010.

em grande parte “determinadas” pelo lugar que cada um ocupa na hierarquia social. Essas condições podem influenciar também o grau de vulnerabilidade individual a varias doenças. A Comissão, em seu relatório final, propõe três recomendações fundamentais: i) melhorar as condições da vida cotidiana; ii) lutar contra a distribuição desigual do poder, do dinheiro e dos recursos; iii) medir e analisar o problema através de ações de cooperação intersetoriais. Bastante elucidativa em relação ao tema é a classificação dos determinantes da saúde de acordo com a sua relevância, feita pelo governo canadense e relatada por Chandrakant P. Shah:⁵⁵

Tabela 1- Determinantes da saúde⁵⁶

Determinante	Relevância
Renda e condição social	É o mais importante. Entretanto, é a distribuição da renda, em vez da quantidade atual, que está associada com pessoas mais saudáveis na população.
Rede de contatos sociais	O efeito dessas redes sociais pode ser importante na identificação de fatores de risco como: fumo, atividade física, obesidade e hipertensão. Não é a quantidade de relações que importa, mas sim a qualidade delas.
Educação	Fornecer habilidades para lidar com os desafios e tarefas diárias no emprego e na participação comunitária.
Emprego e condições de trabalho	O controle das circunstâncias no trabalho e baixos níveis de estresse melhoram a saúde dos empregados. O desemprego está relacionado também a problemas de saúde.
Meio-ambiente físico	Fatores naturais como a qualidade do ar, do solo e da água são relacionados à saúde. Fatores construídos pelos homens como: casa, local de trabalho, estradas, ruas também são importantes.
Biologia e traços genéticos	O funcionamento dos sistemas corporais e a herança genética contribuem para o estado saudável, assim como o processo de desenvolvimento
Hábitos saudáveis e <i>coping skills</i>	Características psicológicas como: competência pessoal, autocontrole e condução da própria vida contribuem para a saúde física e mental. Ao lado disso, também são úteis os hábitos saudáveis.
Saudável desenvolvimento na infância	Muitas doenças crônicas parecem ter origem na vida fetal e na infância. As experiências desses períodos são também importantes para o desenvolvimento de competências e habilidades.

⁵⁵ SHAH, Chandrakant. P. *Public health and preventive medicine in Canada*. 5th ed. Toronto: Elsevier Saunders, 2003. p. 18.

⁵⁶ Tabela obtida a partir da obra de SHAH, Chandrakant. P. *Public health and preventive medicine in Canada*. 5th ed. Toronto: Elsevier Saunders, 2003. p. 18.

Serviços de saúde e serviços sociais	Eles contribuem para uma população mais sadia. Entretanto, o aumento nas despesas com saúde parece não ser muito efetivo em melhorar a saúde dos canadenses.
Sexo	As diferenças biológicas entre os sexos e aquelas construídas socialmente influenciam a saúde e a utilização dos serviços de saúde.
Cultura	Pode influenciar a maneira como as pessoas interagem com os serviços de saúde, na sua participação das ações preventivas, nas escolhas de estilo de vida saudável, e na compreensão do processo saúde-doença. O racismo, as barreiras linguísticas e o preconceito podem reduzir o acesso aos serviços de saúde.
Meio-ambiente social	Uma baixa participação social e uma baixa autoestima podem ter um impacto negativo sobre a saúde.

O enfoque nos determinantes sociais da saúde pode ser bem exemplificado no estudo realizado por Carlos Augusto Monteiro, no qual ele tenta analisar a relação que o fenômeno da desnutrição mantém com as formas de desenvolvimento socioeconômico de um país.⁵⁷ O autor procura retirar o problema da desnutrição de um contexto exclusivamente sanitário, examinando as relações que a planificação do desenvolvimento nacional mantém com a política de alimentação e nutrição. Ao analisar o caso brasileiro, o problema da desnutrição visto pelo ângulo da estrutura nacional de produção e consumo dos alimentos, ele mostra que todas as medidas unilaterais postas em prática envolvendo intervenção direta como a suplementação alimentar foram desalentadoras.

Ao analisar a influência da política brasileira de estímulo à exportação com a abertura de créditos agrícolas aos grandes proprietários rurais, ele nos mostra de que maneira isso influenciou, por um lado, na estagnação da produção de produtos como arroz, feijão e mandioca (produtos de consumo interno) e, por outro lado, na grande expansão da produção de soja, carne e laranja (produtos exportados). Isso significou a opção do modelo brasileiro pela implantação de um subsetor moderno de explorações agrícolas, com grandes recursos de capital em detrimento de numerosas famílias camponesas e trabalhadoras, que vêm se desligando da terra e passando da posição de produtores para a de consumidores de alimentos. Tal situação está intimamente ligada ao êxodo rural, à concentração de grandes massas populacionais nos grandes centros, à dificuldade de emprego por falta de qualificação profissional, enfim a vários problemas que certamente contribuem para a baixa ingestão calórica e para o aparecimento de um quadro de desnutrição comumente associado às infecções.

⁵⁷ MONTEIRO, Carlos Augusto. A desnutrição e o planejamento econômico-social. In: FLEURY, S; BAHIA, L.; AMARANTE, P (Org.). *Saúde em debate*: fundamentos da reforma sanitária. Rio de Janeiro: Cebes, 2008. p. 29-38.

Problemas de saúde que não são combatidos exclusivamente por ações na área da saúde e tampouco por ações específicas encontradas em programas oficiais, como por exemplo o programa de suplementação alimentar. Uma política de alimentação, no entender do autor, envolve muito mais do que isso, ou seja, é necessário antes de mais nada que se faça uma análise de como a planificação de desenvolvimento do país está repercutindo sobre a alimentação e a nutrição da população.

A solução para o problema, apontada por Carlos Augusto Monteiro, estaria na mudança do modelo de desenvolvimento implementado pelo Brasil, passando-se de um processo de desenvolvimento preocupado apenas com os aumentos de produção e produtividade para um modelo de desenvolvimento que permita às camadas mais pobres do país, se apropriarem diretamente dos benefícios do crescimento econômico.

Em um artigo internacional publicado na Revista Saúde em Debate, Renata Meira Veras e Martha Traverso-Yépez analisam e discutem a forma como o acompanhamento pré-natal vem sendo influenciado pelos determinantes sociais da saúde, tais como nível educacional, status socioeconômico e idade materna.⁵⁸ Esse é também um bom exemplo de como o problema de prematuridade está relacionado a outros fatores que não aqueles especificamente biológicos.

Apesar de todos saberem que melhorias no acesso e na qualidade do pré-natal de alto risco e no atendimento do recém-nascido são capazes de reduzir dramaticamente a mortalidade infantil e neonatal, o que se observa é que as taxas de partos prematuros vêm crescendo no mundo nos últimos 20 anos.⁵⁹ Os partos prematuros constituem um problema importante de saúde pública. Cerca de 75% das mortes que ocorrem no período neonatal estão relacionadas aos partos prematuros (antes da 37ª semana de gestação).

Estudos epidemiológicos apontam algumas causas que podem levar ao parto prematuro: trabalho de parto espontâneo com membranas íntegras; trabalho de parto espontâneo com ruptura de membranas; indução terapêutica do trabalho de parto. Algumas causas são também relacionadas ao nascimento de prematuros tais como: doença hipertensiva da gestante, sangramento materno, crescimento intrauterino retardado; alto número de

⁵⁸ VERAS, Renata Meira; TRAVERSO-YÉPEZ, Martha. Social determinants of health and preterm birth trends in Brazil and Canada. In: FLEURY, S.; BAHIA, L.; AMARANTE, P. (Org.). *Saúde em debate: fundamentos da reforma sanitária*. Rio de Janeiro: Cebes, 2008. p. 429-442.

⁵⁹ No Brasil, as taxas em Pelotas cresceram de 6% em 1982 para 14,7% em 2005. No Canadá, também foi constatado um aumento: a taxa que era de 6,3% em 1981 passou para 8,3% em 2007. VERAS, Renata Meira; TRAVERSO-YÉPEZ, Martha. Social determinants of health and preterm birth trends in Brazil and Canada. In: FLEURY, S.; BAHIA, L.; AMARANTE, P. (Org.). *Saúde em debate: fundamentos da reforma sanitária*. Rio de Janeiro: Cebes, 2008. p. 430.

cesáreas marcadas antes de se iniciar o trabalho de parto. No entanto, o problema da prematuridade pode estar relacionado a outros fatores que não esses acima mencionados.

Renata Meira Veras e Martha Traverso-Yépez apontam que alguns fatores como a baixa escolaridade e a pouca idade das gestantes são situações geralmente associadas ao baixo padrão socioeconômico. Sendo assim, concluem elas que as condições socioeconômicas da gestante são um problema de saúde pública tanto no Brasil quanto no Canadá, e que todos esses fatores a ela associados são parte integrante daquilo que denominamos fatores sociais da saúde.

Foi sob esse enfoque teórico e metodológico dos determinantes sociais da saúde que o movimento da reforma sanitária se baseou para incentivar a criação do Sistema Único de Saúde e o capítulo constitucional a respeito da saúde. A Constituição Federal, ao prever que “saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”, abandonou a visão de um sistema que considerava a saúde pública como um dever do Estado de evitar a propagação de doenças para a coletividade e assumiu que o dever do Estado consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais, além da prestação de serviços públicos de promoção, prevenção e recuperação da saúde.

O novo conceito de saúde considera seus determinantes e condicionantes (alimentação, moradia, saneamento, meio-ambiente, trabalho, educação, transporte, etc.) e “impõe aos órgãos que compõem o SUS o dever de identificar esses fatos sociais e ambientais, e ao governo o de formular políticas públicas condizentes com a melhoria do modo de vida da população”.⁶⁰

O que se quer enfatizar é que, sem a redução das desigualdades sociais, a erradicação da pobreza e a melhoria do modo de vida, o setor saúde sofrerá o resultado de políticas sociais e econômicas equivocadas. Em outras palavras, sem garantia de mudança dos fatores condicionantes e determinantes, não se garantirá o direito à saúde em sua abrangência constitucional.

Isto não significa, entretanto, que caiba ao SUS atuar em todos esses campos. É preciso entender que o SUS é apenas um setor da administração pública, na prestação de

⁶⁰ SANTOS, Lenir. Direito à saúde e Sistema Único de Saúde: conceito e atribuições. O que são ações e serviços de saúde. In: SANTOS, Lenir (Org.). *Direito da saúde no Brasil*. Campinas: Saberes Editora, 2010. p. 148.

serviços que garantam a redução do risco de doenças e outros agravos e o acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, a proteção, e a recuperação da saúde.

Ao interpretar o artigo 196 da Constituição Federal, Lenir Santos o decompõe em duas partes: i) a primeira parte, de linguagem mais difusa, corresponde a programas sociais e econômicos que visem à redução coletiva de doenças com a melhoria de vida da população. Essa parte estaria relacionada à qualidade de vida, numa demonstração de que a saúde tem conceito amplo, que abrange o bem-estar individual, social, afetivo, psicológico, familiar, etc., e não apenas a prestação de serviços assistenciais; ii) a segunda parte, de dicção mais objetiva, obriga o Estado a manter ações e serviços públicos que possam promover a saúde, prevenir e recuperar o indivíduo das doenças que o acometem, através do acesso a uma rede de serviços regionalizados e hierarquizados.⁶¹

A compreensão de que o SUS é apenas um dos setores da administração pública é muito importante na medida em que torna claro que os fatores determinantes sociais da saúde (condicionantes econômicos e sociais), ainda que sejam relevantes como indicadores epidemiológicos da saúde, devem ser considerados fora do setor saúde para fins de financiamento do setor. Ou seja, os problemas com habitação, trabalho, moradia e tantos outros que influem na saúde devem ser enfrentados por outros setores da administração pública. Como aponta Lenir Santos: “Quem tem o dever de adotar políticas sociais e econômicas que visem evitar o risco de doenças é o governo como um todo (políticas de governo), e não a saúde como setor (políticas setoriais)”.⁶²

Por essa razão, é que gastos com programas de alimentação, saneamento básico e tantos outros não podem e nem devem ser computados como gastos com saúde, como tem sido feito por alguns gestores. Essa prática visa mascarar o financiamento do setor e manipular os dados, no sentido de atingir a meta mínima de financiamento exigida para cada ente da federação.

A questão relativa à saúde está intimamente relacionada a outros fatores que vão determinar direta ou indiretamente o nível de qualidade de vida dos indivíduos. O que aponta para o fato de que, na avaliação a respeito da saúde de um indivíduo, deva-se levar em conta não apenas a presença de uma patologia, mas também o grau de severidade das doenças e as complicações delas resultantes, que possam ter repercussão sobre a qualidade de vida do

⁶¹ SANTOS, Lenir. Direito à saúde e Sistema Único de Saúde: conceito e atribuições. O que são ações e serviços de saúde. In: SANTOS, Lenir (Org.). *Direito da saúde no Brasil*. Campinas: Saberes Editora, 2010. p. 150.

⁶² Id. *Ibid.*, p. 156.

indivíduo. A qualidade de vida passou, então, a ser um elemento importante na conceituação de saúde.

1.3. Saúde e qualidade de vida

Qualidade de vida reflete uma noção polissêmica relacionada, por um lado, às condições e estilos de vida, e por outro, às ideias de desenvolvimento sustentável e ecologia e, por fim, relaciona-se ao campo da democracia e do desenvolvimento dos direitos humanos e sociais.⁶³ A noção de qualidade de vida varia de acordo com a época, a cultura e com o nível social. Podemos, entretanto, dizer que o patamar mínimo e universal para se falar em qualidade de vida está relacionado à satisfação das necessidades mais elementares da vida humana: alimentação, água potável, trabalho, saúde, lazer, relacionadas às noções de conforto, bem-estar, realização individual e coletiva e ausência de violência e exclusão social.

Ao longo dos anos vem se intensificando a íntima relação entre saúde e qualidade de vida com a afirmação do conceito de promoção de saúde que foi, de certa maneira, redimensionado pelos sanitaristas canadenses a partir do relatório Lalonde, em 1974. O conceito de promoção de saúde foi então definido tendo como base os elementos determinantes da saúde como: estilo de vida; os avanços da biologia humana; o ambiente físico e social e os serviços de saúde.

Na área da Saúde, o termo “qualidade de vida” é usado geralmente dentro do referencial da clínica para designar as melhorias nas condições de vida dos enfermos. Por essa razão, os indicadores criados para medir a qualidade de vida são, na sua maioria, bioestatísticos, psicométricos e econômicos, fundados na lógica custo-benefício sem levar em conta o aspecto cultural, social e histórico dos indivíduos avaliados.

Inúmeros são os indicadores utilizados para medir a qualidade de vida. Um dos primeiros e mais conhecidos é o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) elaborado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Ele é um indicador sintético que soma e divide por três os níveis de renda, saúde e educação de uma determinada população. A renda é avaliada pelo Produto Interno Bruto (PIB) per capita, a saúde pela esperança de vida ao nascer e a educação pela taxa de alfabetização de adultos e taxas de matrículas nos três níveis de ensino combinados.⁶⁴ O IDH se baseia na noção de capacidade, ou seja, tudo aquilo que

⁶³ MINAYO, Maria Cecília de Souza et al. Qualidade de vida e saúde: um debate necessário. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 10, 2000.

⁶⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Relatório do Índice de Desenvolvimento humano*. Disponível em: <http://hdr.undp.org/en/media/HDR_20072008_PT_indicators.pdf>. Acesso em: 20 out. 2009.

uma pessoa está apta a realizar. A saúde e a educação são estados ou habilidades que permitem uma expansão da capacidade dos indivíduos.

Outro indicador é o Índice de Condições de Vida (IVC) que é, na verdade, uma composição de vinte indicadores em cinco áreas: renda, educação, infância, habitação e longevidade, e tem como característica só trabalhar com dados objetivos.⁶⁵

Mais especificamente, para o setor saúde, existem alguns indicadores que se difundiram ao longo dos anos. O índice de qualidade de vida ligado à saúde (QVLS) é “o valor atribuído à vida, ponderado pelas deteriorações funcionais: as percepções e condições sociais que são induzidas pela doença, agravos, tratamentos; e a organização política e econômica do sistema assistencial”.⁶⁶ Para A. L. Gianchello, ele é “o valor atribuído à duração da vida, quando modificada pela percepção de limitações físicas, psicológicas, funções sociais e oportunidades influenciadas pela doença, tratamento e outros agravos”.⁶⁷ Esse é um dos principais indicadores para a pesquisa avaliativa sobre o resultado de intervenções e para indicar se o estado de saúde medido é o desejável.

O grupo de qualidade de vida da Organização Mundial de Saúde (The WHOQOL Group - 1995) define qualidade de vida como “a percepção do indivíduo de sua posição na vida, no contexto da cultura e do sistema de valores em que vive e em relação a seus objetivos, expectativas, padrões e preocupações”.⁶⁸ O indicador desenvolvido por eles baseia-se no pressuposto de que qualidade de vida é uma construção subjetiva (leva em conta a percepção do indivíduo que é avaliado), multidimensional e composta por elementos positivos (por exemplo, mobilidade) e negativos (dor).

Dentre as críticas feitas a esses indicadores está o fato de os estudos concentrarem-se em pacientes crônicos; da literatura sobre o tema ser muito medicalizada e adotar uma visão bioestatística e economicista da saúde; e dos estudos realizados serem funcionalistas e focalizados no custo-efetividade.⁶⁹

⁶⁵ MINAYO, Maria Cecília de Souza et al. Qualidade de vida e saúde: um debate necessário. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 11, 2000.

⁶⁶ AUQUIER, P.; SEMEONI, M. C.; MENDIZABAL, H. Approches théoriques et méthodologiques de la qualité de vie liée à la santé. *Revue Prevenir*, v. 33, n. 1, p. 77-86, 1997.

⁶⁷ GIANCHELLO, A. L. Health outcomes research in Hispanics/Latinos. *Journal of Medical Systems*, v. 21, n. 5, p. 235-254, 1996.

⁶⁸ THE WORLD HEALTH ORGANIZATION QUALITY OF LIFE ASSESSMENT.(WHOQOL) Group 1995. Position paper from the World Health Organization. *Social Science and Medicine*, v. 41, n. 10, p. 1.403-1.409, 1995.

⁶⁹ DURAND, Dominique; BLEY, Daniel; VERNAZZA-LICHT, Nicole. Editorial. *Revue Prevenir*, v. 33, p. 3-6, 1997.

Assim, surge na Inglaterra o conceito de qualidade de vida ligada à saúde (*health-related quality of life*),⁷⁰ vinculado a uma teoria utilitarista da saúde.⁷¹ Cria-se um indicador de saúde positiva determinado QALY (*Quality-Adjusted Life Years*) estimado a partir do cálculo acumulado (por área geográfica ou região política) dos anos com qualidade de vida não vividos por motivo de doença, incapacidade ou morte. Para as estimativas, foi preciso classificar e ponderar diferentes combinações de níveis de desconforto (*distress*) e incapacidade (*disability*). O desconforto divide-se em quatro níveis, que variam de nenhum desconforto a um desconforto severo. A dimensão da incapacidade foi graduada em oito estágios, que variam desde a plena capacidade até a inconsciência. Dessa forma, um *qualy* significa um ano em perfeita saúde (nenhum desconforto e plena capacidade), mas também pode corresponder a dois anos com 0,50 *qualy* ou quatro anos com 0,25 *qualy* do desempenho potencial do sujeito (o equivalente à saúde conceituada de maneira utilitarista).

Esse indicador é bastante utilizado para verificar o impacto de tecnologias na qualidade de vida do paciente. Assim, por exemplo, um transplante cardíaco cria 4,5 *qualys* enquanto uma série de hemodiálises cria 5 *qualys*. Entretanto, o custo médio de um transplante é muito maior do que o custo de toda série de hemodiálises necessárias no período de sobrevivência de um paciente.⁷²

Embora o conceito de QALY possa ser empregado para medidas de saúde individual como, por exemplo, capacidade vital e qualidade de vida, e para a avaliação do valor diferencial de procedimentos restauradores ou promotores de saúde, ele é um indicador muito criticado sob o ponto de vista político, sociológico, antropológico e ético.⁷³ Isso ocorre porque os conceitos de valor, utilidade, desconforto, incapacidade, qualidade de vida, podem variar imensamente dependendo da cultura e do meio social em que estão inseridos e tais diferenças podem levar a questionamentos a respeito da validade teórica e do potencial comparativo de estratégias de medida da saúde como a abordagem do QALY.⁷⁴

Em 1992, foi desenvolvido um outro indicador, o DALY (*Disability-Adjusted Life Years*),⁷⁵ que é um indicador composto, pois combina dados de mortalidade (anos de vida

⁷⁰ WILLIAMS, Alan. The nature, meaning and measurement of health and illness: an economic viewpoint. *Social Science and Medicine*, v. 20, p. 1.023-1.027, 1985.

⁷¹ Id. *Ibid.*, p. 427-439.

⁷² LOOMES, Graham; MACKENZIE, Lynda. *Social Science and Medicine*, v. 28, issue 4, p. 299-308, 1989.

⁷³ WILLIAMS, Alan. QALY and ethics: a health economist's perspective. *Social Science and Medicine*, Hesligton, v. 43, p. 1.795-1.804, 1996.

⁷⁴ ALMEIDA FILHO, Naomar. O conceito de saúde: ponto cego da epidemiologia? *Revista Brasileira de Epidemiologia*, v. 3, n. 1-3, p. 4-20, 2000. p. 12.

⁷⁵ MURRAY, Christopher L. Quantifying the burden of disease: the technical basis for disability-adjusted life years. *Bull World Health Organization*, v. 72, p. 429-445, 1994.

perdidos por óbito precoce) com dados de morbidade (grau e tempo de incapacidade devido a uma patologia). Estimam-se os anos de vida perdidos devido à mortalidade precoce tomando como padrão as expectativas de vida média de 80 anos para homens e 82,5 anos para as mulheres. E estima-se o tempo vivido sob incapacidade calculado por um conjunto de ponderações que supostamente refletem uma diminuição da capacidade funcional. O DALY baseia-se na definição de incapacidade com impacto da deficiência sobre o desempenho individual.⁷⁶

O cálculo do DALY total de uma determinada enfermidade, como por exemplo o acidente de trânsito, é feito pela soma do número de anos perdidos em óbitos prematuros por essa causa e o total de anos vividos com incapacidades de conhecida severidade pelos sobreviventes de tais acidentes.⁷⁷ Esse indicador foi usado no relatório anual do Banco Mundial, em 1993, e permitiu a realização da comparação da carga de doença nas diversas regiões do mundo e o custo-efetividade de uma variedade de intervenções que lidam com esses problemas.

Esse indicador também sofre críticas, quer porque condensa medidas de mortalidade e morbidade e não leva em conta importantes desigualdades em saúde, principalmente aquelas decorrentes das condições de vida,⁷⁸ quer porque reduz a saúde a perfis de doenças com indicadores unidimensionais da situação de saúde, sem levar em conta elementos não quantitativos para a determinação dos níveis de saúde.⁷⁹

Pelo perfil dos indicadores QALY e DALY, alguns autores defendem que eles podem ser considerados medidas globais de morbi-mortalidade, mas nunca indicadores do estoque de saúde de uma dada sociedade.⁸⁰

O tema da qualidade de vida pode ser abordado de várias maneiras, por diferentes disciplinas, com ênfase no aspecto subjetivo ou objetivo, e numa abordagem individual ou coletiva. No campo da saúde, o termo pode ter um sentido amplo, na medida em que se baseia na compreensão das necessidades humanas fundamentais, materiais e espirituais em um sentido estrito, na medida em que está ligado à capacidade de viver sem doença ou de superar

⁷⁶ MURRAY, Christopher L. Rethinking DALYs. In: MURRAY, Christopher L.; LOPEZ, Alan D. (Ed.). *The global burden of disease; a comprehensive assessment of mortality and disability from diseases, injuries and risk factors in 1990 and projected to 2020*. Boston: Harvard School of Public Health, 1996. p.1-98.

⁷⁷ MINAYO, Maria Cecília de Souza et al. Qualidade de vida e saúde: um debate necessário. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 15, 2000.

⁷⁸ ANAND, Sudhir; HANSON, Kara. Disability-Adjusted years: a critical review. *Journal of Health Economics*, v. 16, p. 685-702, 1997.

⁷⁹ ALMEIDA FILHO, Naomar. O conceito de saúde: ponto cego da epidemiologia? *Revista Brasileira de Epidemiologia*, v. 3, n. 1-3, p. 4-20, 2000. p. 14.

⁸⁰ Id. *Ibid.*, p. 16.

as dificuldades dos estados ou condições de morbidade. Entretanto, embora os profissionais de saúde possam atuar e influenciar diretamente no âmbito clínico, aliviando a dor, o mal-estar e as doenças, intervindo sobre os agravos, não conseguem atuar em outros fatores determinantes da saúde, que se encontram fora do sistema de saúde.

Importante recordar que a questão da qualidade de vida está ligada ao padrão que a própria sociedade define e busca conquistar e ao conjunto de políticas públicas que influenciam e dirigem o desenvolvimento humano, as mudanças nas condições e estilos de vida. Os indicadores de medida de qualidade de vida podem ajudar, mas apenas como ponto de partida para as políticas de atenção à saúde. Por não levarem em conta fatores sociais e econômicos, seu alcance pode ser muito restrito, reproduzindo apenas a lógica biomédica. Se, por um lado, eles enfatizam o aspecto econômico e o problema dos custos, por outro, podem ser criticados pela falta de ética e por influenciarem escolhas trágicas na medida em que representam sacrifícios impostos a outros que não serão beneficiados pela escolha de determinada política de saúde. Nesse sentido, muitos autores recomendam precaução na utilização dos indicadores de qualidade de vida, ao definir prioridades no racionamento de recursos, pois eles podem ser facilmente manipuláveis para “triturar oposições” num regime liberal.⁸¹

1.4. A promoção da saúde

Pode-se identificar, ao longo dos anos, alguns dos principais problemas enfrentados no setor saúde. São eles: as doenças infecto-parasitárias ligadas à falta de infraestrutura; doenças crônicas como o câncer e doenças cardio e cerebrovasculares, AIDS (*Acquired Immunodeficiency Syndrome*), uso de droga e violência. A principal resposta social a eles tem sido investimentos crescentes em assistência médica curativa e individual. Não há dúvida que tais esforços são necessários; entretanto, sabe-se que os avanços na área da saúde dependem também de medidas preventivas, da melhoria das condições de vida e de esforços na promoção da saúde.

Surge, então, a noção da estratégia de promoção da saúde para enfrentar os múltiplos problemas de saúde que afetam as populações humanas e seus entornos. Partindo de uma concepção ampla do processo saúde-doença e de seus determinantes, ela “propõe a articulação de saberes técnicos e populares, e a mobilização de recursos institucionais e

⁸¹ CEVASCO, Maria Elisa Burgos Pereira Silva. Máquina de moer oposições. *Veredas*, Rio de Janeiro. v. 4, p. 37-39, 1999.

comunitários, públicos e privados para o seu enfrentamento”.⁸² Essa estratégia trabalha com a ideia de responsabilização múltipla, seja pelos problemas, seja pelas soluções propostas para resolvê-los.

O conceito moderno de promoção de saúde⁸³ se desenvolveu nos últimos vinte anos do século XX e foi influenciado por quatro importantes Conferências Internacionais sobre Promoção da Saúde realizadas em Ottawa, em 1986, em Adelaide, em 1988, em Sundsvall, em 1991 e em Jacarta, em 1997. Na América Latina, o tema foi trazido e discutido durante a Conferência Internacional de Promoção da Saúde da Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS), 1992. Todos esses documentos serão analisados neste capítulo.

O termo está associado a um conjunto de valores: qualidade de vida, saúde, solidariedade, equidade, democracia, cidadania, desenvolvimento, participação e parceria, entre outros. Refere-se também a uma combinação de estratégias tais como: ações do Estado (políticas públicas saudáveis), da comunidade (reforço da ação comunitária), de indivíduos (desenvolvimento de habilidades pessoais), do sistema de saúde (reorientação do sistema de saúde) e de parcerias intersetoriais.

O primeiro a utilizar o termo “promoção da saúde” foi Sigerist, em 1948, ao definir as quatro tarefas da medicina em: promoção da saúde, prevenção de doenças, recuperação dos enfermos e reabilitação dos doentes com sequelas.⁸⁴ Reforçava-se a idéia de que a saúde se promove proporcionando condições de vida decentes, boas condições de trabalho, educação, cultura física e formas de lazer e descanso.

O movimento atual da promoção da saúde surgiu no Canadá, em maio de 1974, com a publicação do documento *A New Perspective on the Health of Canadians*, conhecido como relatório Lalonde. Nele é feita uma análise crítica dos gastos realizados na área da saúde, que se concentravam na organização dos serviços de assistência à saúde, quando na verdade eles deveriam também ser realizados nos outros três componentes dos determinantes da saúde: a biologia humana, o meio-ambiente e o estilo de vida.⁸⁵

⁸² BUSS, Paulo Marchiori. Promoção da saúde e qualidade de vida. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 163-177, 2000. p. 165.

⁸³ Antigamente era apenas um termo usado para caracterizar *um* dos níveis de atenção da medicina preventiva. LEAVELL, Hugh Rodman & CLARK, E.Gurney. *Medicina Preventiva*. São Paulo: Mc-Graw-Hill, 1976 p. 11-36.

⁸⁴ SIGERIST, Henry E. *A history of medicine*. (primitive and archaic medicine). New York: Oxford University Press, 1987. v. 1, p.7.

⁸⁵ LALONDE, Marc. *A new perspective on the health of Canadians: a working document*. Ottawa: government of Canada, 1974. Disponível em: <<http://www.hc-sc.gc.ca/hcs-sss/pubs/system-regime/1974-lalonde/index-eng.php#int>>. Acesso em: 10 jul. 2010.

Posteriormente, Leavell & Clarck, em 1976, utilizam o termo ao conceberem o modelo da história natural da doença, que comportaria três níveis de prevenção. A prevenção primária busca prevenir a doença antes dela ocorrer, ou seja, diminuindo a incidência da doença. A prevenção secundária envolve o diagnóstico e o tratamento precoce, que podem ser realizados, muitas vezes, em um teste de *screening*. A prevenção terciária procura reduzir a morte e a doença através do tratamento e da reabilitação dos indivíduos doentes, e está ligada à existência de um sistema de assistência à saúde. Para eles, a promoção da saúde era então identificada com o nível da prevenção primária. Ou seja, é uma tarefa a ser desenvolvida no período de pré-patogênese (antes do aparecimento da doença). Ela engloba medidas destinadas a desenvolver uma saúde geral melhor, através da proteção específica do homem contra agentes patológicos ou pelo estabelecimento de barreiras contra os agentes do meio ambiente. Nessa perspectiva, os procedimentos de saúde incluem: educação em saúde, uma boa nutrição; esforços para um bom desenvolvimento da personalidade; educação sexual e aconselhamento antenupcial; moradia adequada e boas condições de lazer e trabalho; orientação sanitária nos exames periódicos em saúde.⁸⁶

Mais tarde, a Organização Mundial de Saúde (OMS) realizou, em 1978, a I Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde em Alma-Ata.⁸⁷ Com novo enfoque para o campo da saúde representada pelo *slogan* “saúde para todos no ano 2000”, recomendando a adoção de um conjunto de oito elementos: educação para os problemas de saúde; promoção de suprimento de alimentos e nutrição adequada; abastecimento de água e saneamento básico; atenção materno-infantil, incluindo planejamento familiar; imunização contra as principais doenças infecciosas; prevenção de doenças endêmicas; tratamento apropriado de doenças comuns e acidentes; e distribuição de medicamentos básicos. Nessa conferência, foram reafirmados vários pontos importantes: que o direito à saúde é um direito humano; que as desigualdades são inaceitáveis; que os governos têm a responsabilidade sobre a saúde dos cidadãos; e que a população tem o direito de participar de decisões no campo da saúde.

Porém, o documento internacional que estabeleceu definitivamente o termo “promoção de saúde” foi a Carta de Ottawa produzida pela I Conferência Internacional sobre Promoção de Saúde, em 1986. A Carta de Ottawa define promoção de saúde como “o processo de capacitação da comunidade para atuar na melhoria de sua qualidade de vida e

⁸⁶ LEAVELL, Hugh Rodman; CLARK, E.Gurney. *Medicina preventiva*. São Paulo: Mc-Graw-Hill, 1976. p. 11-36.

⁸⁷ ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ. *D'Alma-Ata à l'an 2000: réflexions à la mi-parcours*. Genève: Organisation Mondiale de la santé, 1990. p. 9-12.

saúde, incluindo uma maior participação no controle desse processo”.⁸⁸ A ênfase agora está no papel da comunidade nas ações de promoção de saúde, reforçando a ideia de que tanto o indivíduo quanto a comunidade são responsáveis pela sua própria saúde.

Esse documento desenvolveu uma nova definição de saúde que reconhece a ligação entre o indivíduo e o meio-ambiente. É um conceito positivo de saúde que enfatiza os recursos pessoais e sociais assim como as capacidades físicas. De acordo com ele, saúde é a habilidade para identificar e realizar aspirações, para satisfazer as necessidades e mudar ou enfrentar eficientemente o meio-ambiente. A saúde não é apenas um objetivo em si mesma, mas é o maior recurso para o desenvolvimento social, econômico e pessoal, assim como uma importante dimensão de qualidade de vida.

A saúde envolve muito mais do que apenas a integridade corporal. Além dos determinantes biológicos, ela envolve outros determinantes relacionados, tais como fatores sociais, políticos e a relação dos indivíduos com o meio-ambiente.⁸⁹

Afirma-se também que a promoção da saúde transcende o setor saúde e pressupõe como requisitos para a sua obtenção: a paz, a educação, a habitação, a alimentação, a renda, o ecossistema estável, os recursos sustentáveis, a justiça social e a equidade. A Carta de Ottawa propõe três estratégias para a promoção da saúde: a defesa da saúde, a capacitação e a mediação. Para isso, estabelece cinco campos centrais de ação: i) a elaboração e implementação de políticas públicas saudáveis; ii) a criação de ambientes favoráveis à saúde; iii) a importância da ação comunitária; iv) o desenvolvimento de habilidades pessoais; v) a reorientação do sistema de saúde.

A implementação de políticas públicas saudáveis implica na construção da prioridade para a saúde entre os políticos e gestores de todos os setores e em todos os níveis, com a responsabilização pelas consequências das políticas sobre a saúde da população. Isso se faz através de leis, criação de impostos, mudanças organizacionais e medidas intersetoriais, tais como distribuição igual de renda e políticas sociais.⁹⁰

A criação de ambientes favoráveis inclui medidas de proteção ao meio-ambiente, a conservação dos recursos naturais, a manutenção de ambientes saudáveis no lar e no trabalho e acompanhamento do impacto que as medidas ambientais produzem na saúde.

⁸⁸ BRASIL. Ministério da Saúde. Projeto Promoção da Saúde. *Promoção da saúde: Carta de Ottawa*. Brasília: Ministério da Saúde, 2001. p. 19-24.

⁸⁹ SHAH, Chandrakant. P. Public health and preventive medicine in Canada. 5th ed. Toronto: Elsevier Saunders, 2003. p. 3.

⁹⁰ BUSS, Paulo Marchiori. Promoção da saúde e qualidade de vida. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 170-171, 2000.

A maior participação política da comunidade nas decisões sobre saúde pressupõe o acesso contínuo às informações e às oportunidades de aprendizagem sobre as questões de saúde por parte da população.

O desenvolvimento de habilidades e atitudes pessoais favoráveis à saúde pressupõe que os indivíduos tenham informações sobre a educação para a saúde, que deve ser feita no lar, na escola, no trabalho e em espaços coletivos.

A reorientação dos serviços de saúde na direção da concepção da promoção de saúde e o provimento de serviços assistenciais é uma meta a ser encorajada pela Carta de Ottawa. Firma-se a ideia de que o modelo biomédico centrado na doença como fenômeno individual e na assistência médica curativa feita nos estabelecimentos médico-assistenciais como foco essencial da intervenção está superado. E em decorrência disso deve-se realizar transformações profundas na organização e financiamento dos sistemas e serviços de saúde, assim como nas práticas e na formação dos profissionais de saúde.

A Conferência de Adelaide em 1988⁹¹ teve a preocupação com o impacto de todas as políticas públicas sobre a saúde da população, especialmente com o impacto das políticas econômicas no sistema de saúde. Reafirmou também a tese de que os países mais ricos não devem ter políticas que impactem a saúde dos países mais pobres, trazendo assim uma visão global da responsabilidade internacional na promoção da saúde.

As políticas saudáveis são caracterizadas pelo interesse e preocupação explícitos de todas as áreas das políticas públicas em relação à saúde e à equidade e pelos compromissos com o impacto de tais políticas sobre a saúde da população. O principal objetivo de uma política pública saudável é criar um ambiente favorável para que as pessoas possam viver vidas saudáveis. Isso significa que todos os setores da administração pública (da agricultura, comércio, indústria, educação e outros) devem ser responsabilizados pelas consequências de suas decisões políticas sobre a saúde da população.

Reafirma-se a posição de que a saúde é, ao mesmo tempo, um direito humano e um sólido investimento social. Melhorar a saúde da população, proporcionando o acesso aos meios imprescindíveis para uma vida saudável, aumentará a produtividade da sociedade tanto em termos sociais como econômicos. Políticas públicas voltadas para a saúde e planejadas para curto prazo trarão benefícios econômicos de longo prazo.

Reconhecendo que as iniquidades no campo da saúde têm origem nas desigualdades existentes na sociedade, reforça-se a necessidade de políticas que busquem

⁹¹ BRASIL. Ministério da Saúde. Projeto Promoção da Saúde. *Promoção da saúde: Declaração de Adelaide*. Brasília: Ministério da Saúde, 2001. p. 25-32.

incrementar o acesso aos bens e serviços promotores de saúde. Preocupados também com as desigualdades em saúde entre os vários países, os membros da Conferência de Adelaide recomendam que os países têm a obrigação de assegurar que suas próprias políticas tenham impacto positivo na saúde das nações em desenvolvimento. Ou seja, o desenvolvimento de políticas públicas é tão importante no nível local quanto no nível nacional e internacional.

O documento aponta também a importância da participação comunitária na promoção de políticas saudáveis. Estas devem ser difundidas em linguagem que os diferentes grupos sociais possam entender. Além disso, relembra o princípio básico da Organização Mundial de Saúde (OMS) no sentido de que os esforços para promover a saúde requerem uma abordagem integrada do desenvolvimento social e econômico, que restabeleça os laços entre a reforma social e a reforma da saúde.

Foram indicadas quatro áreas prioritárias para promover ações imediatas em políticas públicas saudáveis:

1. Apoio à saúde da mulher: o desenvolvimento de planos nacionais para a promoção de políticas voltadas para a saúde da mulher com alguns pontos prioritários: i) a igualdade de direitos na divisão de trabalho existente na sociedade; ii) práticas de parto baseadas nas preferências e necessidades das mulheres; iii) mecanismos de apoio à mulher trabalhadora como: apoio a mulheres com crianças, licença-maternidade, licença para acompanhamento de filhos doentes.
2. Alimentação e nutrição: políticas que assegurem acesso universal a quantidades suficientes de alimentos de boa qualidade; métodos de produção e distribuição de alimentos dos setores público e privado para atingir preços equitativos. A implementação de ações diretas em todos os níveis para aumentar o poder de compra do governo no mercado de alimentos e assegurar os estoques de alimentos sob sua responsabilidade.
3. Tabaco e álcool: políticas que fixem metas nacionais significativas na redução da produção do tabaco e distribuição de álcool, assim como da propaganda e do consumo para o ano 2000.
4. Criação de ambientes saudáveis: evitar que as pessoas vivam e trabalhem em condições prejudiciais a sua saúde devido à exposição a produtos perigosos e nocivos. Políticas que promovam a saúde só podem ocorrer em ambientes que conservem os recursos naturais.

A interdependência entre a saúde e o ambiente foi enfatizada na III Conferência sobre Promoção de Saúde realizada em Sundsvall (Suécia), em 1991.⁹² Todos estavam preocupados com o risco de uma catástrofe planetária devido às inúmeras agressões ao meio-ambiente. Este, em sua dimensão física, social, política, econômica e cultural, passou a ser também um dos fatores determinantes da saúde. Enfatizam-se quatro aspectos para um ambiente favorável à saúde: 1) a dimensão social: alerta para os efeitos deletérios à saúde de algumas mudanças de costumes e práticas sociais como, por exemplo, o isolamento social e a perda de valores tradicionais; 2) a dimensão política: que exige dos governos a garantia da participação democrática nos processos de decisão e a descentralização dos recursos e das responsabilidades; 3) a dimensão econômica, que exige o reescalonamento dos recursos para os setores sociais, como a saúde e o desenvolvimento sustentável; 4) a utilização da capacidade e conhecimento das mulheres em todos os setores, inclusive o político e o econômico.

Toma-se consciência de que é necessário criar ambientes favoráveis para a saúde em várias áreas de atuação. Formula-se a ideia da pirâmide de ambientes favoráveis de Sundsvall: educação, alimentação e nutrição, moradia e vizinhanças, apoio e atenção social, trabalho e transporte.

A Conferência de Sundsvall reafirma que as propostas para a implementação das estratégias para a “Saúde para todos no ano 2000” devem refletir dois princípios básicos:

1. A equidade deve ser a prioridade básica na criação de ambientes favoráveis à saúde. Todas as políticas devem buscar uma distribuição mais equitativa de recursos. Toda alocação de recursos deve ser baseada em compromissos que aliviem a dura vida dos marginalizados. O mundo industrializado “precisa pagar o débito humano e ambiental que acumulou através da exploração do mundo em desenvolvimento”.
2. As ações do setor público para criar ambientes favoráveis à saúde devem levar em conta a interdependência entre os seres vivos e devem gerenciar os recursos naturais, levando em consideração as necessidades das futuras gerações.

Identificou-se na Conferência quatro estratégias para a ação em saúde pública, visando promover a criação de ambientes favoráveis no nível da comunidade. São elas: i) reforçar a defesa da proposta através de ações comunitárias, particularmente pelos grupos

⁹² BRASIL. Ministério da Saúde. Projeto Promoção da Saúde. *Promoção da saúde: Declaração de Sundsvall*. Brasília: Ministério da Saúde, 2001. p. 33-38.

organizados por mulheres; ii) capacitar a comunidade e os indivíduos a ganhar maior controle sobre sua saúde e ambiente, através da educação e da maior participação no processo de decisão; iii) construir alianças para a saúde de modo a reforçar a cooperação entre as campanhas e estratégias nas áreas da saúde e do ambiente; iv) mediar os interesses conflitantes na sociedade, de modo que se possa assegurar o acesso igualitário a ambientes favoráveis à saúde.

A educação é reconhecida como ponto fundamental para as mudanças políticas que se fazem necessárias. Assim, os participantes da Conferência de Sundsvall propugnam que a educação deveria ser acessível durante toda a vida e baseada nos princípios da igualdade, particularmente com respeito à cultura, classe social e gênero.

O termo “promoção da saúde”, a essa altura, já estava incorporado pelos estudiosos da Saúde Pública, porém, a crítica que se fazia era que a sua utilização com base no modelo da história natural da doença (em grande parte centrado no indivíduo, com uma projeção para a família ou grupos) aplicava-se muito bem em se tratando de doenças agudas e doenças transmissíveis, mas sua utilização para a análise dos casos de doenças crônicas se mostrou inapropriada. Isso levou Terris, em 1992, a dar outro rumo às ações de promoção de saúde, preocupando-se com a prevenção de doenças crônicas⁹³ através de medidas preventivas sobre o ambiente físico e sobre os estilos de vida. O foco aqui já não era mais o indivíduo e sua família, mas sim grupos e a coletividade. Dizia o autor que há duas maneiras de se promover saúde. Uma dela é atuar sobre o estilo de vida do indivíduo, educando-o quanto aos riscos trazidos por seu comportamento e cuja mudança está ao seu alcance (por exemplo, campanhas contra o fumo, direção perigosa e outras). A outra é atuar sobre os fatores determinantes gerais tais como: alimentação, habitação, saneamento, boas condições de trabalho, ambiente físico limpo, atividades a serem desenvolvidas mais voltadas para a coletividade e para o meio ambiente em sentido amplo (ambiente físico, social, político, econômico e cultural).

Em 1997, a Conferência de Jacarta (WHO1997) focalizou o tema de reforço da participação comunitária na promoção da saúde.⁹⁴ Essa foi a primeira conferência internacional sobre promoção da saúde a ser realizada em um país em desenvolvimento e a incluir o setor privado no apoio à promoção da saúde.

⁹³ TERRIS, Milton. Conceptos de la promoción de la salud: dualidades de la teoría de salud pública. In: OPAS. *Promoción de la salud: uña antología*. Washington, DC: OPAS, 1996. p. 1-10.

⁹⁴ BRASIL. Ministério da Saúde. Projeto Promoção da Saúde. *Promoção da saúde: Declaração de Jacarta*. Brasília: Ministério da Saúde, 2001. p. 43-48.

Reconhece-se que a promoção da saúde, mediante investimentos e ações, deve atuar sobre os determinantes da saúde a fim de criar o maior benefício para os povos e contribuir para diminuir as iniquidades e assegurar os direitos humanos.

Os pré-requisitos para a saúde são: paz, abrigo, instrução, segurança social, relações sociais, alimento, renda, direito de voz das mulheres, um ecossistema estável, uso sustentável dos recursos, justiça social, respeito aos direitos humanos e equidade.

Os problemas que ameaçam a saúde apontados no documento são: as consequências da urbanização nas grandes cidades; o aumento da população idosa; o comportamento sedentário; a resistência a antibióticos, o abuso de drogas, a violência civil e doméstica. Há também referência ao aparecimento de doenças infecciosas novas e reemergentes e o reconhecimento dos problemas de saúde mental.

Na Declaração de Jacarta foram estabelecidas cinco prioridades: i) promover a responsabilidade social com a saúde, através de políticas públicas saudáveis e comprometimento do setor privado; ii) aumentar os investimentos no desenvolvimento da saúde, através do enfoque multissetorial com investimentos em saúde, educação, habitação e outros setores sociais; iii) consolidar e expandir parcerias para a saúde entre os diferentes setores e níveis de governo e da sociedade; iv) aumentar a capacidade da comunidade e fortalecimento dos indivíduos para influírem nos fatores determinantes da saúde, o que exige educação, prática, capacitação para a liderança e acesso aos recursos; v) conseguir uma infraestrutura para promoção da saúde. Dar incentivo às organizações governamentais e não governamentais, instituições educacionais e o setor privado, a fim de assegurar que a mobilização dos recursos seja maximizada. Incentivar o treinamento de lideranças locais. Todos os países devem criar os ambientes político, jurídico, educacional, social e econômico apropriados, necessários para apoiar a promoção da saúde.

Os participantes da Conferência de Jacarta referendam a formulação de uma aliança mundial para a promoção da saúde e fazem um apelo aos governos nacionais para que tomem a iniciativa de impulsionar e patrocinar redes para a promoção da saúde, tanto dentro de seus países como entre países.

Com relação ao cenário da América Latina, a promoção da saúde já era reconhecida como importante para o desenvolvimento dos países desde 1992. A declaração de Santa Fé de Bogotá,⁹⁵ de 1992, afirma que a América Latina deve buscar criar condições que garantam o bem estar geral como propósito de desenvolvimento, assumindo a relação mútua

⁹⁵ BRASIL. Ministério da Saúde. Projeto Promoção da Saúde. *Promoção da saúde: Declaração de Santa Fé de Bogotá*. Brasília: Ministério da Saúde, 2001. p. 39-42.

entre saúde e desenvolvimento. Diante da presença de iniquidades, agravada por uma prolongada crise econômica e pelos programas de políticas de ajuste macroeconômico, a região reconhece a deterioração das condições de vida da maioria da população junto com o aumento do risco para a saúde e da redução de recursos para o setor. Por tudo isso, o desafio da promoção da saúde na região deve ser o de transformar as relações excludentes, conciliando interesses econômicos e propósitos sociais de bem-estar para todos, assim como trabalhar pela solidariedade e equidade social, condições indispensáveis para a saúde e para o desenvolvimento.⁹⁶

A declaração estabelece cinco princípios: i) a superação das desigualdades para permitir a todos o acesso aos serviços de saúde de qualidade; ii) o combate simultâneo de doenças causadas pela pobreza, e daquelas derivadas da urbanização e industrialização; iii) a afirmação da democracia nas relações políticas e sociais; iv) a promoção de atitudes para diminuir a iniquidade; 5) o estímulo ao desenvolvimento integral e recíproco dos seres humanos e da sociedade.

Estabeleceu-se também uma estratégia para a promoção da saúde na América Latina, que pode ser resumida em três vertentes: i) estimular a cultura da saúde, modificando valores, crenças, atitudes e relações; ii) transformar o setor saúde, colocando em relevo a estratégia de promoção social; iii) convocar e mobilizar a população para assumir um compromisso social de fazer da política de saúde uma prioridade.

O documento estabelece onze compromissos indispensáveis para a concretização da promoção da saúde. São eles:

- 1) Impulsionar o conceito de saúde condicionada por fatores políticos, econômicos, sociais, culturais, ambientais, comportamentais e biológicos, e a promoção da saúde como estratégia para modificar esses fatores condicionantes.
- 2) Convocar as forças sociais para aplicar a estratégia de promoção da saúde.
- 3) Incentivar políticas públicas que garantam a equidade e favoreçam a criação de ambientes e opções saudáveis.
- 4) Estabelecer mecanismos de concertamento e negociação entre os setores sociais e institucionais.
- 5) Reduzir gastos improdutivos, como os gastos militares, o desvio de fundos públicos para a geração de lucros privados, a profusão de burocracias excessivamente centralizadas e outras fontes de ineficiência e desperdícios.

⁹⁶ BRASIL. Ministério da Saúde. Projeto Promoção da Saúde. *Promoção da saúde: Declaração de Santa Fé de Bogotá*. Brasília: Ministério da Saúde, 2001. p. 39-42.

- 6) Fortalecer a capacidade da população para participar nas decisões que afetam sua vida e para optar por estilos de vida saudáveis.
- 7) Eliminar os efeitos diferenciais das desigualdades sobre a mulher
- 8) Estimular os saberes diversos.
- 9) Fortalecer a capacidade de convocação do setor saúde para mobilizar recursos na direção da produção social de saúde, estabelecendo as responsabilidades dos diferentes atores sociais em seus efeitos sobre a saúde.
- 10) Reconhecer como trabalhadores e agentes de saúde as pessoas comprometidas com os processos de promoção da saúde.
- 11) Estimular a investigação em promoção da saúde, para gerar ciência e tecnologia apropriada e disseminar o conhecimento adquirido.

É importante enfatizar que, ao lado do papel da comunidade na promoção da saúde, alguns autores, como Gutierrez, agregam a responsabilidade do Estado nessa atividade. Para ele, promoção da saúde é:

O conjunto de atividades, processos e recursos, de ordem institucional, governamental ou da cidadania, orientados a propiciar a melhoria das condições de bem-estar e acesso a bens e serviços sociais, que favoreçam o desenvolvimento de conhecimentos, atitudes e comportamentos favoráveis ao cuidado da saúde e o desenvolvimento de estratégias que permitam à população maior controle sobre a saúde e suas condições de vida em níveis individual e coletivo.⁹⁷

Essa responsabilidade do Estado se exprime através da elaboração e concretização de políticas públicas que tenham por objetivo a promoção da saúde. São as políticas públicas saudáveis que acabam se incorporando à ideia veiculada pela estratégia de promoção da saúde.

1.5. Políticas públicas saudáveis

A noção de políticas públicas saudáveis apareceu no debate internacional durante a 8ª Conferência Internacional de Promoção da Saúde, realizada em Ottawa, em 1986, no mesmo ano em que no Brasil aconteceu a 8ª Conferência Nacional de Saúde, marco do processo brasileiro da Reforma Sanitária e do processo de construção do Sistema Único de Saúde (SUS).

No âmbito do SUS, o processo de formulação de políticas, programas e projetos de reforma na organização e gestão das ações e serviços de saúde, vem paulatinamente

⁹⁷ GUTIERREZ, M. e cols. Perfil descriptivo-situacional del sector de la promoción y educación en salud: Colombia. In: AROYO, H.V.; CERQUEIRA, M.T. (Eds.) *La promoción de la salud y la educación para la salud en América Latina: un Análisis Sectorial*. Puerto Rico: Editorial de la Universidad de Puerto Rico, 1996. p. 144.

incorporando noções oriundas do debate em torno da criação de ambientes e estilos de vida saudável, como notamos na concepção do Programa de combate ao Tabagismo, no programa do controle da AIDS, no programa de controle da Hipertensão e Diabetes e no programa da Saúde da Mulher, do Adolescente e do Idoso.⁹⁸

A ideia moderna de políticas públicas saudáveis envolve um duplo compromisso: o compromisso político de situar a saúde no topo da agenda pública e o compromisso técnico de enfatizar, como foco de intervenção, os fatores determinantes do processo saúde-doença.⁹⁹

A nova visão da saúde a identifica com bem-estar e qualidade de vida e não apenas com ausência de doença. Assim, a saúde deixa de ser um estado biológico estático e passa a ser um estado socialmente construído e dinâmico. A estratégia é dupla: se, por um lado, procura-se diminuir o risco de doenças, por outro, deseja-se aumentar as chances de saúde e de vida. Isso exige uma intervenção multissetorial e intersetorial sobre os fatores determinantes do processo saúde-enfermidade. O prolongamento da vida implica em esforços para ampliar a qualidade de vida, isto é, ampliar a capacidade de autonomia do indivíduo e o padrão de bem-estar que ele desfruta. Tudo isso depende de valores que são socialmente definidos e que são o resultado das escolhas feitas.

Sob esta ótica, a intervenção sanitária com a finalidade de proporcionar saúde está ligada a uma dimensão objetiva que se caracteriza pelo combate aos agravos e aos fatores de risco, e a uma dimensão subjetiva que se relaciona com as representações sociais de saúde e doença. Essa nova perspectiva implica também numa nova concepção de Estado, agora mais preocupado com a sua responsabilidade social, ou seja, com seu compromisso em face do interesse público e do bem comum. É necessário um esforço institucional para que o Estado seja mais eficiente (tenha capacidade de fazer o que deve ser feito) e mais representativo da vontade da sociedade (capacidade de definir o que precisa ser feito segundo o interesse e as necessidades da sociedade). Por isso as políticas públicas deixam de ser apenas oriundas da iniciativa estatal e passam a ser fruto de uma discussão e pactuação com os diversos atores sociais.

As políticas públicas originadas desses fóruns de discussão em que há diversidade de interesses em jogo são, na prática, políticas mais comprometidas com a saúde na medida em que têm sua concretização controlada pela participação ativa da sociedade. O poder da

⁹⁸ TEIXEIRA, Carmen Fontes. Formulação e implementação de políticas públicas saudáveis: desafios para o planejamento e gestão das ações de promoção da saúde nas cidades. *Saúde e Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 1, p. 38-39, jan./abr. 2004.

⁹⁹ BUSS, Paulo Marchiori. Promoção da saúde e qualidade de vida. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 163-177, 2000. p. 173.

sociedade organizada é central na estratégia da promoção da saúde através de políticas públicas saudáveis. Nesse modelo, deve-se repartir direitos e deveres entre todos: entre Estado e sociedade; entre indivíduo e coletividade; entre público e privado.

Tendo na interdisciplinaridade o seu fundamento e na intersetorialidade a sua ferramenta operacional, as políticas saudáveis devem estimular pactos horizontais entre parceiros de outros setores governamentais diferentes do setor saúde e de outros atores como, por exemplo: urbanistas, educadores, e outros.¹⁰⁰ Busca-se uma análise global da questão saúde e não do setor saúde. A intersetorialidade procura superar a visão isolada e fragmentada na formulação e implementação de políticas e na organização do setor saúde, incorporando os conhecimentos de outras áreas tais como: educação, trabalho, meio-ambiente, habitação, transporte, energia, agricultura, assim como sobre o contexto social, econômico, político, geográfico e cultural onde atua a política. É preciso analisar tanto os valores que levaram à formulação de determinada política (seus antecedentes) como também o impacto que cada política setorial tem sobre a saúde da população. Por outro lado, ao mesmo tempo, também deve-se ficar atento às consequências das diversas políticas sobre a saúde global da população ou sobre um determinado problema concreto de saúde.

Toda esta ação pressupõe uma nova institucionalidade social, isto é, um conjunto de organismos estatais encarregados do planejamento, coordenação, execução e financiamento das políticas sociais e, dentre eles, da política de saúde. E mais, os responsáveis pelas políticas sociais devem ter igual poder ao dos responsáveis pela política econômica e devem ter recursos financeiros garantidos no orçamento para a realização de suas ações.

A formulação e a implementação de propostas inovadoras, como é o caso das Políticas Públicas Saudáveis, exigem o desenvolvimento de um processo de planejamento e programação “que constitua um espaço de poder compartilhado e de articulação de interesses, saberes e práticas das diversas organizações envolvidas”.¹⁰¹

Para a realização do planejamento e gestão dos planos, lembramos a utilidade do método de planejamento estratégico situacional elaborado por Carlos Matus,¹⁰² que se fundamenta na compreensão do objeto do planejamento como sendo constituído por

¹⁰⁰ BUSS, Paulo Marchiori. Promoção da saúde e qualidade de vida. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 163-177, 2000. p. 174.

¹⁰¹ TEIXEIRA, Carmen Fontes. Formulação e implementação de políticas públicas saudáveis: desafios para o planejamento e gestão das ações de promoção da saúde nas cidades. *Saúde e Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 1, p. 42, jan./abr. 2004.

¹⁰² MATUS, Carlos. *Política, planificação e governo*. 2. ed. Brasília: IPEA, 1993. p. 297-554.

problemas e oportunidades reais de intervenção e no entendimento do planejamento como um processo constituído de momentos que se interpenetram (momento explicativo, normativo, estratégico e tático-operacional). Para Carmem Fontes Teixeira, o fluxograma situacional elaborado por Matus permite uma abordagem multirreferencial aos problemas de saúde, especialmente àqueles que extrapolam o âmbito de ação dos sistemas de serviços de saúde. O processo de análise feito desta forma permite o estabelecimento de um diálogo entre os sujeitos envolvidos, bem como a identificação da contribuição que cada instituição ou setor pode vir a dar para a solução da questão.¹⁰³

Como se percebe, o conceito ampliado de saúde (e de seus determinantes) deve ser adotado como referencial para a identificação e análise dos problemas e das necessidades sociais de saúde da população. Esse é o ponto de partida para a tomada de decisões e elaboração de planos, programas e projetos de ação.

Ao lado disso, para o enfrentamento de problemas através de diversos ângulos de análise, é crucial estabelecer diálogos interdisciplinares que permitam encontrar soluções alternativas de políticas públicas para a criação de ambientes saudáveis e a melhoria da qualidade de vida.

No Brasil, a proposta de Municípios Saudáveis é um modelo de política em prol da saúde e da importância da intersetorialidade que merece uma análise mais aprofundada.

1.6. Municípios saudáveis

O movimento das cidades saudáveis surgiu na Europa em 1986 e visava o desenvolvimento de planos de ação locais para a promoção da saúde, baseado no princípio de Alma-Ata de “saúde para todos no ano 2000”.¹⁰⁴ O movimento chegou à América Latina no início da década de 1990. Foi referendado na Declaração de Santa Fé de Bogotá em 1992 e na Carta de Promoção da Saúde do Caribe (OPAS,1993).

A proposta do movimento chegou à América Latina como defensora de uma forma de governar e administrar que requer e propicia a reestruturação dos sistemas de saúde e estimula a sua articulação com outros sistemas na conformação de políticas e programas integrados de desenvolvimento humano e bem-estar.¹⁰⁵

¹⁰³ TEIXEIRA, Carmen Fontes. Formulação e implementação de políticas públicas saudáveis: desafios para o planejamento e gestão das ações de promoção da saúde nas cidades. *Saúde e Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 1, p. 42-43, jan./abr. 2004.

¹⁰⁴ ASHTON, John. *Healthy cities*. Milton Keynes: Open University Press, 1993.

¹⁰⁵ BUSS, Paulo Marchiori. Promoção da saúde e qualidade de vida. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 163-177, 2000. p. 175-176.

Atribui-se uma responsabilidade pessoal e da comunidade em melhorar as condições físicas e psicossociais nos espaços onde as pessoas vivem, estudam, trabalham e se divertem.¹⁰⁶

O programa de municípios saudáveis inclui quatro fases: i) o início e a determinação de prioridades; ii) a preparação de um plano de ação; iii) a unificação dos comitês organizadores e a execução das atividades; iv) a criação de um sistema de informação para a avaliação e monitoramento do processo.

O processo de estruturação de um Município Saudável depende da articulação das políticas públicas municipais saudáveis, da ação intersetorial e da participação comunitária. A mediação intersetorial entre a população e o poder público, assim como a capacitação para o exercício da cidadania e do controle social são contribuições para a prática da promoção da saúde. A mudança na legislação e a introdução de inovações nos programas de Agentes Comunitários de saúde e de Saúde da Família, além da ampliação do piso básico do financiamento dos serviços da atenção básica, podem influenciar na melhoria da qualidade de vida e nas condições de saúde. Para tanto, é importante a contribuição de movimentos como a Agenda 21 e a proposta de desenvolvimento local.¹⁰⁷

Uma experiência interessante relatada por Ana Maria Girotti Sperandio e colaboradores¹⁰⁸ é o projeto “Programa Comunidade Saudável” desenvolvido na região dos Amarais, em Campinas, para transformar uma comunidade carente em uma comunidade saudável. O agente desencadeador da proposta foi uma organização da sociedade civil chamada Instituto de Pesquisas Especiais para a Sociedade (IPES), constituída por professores de diferentes institutos e universidades do Estado de São Paulo em parceria com a Universidade de Campinas (UNICAMP) e a Fundação de Amparo à Pesquisa de São Paulo (FAPESP). A Metodologia empregada utiliza como estratégia a formação na comunidade de Núcleos de Trabalho e Pesquisa (NTP), integrados por docentes e alunos da universidade, profissionais dos equipamentos sociais da comunidade e moradores capacitados pelos cursos de extensão a atuarem como agentes comunitários. Essa estratégia tem como finalidade estimular o “empoderamento” pela comunidade dos resultados e da metodologia da pesquisa.

¹⁰⁶ ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUDE (OPAS). *La salud en las Americas*. v. 1. 1998. Disponível em: <<http://www.paho.org/Spanish/DD/PUB/SEA1998.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2010.

¹⁰⁷ BUSS, Paulo Marchiori. Promoção da saúde e qualidade de vida. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 176, 2000.

¹⁰⁸ SPERANDIO, Ana Maria Girotti. Caminho para a construção coletiva de ambientes saudáveis. São Paulo-Brasil. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 3, p. 643-654, 2004.

O curso de extensão para a formação de agentes comunitários de saúde contribuiu para que eles começassem a atuar na região; que a comunidade participasse do II Fórum Social Mundial de Porto Alegre; para a criação de cooperativa de trabalho em artesanato; para o trabalho de alfabetização de adultos; e para a criação do Fórum Social dos Amarais, em que se discutem as políticas públicas e os problemas da região.

As autoras relatam também a iniciativa de desenvolver um trabalho de construção coletiva de espaços, comunidades e municípios saudáveis na região do Estado de São Paulo em 2003. A partir da edição do “Guia para Prefeitos para Promover a Qualidade de Vida”, no Foro de Promocion de la Salud em las Américas, realizado em Santiago do Chile, percebeu-se a necessidade de construção de uma Rede de Municípios Potencialmente Saudáveis, ou seja, um espaço no qual os diversos municípios se relacionem entre si, identificando seus objetivos, suas metodologias de trabalho e agindo em rede, criando possibilidades individuais e coletivas de buscar subsídios para a reconstrução de uma sociedade melhor na perspectiva da qualidade de vida.

Na verdade, o que se pretende é reconstruir caminhos para viabilizar um novo movimento e interação entre o Estado e a sociedade, entre universidade, gestores públicos, comunidade e organização da sociedade civil em busca de algo que deve ser comum: o espaço saudável e a melhoria da qualidade de vida. A rede que se iniciou com 6 municípios já contava com 18 municípios do Estado de São Paulo em 2004. A maioria dos municípios está desenvolvendo suas propostas de projetos a partir do eixo de participação social e intersetorialidade.

O município de Itatiba, por exemplo, decidiu desenvolver uma proposta de Núcleo da Criança e do Adolescente, formado por cinco secretarias municipais: Governo, Ação Social, Educação, Saúde e Esportes e Cultura, além do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente e do Conselho Tutelar. O que mostra a importância da intersetorialidade no programa desenvolvido.

A cidade de Pedreira passou a discutir a forma de implementar o projeto Saúde do Escolar nas escolas e o do Lixo, construídos a partir dos conhecimentos adquiridos na rede. Um exemplo desse esforço é o projeto Eco-Pedreira – uma cooperativa de catadores de lixo para geração de renda, e o Projeto Escolas Promotoras de Saúde com enfoque nas potencialidades dos adolescentes.

O município de Vinhedo passou a repensar o seu modelo de saúde, desenvolvendo propostas de projeto integradas com a Secretaria Municipal de Educação, Promoção Social e Cultura, ao considerar os princípios de intersetorialidade da rede, participação popular,

construção de parcerias e trocas entre os líderes políticos dos diferentes municípios. O grupo de diabéticos da cidade tem a possibilidade de colher da horta comunitária alimentos mais saudáveis para suas condições de saúde. Eles próprios vêm cuidando das plantas e das hortaliças (o que serve igualmente de atividade terapêutica).

Estas experiências vêm demonstrando que aprender a planejar, a executar e a avaliar, respeitando as individualidades e as coletividades, são estratégias importantes. O trabalho em rede tem permitido a constatação de que “existem pessoas com desejos parecidos no sentido de ter novas expectativas para as suas vidas e para seus espaços, transformando-os em melhores e possíveis de viver com saúde, educação, paz, amor, ambiente saudável e com sustentabilidade. E é com elas que devemos trabalhar”.¹⁰⁹

Em outro estudo, Rosilda Mendes e colaboradores analisaram o processo de implementação e avaliação de projetos de melhoria de qualidade de vida em quatro municípios de São Paulo que adotaram o projeto Cidades Saudáveis: Santo André, Piracicaba, Bertiooga e Limeira.¹¹⁰ O trabalho mostra a importância da parceria entre os municípios e as universidades, bem como o empenho dos prefeitos assumirem o projeto como uma política de governo, permitindo assim a articulação entre as várias secretarias municipais. Nesses municípios, o governo local foi o grande indutor do processo de adoção e implementação da política, que contou com forte apoio da sociedade civil, incluindo o setor privado.

Em todas as propostas o setor saúde participou das iniciativas não apenas como indutor, mas como integrante do processo. As propostas executadas pelo setor saúde foram definidas no processo mais amplo de planejamento estratégico para o município. Em todos os casos identificou-se na implementação das iniciativas uma forte mobilização social.

As autoras concluem que todas as políticas públicas que tenham como critério decisório a capacidade de modificar a qualidade de vida da população devem necessariamente ser gestadas a partir de um planejamento conjunto e estratégico que represente a união de todos os setores.

1.7. Saúde e meio-ambiente

O movimento ambientalista ganhou força nos anos sessenta com o livro de Rachel Louise Carson *Silent Spring*, sobre os impactos do uso do DDT na cadeia alimentar, um trabalho que fazia uma crítica ao setor produtivo e com a fundação do Clube de Roma, em

¹⁰⁹ SPERANDIO, Ana Maria Girotti. Caminho para a construção coletiva de ambientes saudáveis. São Paulo - Brasil. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 3, p. 643-654, 2004. p. 652.

¹¹⁰ MENDES, Rosilda; BÓGUS, Claudia Maria; AKERMAN, Marco. Agendas urbanas intersetoriais em quatro cidades de São Paulo. *Saúde e Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 1 p. 47-55, jan./abr. 2004.

1968, resultando no relatório “Limites do Crescimento”, que lançava dúvidas sobre a sustentabilidade econômica.¹¹¹

Em 1972, ocorreu a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio-Ambiente em Estocolmo.¹¹² Em 1987, a Comissão Mundial sobre Meio-Ambiente e Desenvolvimento lançou o termo “desenvolvimento sustentável” no relatório “Nosso Futuro Comum”, também chamado de “Relatório Brundtland”.¹¹³ Em 1992, ocorreu a Conferência das Nações Unidas sobre Meio-Ambiente e Desenvolvimento – a Rio 92¹¹⁴ – visando estabelecer um programa de ações em defesa da sustentabilidade socioambiental. Em 2002, a Rio+10 em Johannesburgo, tentou definir meios, metas e prazos para a implantação dos planos de sustentabilidade definidos na “Rio 92”. Desde então o tema da crise ambiental já se estabelecera em nível mundial, sendo que o problema climático passou a ter papel de destaque a partir de 2002. Os desequilíbrios ecológicos passaram a ser analisados como vetores potencializadores de doenças e problemas sociais.

A evolução das cidades rumo ao desenvolvimento equilibrado, saudável e sólido exige da gestão municipal resultados positivos e constantes na dimensão ambiental. Os programas de governo devem buscar o objetivo de preservar os recursos ambientais para as próximas gerações e conservar a biodiversidade e os sistemas de suporte à vida humana. A gestão pública deve, portanto, encarar o ecossistema como uma das prioridades da política.

Segundo a Organização Mundial de Saúde, em termos globais, cerca de 23% das mortes prematuras podem ser atribuídas a fatores ambientais como poluição do ar, da água e exposição a substâncias químicas.¹¹⁵ Com relação às crianças, encontram-se dentre as mortes os casos de envenenamento, infecções respiratórias, a diarreia e a malária.¹¹⁶

¹¹¹ MEADOWS, Donella H.; MEADOWS, Dennis L.; RONDERS, Jorgen. *Limites do crescimento: um relatório para o projeto do Clube de Roma sobre um dilema da humanidade*. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1978.

¹¹² NATIONS UNIS. Programme des Nations Unis pour l'environnement (UNEP). *Déclaration finale de la Conférence des nations Unies sur l'environnement*. Disponível em: <<http://www.unep.org/documents.multilingual/default.asp?documentid=97&articleid=1503&l=fr>>. Acesso em: 20 jul.2011.

¹¹³ UNITED NATIONS. *Our common future*. Genebra: 1987 (Report of the World Commission on Environment and Development. Disponível em: <<http://www.un-documents.net/wced-ocf.htm>>. Acesso em: 20 jul. 2011.

¹¹⁴ UNITED NATIONS. *Rio declaration on environment and development*. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/conf151/aconf15126-1annex1.htm>>. Acesso em: 10 jul. 2011.

¹¹⁵ WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). *Preventing disease through healthy environments: towards an estimate of the environmental burden of disease*. Genebra, 2006. Disponível em: <http://www.who.int/quantifying_ehimpacts/publications/preventingdisease/en/index.html >. Acesso em: 10 jul. 2011.

¹¹⁶ ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY (EPA). *Environment, health, and a focus on children, office of children's protection and environmental education*. Disponível em: <[http://yosemite.epa.gov/ochp/ochpweb.nsf/content/2008_highlights.htm/\\$file/OCHP_2008_Highlights_508.pdf](http://yosemite.epa.gov/ochp/ochpweb.nsf/content/2008_highlights.htm/$file/OCHP_2008_Highlights_508.pdf)>. Acesso em: 08 jul. 2011.

A degradação ambiental, quer seja pelo aumento da população quer pelo aumento dos níveis de pobreza ou de consumo, tem como consequências a deterioração dos ecossistemas, estabilidade geopolítica e segurança econômica.¹¹⁷

Apenas para exemplificar a importância da relação entre meio-ambiente e saúde, faremos referência a dois problemas que têm grande impacto em nossa sociedade atual: as mudanças climáticas e o efeito das radiações não ionizantes nas metrópoles.

Ulisses E.C. Confalonieri e Diana P. Marinho mostram o impacto da mudança climática em algumas regiões do Brasil em relação à ocorrência de doenças infecciosas e parasitárias.¹¹⁸ Ao estudar uma série histórica de casos de leptospirose em um município rural do Rio Grande do Norte e comparar a incidência dos casos com os índices de precipitação pluviométrica, os autores constataram que, nos anos em que ocorreram desvios positivos de precipitação, o número de casos aumentou em relação à média histórica. Os surtos da doença, cujo agente etiológico é veiculado pela água, estavam diretamente relacionados aos períodos de maior precipitação pluviométrica.

Da mesma maneira, verificou-se na região do Alto Solimões (Amazonas) uma estreita relação entre o regime de chuvas e a ocorrência de casos de cólera na área rural, na época da introdução desse agente bacteriano no Brasil, através da fronteira com o Peru, no início dos anos noventa. Aqui, ao contrário, os casos aumentavam durante os curtos períodos sem chuva, época na qual a população utilizava a água contaminada (pela ausência de esgoto sanitário) coletada na margem do rio. Já na época das chuvas, os casos da doença diminuía, uma vez que, por causa do fluxo rápido e do alto volume do Rio Solimões, a concentração de vibriões coléricos presente na água acabava por ser diluída.

Analisando esses e outros casos de epidemias, os autores trazem à discussão a questão da vulnerabilidade de indivíduos e grupos sociais aos efeitos do clima e fazem referência a um modelo conceitual de vulnerabilidade do tipo “exposição-resposta” desenvolvido por geógrafos preocupados com o impacto de secas prolongadas.¹¹⁹ Assim, a

¹¹⁷ UNITED NATIONS. (UNEP) UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME. *Perspectivas del medio ambiente mundial GEO4: medio ambiente para el desarrollo*. Nairobi, 2007. Disponível em: <<http://www.unep.org/geo/geo4.asp>>. Acesso em: 10 jul. 2010.

¹¹⁸ CONFALONIERI, Ulisses E. C.; MARINHO, Diana P. Mudança climática global e saúde: perspectivas para o Brasil. *Multiciência*, Campinas, n. 8, p. 48-64, maio 2007.

¹¹⁹ Este modelo admite a existência de fatores tanto estruturais como conjunturais, determinantes de vulnerabilidade, em dois níveis básicos: determinantes imediatos e determinantes primários. Estes últimos, que incluem renda, cultura, educação e poder político, condicionam os determinantes de ordem mais imediata. Os determinantes imediatos, que incluem desde fatores individuais (capacidade física, idade, etc.), institucionais (serviços de saúde, defesa civil, etc.) e geográficos (local de moradia, topografia, etc.), são os que condicionam a exposição de indivíduos e comunidades a perigos ambientais e também as suas

seca afeta a população rural: perda da colheita que leva à falta de alimentos com o aumento da má nutrição infantil. Da mesma maneira, a seca leva à falta de água e à higiene deficiente com o conseqüente aumento da mortalidade infantil devido à diarreia. Por outro lado, a falta de assistência governamental à população durante a seca leva à migração com a conseqüente expansão da leishmaniose visceral nas cidades.

Como se percebe, a ocorrência de agravos à saúde determinados pela exposição aos eventos climáticos nas populações examinadas aponta para uma situação de vulnerabilidade que precisa ser entendida para ser combatida e confirma a estreita relação entre saúde e meio-ambiente.

A polêmica sobre a possibilidade de danos das radiações não ionizantes de baixa frequência, a existência de normas legais e decisões jurisprudenciais estrangeiras em tema de proteção à saúde da população, o tratamento da questão existente no Brasil, e a utilidade do princípio da precaução nos casos em que são alguns dos temas analisados no trabalho de Elza Antonia Pereira Cunha Boiteux e Fernando Netto Boiteux.¹²⁰

Os autores apontam que a exposição de pessoas a campos eletromagnéticos de frequências extremamente baixas ocorre em decorrência da geração, transmissão e utilização de energia elétrica. Como a distribuição da energia é feita a partir de estações geradoras até os núcleos urbanos, através de linhas de transmissão de alta voltagem, para que a energia chegue até as linhas de distribuição das residências, a voltagem precisa ser reduzida através de transformadores localizados nas Estações de Transformação e Distribuição (ETDs). Tanto as linhas de transmissão quanto a operação das estações provocam um aumento de indução magnética e conseqüentemente um aumento do campo magnético, que gera um fluxo de corrente circulando em todo o corpo.¹²¹

A radiação de baixa frequência (existente nas linhas de transmissão de energia elétrica) desencadeia impulsos nas células nervosas que podem provocar contração involuntária de membros ou músculos. Essas contrações podem variar de um simples desconforto até a parada do músculo cardíaco. A Comissão Internacional de Proteção das Radiações não ionizantes (ICNIRP) até reconhece que esses efeitos podem ocorrer em

capacidades de resposta. CONFALONIERI, Ulisses E. C.; MARINHO, Diana P. Mudança climática global e saúde: perspectivas para o Brasil. *Multiciência*, Campinas, n. 8, p. 57-58, maio 2007.

¹²⁰ BOITEUX, Elza Antonia Pereira Cunha; BOITEUX, Fernando Netto. *Poluição eletromagnética e meio ambiente*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

¹²¹ Id. *Ibid.*, p. 31-36.

exposições acima dos níveis por ela recomendados (1 Hz a 10 Hz),¹²² mas nega terminantemente a existência de relação entre a radiação eletromagnética e o câncer.

Ocorre que os níveis apresentados como seguros pela ICNIRP somente se referem aos efeitos da exposição de *curto* prazo sobre o sistema nervoso (contrações musculares involuntárias) das pessoas expostas.¹²³ E os estudos que apontam a relação causal entre o câncer e os campos magnéticos são de pessoas sujeitas à *exposição prolongada* à radiação não ionizante de baixa frequência. O que torna inadequado o nível de exposição de cem microtesla (100 μ T) fixado como seguro pela ICNIRP, e perigosa a sua aceitação como parâmetro de prevenção de danos.

A partir de 2001, a ICNIRP, apesar de manter a sua posição anterior, passou a admitir que algumas pesquisas tenham demonstrado a correlação entre o câncer e a exposição de crianças à radiação superior a quatro décimos de microtesla (0,4 μ T), porém alega que isso ocorreu em apenas 0,8% de todas as crianças expostas a esse nível (sem deixar claro qual foi a amostragem).

Elza Antonia Pereira Cunha Boiteux e Fernando Netto Boiteux citam dois trabalhos importantes em relação ao tema. O primeiro deles realizado por A. Ahlbom, do Instituto Karolinska, que, examinando 3.203 crianças, encontrou um aumento significativo da incidência de leucemia naquelas que residiam em casas cujo nível de exposição à radiação era maior que quatro décimos de microtesla (0,4 μ T). E o segundo, realizado por Gerard Draper, que num universo de 29.081 crianças com câncer (sendo 9000 com leucemia), revelou o incremento percentual da incidência de câncer nas crianças que se encontravam em uma distância de até 200 metros em relação às linhas de transmissão.¹²⁴

Elza Antonia Pereira Cunha Boiteux e Fernando Netto Boiteux reconhecem que “o estado atual da ciência revela controvérsia sobre os efeitos da radiação eletromagnética de baixa frequência, mas já permite afirmar que a possibilidade de danos não é meramente hipotética. O dano à saúde já deixou de ser considerado um evento aleatório, passando a ser examinado como um risco para a população”.¹²⁵ A partir dessa constatação, os autores afirmam não ser mais sustentável a aceitação de danos que podem ser irreparáveis e clamam por uma nova postura ética das empresas. Nesse sentido, afirmam: “Esta nova postura ética

¹²² BOITEUX, Elza Antonia Pereira Cunha; BOITEUX, Fernando Netto. *Poluição eletromagnética e meio ambiente*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.p. 38.

¹²³ Id. Ibid., p. 51.

¹²⁴ Id. Ibid., p. 70-72.

¹²⁵ Id. Ibid., p. 25-26.

exige das empresas que ajam segundo o princípio da precaução,¹²⁶ evitando que a incerteza científica seja usada para postergar medidas eficazes para impedir a degradação do meio ambiente”.¹²⁷

Esta postura é de extrema importância em nosso país, uma vez que, diante da inexistência de normas regulamentadoras, as empresas (especialmente as de energia elétrica) acabam por instalar torres de transmissão cada vez mais próximas dos aglomerados urbanos utilizando como argumento a incerteza científica a respeito dos danos das radiações e as posições e parâmetros seguros de exposição (100 μT) assumidos pelo ICNIRP e encampados pela Organização Mundial de Saúde (OMS).¹²⁸

A situação torna-se ainda mais preocupante quando as medições oficiais realizadas pelo Instituto de Eletrotécnica e Energia da Universidade de São Paulo (IEE/USP) mostraram que “a radiação medida no interior das casas dos moradores de São Paulo próximas às linhas de transmissão ultrapassa, muitas vezes, os 6,6 μT (microtesla) e há casos de áreas de recreio de prédios de apartamentos onde foi registrado um nível de radiação de 34,4 μT ”.¹²⁹

Se comparada a outros países como Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido e Suíça, “o nível de radiação encontrado nas moradias paulistanas, próximas das linhas de transmissão de energia elétrica, chega a ser 334 vezes maior que nos demais países”.¹³⁰

Como se pode perceber, a proximidade das torres de energia e linhas de transmissão na cidade de São Paulo pode ser caracterizada como um problema de saúde pública e como tal precisa ser enfrentado pelos Poderes Públicos. Nesse sentido, a política do Município Saudável poderia render muitos frutos se fosse aplicada à capital paulista.

Apesar do relato de que a cidade de São Paulo foi a primeira cidade brasileira a ingressar no movimento *Cidades Saudáveis*, em 1990, e deste compromisso ter sido reafirmado com um convênio entre a Prefeitura, a OPAS e a Universidade de São Paulo

¹²⁶ Os autores referem-se ao Princípio da Precaução, formulado no art. 15 da Declaração do Rio (que se encontra no Relatório da Conferência das Nações Unidas sobre Meio ambiente e Desenvolvimento) nos seguintes termos: De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental. BOITEUX, Elza Antonia Pereira Cunha; BOITEUX, Fernando Netto. *Poluição eletromagnética e meio ambiente*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008. p. 145.

¹²⁷ Id. Ibid., p. 217.

¹²⁸ Id. Ibid., p. 50-54.

¹²⁹ Id. Ibid., p. 81.

¹³⁰ A comparação foi feita com os Estados Unidos (0,38 μT); com a Alemanha (0,1 μT); com o Reino Unido (0,4 μT) e com a Suíça (0,28 μT). Id. Ibid., p. 81.

(USP), em dezembro de 2003, para definir estratégias de ação,¹³¹ muito ainda precisa ser feito para que a cidade se aproxime do que a OMS define como saudável. Especificamente no caso da energia elétrica, é preciso haver também o engajamento do Estado de São Paulo, das empresas de energia elétrica e da população, o que reforça a afirmação de que a intersetorialidade e participação popular são essenciais para a implantação da política de Municípios Saudáveis.

Como vimos, a visão ampliada de saúde, com base em tantos e diversos fatores determinantes tais como: renda e posição social, educação, emprego, aspectos biológicos e hereditariedade, estilo de vida, sexo, cultura, acesso aos serviços de saúde, faz com que o bem a ser protegido pelo Direito seja constituído de múltiplos aspectos (biológicos, sociais, econômicos, culturais, entre outros). Por essa razão, entendemos adequada a ideia da complementaridade, indissociabilidade, unidade e indivisibilidade dos direitos humanos defendida pela doutrina que como veremos, se aplica muito bem ao direito à saúde.

¹³¹ RIGHETTI, Sabine. *Cidades saudáveis*. Notícias BR do Brasil. Disponível em: <<http://cienciaecultura.bvs.br/pdf/cic/v56n2/a04v56n2.pdf>>. Acesso em :10 jul. 2011.

2. O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

2.1. Direito fundamental ou direito humano?

A judicialização da saúde traz à tona inúmeras discussões jurídicas acerca de temas como: a positivação do direito à saúde em nossa Constituição; a eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais; a estrutura das normas de direitos sociais fundamentais; a possibilidade de reivindicação em juízo de um direito social e a legitimidade do Poder Judiciário para decidir sobre políticas públicas de saúde elaboradas pelo Legislativo e executadas pelo Executivo, entre outras. Qualquer que seja a perspectiva adotada, o pesquisador deve esclarecer se o direito à saúde é um direito fundamental ou um direito humano, pois as consequências da proposta não serão as mesmas.

O direito à saúde previsto nos artigos 6º e 196 e seguintes da Constituição Federal se insere nos direitos sociais fundamentais.¹³² Neste sentido assinala José Afonso da Silva para quem “os direitos sociais têm a característica de direitos fundamentais, ao lado dos direitos individuais, políticos e do direito à nacionalidade. Por esta razão, diz ele, é que a Constituição os incluiu entre os direitos fundamentais no seu título II. O fato da sua realização depender de providências positivas do Poder Público não lhes retira a característica de direitos fundamentais”.¹³³ Esses direitos, por sua vez, são considerados como a fase mais adiantada do processo de positivação dos direitos naturais nos textos constitucionais do Estado de Direito.¹³⁴

A distinção entre os direitos fundamentais e os direitos humanos é feita pela doutrina. Enquanto os direitos fundamentais são concebidos como “direitos positivados em nível interno, o termo “direitos humanos” seria utilizado para designar os direitos naturais positivados nas declarações e convenções internacionais, assim como aquelas exigências básicas relacionadas com a dignidade, liberdade e igualdade da pessoa que ainda não tenham alcançado um estatuto jurídico-positivo.

Pérez Luño entende que é conveniente utilizar como critério distintivo entre os direitos fundamentais e os direitos humanos o grau diferente de concreção positiva dessas duas categorias. Assim, os direitos humanos aparecem como um conceito de contornos mais

¹³² Esta posição, como veremos, é contestada por Lobo Torres, que admite a assimilação dos direitos sociais aos direitos fundamentais apenas para os direitos sociais relativos ao mínimo existencial e para a saúde preventiva. TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 287-288.

¹³³ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 151.

¹³⁴ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2007. p. 43.

amplos e imprecisos do que a noção de direitos fundamentais, e são entendidos como um “conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional”.¹³⁵

Por outro lado, os direitos fundamentais possuem um sentido mais preciso e estrito, já que tão somente descrevem o conjunto de direitos e liberdades jurídicas e institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo Direito Positivo. São sempre direitos delimitados no tempo e no espaço, e cuja denominação refere-se a seu caráter básico ou fundamental do sistema jurídico e político do Estado de Direito. A noção de direitos fundamentais passa a ser relacionada àqueles direitos humanos garantidos pelo ordenamento jurídico positivo, na maior parte dos casos em suas normas constitucionais, e que gozam de uma tutela reforçada.

Pode-se dizer que os direitos humanos, além de possuírem uma significação descritiva daqueles direitos e liberdades reconhecidos nas declarações e convênios internacionais, também possuem uma conotação prescritiva, ao englobar aquelas exigências mais radicalmente vinculadas ao sistema das necessidades humanas, que devendo ser objeto de positivação, ainda não tenham sido. Os direitos fundamentais nas constituições democráticas posteriores à Constituição de Weimar englobam tanto as liberdades públicas quanto os direitos sociais, econômicos e culturais. Enquanto estes últimos explicitam as exigências dos valores da igualdade e da solidariedade, os primeiros concretizam os valores da liberdade e da dignidade humana.

A transição do Estado de Direito para o Estado Social consagrou a ideia de que, para ocorrer o desfrute dos direitos e liberdades públicas por todos os membros da sociedade, seria necessária uma cota de bem-estar econômico que permita a participação ativa na vida comunitária. “A doutrina, no esforço de relacionar os direitos sociais com a tipologia tradicional dos *status* elaborada por Jellinek, os considera como expressão do *status positivus socialis*”¹³⁶ Tal *status* é fruto da crescente intervenção do Estado no terreno econômico e social, que cria direitos que já não podem mais ser entendidos como direitos de defesa (limites da ação estatal), mas sim como direitos que preveem finalidades de ação para o Estado. Esses direitos sociais, culturais e econômicos são positivados na Constituição de várias maneiras e, cada uma delas tem uma característica diferente.

¹³⁵ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2007. p. 46.

¹³⁶ Id. *Ibid.*, p. 184.

2.2. A positivação dos direitos sociais, econômicos e culturais

Canotilho lembra que os direitos sociais, econômicos e culturais podem ser positivados na Constituição de quatro formas distintas:¹³⁷ 1) sob a forma de normas programáticas definidoras de tarefas e fins do Estado de conteúdo eminentemente social; 2) como normas de organização atributivas de competência para a emanção de medidas relevantes nos planos econômico, social e cultural; 3) como normas consagradoras de garantias institucionais, obrigando o legislador a proteger a essência de certas instituições (família, administração local, saúde pública) e a adotar medidas estritamente relacionadas ao valor social eminente dessas instituições; 4) como normas que veiculam direitos subjetivos públicos, isto é, como direitos inerentes ao espaço existencial dos cidadãos.

Comentando essa classificação, Perez Nuno argumenta que se, por um lado, as normas programáticas têm a vantagem de transformar as normas constitucionais em valores e princípios políticos dinamizadores da Constituição, por outro lado, elas trazem como desvantagem o fato de serem privadas de eficácia jurídica uma vez que não atribuem verdadeiros direitos aos cidadãos e nem estabelecem obrigações aos poderes públicos. Com relação às normas de organização, o autor entende que, com isso, os direitos sociais perdem a sua condição de direitos fundamentais para se transformarem em instrumentos que orientam o funcionamento dos poderes públicos; iii) com relação às normas de garantia o autor entende que, embora elas incorporem autênticos deveres de atuação para os poderes públicos na esfera sócio-econômica, elas não reconhecem diretamente pretensões ou faculdades subjetivas aos cidadãos, mas apenas interesses reflexos da proteção institucional a determinados entes (a família, o sindicato, partidos políticos). Entretanto, independentemente dessa classificação, para o autor não se pode deixar de afirmar aos direitos sociais, a condição de autênticos direitos fundamentais.¹³⁸

As estratégias de positivação dos direitos sociais e os respectivos regimes jurídicos a eles atrelados também são estudados por Vidal Serrano Nunes Júnior. Esclarecendo que a classificação dos direitos sociais segundo a sua forma de positivação não se confunde com a classificação das normas constitucionais segundo a sua eficácia e

¹³⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora; 1. ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2008. p. 37-38.

¹³⁸ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. 9. Ed. Madrid: Tecnos, 2007. p. 185-187.

aplicabilidade, o autor se propõe a analisar o regime jurídico que deflui de cada uma das formas de positivação dos direitos sociais.¹³⁹

Para ele, embora em regra, as normas programáticas não gerem individualmente aos seus destinatários um direito subjetivo, haveria situações nas quais, uma vez atribuída uma tarefa ao Poder Público, ainda que não se possa definir com clareza os meios para sua realização pode-se “...sob o crivo da razoabilidade e da moralidade, extrair-se a obrigatoriedade de certas condutas públicas ainda que em patamares mínimos”.¹⁴⁰ Ou seja, uma norma, mesmo programática, pode ter sua aplicabilidade mensurada à luz de princípios constitucionais que presidem a atividade administrativa. Assim, embora as normas não forneçam ao indivíduo uma prerrogativa subjetiva específica, delas se pode extrair um dever de agir atribuído ao Estado, que é passível de ser questionado em caso de omissão.

Com relação às normas atributivas de direitos públicos subjetivos, Nunes Júnior aponta que um dos mecanismos utilizados pelo constituinte para concretizar direitos ao mínimo vital foi o de transformar os direitos que o integram, como, por exemplo, a assistência à saúde, em direito público subjetivo. Sua realização está garantida constitucionalmente e pode ser demandada judicialmente caso não seja efetuada voluntariamente pelo Poder Público.¹⁴¹ Para o autor, “a ideia de mínimo vital ganha valor superlativo, na medida em que viabiliza que direitos positivados sob a forma de programas ou tarefas dirigidos ao Estado passem a integrar o rol de direitos subjetivos do cidadão”.¹⁴²

Além desse mínimo vital, existiriam ainda alguns direitos fundamentais sociais que foram positivados como normas de direito subjetivo público, porém com a indicação da necessidade de lei que lhe integre o conteúdo. Esse é o caso, por exemplo, do art. 203, V, da Constituição Federal, que se refere ao direito dos deficientes físicos receberem um salário mínimo. Por esse dispositivo, o direito subjetivo ao benefício mensal de um salário mínimo é condicionado à promulgação da lei. Assim, conclui Nunes Júnior que “no caso de direitos albergados sob a reserva legal, permite-se ao legislador a conformação do conteúdo da

¹³⁹ O autor considera cinco formas de positivação dos direitos sociais: normas programáticas; normas de organização; normas veiculadoras de direitos públicos subjetivos; normas de garantia institucional; normas voltadas à limitação do poder econômico, normas projectivas, de conformação do perfil social dos institutos jurídicos fundantes da ordem econômica capitalista. NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009. p. 98-157.

¹⁴⁰ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009. p. 103-104.

¹⁴¹ Id. *Ibid.*, p. 132.

¹⁴² Id. *Ibid.*, p. 135.

prerrogativa constitucionalmente instituída”.¹⁴³ Essa norma poderia então ser classificada, de acordo com José Afonso da Silva, como uma norma de eficácia limitada de princípio institutivo, na medida em que exige uma legislação futura que lhe complete a eficácia e lhe dê efetiva aplicação.¹⁴⁴

Embora parte dos direitos fundamentais não possam ser aplicados de forma imediata, para Nunes Júnior “a norma que o hospeda gera efeitos imediatos, quando não, para determinar que o órgão encarregado dos atos que lhe darão eficácia está incidindo em omissão.”¹⁴⁵

Com relação à positivação por meio de norma consagradora de garantias institucionais, ressalta o autor que a ideia de garantias institucionais leva em conta o indivíduo como um ser que está inserido em relações sociais e com a Comunidade.¹⁴⁶ Assim, existem direitos que não podem ser preservados fora dessa dimensão comunitária, uma vez que se projetam e se realizam em meio a instituições sociais cuja existência e proteção ocorrem por meio das garantias institucionais. A preservação de tais instituições não pode se dar pela atribuição de um direito público subjetivo, mas deve ocorrer por meio de garantias jurídicas de sua existência institucional.¹⁴⁷ Existem, pois, normas de direitos sociais fundamentais, que, ao contrário de estipularem programas de ação ou de conferirem direitos subjetivos, garantem a existência e a preservação das instituições sociais. Entretanto, ainda que a norma não se direcione diretamente ao indivíduo, atribuindo-lhe um direito subjetivo público, mesmo assim existirá um direito de ver implementada a norma jurídica na qual a instituição se funda.

Para Nunes Júnior, existiriam ainda outras duas formas de positivação das normas de direitos sociais na Constituição. São elas: i) a positivação por meio de cláusulas limitativas do poder econômico (são normas voltadas à limitação do poder econômico, quer por meio do reconhecimento de um conteúdo mínimo essencial nos contratos de trabalho, quer pelo empoderamento da classe trabalhadora pelo reconhecimento de direitos como os de sindicalização e de greve);¹⁴⁸ e ii) a positivação por meio de normas projetivas, de

¹⁴³ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009. p. 136-137.

¹⁴⁴ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 123.

¹⁴⁵ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988*, cit., p. 138.

¹⁴⁶ HABERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Traducción de Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson-Constitucional, 2003. p. 95.

¹⁴⁷ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988*, cit., p. 140-149.

¹⁴⁸ Id. *Ibid.*, p. 157.

conformação do perfil social dos institutos jurídicos fundantes da ordem econômica capitalista cuja análise deixa de ser feita por fugir ao escopo deste trabalho.

2.3. Eficácia das normas constitucionais

José Afonso da Silva faz uma classificação das normas constitucionais em três categorias;¹⁴⁹ i) normas constitucionais de eficácia plena: as normas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais (ou têm a possibilidade de produzi-los); ii) normas constitucionais de eficácia contida: são normas que incidem imediatamente e produzem (ou podem produzir) todos os efeitos queridos, mas preveem meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias; iii) normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida: são normas que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu sobre a matéria uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado.

As normas de eficácia plena são de aplicabilidade direta, imediata e integral, enquanto as normas de eficácia limitada são de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, uma vez que somente incidem totalmente sobre os interesses objeto de sua regulamentação jurídica após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a eficácia. Já as normas de eficácia contida são de aplicabilidade direta, imediata, mas não integral, porque sujeitas a restrições previstas ou dependentes de regulamentação que limite sua eficácia e aplicabilidade.¹⁵⁰

A Constituição Federal prescreve, no artigo 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 a sua promoção, proteção e recuperação”.¹⁵¹ Segundo José Afonso da Silva esta norma “não impõe propriamente uma obrigação jurídica, mas traduz um princípio, segundo o qual a saúde para todos e cada um se inclui entre os fins estatais, e deve ser atendido”.¹⁵² Ou seja, a norma tem eficácia limitada por estabelecer apenas uma finalidade, sem impor obrigatoriamente ao

¹⁴⁹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 82.

¹⁵⁰ Id. *Ibid.*, p.83.

¹⁵¹ BRASIL. *Constituição Federal*. In: VadeMecum RT. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.85.

¹⁵² SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. cit., p. 83.

legislador a edição de uma lei. Para ter eficácia plena a norma depende de uma política pertinente à satisfação dos fins nela indicados.

Por outro lado, a doutrina faz uma subclassificação das normas de eficácia limitada em dois grupos: a) as chamadas programáticas, como a do artigo 196 da Constituição Federal, que é um verdadeiro programa de ação social e b) as normas de legislação como a do artigo 33 do mesmo diploma legal¹⁵³ que não têm conteúdo ético-social, mas se inserem na parte organizativa da Constituição.

Diante disso, o referido autor propõe a seguinte classificação com relação à eficácia limitada das normas constitucionais: a) declaratória de princípios institutivos ou organizativos e b) declaratória de princípio programático.¹⁵⁴

2.4. Estrutura das normas de direitos sociais fundamentais

Muito já se discutiu a respeito da estrutura das normas de direitos sociais fundamentais, também chamados por Alexy de direitos prestacionais em sentido estrito. O autor faz uma distinção entre os direitos prestacionais explicitamente estatuídos na Constituição e os direitos prestacionais obtidos através da interpretação no caso de colisão de princípios. Alexy propõe uma classificação baseada em três critérios.¹⁵⁵ O primeiro deles diz respeito à natureza jurídica das normas, isto é, se são regras e como tal caracterizam direitos e deveres definitivos, ou se são consideradas princípios, e portanto veiculam apenas direitos e deveres *prima facie*. O segundo deles diz respeito ao tipo de direito por elas outorgado, isto é, se conferem direitos subjetivos ao cidadão ou normas que obrigam o Estado só objetivamente. O terceiro deles relaciona-se à vinculação de suas normas, ou seja, se são normas vinculantes ou apenas enunciados programáticos.¹⁵⁶

O âmbito dos direitos sociais pode ser interpretado através de enfoques teórico-normativos diferentes. Os critérios e a classificação das normas de direitos sociais fundamentais acima mencionados estão sempre presentes nas discussões a respeito da

¹⁵³ Artigo 33 da Constituição Federal. “A lei disporá sobre a organização administrativa e judiciária dos Territórios. § 1º Os Territórios poderão ser divididos em Municípios, aos quais se aplicará, no que couber, o disposto no Capítulo IV deste Título. § 2º As contas do Governo do Território serão submetidas ao Congresso Nacional, com parecer prévio do Tribunal de Contas da União. § 3º Nos Territórios Federais com mais de cem mil habitantes, além do Governador nomeado na forma desta Constituição, haverá órgãos judiciários de primeira e segunda instâncias, membros do Ministério Público e defensores públicos federais; a lei disporá sobre as eleições para a Câmara Territorial e sua competência deliberativa”.

¹⁵⁴ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 86.

¹⁵⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción Carlos Bernal Pulido. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios políticos y constitucionales, 2007. p. 443-445.

¹⁵⁶ Para Alexy, uma norma será vinculante desde que seja possível que a sua ofensa seja declarada pelo Tribunal Constitucional federal alemão.

judicialização da saúde. Muitos dos argumentos apresentados para negar a possibilidade de reivindicação em juízo do direito à saúde estão alicerçados no tipo de estrutura das normas relativas à saúde.

Tomamos como base de nossa reflexão a classificação das normas apresentada por Alexy, destacando as dicotomias: regras e princípios ; direito subjetivo e direito objetivo; normas vinculantes e normas programáticas.

2.4.1. Regras e princípios

A distinção entre regras e princípios, no entender de Robert Alexy, nos permite formular uma teoria adequada dos direitos fundamentais, uma teoria satisfatória da colisão entre direitos fundamentais, além de possibilitar uma racionalidade no âmbito desses direitos.¹⁵⁷

Para o autor, as normas de direito fundamental podem ter a característica de uma regra quando a Constituição é tomada como uma lei. Por outras vezes, as normas de direito fundamental são chamadas de princípios, e isso acontece quando nos referimos aos valores, objetivos, regras de ônus da prova etc. Regras e princípios seriam então duas espécies de normas, sendo consideradas como tal, porque dizem o que deve ser e podem ser formuladas com a utilização de expressões de mandado, permissão e proibição.¹⁵⁸ Por essa ótica, a diferença entre os dois tipos de norma não seria apenas de grau, de generalidade, mas também qualitativa.

O ponto decisivo é que os princípios “são mandatos de otimização, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus, sendo que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais como também jurídicas”.¹⁵⁹ E o âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos.

Por isso se diz que eles não contêm mandamentos definitivos, mas apenas *prima facie*. O fato de um princípio valer para um determinado caso não significa que aquilo que o princípio exige para este caso tenha validade como resultado definitivo. Os princípios fornecem razões que podem ser afastadas por razões opostas. O princípio não determina como se resolve a relação entre uma razão e a razão oposta. Por isso se diz que os princípios carecem de um conteúdo de determinação com relação aos princípios contrapostos e às

¹⁵⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción Carlos Bernal Pulido. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios políticos y constitucionales, 2007. p. 63.

¹⁵⁸ Id. *ibid.*, p. 64-65.

¹⁵⁹ Id. *Ibid.*, p. 68.

possibilidades fáticas. Na verdade, eles constituem razões para juízos concretos do dever-ser. Já as regras são normas que só podem ser cumpridas ou não. Se a regra é válida, há de se fazer exatamente o que ela manda.¹⁶⁰ As regras contêm determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso faz com que a diferença entre regras e princípios seja qualitativa.

Como as regras exigem que se faça exatamente o que nelas se ordena, elas contêm uma determinação no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Essa determinação pode fracassar por impossibilidades fáticas ou jurídicas – o que poderá levar à sua invalidade, porém se esse não for o caso, então vale definitivamente o que a regra diz.

Por isso, afirma-se que as regras têm um caráter definitivo e os princípios um caráter *prima facie*. Nesse sentido aponta Dworkin quando ressalta que as regras, quando valem, são aplicadas à maneira do tudo ou nada, enquanto os princípios só contêm uma razão que indica uma direção, mas não têm como consequência necessariamente uma determinada decisão”.¹⁶¹

Zagrebelski lembra que, na tradição do Estado de direito legislativo e positivista, se criticava a utilização judicial de princípios por serem eles extremamente gerais, indeterminados e carecerem de suporte fático em sua formulação. Tais características impediriam a sua utilização na operação lógico-jurídica (subsunção).¹⁶² Temia-se que, por terem caráter impreciso e não rígido, os princípios fossem utilizados pelos juízes de forma criativa na determinação de seu significado no caso concreto. Isso levaria fatalmente à insegurança jurídica, falta de previsibilidade das decisões judiciais e falta de certeza. Para os positivistas, pelo fato das normas de princípio conterem fórmulas vagas, referências às aspirações ético-políticas, promessas não realizáveis no momento, elas esconderiam um vazio jurídico e contaminariam as verdadeiras normas jurídicas com afirmações políticas e proclamações de boas intenções.¹⁶³

Porém, como lembra Zagrebelski, hoje é preciso se dar conta de que o direito por regras do Estado de direito é qualitativamente diferente do “direito por princípios” do Estado constitucional contemporâneo, fato que traz consequências sérias na jurisdição. As regras jurídicas que caem no âmbito de disponibilidade do legislador começam a ser concebidas

¹⁶⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción Carlos Bernal Pulido. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios políticos y constitucionales, 2007. p. 80.

¹⁶¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39-42

¹⁶² ZAGREBELSKI, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Traducción de Marina Gascón. 8. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2008. p. 111.

¹⁶³ Id. *Ibid.*, p. 112-113

como “uma das duas caras do direito” sendo os princípios a “outra cara”. Caberá ao juiz a exigência de fazer com que a regra (uma cara) concorde com o princípio (a outra cara). Com isso, passa a ter também importância na determinação do direito, não apenas a legislação, mas também a jurisprudência. Consequentemente, o Estado legislador (constitucional ou ordinário), que era o único depositário do direito, veria seu papel ser modificado pois, a partir da influência da jurisprudência, ele deixaria de ser “o senhor do direito”, restando-lhe apenas ser o “senhor da lei”.¹⁶⁴

Sob essa ótica, Zagrebelski afirma que no Estado constitucional contemporâneo os princípios não têm apenas uma mera função acessória em relação às regras,¹⁶⁵ mas eles também possuem uma razão autônoma de ser frente à realidade. A realidade, ao entrar em contato com o princípio, se vivifica e adquire valor. O valor se incorpora ao fato e impõe a tomada de posição jurídica de acordo com ele (ao legislador, à jurisprudência, à administração, aos particulares e aos intérpretes do direito). O “ser iluminado pelo princípio ainda não contém em si o dever ser, a regra, mas se indica ao menos a direção na qual deveria colocar-se a regra para não contrariar o valor contido no princípio”.¹⁶⁶

Desta forma, ele conclui que o direito como ciência prática está necessariamente ancorado na realidade,¹⁶⁷ pois a mais alta dimensão dos princípios é de fornecer critérios de valor da realidade. O direito se preocupa em disciplinar efetivamente a realidade conforme o valor que os princípios conferem a essa realidade. Assim, a consequência prática do direito não é um aspecto posterior, mas é um elemento qualitativo do próprio direito.

Se o direito deve operar em cada caso concreto conforme o valor que os princípios conferem a essa realidade, não se pode controlar a validade de uma norma tendo em conta exclusivamente o que ela diz. Em algumas situações (por exemplo, quando o significado da norma em abstrato é diferente do significado da norma em concreto), o direito que

¹⁶⁴ ZAGREBELSKI, Gustavo. *El derecho dúctil*. Ley, derechos, justicia. Traducción de Marina Gascón. 8. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2008. p. 112-114.

¹⁶⁵ Segundo o ponto de vista do positivismo tradicional, os *princípios de direito* desempenham uma *função supletiva, integradora e corretiva* das regras jurídicas. Eles entrariam em jogo quando as outras normas não pudessem desenvolver a função reguladora que deveriam ter. Em casos de antinomias insuperáveis pelas regras existentes, e em casos de lacunas ou para superar dúvidas interpretativas, entrariam em ação os princípios de direito com sua *força diretiva tanto mais vinculante quanto sejam reconhecidos pela Constituição*. Assim, dá-se aos princípios (normas de maior densidade de conteúdos) *uma função puramente acessória* em relação às regras (que são normas de menor densidade de conteúdo). Isso é consequência do pensamento tradicional de que as verdadeiras normas são as regras e que os princípios são apenas um *plus*, algo que só é necessário como válvula de segurança do ordenamento. Isso mostra o positivismo como ideologia distorcida no campo de direito. Id. *Ibid.*, p. 117.

¹⁶⁶ ZAGREBELSKI, Gustavo. *El derecho dúctil*. Ley, derechos, justicia. Traducción de Marina Gascón. 8. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2008. p. 118.

¹⁶⁷ Id. *Ibid.*, p. 121.

efetivamente está regendo a situação não está escrito nos textos, mas resulta do impacto da norma em abstrato e suas condições reais de funcionamento.

Como o direito não é um dado, mas algo construído sob a influência constante de princípios, às vezes contraditórios, que pretendem ser realizados no contato com a realidade,¹⁶⁸ o que fazer quando nos deparamos com uma colisão entre princípios? Poder-se-ia utilizar os mesmos critérios de solução em caso de conflitos de normas?

A colisão de princípios e o conflito de regras possuem em comum o fato de levarem a resultados incompatíveis e contraditórios, porém a diferença está na forma como solucionamos a questão. No caso de conflito entre regras, a solução pode se dar ou pela introdução de uma cláusula de exceção ou declarando-se inválida uma das duas regras em conflito (a decisão sobre esta invalidade pode se dar pela utilização de critérios tais como o da *lex posterior*, *lex superior* e *lex specialis*, ou baseado na importância das regras em conflito).¹⁶⁹ De qualquer forma, é bom assinalar que, do ponto de vista jurídico, uma norma vale ou não vale. Se ela vale, então deve ser obedecida.

Na colisão de princípios, a solução é totalmente diferente. Quando dois princípios colidem, um dos princípios tem de ceder diante do outro face às circunstâncias concretas do caso. Em outras palavras, naquela determinada circunstância, um dos princípios precede o outro. Essa relação de precedência poderá ser outra, caso as circunstâncias do caso concreto mudem. Por isso dizemos que, no caso concreto, os princípios têm diferentes pesos, e que deve prevalecer o princípio com maior peso.¹⁷⁰ Como se percebe, a colisão de princípios se dá na dimensão de peso.

Para a solução do caso, formula-se uma lei de colisão. Para explicá-la, Robert Alexy relata o exemplo do Tribunal alemão, que tinha o dilema de processar criminalmente alguém que estava tão doente que corria o risco de morrer caso fosse processado. Havia, portanto, uma tensão entre o dever do Estado de aplicar adequadamente o Direito Penal versus o interesse do acusado na salvaguarda do direito fundamental à vida e à saúde. Essa tensão não podia ser resolvida em termos de uma prioridade absoluta de um dos dois deveres do Estado, pois nenhum deles possuía prioridade absoluta por si só. Tornava-se necessário analisar as condições concretas do caso em conflito através de uma ponderação dos interesses

¹⁶⁸ ZAGREBELSKI, Gustavo. *El derecho dúctil*. Ley, derechos, justicia. Traducción de Marina Gascón. 8. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2008. p. 123.

¹⁶⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción Carlos Bernal Pulido. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios políticos y constitucionales, 2007. p. 69-70.

¹⁷⁰ Id. *Ibid.*, p. 70-74.

opostos. Nessa ponderação, era preciso determinar qual dentre os dois interesses abstratamente da mesma importância, possuiria mais peso no caso concreto.

Se no caso concreto essa ponderação apontasse como resultado que os interesses do acusado se opunham com mais peso à intervenção estatal no processo penal, então a intervenção violaria o princípio da proporcionalidade. E com isso, o direito fundamental do acusado, que deriva da previsão constitucional, seria ferido. Tratava-se, por um lado, da obrigação de manter o maior grau possível de aplicação do direito penal e, por outro, da obrigação de afetar o menos possível a vida e a integridade física do acusado.

Tomados isoladamente, os princípios levariam a uma situação de contradição. Isso significa que cada um deles limita a possibilidade jurídica do cumprimento do outro. Essa situação não é resolvida declarando-se um dos princípios inválidos ou introduzindo-se uma regra de exceção. A solução, levando em conta as circunstâncias do caso concreto, tem de estabelecer uma relação de precedência condicionada,¹⁷¹ analisando-se as circunstâncias sob as quais um princípio precede o outro. Sob outras condições talvez o resultado do sopesamento fosse diverso.

Essa lei, chamada de lei de colisão, pode ser formulada de maneira menos técnica da seguinte forma: “As condições sob as quais um princípio precede a outro constituem o

¹⁷¹ Para exemplificar, podemos denominar os princípios opostos como P2 (direito de punir do Estado) e P1 (direito fundamental à integridade física). Existem 4 possibilidades de revolver a colisão de conflitos: 1) P1 P P2; 2) P2 P P1; 3) (P1 P P2) C; e 4) (P2 P P1) C. As duas primeiras fórmulas são relações de precedência incondicionadas (abstratas ou absolutas). Como já vimos, é impossível estabelecer qual dos princípios deve prevalecer, se os analisamos abstratamente, pois ambos são igualmente importantes. Para Alexy, o que importa são as relações de precedência condicionadas (casos 3 e 4). Também chamada de relação de precedência concreta ou relativa. *Precisamos determinar sob quais condições qual dos dois princípios têm precedência e qual princípio deve ceder.* Para isso, o Tribunal utilizou a metáfora do peso: “*se os interesses do acusado no caso concreto têm manifestamente um peso maior que os interesses de aplicação da lei penal pelo Estado, então não devemos processá-lo.* A relação de precedência permite uma resposta simples diante do caso concreto. O princípio P1 (direito à vida e à saúde) *tem no caso concreto, um peso maior que o princípio oposto (P2) quando existem razões suficientes para que P1 preceda a P2 sob as condições C do caso concreto.* Em outras palavras, se “*existe o perigo concreto de que o acusado, no caso de ser levado a audiência penal, perca a vida ou experimente graves danos a sua saúde, então a continuação do processo penal o lesiona em seu direito fundamental previsto constitucionalmente. Importante assinalar que, na análise desta relação de precedência, não devemos falar da precedência, de um princípio, interesse ou direito sobre outro, mas devemos mencionar as CONDIÇÕES sob as quais se produz uma lesão a um direito fundamental. Se uma ação lesiona um direito fundamental significa então que ela está proibida do ponto de vista do direito fundamental. Este enunciado pode ser entendido como a formulação de uma regra: “se uma ação satisfaz as condições C, então pesa sobre ela uma proibição de direito fundamental”.* Pode-se então dizer que “C” é um pressuposto de um suporte fático de uma norma. Pois dizer que P1 tem preferência nas circunstâncias “C” significa que a consequência jurídica que resulta de P1 vai valer quando ocorrerem as circunstâncias “C”. Assim, podemos demonstrar que, de um enunciado de preferência sobre uma relação de precedência condicionada segue-se uma regra que prescreve a consequência jurídica do princípio que tem a preferência quando ocorrerem as *condições de preferência.* ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales.* Traducción Carlos Bernal Pulido. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios políticos y constitucionales, 2007. p. 73-76.

suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio precedente.¹⁷² Essa lei de colisão é um dos fundamentos da teoria dos princípios defendida por Robert Alexy. Ela reflete a característica dos princípios que é a de se constituírem em mandamentos de otimização, que se referem a situações e ações não quantificáveis, entre os quais não existem relações absolutas de precedência.

Podemos concluir que existem dois tipos de normas de direito fundamental: as criadas diretamente pelo legislativo e as normas de direito fundamental adstritas (deduzidas da regra de colisão). Sendo assim, como resultado de toda ponderação de direito fundamental correta, pode-se formular uma norma de direito fundamental adstrita, com caráter de regra, sob a qual pode ser subsumido o caso. Portanto, afirma Alexy, ainda que todas as normas de direito fundamental criadas diretamente tenham características de princípios, existem entre as normas de direito fundamental, tanto normas que são princípios quanto normas que são regras.¹⁷³

Há de se mencionar ainda a relação recíproca apontada por Robert Alexy entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade com suas três sub-regras: da adequação, da necessidade (postulado do meio mais benigno) e da proporcionalidade em sentido estrito (o postulado da ponderação propriamente dito).¹⁷⁴ Relembra o autor que o

¹⁷² A lei de colisão pode ser expressa da seguinte forma: se o princípio P1, sob as circunstâncias C, precede ao princípio P2, e se de P1, sob as circunstâncias C resulta como consequência R, então vale uma regra que tem C como suporte fático e R como consequência jurídica: C. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción Carlos Bernal Pulido. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios políticos y constitucionales, 2007. p. 74-76.

¹⁷³ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción Carlos Bernal Pulido. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios políticos y constitucionales, 2007. p. 78-79.

¹⁷⁴ Os princípios são mandados de otimização com respeito às possibilidades jurídicas e fáticas. A máxima da *proporcionalidade em sentido estrito, quer dizer, um mandado de ponderação, e pressupõe a relativização com respeito às possibilidades jurídicas*. Se uma norma de direito fundamental com característica de princípio entra em colisão com um princípio oposto, *então, a possibilidade jurídica de realização da norma de direito fundamental depende do princípio oposto*. Para chegar a uma decisão é necessária uma ponderação com base na lei de colisão. Existe a possibilidade de ponderação neste caso porque as normas de direito fundamental têm característica de princípios. O autor conclui então que, tendo em vista a máxima da proporcionalidade em sentido estrito, se pode deduzir, os princípios são *mandamentos de otimização com relação às possibilidades jurídicas*. Por outro lado, as *máximas da necessidade e de adequação* são deduzidas da característica dos princípios como *mandados de otimização com relação às possibilidades fáticas*. Para entender, tomemos como exemplo dois princípios e dois sujeitos jurídicos, Estado/cidadão). Ex: O Estado fundamenta a perseguição do fim F com o princípio P. Existem pelo menos dois meios, M1 e M2, que são igualmente adequados para promover o fim F. M2 afeta menos intensamente que M1, ou não afeta, a *realização daquilo que exige uma norma de direito fundamental com caráter de princípios P2*. Sob estas circunstâncias e pressupostos, para P1, *tanto faz que se escolha o meio M1 ou o M2*. Entretanto, para P2, a escolha do meio faz diferença. Com respeito às possibilidades fáticas, P2 *pode ser realizado em maior medida se escolhermos M2*). Do ponto de vista da otimização com respeito às possibilidades fáticas, *sob o ponto de vista da validade tanto do P1 como de P2, só M2 está permitido e M1 está proibido*. Portanto, o Tribunal Constitucional Alemão formulou como regra que: *“o fim não pode ser obtido de outra maneira que afete menos ao indivíduo”*. Desta regra se infere a característica de princípios das normas de direito fundamental. É possível também esclarecer a conexão entre a *possibilidade jurídica e possibilidade fática*. Se

tribunal alemão tem afirmado que a “máxima da proporcionalidade resulta da própria essência dos direitos fundamentais”.

Com base na doutrina de Robert Alexy, Virgílio Afonso da Silva apresentou um estudo sobre a regra da proporcionalidade e sua aplicação em caso de colisão de princípios.¹⁷⁵ Nele, este último autor propõe que as regras da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito se relacionam e devem ser analisadas em uma ordem pré-definida e aplicadas de forma subsidiária. A aplicação da regra da proporcionalidade nem sempre implica a análise de todas as três sub-regras. A análise da necessidade só é exigível se o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação; e a análise da proporcionalidade em sentido estrito só é imprescindível se o problema já não tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade.

Partindo do pressuposto de que adequado é tanto o meio apto para alcançar o resultado pretendido como também o meio apto a fomentar ou promover esse resultado, (ainda que esse objetivo não seja completamente realizado), o autor conclui que uma medida somente pode ser considerada inadequada, se sua utilização não contribuir em nada para fomentar a realização do objetivo pretendido.

Ao analisar a sub-regra da necessidade, o autor salienta que um ato estatal que limita um direito fundamental somente será necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido.

Para que uma medida seja reprovada no teste da proporcionalidade estrita não é necessário que ela implique a não realização de um direito fundamental ou que ela atinja o

tanto M1 quanto M2 *impedem a realização de P2*, e M1 faz isso em *menor medida que M2*, então M1 e M2 não esgotam o âmbito das possibilidades fáticas para a realização de P2. Do ponto de vista das possibilidades fáticas, é possível uma *maior medida de satisfação de P2*, se não se realizam nem M1 e nem M2. A *máxima da necessidade permite apenas privilegiar M2 frente a M1*. E, desta maneira, a escolha de uma das duas alternativas, não é uma questão de possibilidades fáticas, isto é, *não é uma questão de necessidade*, mas sim uma *questão de possibilidades jurídicas, quer dizer*, uma questão de ponderação entre P1 e P2 (proporcionalidade em sentido estrito). Por isso, quando também o meio mais benigno afeta a realização de P2, devemos sempre agregar à *máxima da necessidade* também a *máxima da proporcionalidade em sentido estrito – quer dizer – o mandado de ponderação*. Daquilo que foi exposto, podemos deduzir também a *máxima da adequação*. Se M1 não é adequado à promoção e obtenção *do fim F exigido por P1* ou idêntico à P1, então M1 não é exigido por P1, quer dizer, *para P1 tanto faz se utilizamos M1 ou não*. Se sob essas circunstâncias, *M1 afeta a realização de P2*, então, no que diz respeito ao aspecto da otimização com relação às possibilidades fáticas, *M1*, está proibido por *P2*. Daí também se infere que a *máxima da adequação* se deduz da característica de princípio das normas de direito fundamental. A dedução apresentada é uma fundamentação da *máxima da proporcionalidade*, a partir das normas de Direito Fundamental. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción Carlos Bernal Pulido. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios políticos y constitucionales, 2007. p. 91-95.

¹⁷⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, abr. 2002.

núcleo de algum direito fundamental. Basta que os motivos que fundamentam a adoção da medida não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido. É possível que a restrição seja pequena, porém, se a importância da realização do direito fundamental (na qual a limitação se baseia) não for suficiente para justificá-la, ela será desproporcional.

No entender de Zagrebelski, esta ponderação é realizada tendo como pressuposto a ausência de hierarquia formal entre os princípios colidentes.¹⁷⁶ A coexistência dos princípios e valores dentro do ordenamento só será possível se os princípios perderem seu caráter absoluto. Concebidos em termos absolutos, os princípios se converteriam em inimigos entre si, porque um se elegeria soberano sobre todos os demais. Mas, para Zagrebelski, nas Constituições pluralistas, as coisas não podem ser assim, ou seja, os princípios e os valores têm de ser controlados para evitar que adquiram caráter absoluto e se convertam em tiranos. De todo o exposto, há de se admitir que, ao contrário do que ocorre com as regras, que são aplicadas à maneira do tudo ou nada, os princípios possuem uma dimensão de peso e de importância. Essa dimensão do direito por princípios é mais útil e idônea para a sobrevivência de uma sociedade pluralista cuja característica é o contínuo reequilíbrio através de transações de valores.¹⁷⁷

2.4.2. A dimensão objetiva e subjetiva do direito fundamental

Os direitos fundamentais se apresentam no ordenamento constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos e, ao mesmo tempo, como um marco da proteção de situações jurídicas subjetivas. Assim, conclui Perez Luño, no constitucionalismo atual os direitos fundamentais desempenham uma dupla função: no plano subjetivo, continuam agindo como garantias da liberdade individual (embora esse seja um clássico papel dos direitos de defesa) e, no plano objetivo, assumem uma dimensão institucional a partir da qual seu conteúdo deve se colocar à disposição para a consecução dos fins e valores proclamados na Constituição.¹⁷⁸

Em sua significação axiológica objetiva, os direitos fundamentais representam o resultado do acordo básico feito entre as diferentes forças sociais e obtido a partir de relações de tensão e dos esforços de cooperação para a obtenção de metas comuns. Eles são um importante fator legitimador das formas constitucionais do Estado de Direito, já que

¹⁷⁶ ZAGREBELSKI, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Traducción de Marina Gascón. 8. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2008. p. 124.

¹⁷⁷ Id. *ibid.*, p. 125.

¹⁷⁸ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2007. p. 20-25.

constituem os pressupostos do consenso sobre o qual se edifica qualquer sociedade democrática. Assim, pode-se dizer que a função dos direitos fundamentais “é de sistematizar o conteúdo axiológico objetivo do ordenamento democrático ao qual a maioria dos cidadãos dá o seu consentimento e condiciona seu dever de obediência”.¹⁷⁹ Além disso, por expressar um conjunto de valores e decisões axiológicas básicas de uma sociedade, eles também ajudam a conformar o ordenamento jurídico infra-constitucional aos valores e princípios consagrados na Constituição.

Em sua dimensão subjetiva, os direitos fundamentais estabelecem o estatuto jurídico dos cidadãos em sua relação com o Estado e em sua relação com os outros cidadãos. São direitos que tutelam a liberdade, a autonomia e a segurança do indivíduo frente ao Estado e frente aos demais membros do corpo social.

Canotilho, ao se referir às normas de direitos fundamentais, faz uma distinção entre norma de direito subjetivo e norma de direito objetivo, mas sem afirmar a existência de paralelismo entre regra-dimensão subjetiva e princípio- dimensão objetiva das normas. Assim, quando se fala em dimensão objetiva e dimensão subjetiva de direitos fundamentais, pretende-se salientar a existência de princípios e regras consagradoras de direitos subjetivos fundamentais (dimensão subjetiva) e a existência de princípios e regras consagradoras de direitos meramente objetivos (dimensão objetiva).¹⁸⁰

Para o autor, diz-se que uma norma garante um direito subjetivo, quando o titular do direito tem, em face ao seu destinatário, “o direito” a um determinado ato, e este último tem o dever de, perante o primeiro, praticar esse ato. O direito consagrado por uma norma de direito fundamental, reconduz assim a uma relação trilateral entre o titular do direito, o destinatário, e o objeto do direito.¹⁸¹ Assim, quando a Constituição portuguesa consagra, no art. 24, o direito à vida, pode-se dizer que: 1) o indivíduo tem o direito perante o Estado de não ser morto por este (proibição da pena de morte); 2) o Estado tem a obrigação de se abster de atentar contra a vida do indivíduo; 3) o indivíduo tem direito à vida perante os outros indivíduos; estes devem abster-se de praticar atos (omissivos ou comissivos) que atentem contra a vida de alguém.

Para Canotilho, existe um problema quando tentamos classificar o direito a prestações como direito subjetivo nos moldes das teorias tradicionalmente utilizadas para os

¹⁷⁹ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2007. p. 20-21.

¹⁸⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1.256.

¹⁸¹ Id. *Ibid.*, p. 1.254.

direitos de liberdade. Para ele “estas teorias suficientemente operatórias como técnicas jurídicas do liberalismo econômico, convertem-se em impasse teórico, em vez de se afirmarem como instrumentos auxiliares do direito, quando se analisam os modernos direitos a prestações”.¹⁸² Esta crítica também é feita por Perez Luño, que, apesar de admitir que os direitos sociais podem ser veiculados por uma norma que atribui direitos públicos subjetivos, afirma “que a categoria de direito subjetivo foi elaborada pela dogmática juspublicista para limitar a intervenção do Estado e, portanto, não poderia ser adequadamente aplicada aos direitos sociais cujas cláusulas são destinadas a impor e estabelecer fins para a atuação do Estado”.¹⁸³

Por essa razão, Canotilho entende que, no caso dos direitos sociais, “trata-se fundamentalmente, não de reconhecer um direito, por existir um dever exigível, mas sim de garantir que onde exista um direito se estabeleça o dever correspondente e a forma de o exigir”.¹⁸⁴ Canotilho propõe a análise do direito social a prestações a partir da noção de posição jurídico-prestacional formulada por Alexy.¹⁸⁵ Assim, pode-se dizer que um cidadão encontra-se, com base numa norma garantidora de direitos fundamentais, numa *posição jurídico-prestacional*, quando esta for de tal modo importante, sob o ponto de vista do direito constitucional, que a sua garantia ou não garantia não pode ser deixada a simples maiorias parlamentares.¹⁸⁶

Sob esta ótica, Canotilho elabora reflexão sobre os direitos sociais prestacionais a partir da análise estrutural de diferentes posições jurídico-prestacionais: 1) posição jurídico-prestacional com a mesma densidade jurídico-subjetiva dos direitos de defesa à qual corresponde um direito subjetivo definitivo e originário; 2) posição jurídico-prestacional pressuposta pelo exercício de um direito subjetivo pessoal, à qual corresponde um direito subjetivo *prima facie*; e 3) posição jurídico-prestacional alicerçada em princípio objetivo a que corresponde um dever não relacional, uma posição na qual não existe um direito subjetivo, mas apenas um dever do Estado.¹⁸⁷

No primeiro caso, que trata do direito à obtenção de prestações públicas de condições de subsistência mínimas, estamos diante de um direito à obtenção de prestações

¹⁸² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 45-46.

¹⁸³ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2007. p. 186.

¹⁸⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*, cit., p.47.

¹⁸⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción Carlos Bernal Pulido. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios políticos y constitucionales, 2007. p. 163-185.

¹⁸⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*, cit., p. 52.

¹⁸⁷ Id. *Ibid.*, p. 53-66.

públicas em sentido estrito, que pode ser assim enunciado: “direito de **a** (cidadão) perante **b** (Estado) a prestações fáticas. Parece não haver dúvida de que, em relação ao mínimo existencial, à relação tripolar do direito (**a** tem perante **b** um direito a prestações existenciais **(P) = D a b (P)** corresponde uma relação tripolar de dever, **b** está obrigado (dever) **de** perante **a** fornecer prestações existenciais **(P) = De b a (P)**. Sendo assim, conclui Canotilho que, no campo das prestações existenciais mínimas do direito à vida, o cidadão tem um direito subjetivo (originário e definitivo) a prestações existenciais, ao qual corresponde um dever correlativo por parte do Estado

Esta é também a posição defendida por Robert Alexy, para quem o indivíduo tem um direito subjetivo originário a prestações ou, em outras palavras, está em uma posição jurídico-prestacional que é garantida por normas vinculantes reconhecedoras de direitos subjetivos definitivos a prestações.

No segundo caso, Canotilho analisa o direito ao ensino na sua dimensão de acesso à Universidade previsto nos artigos 74/1 e 3/a da Constituição Portuguesa. Tais dispositivos estabelecem que todos têm direito ao ensino, e que, na realização da política de ensino, incumbe ao Estado garantir a todos os cidadãos, segundo as suas capacidades, o acesso aos graus mais elevados de ensino, de investigação científica e da criação artística.

Para o autor, a Constituição confere competência ao Estado para atuar normativamente no campo do acesso ao ensino superior. A essa competência (**C**) dos poderes públicos (**a**) corresponde desde logo um dever não relacional (dever do Estado) de garantir o acesso aos graus elevados de ensino (**E**). (O Estado deve legislar criando condições e vagas de acesso à Universidade). Sob esta ótica, o direito de ensino na sua dimensão de acesso ao nível superior, é apenas um simples princípio objetivo. Porém, ao se analisar a pretensão subjetiva do cidadão a ingressar na Universidade, introduzimos uma posição jurídica de caráter relacional de tal forma que podemos dizer: que o (cidadão) **a** tem em face de **b** (**poderes públicos**) um direito (**D**) a que este crie lugares de estudo ou otimize as capacidades escolares existentes (**Pf = prestações fáticas**), de forma a possibilitar a realização da liberdade de escolha de profissão e dos direitos ao ensino e educação. O que pode ser resumido na fórmula: **D a b (Pf)**.

Sendo assim, pode-se dizer que a norma constitucional em análise garante *prima facie* um direito subjetivo, ou seja, ela é uma norma que contém fundamento para justificar direito a prestações, mas que não tem obrigatoriamente como resultado uma decisão individual. Diz-se que o indivíduo tem um direito *prima facie* porque não se pode resolver o problema de acesso à Universidade em termos de “tudo ou nada”. A questão da reserva do

possível e da ponderação necessária feita pelo Estado em relação ao modo de garantir esse direito (otimização das vagas existentes, criação de novas vagas, subvenções para cursar em estabelecimentos particulares, etc.), conduz-nos a um tipo de direito *prima facie* a que corresponde, por parte dos poderes públicos, um dever *prima facie*.¹⁸⁸

No terceiro caso a posição jurídico-prestacional esta baseada em princípios objetivos impositivos de tarefas políticas. Canotilho acha difícil defender a correlação entre direito do cidadão e dever do Estado, pois o que existiria seria um dever não relacional.¹⁸⁹

Analisando o dispositivo constitucional que estabelece ao Estado a garantia do direito ao trabalho através da execução de políticas de pleno emprego, o autor conclui que não se pode dizer que **a** (o cidadão) tem perante o Estado **b** um direito à política de pleno emprego (**Pe**) e, correlativamente, que **b** tem o dever perante **a** de executar uma política de pleno emprego. Para Canotilho, o que existe é um dever não relacional do (Estado) que está constitucionalmente obrigado a uma política de pleno emprego. Assim, **b** está obrigado, constitucionalmente, a uma política de pleno emprego (**O b Pe**). Para o autor, esta posição jurídico-prestacional que se baseia em princípios objetivos impositivos de tarefas políticas é a posição subjetivamente mais claudicante. Pois neste caso não se pode dizer que o cidadão tem perante o Estado um direito à política, e correlativamente, que o Estado tem o dever de executar aquela política. O que se pode dizer é que o Estado, em termos não relacionais, está constitucionalmente obrigado a uma política. A posição jurídico-prestacional se assentaria aqui num princípio objetivo-político de pleno emprego – de cuja densificação pode resultar a realização objetiva do direito ao trabalho. Para Alexy, haveria nesse caso um dever objetivo *prima facie* do Estado garantido por normas não vinculantes.¹⁹⁰

Como aponta Canotilho, uma norma objetiva vincula um sujeito em termos objetivos quando fundamenta deveres que não estão em relação com qualquer titular concreto. Assim, por exemplo, o artigo 63/2 da Constituição da República Portuguesa, ao estabelecer que “ao Estado incumbe organizar, coordenar e subsidiar um sistema de segurança social unificado e descentralizado” cria um dever objetivo do Estado, mas não garante um direito subjetivo. Nesse sentido, se alude a normas de direitos fundamentais objetivas.

Com base nessa distinção, conclui o autor que, quando utilizamos um fundamento subjetivo ou individual para um direito fundamental, estamos defendendo a importância da

¹⁸⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora. 1.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 66.

¹⁸⁹ Id. *Ibid.*, p. 59-61.

¹⁹⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción Carlos Bernal Pulido. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios políticos y constitucionales, 2007. p. 445.

norma para um indivíduo, para o desenvolvimento de sua personalidade, para seus interesses e ideais. E, quando utilizamos uma fundamentação objetiva para uma norma de direito fundamental temos em vista seu significado para o interesse público e para a coletividade.¹⁹¹

Com relação aos direitos fundamentais, existe uma presunção a favor da dimensão subjetiva da norma. Em decorrência, podemos extrair duas conclusões: a primeira delas é de que os direitos fundamentais são, em primeira linha, direitos individuais. A segunda é de que, se um direito fundamental está constitucionalmente protegido como direito individual, então essa proteção se efetua sob a forma de direito subjetivo.

Entretanto, como aponta Canotilho, “os direitos fundamentais são também reconhecidos como direitos do homem, seja como indivíduo seja como membro de formações sociais onde desenvolve sua personalidade”.¹⁹²

Para o autor, existe uma diferença entre indivíduo e pessoa (esta vista como uma unidade interativa, centro de referência de relações sociais, cujo desenvolvimento se dá também pelo reconhecimento de direitos fundamentais a certas formações sociais onde ela se insere). Assim, teremos dois direitos: 1) um direito como direito do indivíduo e 2) um direito da pessoa na sua qualidade de unidade interativa. Nos casos de tensão entre os dois direitos, haverá a prevalência do caráter subjetivo individual. Essa relação de tensão é compatível com a natureza principal dos direitos fundamentais, e permitirá juízos de ponderação entre os direitos em conflito bem como a aplicação dos princípios da proporcionalidade, necessidade e adequação, tendo em vista as condições fáticas e jurídicas existentes no caso concreto.

2.4.3. A norma programática e o efeito vinculante

Para Alexy, uma norma será chamada de vinculante quando for possível que a sua vulneração seja declarada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão e uma norma será não-vinculante quando tiver um enunciado programático.¹⁹³

Com relação às normas de direitos sociais fundamentais, Alexy classifica-as de acordo com três critérios em oito tipos de normas, cada qual com uma estrutura diferente. O primeiro critério classificatório diz respeito ao tipo de direito por elas outorgado (direitos subjetivos e direitos objetivos); o segundo critério refere-se a sua vinculação (normas

¹⁹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1.256.

¹⁹² Id. *Ibid.*, p. 1.257.

¹⁹³ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción Carlos Bernal Pulido. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios políticos y constitucionales, 2007. p. 444.

vinculantes e normas programáticas); e o último critério diz respeito à natureza jurídica (regras e princípios).¹⁹⁴

O âmbito dos direitos sociais pode então ser interpretado, segundo Alexy, através de enfoques teórico-normativos diferentes. A concepção dos direitos fundamentais como normas objetivas supremas acarretam ao legislador um dever (positivo) de fazer todo o possível para satisfazer os direitos fundamentais ainda que não existam direitos subjetivos dos cidadãos. A primeira interpretação considera os direitos fundamentais como obrigações *prima facie* vinculantes.

A segunda interpretação é aquela que considera os direitos sociais fundamentais como pretensões prestacionais de direito fundamental, os quais seriam concebidos como “leis imperfeitas”, como meros enunciados programáticos.

A interpretação feita pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, no entender de Robert Alexy, considera as normas de direitos sociais fundamentais como veiculadoras de direitos subjetivos *prima facie* vinculantes.

A terceira interpretação é aquela que considera os direitos sociais fundamentais como direito a um mínimo vital e, portanto, classificam as suas normas como um direito subjetivo definitivo vinculante.

Apesar de reconhecer a existência das normas programáticas José Afonso da Silva afirma que: “Em suma, cada vez mais a doutrina em geral afirma o caráter vinculativo das normas programáticas, o que vale dizer que perdem elas, também cada vez mais, sua característica de programas, a ponto, mesmo, de se procurar nova nomenclatura para defini-las”.¹⁹⁵ Alguns a definem como normas que expressam apenas uma finalidade a ser cumprida obrigatoriamente pelo Poder Público sem apontar os meios a serem adotados para atingi-la, isto é, sem indicar as condutas específicas que satisfariam o bem jurídico consagrado na regra.¹⁹⁶

De qualquer forma, qualquer que seja a nomenclatura utilizada para normas programáticas, o fato é que para José Afonso da Silva a sua vinculatividade vem sendo reconhecida. Ao se referir à vinculação dessas normas, o autor acentua que “... o fato de

¹⁹⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción Carlos Bernal Pulido. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios políticos y constitucionales, 2007. p. 444-445.

¹⁹⁵ SILVA, José Afonso da Silva. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 154-155.

¹⁹⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. *Revista de Direito Público*, ano XIV, n. 57/58, p. 233-256, jan./jun. 1981.

dependem de providências institucionais para sua realização não quer dizer que não tenham eficácia”.¹⁹⁷

Nesse sentido, o autor é enfático ao afirmar que, no caso do direito à saúde previsto no artigo art.196 da Constituição Federal: “...a norma institui um dever correlato de um sujeito determinado: o Estado, que, por isso, tem a obrigação de satisfazer aquele direito. Se este não é satisfeito, não se trata de programaticidade, mas de desrespeito ao direito, de descumprimento da norma”.¹⁹⁸

As prestações positivas são imposições constitucionais e, para a sua efetivação, esses direitos dependem do estabelecimento de instituições. Nesse sentido, o direito à vida que é um direito subjetivo de defesa necessitará para sua proteção de instituições como serviços de polícia judiciária, de um sistema prisional e de uma organização judiciária.¹⁹⁹

O mesmo raciocínio é utilizado por Canotilho em relação ao direito à saúde. Para ele o reconhecimento do direito à saúde é diferente da imposição constitucional que exige a criação do Serviço Nacional de Saúde, destinado a fornecer prestações existenciais mínimas iminentes àquele direito. Para o autor:

os direitos à educação, à saúde e à assistência não deixam de ser direitos subjetivos pelo fato de não serem criadas as condições materiais e institucionais necessárias à fruição desses direitos.²⁰⁰

Os direitos sociais são compreendidos por ele como direitos subjetivos inerentes ao espaço existencial do cidadão, independentemente da sua justicialidade e exequibilidade imediata.²⁰¹

Apesar das divergências de opinião, o que se pode perceber é que, com relação aos direitos sociais fundamentais, existem diferenças de estrutura que devem ser levadas em conta quando da argumentação, uma vez que a expressão é utilizada para referir-se a uma gama diferente de situações, que variam desde um direito subjetivo vinculante até um direito objetivo não vinculante.²⁰²

¹⁹⁷ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 155.

¹⁹⁸ Id. *Ibid.*, p.150.

¹⁹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 402.

²⁰⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982. p. 368.

²⁰¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, cit., p. 476.

²⁰² ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Traducción Carlos Bernal Pulido. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios políticos y constitucionales, 2007. p. 444-445.

2.5. Os direitos prestacionais

Podemos diferenciar os direitos civis e políticos dos direitos prestacionais segundo a obrigação veiculada por suas normas. Os primeiros afirmam direitos que geram obrigações negativas de abstenção, enquanto os segundos afirmam obrigações positivas que exigem recursos públicos para a sua satisfação. Enquanto as obrigações negativas são satisfeitas por *um não fazer* por parte do Estado, as obrigações positivas dos direitos sociais, culturais e econômicos se caracterizam por obrigar o Estado *a fazer algo* como, por exemplo, prover serviços de saúde, garantir a educação e tantas outras prestações.²⁰³ No primeiro caso, bastaria limitar a atividade do Estado proibindo a sua atuação em algumas áreas e, no segundo caso, o Estado deveria necessariamente angariar recursos para realizar as prestações positivas que dele são exigidas.

Os chamados direitos de defesa têm como característica a dispensa de lei mediadora para serem efetivados. Assim, as normas constitucionais que declaram os direitos de liberdade têm aplicabilidade direta, ou seja, “os direitos por elas reconhecidos são dotados de densidade normativa suficiente para serem feitos valer na ausência de lei ou mesmo contra a lei”.²⁰⁴ Os direitos prestacionais necessitam de políticas públicas para serem implementados e têm como característica a necessidade da existência de uma lei para serem efetivados. Ou seja, segundo alguns autores as normas constitucionais que os preveem são normas programáticas que não têm aplicabilidade imediata. Existem até autores que dizem que os direitos sociais não se confundem com os direitos fundamentais, uma vez que, na prática, os direitos sociais dependem de políticas legislativas para efetivarem-se.²⁰⁵

A posição majoritária afirma que os direitos civis e políticos teriam exequibilidade imediata, enquanto a satisfação dos direitos sociais dependeria de políticas legislativas e reservas orçamentárias para serem efetivados.

Ocorre que a diferença baseada na natureza da obrigação do Estado nos conduz à conclusão equivocada de que só poderíamos falar verdadeiramente de um direito com relação a uma prescrição normativa que impusesse obrigações negativas ou abstenções (direitos civis

²⁰³ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Editorial Trotta, 2002. p. 21-22.

²⁰⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 400.

²⁰⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1983. p. 209.

e políticos) e que o estabelecimento de obrigações positivas seria materialmente inviável e conceitualmente impossível.²⁰⁶

Esta conclusão, fundada na visão do Estado mínimo e garantidor apenas da justiça, da seguridade e da defesa, já não mais se sustenta, pois tanto os direitos civis quanto os direitos sociais exigem do Estado obrigações positivas e negativas e a diferença entre eles estaria não na natureza das obrigações, mas sim no nível de obrigações. Assim, nos direitos sociais, predominariam as obrigações positivas e, nos direitos civis e políticos, predominariam as obrigações negativas.

Por esta razão, alguns autores propõem um tipo de classificação baseada nos níveis de obrigações estatais que caracterizariam cada um dos direitos. Poderíamos então identificar quatro níveis de obrigações: a de respeitar, de proteger, de garantir e de promover os direitos.²⁰⁷ A obrigação de respeitar é representada pelo dever do Estado de não se ingerir, ou impedir o acesso a bens que constituem objeto do direito. A obrigação de proteger consiste em impedir que terceiros impeçam o acesso a esses bens. A obrigação de garantir implica no dever do Estado em assegurar que o titular do direito tenha acesso aos bens quando não puder fazê-lo por si mesmo. E a obrigação de promover resulta no dever do Estado de desenvolver condições para que os titulares do direito tenham acesso ao bem. Sob esta ótica, os direitos sociais, além de exigirem as obrigações de garantia e de promoção, também exigem obrigações de respeito e proteção do Estado.

Desta forma, a tradicional distinção entre liberdade negativa e positiva encontra-se superada, na medida em que se admite que tanto os direitos de defesa quanto os direitos prestacionais são ambos direitos positivos, que demandam prestações do Estado e, portanto geram custos.²⁰⁸ Assim é que, para assegurar o direito de ir e vir, não basta apenas a abstenção do Estado (liberdade negativa), mas é preciso também a existência de um serviço adequado de segurança pública que assegure ao cidadão a possibilidade de usufruir dessa liberdade negativa. E essa prestação de serviço de segurança pública é um direito prestacional (liberdade positiva).

O mesmo ocorre quando, para assegurar os direitos de defesa e torná-los efetivos, o Estado coloca à disposição do cidadão um sistema Judiciário onde as questões são

²⁰⁶ ABRAMOVICH, Victor, COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Editorial Trotta, 2002. p. 22-23.

²⁰⁷ VAN HOOFF, G. H. J. The legal nature of economic, social and cultural rights: a rebuttal of some traditional views. In: ALSTON, P; TOMASEVSKI, K. (Ed.). *The right to food*. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1984. p. 97-110.

²⁰⁸ GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p. 346.

discutidas. Essa prestação jurisdicional é uma obrigação estatal que também gera custos. Nesse sentido, pode-se dizer que até mesmo a garantia da dimensão negativa dos direitos fundamentais demanda prestações positivas do Estado e vultuosos recursos financeiros²⁰⁹

2.6. O direito ao Mínimo Social

O fato dos direitos humanos terem fundamentalmente uma dimensão negativa não quer dizer que não apresentem também uma dimensão positiva, que conduzem ao seu reconhecimento como “direitos a prestações”. Esses direitos a prestações são complementares e têm por finalidade proteger a liberdade da pessoa humana na sociedade. Nesse caso, pode-se dizer que os direitos fundamentais são garantidos pelos serviços públicos.²¹⁰

Essa dimensão positiva dos direitos humanos se manifesta de duas formas: na proteção da esfera da segurança jurídica do indivíduo (com a criação pelo Estado de serviços de polícia, forças armadas, diplomacia, sistema carcerário, organização judiciária, por exemplo) e na garantia do mínimo existencial. Os cidadãos têm direito a prestações positivas frente ao Estado no que diz respeito às condições mínimas de sobrevivência. Ou seja “ todos têm um direito fundamental a um núcleo básico de direitos sociais”.²¹¹ Nesta perspectiva, eles devem ser garantidos sempre que constituírem o *standard* mínimo de existência indispensável à fruição de qualquer direito.

Os direitos de liberdade, além de exigirem a abstenção estatal, também exigem do Estado a satisfação das necessidades humanas básicas. O direito ao mínimo existencial tem seu fundamento nas condições de liberdade e não propriamente na ideia de justiça.²¹² A proteção àquelas condições mínimas de vida em sua vertente positiva é, pois, necessária à garantia da liberdade porque “sem um mínimo necessário à existência, cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais de liberdade”.²¹³

Autores como Lobo Torres, reconhecem a jusfundamentalidade do direito social apenas no que diz respeito ao mínimo existencial, que representa a quantidade mínima de direitos sociais abaixo da qual o homem não tem condições para sobreviver com dignidade,

²⁰⁹ HOLMES, Stephen & SUSTEIN, Cass. R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: Norton, 1999. p. 44-45.

²¹⁰ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. Os direitos humanos e tributação: imunidades e isonomia. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 3, p. 83-84.

²¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 518.

²¹² TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 177, p. 40, jul./set. 1989.

²¹³ Id. *Ibid.*, p. 30.

ficando os demais direitos sociais (que superarem este mínimo) sujeitos a políticas públicas e ao orçamento.²¹⁴

Garantir o mínimo à existência é uma função promocional dos direitos fundamentais e exige dos poderes públicos ou até grupos privados o suprimento e a promoção das condições do exercício da liberdade para quem é incapaz de resolver por si só a satisfação de suas necessidades básicas. Nesse sentido, Peces-Barba aponta:

Os valores de igualdade e de solidariedade estão detrás, para expressar que não só as condições de abstenção, de participação, senão também de promoção, formam parte do bem comum da sociedade política; que não são problemas a resolver por cada um e que está entre as funções dos direitos, criar pretensões jurídicas, com correlativos deveres gerais, no âmbito da escassez e dos meios realmente disponíveis.²¹⁵

Embora os direitos sociais sejam, na concepção de vários autores, inconfundíveis com os direitos ao mínimo existencial, algumas prestações estatais de cunho social e econômico são necessárias à manutenção deste mínimo. Assim, se por um lado os direitos sociais exigem prestações positivas na medida do possível, isto é, da disponibilidade de recursos orçamentários, os direitos ao mínimo social não dependem dessa reserva do possível. Por isso, os direitos como habitação, saúde (tratamento médico e sanitário), alimentação e educação, originariamente concebidos como direitos sociais a se efetivar por políticas públicas, passam a ser fundamentais quando suprem a parcela mínima sem a qual o homem não sobrevive.²¹⁶

Ricardo Lobo Torres salienta que o direito às condições mínimas de existência humana digna além de não poder sofrer a intervenção do estado ainda exige por parte dele prestações positivas. O mínimo existencial abrange qualquer direito (ainda que originariamente não-fundamental) considerado em sua dimensão essencial e inalienável. Para o autor, o mínimo existencial deve ser procurado “na ideia de liberdade, nos princípios constitucionais da igualdade, do devido processo legal, da livre iniciativa e da dignidade do homem, na Declaração dos Direitos Humanos e nas imunidades e privilégios do cidadão”.²¹⁷

²¹⁴ TORRES, Ricardo Lobo. A jusfundamentalidade dos direitos sociais. In: BINENBOJM, Gustavo (Coord.). Direitos fundamentais. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 12, p. 356, 2003.

²¹⁵ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. *Curso de derechos fundamentales*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995. p. 424.

²¹⁶ TORRES, Silvia Faber. Direitos prestacionais, reserva do possível e ponderação: breves considerações e críticas. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Org.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 778.

²¹⁷ TORRES, Ricardo Lobo. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 266.

Para Alexy, os direitos sociais fundamentais mínimos²¹⁸ são inseridos numa posição de prestação jurídica jusfundamentalmente garantida.

Ingo Sarlet, embora reconheça que os direitos sociais enquanto direitos fundamentais sociais têm certos limites de eficácia condicionados à reserva do possível, também admite que os direitos ao mínimo social não se submetem a essa limitação.²¹⁹

Como o mínimo existencial encontra-se no limiar entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, a delimitação de seus contornos é árdua e acaba sendo tarefa da jurisprudência. De qualquer forma, o direito ao mínimo existencial, por garantir as condições da liberdade, é direito constitucional de aplicabilidade imediata, sem necessidade de intervenção legislativa. Ainda que sua garantia implique em consideráveis efeitos financeiros, disto não é dado inferir a inexistência do direito²²⁰ e terá as suas despesas cobertas com a arrecadação de impostos²²¹ e com verbas destinadas às garantias institucionais da liberdade (Judiciário, Ministério da Saúde etc).

Dentre os direitos sociais fundamentais haveria uma subdivisão: os direitos ao mínimo existencial e os direitos sociais que ultrapassassem o mínimo existencial. O máximo social seria representado pelos direitos sociais da cidadania, que ultrapassam os *mínimos sociais* até o limite em que não prejudiquem o processo econômico, as finanças do Estado e não violem os direitos fundamentais.²²² Alexy se refere a essa diferença entre um programa minimalista para assegurar ao indivíduo um espaço vital e um status social mínimos e um conteúdo maximalista quando se tratar da realização plena dos direitos fundamentais.²²³

Os direitos sociais pertencentes ao mínimo social seriam direitos subjetivos vinculantes e definitivos, ao passo que os demais direitos sociais fundamentais teriam a natureza de princípios, mandamentos de otimização que seriam realizados na medida do possível a depender de possibilidades jurídicas e fáticas. Se os mínimos sociais encontram-se no campo da liberdade e dos direitos fundamentais, o máximo social está relacionado à ideia de justiça e de direitos sociais.

²¹⁸ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Traducción Carlos Bernal Pulido. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios políticos y constitucionales, 2007. p. 466.

²¹⁹ SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1998. p.318.

²²⁰ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*, cit., p. 466.

²²¹ TORRES, Ricardo Lobo. *O orçamento na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 129.

²²² TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 285.

²²³ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*, cit., p. 446.

Sem desprestigiar o papel do núcleo essencial enquanto garantia dos direitos, Canotilho coloca o problema da aplicação analógica deste conceito do mínimo existencial aos direitos sociais e à necessidade de que este núcleo seja identificado, nos seguintes termos:²²⁴

Ora, o problema que se coloca é o de saber se ela não deve ser alargada aos direitos econômicos, sociais e culturais. Sendo assim o *punctum saliens* da questão é este: como determinar o núcleo essencial do direito à saúde? Como o direito à saúde implica num feixe de prestações, como determinar o nível essencial de prestações sociais?

O autor relata uma experiência recente que tenta fornecer algumas pistas para essa indagação. Trata-se da publicação de um trabalho elaborado por um grupo de peritos, reunidos na Associação Astrid e coordenado por Luisa Torchi, que formulou o LEP (*Livelli essenziali delle prestazioni*), isto é, os indicadores de prestação e de capacidade do serviço. Os pesquisadores propõem um modelo unidimensional, baseado na definição de prestações, e uma aproximação multidimensional na determinação dos níveis essenciais de prestações. Pretendem que, para cada prestação a ser feita, sejam especificadas e pormenorizadas as dimensões que asseguram a sua adequação, pois entendem que a determinação dos níveis essenciais das prestações deve ter como ponto de partida a consideração de que tais prestações transportam determinadas dimensões consideradas essenciais em relação a essas mesmas prestações.²²⁵

Com todo o respeito ao esforço dos pesquisadores, nos parece praticamente impossível a determinação do mínimo social através do método acima mencionado, quer porque as situações fáticas são tão diversas e numerosas que nenhuma lei ou regulamento as poderá esgotar, quer porque em matéria de saúde, tanto preventiva quanto curativa, não vislumbramos qualquer serviço que possa ser deixado fora do mínimo social.

²²⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudo sobre direitos fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora; 1.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 262.

²²⁵ Assim, por exemplo, a efetividade da regulação da LEP levaria em conta: a macroárea de intervenção, as prestações; descrição sintética; destinatários; indicadores: valor objetivo. Para melhor compreensão da aplicação dos parâmetros acima mencionados, os autores utilizam um caso da área de saúde relativo ao uso da tomografia computadorizada no diagnóstico tumoral. Neste caso, teríamos: 1) *macroárea de intervenção*: assistência sanitária, 2) *prestação*: tomografia axial computadorizada, 3) *descrição sintética*: utilização de aparelho de alta precisão no diagnóstico tumoral, 4) *destinatários*: pessoas a quem é passada uma prescrição médica expressa para o caso, 5) *indicadores*: tempo que ocorre entre a prescrição e a efetivação da prestação, 6) *valor objetivo*: até o fim de 2006 (x dias). Apesar da novidade da ideia, o modelo considera indispensável esquemas tradicionais de legislação e regulação. Assim seria necessário uma lei para disciplinar as prestações, os destinatários, os indicadores, o sistema informativo, os recursos financeiros, as ações estaduais de suporte, programas de intervenção extraordinária e o remédio para a inobservância de standards. Além disso, deveria também haver um regulamento onde estaria especificada a lista dos indicadores, individualizando-se, para cada um deles, o valor objetivo que as administrações devem respeitar. TORCHIA, Luisa (Coord.). *Welfare e federalismo*. Bologna: Il Mulino, 2005. p. 105.

Entendemos que o mínimo social não está e nem poderia estar determinado e especificado nas normas constitucionais, mas deve ser inferido da ideia de liberdade e dos princípios constitucionais da igualdade, da dignidade humana e todos os outros relativos ao Estado Social. O fato de estar indeterminado não lhe retira o caráter de essencialidade e inalienabilidade²²⁶ e tampouco a possibilidade de ser reivindicado em juízo.

O mínimo existencial também está ligado ao conceito de cidadania e integra os direitos fundamentais. Para Lobo Torres, este mínimo demanda a proteção positiva do Estado e está relacionado ao *status positivus libertatis*, realizando-se através de várias formas: i) pela entrega de prestações de serviço público específico e divisível, que serão gratuitas pela atuação do mecanismo constitucional da imunidade das taxas e tributos contraprestacionais, como ocorre na prestação jurisdicional, educação primária, saúde pública, etc., pela entrega de bens públicos (roupa, remédios, alimentos) em casos de calamidade pública ou dentro de programas de assistência à população carente independentemente de qualquer pagamento; ii) pelas subvenções e auxílios financeiros a entidades filantrópicas e educacionais, públicas ou privadas, que muitas vezes se compensam com as imunidades.²²⁷

Além disso, é importante compreender o relacionamento dentro da sociedade entre os mínimos sociais, que se situam no campo da liberdade e dos direitos fundamentais, bem como o máximo social, que integra a ideia de justiça e de direitos sociais. No Estado Democrático e Social de Direito, ao buscarmos a garantia do mínimo existencial em sua dimensão máxima, acabamos por minimizar os direitos sociais em sua extensão, mas não em sua profundidade²²⁸. Isso causa logicamente um conflito no relacionamento entre direito ao mínimo existencial e direitos sociais fundamentais, pois os direitos sociais de cidadania que excedem os mínimos sociais:

devem se maximizar até o ponto que não prejudiquem o processo econômico nacional, não se comprometa a saúde das finanças públicas, não se violem direitos fundamentais nem se neutralizem as prestações por conflitos internos.²²⁹

A saída para a afirmação dos direitos sociais apontada por Lobo Torres é a) a redução da jusfundamentalidade ao mínimo social, que representa a quantidade mínima de direitos sociais abaixo da qual o homem não tem condições para sobreviver com dignidade e

²²⁶ TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 266.

²²⁷ Id. Ibid., p. 268.

²²⁸ Id. Ibid., p. 284.

²²⁹ Id. Ibid., p. 284-285.

b) a otimização da parte que sobre-excede os mínimos sociais na via das políticas públicas, do orçamento e do exercício da cidadania.

O relacionamento entre os mínimos sociais e os direitos sociais é importante para a problemática dos direitos humanos e dos direitos sociais, mas não existe consenso a respeito do tema nem entre sociólogos e tampouco entre os juristas. Do ponto de vista sociológico, existem autores que, como Marshall, separam os direitos civis dos direitos sociais e, assimilando o mínimo existencial à noção de direitos sociais básicos, retira-lhe a eficácia própria dos direitos fundamentais.²³⁰ Outros, como João Carlos Espada, defendem os direitos sociais da cidadania ou direitos sociais básicos, que se assemelham à ideia de um mínimo existencial, mas não lhes atribui eficácia dos direitos fundamentais.²³¹ José Guilherme Melchior restringe a garantia dos direitos sociais ao mínimo existencial, sem lhe atribuir eficácia dos direitos de liberdade.²³² Outros, como Campilongo, assimilam os direitos sociais aos direitos fundamentais e assinalam uma atitude paternalista com relação aos direitos sociais.²³³

Entre os juristas, Peces-Barba Martinez argumenta que os direitos sociais são direitos fundamentais que se vinculam à ideia de justiça e que o apoio do poder público deve se dar somente com relação às pessoas “que no pueden satisfacer por si mismos necesidades básicas radicales o de mantenimiento de la condición humana”.²³⁴ Tal posição reduz os direitos sociais ao mínimo existencial e, portanto, assegura a sua garantia mas, ao mesmo tempo, fraciona o direito em razão do destinatário, retirando-lhe as características de igualdade e universalidade próprias dos direitos fundamentais. Outros, como Norberto Bobbio, equiparam os direitos sociais aos fundamentais, mas reconhecem que eles não têm uma eficácia plena.²³⁵

Canotilho defende a tese de que os direitos sociais, ao mesmo tempo em que são direitos subjetivos públicos independentemente da sua justicialidade e exequibilidade imediatas, são também direitos que possuem uma dimensão objetiva, na medida em que

²³⁰ MARSHALL, Thomas Humphrey. *Cidadania, classe social e status*. Tradução Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar Ed., 1967. p. 93.

²³¹ ESPADA, João Carlos. *Direitos sociais de cidadania*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1997. p. 264.

²³² MERQUIOR, José Guilherme. *A natureza do processo*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982. p. 102.

²³³ CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do judiciário: um enquadramento teórico. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 1. ed., 5. tir. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 49.

²³⁴ PECES-BARBA MARTINEZ, Gregório. Los derechos economicos, sociales y culturales: su genesis y su concepto. *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, ano 3, n. 6, p. 31, 1998.

²³⁵ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier / Campus, 2004. p. 29.

apontam para a obrigação do legislador atuar criando leis e impõem ao Estado a prestação de serviços.²³⁶

Outros autores seguem a posição de Canotilho, mas afirmam que os direitos sociais constituem direitos públicos subjetivos – um direito fundamental ínsito à pessoa humana, mas que não tem muitas vezes eficácia.²³⁷

Robert Alexy tenta equacionar os direitos mínimos e o máximo social através do modelo da ponderação. Ele faz uma distinção entre o mínimo existencial ou direitos mínimos jusfundamentais sociais e os direitos fundamentais sociais, que devem ser ponderados dentro da escala de estrutura de normas, que varia de norma de n.º 1 à norma de n.º 8. A norma n.º 1, que possui maior grau de vinculação, teria a possibilidade de ser controlada judicialmente e se aplicaria ao direito subjetivo ao mínimo existencial e a norma de n.º 8, que possui maior grau de discricionariedade, teria o controle jurisdicional inviabilizado e se aplicaria aos direitos objetivos *prima facie*, ou seja, aos princípios relativos aos direitos fundamentais.²³⁸

Com relação ao mínimo existencial, Canotilho nos traz algumas críticas e preocupações, pois entende ser esta categoria jurídico-dogmática de pouca utilidade na solução do problema, quer pela dificuldade de determinação do núcleo essencial de direitos, liberdades e garantias, quer porque em sua origem o conceito fora elaborado com a finalidade de apenas reforçar no plano geral a garantia da liberdade e dos direitos pessoais na sociedade pós-guerra, sem que houvesse intenção de aplicá-lo como fundamento contra as restrições aos direitos sociais e, finalmente, porque este conceito já teria sido superado pelos princípios da justa medida e da razoabilidade.²³⁹

Apesar das críticas de Canotilho, entendemos que o mínimo existencial pode ser um conceito bastante útil quando se discute a judicialização da saúde. Até porque o direito ao mínimo existencial pressupõe o direito à vida, que é entendido pelo autor como um direito subjetivo originário e definitivo em correlação ao dever do Estado. Nesse sentido, aponta Canotilho ao estudar o direito à vida frente ao Estado sob a ótica das relações correlativas e opositivas:²⁴⁰

²³⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 476.

²³⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. *Revista de Direito Público*, ano XIV, n. 57/58, p. 255, jan./jun. 1981.

²³⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción Carlos Bernal Pulido. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios políticos y constitucionales, 2007. p. 445.

²³⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudo sobre direitos fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora; 1.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 261-262.

²⁴⁰ Id. *Ibid.*, p. 57.

O cidadão no campo das prestações existenciais mínimas do direito à vida tem um direito subjetivo (originário, definitivo) a prestações existenciais, ao qual corresponde um dever correlativo por parte deste.

O problema para Canotilho reside no fato de que se, por um lado, podemos afirmar que o indivíduo tem um direito a prestações existenciais mínimas perante os poderes públicos não significa dizer que ele tenha também o direito de ação, isto é, de o direito de exigir os modos e as formas de proteção deste direito através de ação judicial ou procedimento administrativo. Nesse sentido, afirma o autor:²⁴¹

Acresce que o facto de se reconhecer um *direito à vida* como direito positivo a prestações existenciais mínimas, tendo como destinatário os poderes públicos, não significa impor *como* o Estado deve, *prima facie*, densificar esse direito.

A escolha dos meios, isto é, de como a prestação deve ser realizada para a garantia do direito à vida ficaria então dependente de uma certa discricionariedade do legislador e dos administradores, mas de toda maneira sempre condicionada por determinantes constitucionais heterônomas.²⁴² Ou, como aponta Zagrelbski, estaria condicionada pelos princípios positivados na Constituição. Essa discricionariedade está mitigada e, em alguns casos, até ausente, quando se trata de identificar os meios para satisfação do mínimo existencial do direito à saúde. Por essa razão, entendemos perfeitamente possível exigir do Estado a “maneira” como a prestação pleiteada deve ser realizada.

Do contrário, na medida em que se afirma não ter o indivíduo o direito de exigir a forma como se deve realizar a prestação positiva do Estado na garantia do seu direito à vida, estaríamos a esvaziar um direito previsto constitucionalmente. De que adiantaria ao paciente ter, como afirma Canotilho, o direito subjetivo originário e definitivo a prestações dos poderes públicos, se no caso concreto em que sua vida depende de um medicamento ou de uma intervenção cirúrgica não pudesse exigir judicialmente do Estado a prestação ou serviço de que necessita.

Este trabalho pretende afirmar que o direito à saúde enquanto componente do mínimo existencial é um direito subjetivo originário e definitivo que deve se concretizar em cada caso concreto na prestação necessária para a sua garantia e, como tal, não está restringido por qualquer condição não sendo possível lhe aplicar a cláusula restritiva da reserva do possível. No nosso entender, dada a natureza jurídica das normas pertinentes ao

²⁴¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudo sobre direitos fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora; 1.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 58.

²⁴² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudo sobre direitos fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora; 1.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 58.

mínimo social, que entendemos como regras, e, tendo em vista que elas expressam um direito subjetivo definitivo do cidadão, não há que se falar nesta seara em ponderação de princípios, mas sim de aplicação das regras.

Entretanto não desconhecemos que a distinção entre o mínimo e o máximo social é utilizada por alguns doutrinadores com a finalidade de caracterizar o direito à saúde dentro do máximo social e, desta forma, sujeitar a sua realização à reserva do possível. Muitos autores defendem a aplicação da teoria da *reserva do possível em relação aos direitos sociais*.²⁴³ Esta teoria, construída por influência da Corte Jurisdicional Alemã, defende a tese de que não seria razoável exigir-se a imediata realização do direito previsto constitucionalmente uma vez que se comprovasse a incapacidade econômico-financeira do Estado.²⁴⁴

Para Canotilho, adepto da teoria, a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais está limitada pela dependência de recursos econômicos e sua realização está condicionada por eles.²⁴⁵ Além disso, o autor assinala que a implementação do direito é gradual e necessita de políticas públicas:²⁴⁶

Parece inequívoco que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais se caracteriza: 1) pela gradualidade de sua realização, 2) pela dependência financeira do orçamento do Estado, 3) pela tendencial liberdade de conformação do legislador às políticas públicas de realização desses direitos, 4) pela insusceptibilidade do controle jurisdicional dos programas político-legislativos, a não ser quando estes se manifestem em clara contradição com as normas constitucionais ou, quando manifestamente, suportam dimensões pouco razoáveis.

No mesmo sentido aponta Ingo W. Sarlet, afirmando que os recursos públicos são um limite fático à efetivação dos direitos sociais prestacionais.²⁴⁷

Defendendo a mesma posição encontra-se Alexy para quem os direitos sociais seriam direitos subjetivos *prima facie*, e por serem abertos, indeterminados, só através da ponderação, diante das circunstâncias poderão ao final se transformar em direitos definitivos

²⁴³ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton and Company, 1999.

²⁴⁴ KRELL, Andreas Joachim. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação de serviços públicos. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 36, n. 144, p. 239-260, out/dez. 1999. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/545>>. Acesso em: 20 set. 2010.

²⁴⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p. 131.

²⁴⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Metodologia “fuzzi” y camaleones normativos en la problemática actual de los derechos económicos, sociales e culturales. *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, ano 3, n. 6, p. 44, 1998.

²⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 260.

(regras aplicáveis ao caso concreto). Sua realização dependerá na medida do possível das condições jurídicas e fáticas favoráveis.

Para Perez Luño, ao contrário dos direitos civis e políticos que possuem *status negativus e do mínimo existencial* já explicitado anteriormente, os direitos sociais não poderiam por si só gerar a pretensão às prestações positivas do Estado.²⁴⁸ Eles seriam princípios que se subordinam à idéia de justiça social, obedecendo à reserva do possível e constituindo apenas diretrizes para o Estado e para o legislador infra constitucional. Por essa razão, não poderiam se confundir nem com os direitos de liberdade nem com o mínimo existencial.

Para os defensores dessa teoria, existiriam, de um lado, *os mínimos sociais*, que estão no campo da liberdade e dos direitos fundamentais e, de outro lado, o *máximo social*, que estaria relacionado à ideia de justiça e dos direitos sociais. Assim, se ao lado do mínimo existencial existem direitos sociais (máximo social) que, na opinião desses autores, só podem ser efetivados até o limite em que não prejudiquem o processo econômico, as finanças do Estado e não violem os direitos fundamentais,²⁴⁹ torna-se necessária uma breve referência à reserva do possível, que passaremos a analisar no próximo item.

2.7. A reserva do possível

Embora a ideia da efetivação paulatina dos direitos sociais de acordo com as disponibilidades orçamentárias tenha surgido por ocasião da celebração do Pacto dos Direitos Sociais em 1966,²⁵⁰ a construção teórica da “reserva do possível” consolidou-se na Alemanha no início dos anos setenta.²⁵¹

Ela carregava a noção de que a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva da capacidade financeira dos cofres públicos e de que a

²⁴⁸ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos*. Estado de derecho y constitucion. Madrid: Tecnos, 1984. p. 83.

²⁴⁹ TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 285.

²⁵⁰ O artigo 2º do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais já se referia à limitação dos recursos disponíveis. Art. 2º n.1 “Cada Estado-Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no Presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas. Ao comentar este artigo, Fábio Konder Comparato afirma que os Estados assumiram uma autêntica obrigação jurídica e não um mero compromisso moral. E que esta é uma obrigação de meios e não de resultado. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 342. Entendemos que o artigo mencionado, aponta para uma implementação paulatina dos direitos sociais, mas ele deve ser interpretado em consonância com o artigo 5º do mesmo Pacto que proíbe qualquer medida que signifique restrição ou suspensão dos direitos humanos.

²⁵¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 108.

disponibilidade desses recursos estaria no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público.²⁵² Os direitos sociais abrangem tanto direitos (posições ou poderes) a prestações (positivos) quanto direitos de defesa (direitos negativos ou a ações negativas). O direito à saúde, enquanto direito social, corresponde a um direito a prestações materiais vinculado ao dever estatal de realizar ações e disponibilizar serviços públicos de assistência à saúde. Mas, como vimos no item de n. 2.5, o direito à saúde também pressupõe o direito a prestações negativas como, por exemplo, a obrigação de respeitar, representada pelo dever do Estado de não obstar, o acesso a bens que constituem objeto do direito.²⁵³

O caso que deu origem à chamada reserva do possível foi julgado pelo Tribunal Alemão em 18/07/1972,²⁵⁴ e versava sobre o direito de acesso ao ensino superior.

No caso julgado, duas universidades alemãs estabeleceram restrições ao acesso direto de alunos ao curso de medicina humana (medicina e odontologia), nos anos de 1969 e 1970. A Universidade de Hamburgo estabeleceu que as vagas disponíveis para candidatos alemães deveriam ser distribuídas na proporção de 60% segundo o *curriculum* do candidato e 40% segundo o ano de nascimento, sendo possível haver a reserva de vagas para situações excepcionais, porém não limitou o número total de vagas. Já a Universidade da Bavária – ponto central do tema – estabeleceu limitação de vagas para algumas áreas do conhecimento, se isso fosse estritamente necessário à manutenção do funcionamento regular de um curso, tendo em vista a capacidade das instalações do *campus* daquela universidade. Mas, determinou que algumas vagas fossem reservadas para estudantes residentes na Bavária. Foi contra essas normas que se pronunciou o Tribunal Constitucional Alemão, em controle concentrado apresentado pelos tribunais administrativos daqueles dois estados-membros da Alemanha.

O Tribunal Constitucional Alemão entendeu que a limitação de vagas estabelecida pela Universidade de Hamburgo não era adequada por seu efeito extremamente incisivo, pois ele faz com que um número maior ou menor de candidatos tenha que adiar o início do curso desejado por um tempo mais ou menos longo. Limitações absolutas de admissão para

²⁵² KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 52.

²⁵³ VAN HOOFF, G. H. J. The legal nature of economic, social and cultural rights: a rebuttal of some traditional views. In: ALSTON, P; TOMASEVSKI, K. (Ed.). *The right to food*. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1984. p. 97-110.

²⁵⁴ BVerfGE 33,303(333) de 18/07/1972, extraído da obra SCHWABE, Jurgen (Org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Tradução de Leonardo Martins e Beatriz Hennig. Montevideo: Fundação Konrad Adenauer, 2005. p. 656-667.

calouros de uma determinada especialização são constitucionais somente se: i) elas forem determinadas nos limites do estritamente necessário, depois de uso exaustivo das capacidades de ensino disponíveis; ii) houver escolha e distribuição de candidatos, segundo critérios racionais, com uma chance para todo candidato qualificado para o ensino superior e com o respeito, na maior medida do possível, da escolha individual do lugar de ensino. É o legislador quem deve tomar as decisões essenciais sobre os requisitos da determinação de limitações absolutas e sobre os critérios de escolha a serem aplicados. O Tribunal entendeu que o dispositivo 17 da lei de Hamburgo era incompatível com a norma fundamental.

Com relação à Universidade da Bavária, o Tribunal decidiu pela inconstitucionalidade apenas da cláusula do “filho da terra” encontrada no art.3 II da Lei de Admissão, a qual previa vantagens para candidatos bávaros às vagas estudantis.²⁵⁵

O Tribunal Constitucional Alemão entendeu que existe uma limitação fática, condicionada pela “reserva do possível”, no sentido do que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade. Os direitos a prestações não são determinados previamente, mas sujeitos à reserva do possível, no sentido de que a sociedade deve fixar a razoabilidade da pretensão.

Em primeiro lugar, compete ao legislador julgar sobre a importância das diversas pretensões da comunidade para incluí-las no orçamento, resguardando o equilíbrio financeiro geral. Além disso, diante do pedido de ingresso formulado pelos alunos, o Tribunal entendeu que “um tal mandamento constitucional não obriga, contudo, a prover a cada candidato, em qualquer momento, a vaga do ensino superior por ele desejada, tornando, desse modo, os dispendiosos investimentos na área do ensino superior dependentes exclusivamente da demanda individual, frequentemente flutuante e influenciável por vários fatores”.²⁵⁶

O Tribunal negou o pedido e firmou entendimento de que a realização dos direitos sociais que estivessem além do mínimo vital ficaria condicionada à existência de recursos orçamentários. O problema principal levantado pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão é que os recursos públicos são limitados e insuficientes ao atendimento de todas as demandas da coletividade. Dessa forma, atribui-se ao Estado a decisão sobre a alocação dos recursos entre os diversos setores do orçamento, de modo a atender também a outros interesses da coletividade.

²⁵⁵ BVerfGE 33,303(333) de 18/07/1972, extraído da obra SCHWABE, Jürgen (Org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Tradução de Leonardo Martins e Beatriz Hennig. Montevideo: Fundação Konrad Adenauer, 2005. p. 657.

²⁵⁶ Id. Ibid., p. 663-664.

Para Fernando Facury Scaff, no Brasil, quem determina as prioridades para a realização dos gastos públicos deve ser o Poder Legislativo “...através do sistema orçamentário, pois é nele que serão designadas as prioridades a serem implementadas em curto e médio prazo – os objetivos de longo prazo estão previstos na Constituição. A isso se chama ‘discricionariedade do legislador’”.²⁵⁷ Para o autor, a função do Poder Executivo é a de realizar esses gastos, da forma e no limite estabelecidos pela lei. Admite que o administrador goza de uma certa discricionariedade administrativa, mas que esta é “circunscrita pelas normas constitucionais e legais que regem as situações concretas sob responsabilidade da Administração”.²⁵⁸

A partir dessa teoria, firma-se em parte da doutrina a concepção de que a proteção dos direitos sociais sempre demandará a realização de despesas. Nesse sentido, afirma Lobo Torres que “as prestações positivas para a proteção desses direitos implicam sempre em despesa para o ente público, insuscetível de ser imputada à arrecadação de impostos ou, sem lei específica, aos ingressos não contraprestacionais”.²⁵⁹ Vale lembrar, entretanto, que os direitos sociais, embora sejam conhecidos como direitos prestacionais, isto é, que exigem do Estado a prestação de alguma atividade para serem satisfeitos (no caso da saúde, existiria a obrigação de realizar ações de promoção da saúde, prevenção de doenças e recuperação de sequelas e fornecer serviços de assistência à saúde), não se resumem às obrigações de prestação positiva. Como já mencionamos no item de n. 2.5, esta visão encontra-se totalmente equivocada, uma vez que tanto os direitos civis quanto os direitos sociais exigem do Estado obrigações positivas e negativas. A diferença entre eles estaria não na natureza das obrigações mas no nível das obrigações. Assim, nos direitos sociais predominariam as obrigações positivas e nos direitos civis e políticos predominariam as obrigações negativas.

Entretanto, sob a ótica da teoria alemã, os direitos econômicos e sociais estão sujeitos à reserva do possível ou às condições determinadas pelo legislador. Os direitos a prestações “não são determinados previamente, mas sujeitos à reserva do possível, no sentido de que a sociedade deve fixar a razoabilidade da pretensão. Em primeira linha compete ao legislador julgar, pela sua própria responsabilidade, sobre a importância das diversas

²⁵⁷ SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 152.

²⁵⁸ Id. *Ibid.*, p. 152.

²⁵⁹ TORRES, Ricardo Lobo Torres. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios da natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 73.

pretensões da comunidade, para incluí-las no orçamento, resguardando o equilíbrio financeiro geral”.²⁶⁰

Na esteira desse pensamento, firma-se a posição de que as normas constitucionais sobre direitos sociais seriam programáticas, forneceriam diretrizes para o legislador ordinário e não teriam eficácia vinculante.²⁶¹ Esse é o entendimento de Vieira de Andrade, que afirma que os direitos sociais só se consolidarão como direitos subjetivos quando houver uma regulamentação dos preceitos constitucionais.²⁶² Da mesma forma entende Canotilho, para quem a realização dos direitos sociais na sua condição de direitos subjetivos a prestações seria de competência do legislador “dentro das reservas orçamentais, dos planos econômicos e financeiros, das condições sociais e econômicas do país”.²⁶³

2.7.1 Crítica à reserva do possível

A análise do direito à saúde no contexto do Sistema Único de Saúde nos permitiu analisar a reserva do possível e questões por ela suscitadas como, por exemplo, as escolhas trágicas e o impacto das sentenças aditivas no orçamento da saúde. Entendemos ser necessária uma postura crítica em face destas alegações especialmente quando elas são utilizadas como justificativa para a não efetivação do mínimo existencial do direito à saúde.

A teoria da reserva do possível é entendida como limite à concretização dos direitos fundamentais que dependem de prestações positivas por parte do Estado. Em nosso país, vários autores entendem que a teoria trazida do direito alemão é inadequada ao contexto brasileiro.²⁶⁴ Os direitos sociais na Alemanha não tem o *status* constitucional que possuem no Brasil. Além disso, uma vez que o argumento da reserva do possível em seu nascedouro não

²⁶⁰ BVerfGE 33,303(333) In: SCHWABE, Jurgem (Org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Tradução de Leonardo Martins e Beatriz Hennig. Montevideo: Fundação Konrad Adenauer, 2005. p. 663-664.

²⁶¹ TORRES, Ricardo Lobo Torres. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios da natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 73.

²⁶² VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2004. p.209.

²⁶³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982. p. 369.

²⁶⁴ KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 117-121. OHLWEILER, Leonel Pires. Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 289-309. NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009. p. 173-196.

se aplicava aos direitos integrantes do mínimo vital, torna-se impossível utilizá-lo como defesa em demandas que pleiteiam esse mínimo em relação à saúde.

A reserva do possível, como foi desenvolvida na Alemanha, tem características peculiares à situação germânica que não se aplicam ao Brasil. A questão principal discutida no Tribunal era se os autores da ação tinham direito a uma vaga no ensino superior. A explicação era a de que “não era possível prover a cada candidato, a qualquer momento, a vaga de ensino superior por ele desejada, tornando, desse modo, os dispendiosos investimentos na área de ensino superior dependentes exclusivamente da demanda individual frequentemente flutuante e influenciável por vários fatores”.²⁶⁵

Ocorre que, no Brasil, a maioria das questões levadas ao Judiciário são de natureza totalmente diversa: *dizem respeito à saúde*. Por exemplo, quando um paciente diabético pleiteia a insulina importada porque é o único medicamento capaz de estabilizar a sua doença, ele está pedindo a satisfação do seu direito ao mínimo existencial em termos de saúde. Se um cidadão alemão pode sobreviver sem ter um diploma superior pago pelo Estado, o doente brasileiro precisa da insulina para viver. As demandas pela integralidade da atenção e pelo acesso universal aos serviços e ações de saúde expressam, no contexto do SUS, o mínimo existencial em matéria de saúde do autor da ação. Isso não quer dizer que o Estado está obrigado a fornecer insulina importada para todos os diabéticos (universalidade de acesso), mas sim que ele está obrigado a fornecê-la a todos aqueles que dela necessitam para viver. Para tanto, é preciso ter em vista que, pelos estudos epidemiológicos realizados, apenas 20% dos pacientes diabéticos serão insulino-dependentes e destes apenas alguns poderão necessitar do medicamento importado.²⁶⁶ Portanto, haverá necessidade da compra do

²⁶⁵ BVerfGE 33,303(333) de 18/07/1972, extraído da obra SCHWABE, Jurgen (Org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Tradução de Leonardo Martins e Beatriz Hennig. Montevideo: Fundação Konrad Adenauer, 2005. p. 663-664.

²⁶⁶ O estudo multicêntrico realizado no período de 1986 a 1988 sobre prevalência de Diabetes Mellitus no Brasil detectou uma prevalência de 7,6% para diabetes e 7,8% para a tolerância diminuída para a glicose. MALERBI D. A.; FRANCO, L. J. Multicenter Study of the Prevalence of Diabetes Mellitus and Impaired Glucose Tolerance in the Urban Brazilian population aged 30-69 years. *Diabetes Care*, v. 15, n. 11, p. 1.509-1.516, nov. 1992. Estudos mais recentes mostraram a prevalência de 12,1% do diabetes mellitus na população urbana de Ribeirão Preto. TORQUATO, M. T. C. G. et al. Prevalence of diabetes mellitus and impaired glucose tolerance in the urban population aged 30-69 years Ribeirão Preto (São Paulo) Brazil. *São Paulo Medical Journal*, São Paulo, v. 121, n. 6, p. 224-30, 2003. Oficialmente no Brasil, segundo o último estudo realizado, a prevalência de diabetes é de 9,70% (DATASUS Indicadores e dados novos – IDB 2009) BRASIL. *Indicadores Diabetes Melittus* Disponível em: <<http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/idb2009/matriz.htm>>. Acesso em: 03 mar. 2011. Dentre a população de diabéticos, cerca de 10% são diabéticos do Tipo 1 (insulino dependentes): caso em que o pâncreas não produz insulina ou a produz em quantidades muito baixas. Entretanto, 90% dos casos são de diabetes tipo 2: caso em que há um mau funcionamento ou diminuição dos receptores das células beta o que faz com que a insulina não consiga promover a entrada da glicose necessária para dentro das células, aumentando a

medicamento importado para atender apenas a uma pequena demanda. O fornecimento de medicamento é apenas um dos múltiplos serviços e ações a serem desenvolvidos pelo SUS, na linha de cuidado fixada para o atendimento integral (desde a atenção básica até serviços de média e alta complexidade) dos pacientes diabéticos.²⁶⁷

O que se quer acentuar com estas considerações é que em um país como o Brasil, que não atingiu ainda o padrão de desenvolvimento da Alemanha, onde a maioria das necessidades básicas já se encontram satisfeitas, aplicar a teoria da reserva do possível com relação ao direito à saúde pode provocar um verdadeiro desastre, pois quando falamos em direito à saúde, na maioria das vezes, estamos lidando com o mínimo existencial do caso concreto, direito este que deve ser satisfeito independentemente da existência de qualquer lei ou de previsão orçamentária.

Interessante crítica à teoria da reserva do possível é feita por Vicente de Paulo Barreto. Para ele, a teoria está ancorada em três falácias políticas criadas pelo pensamento neoliberal: i) ela induziria à conclusão de que os direitos sociais são direitos de segunda ordem, isto é, de segunda importância; ii) ela faria pensar que os direitos sociais decorrem de uma economia forte, o que excluiria a possibilidade de concretização desses direitos nos países de desenvolvimento tardio e iii) ela carrega consigo a ideia de que o custo é inerente a todos os direitos, ou seja, negar a efetividade pelo argumento do custo seria negar a própria essência do Estado Democrático de Direito.²⁶⁸

Além disso, é bom salientar que a alegação de falta de recursos para a não efetivação de direitos sociais é uma desculpa inaceitável até mesmo em nível internacional. O Brasil ratificou o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais em 12/12/1991,²⁶⁹ no qual há uma proibição de limitação dos direitos sociais.

concentração de glicose na corrente sanguínea. Este tipo de diabetes é tratado com hipoglicemiantes orais e apenas em alguns casos torna-se necessário o uso de insulina.

²⁶⁷ O cuidado integral ao paciente com diabetes e sua família busca fortalecer o vínculo paciente-equipe, garantir a efetividade do cuidado, promovendo a adesão ao tratamento (definição de um plano terapêutico individualizado), o auto cuidado, o desenvolvimento da autonomia do paciente, a mudança de hábitos de vida entre outras ações descritas no Manual de Atenção Básica ao Diabético. BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância Epidemiológica. *Cadernos de Atenção Básica-Diabetes Mellitus*. Brasília: Ministério da Saúde. Disponível em: <http://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/diabetes_mellitus.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2011.

²⁶⁸ BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 117-121.

²⁶⁹ O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foram ratificados pelo Brasil através do Decreto Legislativo n. 226 de 12 de dezembro de 1991, e promulgados pelo Decreto n. 592 de 6 de dezembro de 1992. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 275. nota de rodapé n. 1.

2.7.1.1. Escassez de recursos e escolhas trágicas

O argumento da escassez de recursos, tal como é utilizado nas discussões sobre a judicialização da saúde, pode conduzir a uma forma de raciocínio fundado na análise de custo-benefício tendente a afastar a proteção dos direitos fundamentais sociais com base na utilidade geral do orçamento público.²⁷⁰ Essa análise tenta maximizar os resultados sociais decorrentes da utilização de recursos sociais finitos porém, ela provoca três efeitos indesejáveis: i) Ela reduz a questão da ponderação de valores a uma simples questão de maximização monetária dos recursos finitos em atividades que produzam mais resultados sociais. Isso pode levar a conclusões equivocadas especialmente porque muitas vezes os valores não podem ser expressos em uma objetividade monetária, uma vez que possuem valor social intangível); ii) a análise mede o nível de proteção a ser conferido a determinado direito fundamental com base nas consequências advindas de sua proteção. Isso faz com que a garantia de um direito seja avaliada por seus efeitos e não pelo valor em si; iii) Ela desvaloriza de modo geral os direitos fundamentais individuais e privilegia as razões públicas e de Estado. Quem estabelece o que é o interesse da maioria é o Estado. Isso acaba por privilegiar uma noção consequencialista dos direitos fundamentais, em detrimento de uma proteção geral ao verdadeiro destinatário: os indivíduos.²⁷¹

É verdade que a ideia da escassez traz em si o problema da escolha “do que atender e do que não atender”, na medida em que o emprego dos recursos para um dado fim significa não investi-lo em outros. Isso é um fato verdadeiro quando pensamos nas escolhas do orçamento da saúde. Porém, muitas vezes, a simples transposição desse raciocínio para a área da saúde sem o conhecimento da epidemiologia e do funcionamento do SUS, pode levar a conclusões equivocadas porque não leva em conta os níveis de atenção (básica, média e alta complexidade) e nem a lógica do sistema de saúde.

Isso pode ser constatado, por exemplo, quando Gustavo Amaral e Danielle Melo, afirmam que: “Decidir atender dada pessoa com um órgão para transplante é também decidir não atender todos os demais que poderiam ser beneficiados com aquele órgão específico”.²⁷²

²⁷⁰ STONE, Geoffrey R. Individual Rights and Majoritarianism: The Supreme Court in Transition. *Cato Policy Analysis*, n. 51, March 29, 1985. Disponível em: <<https://store.cato.org/pubs/pas/pa051.html>>. Acesso em: 28 out. 2011.

²⁷¹ CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 182-183.

²⁷² AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 92.

Em primeiro lugar, não estamos aqui diante de um serviço ou ação de saúde cujo acesso deva ser garantido a todas as pessoas, mas somente àqueles que dele necessitam. Em segundo lugar, atender a um transplantado não significa a exclusão do outro, uma vez que nem todos os que esperam um transplante teriam compatibilidade sanguínea com o órgão disponível para transplante. Em terceiro lugar, o fato de ter a mesma doença não significa obrigatoriamente que ambos os pacientes tenham a mesma urgência em receber o transplante. Em quarto lugar, não estamos falando aqui de um insumo que pode ser adquirido no mercado ou que dependa da opção política de dotação de verbas no orçamento, não sendo comparável às escolhas políticas realizadas na elaboração do orçamento. Por fim, ainda que admitíssemos que ambos os pacientes tivessem compatibilidade e a mesma necessidade, então, o desempate seria feito pelo critério de antecedência na lista de espera por transplante, o que não deixa de ser um critério democrático de escolha.

Enfim, o que se quer aqui combater é a utilização do exemplo acima mencionado como argumento de que a escassez de recursos (de órgãos para transplante) é um limite à concretização do direito à saúde, da mesma maneira como a falta de recursos financeiros seria um limite para a concretização dos direitos sociais. Não podemos equiparar órgãos transplantáveis a dinheiro alocado em orçamento, e tampouco podemos igualar as escolhas políticas orçamentárias para alocar recursos financeiros em várias áreas como saúde, educação, habitação e outros itens, com a escolha de transplantar o órgão neste e não naquele paciente.

O número de órgãos disponíveis para transplante é uma grandeza sobre a qual o Estado não detém o controle. No máximo o que se pode fazer é uma campanha política para a sensibilização do cidadão no sentido de deixar autorizado o transplante de seus órgãos após a morte. No entanto, com relação ao orçamento, o Estado tem o poder de alocar os recursos e escolher para que áreas pretende encaminhá-los. As situações são tão diversas que não servem como termo de comparação para a reflexão sobre a escassez de recursos, as escolhas trágicas, e para a argumentação com base na teoria da reserva do possível.

A escusa do Poder Público de que o direito à saúde é apenas um direito *prima facie* sujeito à existência de condições fáticas (recursos financeiros, infraestrutura material e recursos humanos) e jurídicas (previsão das despesas com saúde no orçamento – lei orçamentária) desvia o foco da questão principal, que é a ausência de políticas de saúde, e causa um círculo vicioso e um raciocínio tautológico que pode ser constatado quando discutimos sobre a ausência de leitos hospitalares.

As alegações nos colocam diante de um típico entinema: “A falta de leitos hospitalares deve-se à falta de recursos financeiros, logo, havendo recursos e lei orçamentária, teremos leitos hospitalares”. Isso é uma verdadeira ilusão porque, em primeiro lugar, a correlação entre leitos hospitalares e recursos financeiros é uma relação necessária, mas não suficiente, na medida em que não basta existirem recursos para o fornecimento de leitos. Em segundo lugar, é preciso também que a política de saúde seja feita no sentido de ampliar o número de hospitais públicos. Se os recursos existentes estão sendo sempre empregados em outros itens do orçamento, o que não existe é a opção política de sua destinação para esse fim. E a alegação de falta de recursos para a construção de hospitais perpetuar-se-á como escusa para a não concretização do direito, enquanto existir a opção política de não utilizá-los para esse fim.

Por outro lado, se a opção política de construir hospitais é ato discricionário do Executivo, então o problema principal não é a falta de recursos financeiros e de previsão orçamentária, mas a falta de vontade de investir recursos na área. Ou seja, existem recursos (ainda que limitados) para o aumento de leitos, mas eles não são empregados para este fim. Por isso, antes de se concluir pela impossibilidade de efetivação do direito a um leito de UTI por falta de recursos físicos e financeiros, é preciso aprofundar a análise de qual política está sendo efetivada e como estão sendo gastos os recursos existentes. Ou ainda, se o gestor não está deixando de utilizar recursos das dotações orçamentárias com “a consequência de deixar no limbo uma parcela da receita pública” como muitas vezes ocorre por ineficiência na gestão do sistema.²⁷³

2.7.1.2. Sentenças aditivas: impacto no orçamento

A discussão centrada na teoria da reserva do possível traz consigo o problema das sentenças aditivas. Nas demandas sobre saúde pode ocorrer que o Estado seja condenado a realizar algum gasto ou a fazer algum investimento público no futuro. A questão, no entanto, não é tão simples assim, uma vez que não é possível garantir que, após a condenação, o Poder Executivo irá incluir a previsão de despesas no orçamento do ano seguinte. Para Lobo Torres, “ainda falta no direito positivo brasileiro, instrumento semelhante ao do mandado de injunção americano, que permita ao Judiciário vincular o Legislativo na feitura do orçamento do ano seguinte, em homenagem a direitos fundamentais sociais (mínimo existencial), que necessitam do controle jurisdicional contramajoritário típico dos direitos essencialmente

²⁷³ MENDONÇA, Eduardo. Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas públicas. In: SARLET, Ingo; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 376.

constitucionais”.²⁷⁴ Concordamos com o autor de que é urgente uma reforma na legislação para que, uma vez esgotadas as dotações, seja possível utilizar créditos adicionais (suplementares e especiais). Uma reforma nos moldes da realizada nos Estados Unidos, na qual o Judiciário passou a ter poderes para alocação de recursos e manipulação de verbas, através do mandado de injunção, especialmente nas decisões em que houve a afirmação dos direitos fundamentais dos presos e dos negros.²⁷⁵

Mas a questão crucial do tema se dá com as sentenças aditivas que determinam o desembolso imediato de um valor em favor de alguém, ou a realização imediata de determinada obra, compra ou serviço. Se para o pagamento imediato de pequenos valores (abaixo de 60 salários mínimos) a União conta com um sistema de pagamento através da criação de um fundo financeiro na Lei Orçamentária Anual (LOA),²⁷⁶ a dificuldade está nas condenações que excedem esse valor.

Na prática judicial brasileira, o bloqueio de dinheiro público por aplicação analógica do art. 100, §2º da Constituição Federal, que prevê a hipótese de sequestro de quantia para a satisfação do crédito do credor preterido em seu direito de precedência em precatórios, nos parece adequada.²⁷⁷ Em se tratando do mínimo existencial do direito à saúde, o que está em jogo é o direito de sobreviver com qualidade de vida e com dignidade, situação semelhante à de todos aqueles que possuem créditos de natureza alimentar. Assim, se neste último caso, a Constituição autoriza o sequestro de quantia para a satisfação do direito, nada mais justo que, no caso do direito ao mínimo existencial do direito à saúde ela também permita o sequestro de recursos públicos para garantir um direito social fundamental. Logo, a aplicação analógica do art. 100 parágrafo 2º ao caso em questão é uma questão de justiça e de concretização de um dos objetivos da República, que é a efetivação dos direitos sociais.

Apesar de ser excepcional, esta é uma medida que a nosso ver pode e deve ser utilizada para a satisfação do mínimo existencial do direito à saúde quando o Executivo insistir em descumprir a ordem judicial. Neste ponto, discordamos de Lobo Torres que

²⁷⁴ TORRES, Ricardo Lobo Torres. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios da natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 76.

²⁷⁵ Id. Ibid.

²⁷⁶ SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 142.

²⁷⁷ Uma interpretação ampliada do dispositivo autorizou, em outra situação, o sequestro de recursos públicos também para o caso de não pagamento de precatório alimentício à pessoa idosa. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental na Reclamação 3034-2*, Voto-Vista do Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.gov/noticias>>. Acesso em: 10 out. 2008.

defende a posição de que mesmo em relação ao mínimo existencial a concessão das prestações pelo Estado deve sempre se realizar por instrumentos orçamentários e nunca às margens das regras constitucionais que regulam lei de meios.²⁷⁸

O impacto das condenações judiciais nas finanças públicas é uma alegação frequente do Poder Público. Entretanto, ao relacionarem as despesas totais não financeiras consolidadas dos três entes de governo²⁷⁹ com as despesas judiciais, Fernando Moutinho Ramalho e Luis Otavio Barroso Graça constataram que as despesas judiciais representam um montante que corresponde a uma média de 1,82% no período de 2003 a 2006.²⁸⁰ Ao compararem o impacto no orçamento das sentenças judiciais com as emendas dos parlamentares, os autores constataram que, em média, o Legislativo dispõe acerca de 2,96% do orçamento federal. Ou seja, o Judiciário, por meio de sentenças, interfere no orçamento em proporção menor do que aquela introduzida pelo Congresso quando de sua elaboração.

Interessante notar que o impacto financeiro das emendas parlamentares é maior do que o impacto financeiro das sentenças e com relação às emendas ao orçamento ninguém se insurge para alegar a reserva do possível ou qualquer desequilíbrio na peça orçamentária. Apenas quando se trata da concretização dos direitos fundamentais sociais é que o argumento das escolhas trágicas, da escassez de recursos e da separação e independência entre os Poderes surge para colocar limites à efetivação de direitos fundamentais. O que dizer das emendas casuísticas dos parlamentares? Será que elas não estão a desequilibrar o orçamento e a desviar recursos importantes para a concretização dos direitos fundamentais sociais?

Ninguém questiona a legitimidade do Legislativo para alterar o projeto de lei orçamentária elaborado pelo Executivo. Mas há uma grita geral quanto à legitimidade do Judiciário para julgar inconstitucionais políticas públicas do Executivo e para prolatar sentenças aditivas que interferem no orçamento. Ao contrário de ofensa ao princípio da separação dos poderes, não estariam os juízes através de sua atuação demonstrando um eficiente e desejado mecanismo de pesos e contrapesos que deve existir em um Estado Democrático de Direito?

²⁷⁸ TORRES, Ricardo Lobo Torres. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios da natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 75.

²⁷⁹ Por “Despesas totais não financeiras” entendam-se as despesas totais excluídas e aquelas resultantes de pagamento de juros e amortização da dívida pública de natureza financeira (GND 2 e 6, respectivamente).

²⁸⁰ BITTENCOURT, Fernando Moutinho Ramalho; GRAÇA, Luis Otavio Barroso. Decisões judiciais e orçamento público no Brasil: aproximação empírica a uma relação emergente. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 217.

Além disto, o estudo acima mencionado constatou que a maior concentração de despesas judiciais está no Ministério da Previdência Social e na Justiça Federal, estando o Ministério da Saúde apenas em 4º lugar, bem ao lado do Ministério da Fazenda (5º lugar).²⁸¹ E que o grande montante das despesas federais devido a sentenças judiciais estava relacionado a pagamentos correspondentes a pessoal e encargos sociais- grupo de natureza da despesa- (GND 1), oscilando entre 60,91% em 2003 e 47,72% em 2006.²⁸²

O mais importante revelado pelo estudo é o fato de que a mensuração do impacto das sentenças judiciais no orçamento público é ainda um dado incipiente e pouco estudado,²⁸³ quer porque existe dificuldade na coleta dos dados, pois as fontes primárias de consulta são diferentes e heterogêneas,²⁸⁴ quer porque a maioria das despesas contabilizadas refere-se a pagamento de pessoal e dívidas configuradas como tais, pouco restando de registro de qualquer outra obrigação de fazer, a exemplo da obrigação imposta por sentenças judiciais ao poder público de custear tratamentos de saúde não previstos nas políticas de saúde pública.²⁸⁵

Se os gastos com as ações judiciais não estão devidamente quantificados, como é possível aceitar a justificativa do impacto sobre o orçamento decorrente das sentenças aditivas, frequentemente alegada pelo Poder Público para negar a efetivação do direito fundamental à saúde? Ainda mais quando sabemos que o próprio Executivo, em várias ocasiões acaba por não utilizar o dinheiro arrecadado para determinada dotação orçamentária sem que seja necessária qualquer motivação para isso.

O contingenciamento de verbas previstas no orçamento realizado pelo Executivo é uma outra questão não muito discutida. Analisando o orçamento do governo federal de 2005, Eduardo Mendonça demonstra o corte de 4,7 milhões de reais que, embora previstos, não

²⁸¹ BITTENCOURT, Fernando Moutinho Ramalho; GRAÇA, Luis Otavio Barroso. Decisões judiciais e orçamento público no Brasil: aproximação empírica a uma relação emergente. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 213-214.

²⁸² Id. *Ibid.*, p. 204.

²⁸³ “No entanto, não encontramos estudos que enfocassem um dos elementos fáticos centrais desse campo: o impacto direto da ação judicial sobre os recursos comuns da coletividade reunidos no orçamento público.” Id. *Ibid.*, p. 193-194.

²⁸⁴ Fontes: i) o SIAFI (sistema integrado de informação financeira), sistema informatizado que gera a execução orçamentária, financeira e contábil do governo federal para os dados relativos ao orçamento da União; e ii) a consolidação das contas públicas dos entes subnacionais realizada pela Secretaria do Tesouro Nacional em cumprimento ao artigo 51 da Lei de Responsabilidade Fiscal, para as informações das finanças públicas estaduais e municipais. Essa dicotomia de fontes traz uma grande alteração no grau de detalhamento e de acessibilidade dos dados. Enquanto a fonte de dados federais permite uma melhor informação, os dados municipais e estaduais são recolhidos de um conjunto heterogêneo de milhares de fontes (o que corresponde a praticamente um sistema informatizado diferente para cada ente subnacional, totalizando mais de cinco mil fontes primárias distintas) Id. *Ibid.*, p. 201.

²⁸⁵ Id. *Ibid.*, p. 205.

foram gastos em áreas essenciais.²⁸⁶ Aponta o autor que “a consequência é deixar no limbo uma parcela da receita pública”.²⁸⁷ O resultado é que as prioridades definidas no processo deliberativo do orçamento são redesenhadas por ato unilateral da Administração. Ou seja, a execução real do orçamento é caracterizada por ampla discricionariedade do Poder Executivo na liberação das dotações inicialmente previstas.²⁸⁸ Isso ocorre de tal forma que, após poucos dias do orçamento ser aprovado, o Presidente edita um decreto limitando a liberação dos recursos, sem qualquer motivação, o que é inadmissível especialmente quando se consolida a percepção de que as instâncias formais de decisão devem ser transparentes e permeáveis à opinião pública.²⁸⁹

Fala-se tanto na importância de políticas públicas, mas não podemos nos esquecer de que elas são definidas na lei orçamentária em função das possibilidades financeiras do Estado. Embora a qualidade e eficiência de um programa estatal não dependam apenas da quantidade dos recursos disponíveis, a retenção de verbas pelo Executivo terá como resultado programas governamentais menos abrangentes. Quanto da verba inicialmente prevista para cada item do orçamento deixou de ser utilizado para o fim a que destinava? Quanto foi contingenciado por ato unilateral do Executivo e passou a fazer parte “do limbo”? São questões a serem respondidas no caso concreto especialmente quando um dos entes da Federação está em juízo contestando a ação e esquivando-se de satisfazer o direito à saúde sob a alegação de que não há recursos e nem lei orçamentária que preveja aquela despesa. A análise dessas questões concretas em vez de discussões teóricas a respeito da escassez de recursos certamente irá auxiliar o julgamento do caso.

Diante dessa situação, Mendonça faz uma reflexão sobre a necessidade de uma correlação entre a legalidade tributária e a legalidade orçamentária, lembrando que nas Constituições de 1946 e 1967 a lógica do sistema era de que as receitas eram autorizadas em função das despesas também autorizadas. O sistema tinha o mérito de colocar em evidência a correlação entre receita e despesa. E o orçamento funcionava como uma forma de controle do Legislativo sobre a atividade administrativa.²⁹⁰

Ana Paula de Barcellos também critica o fato de que embora a Constituição se preocupe em impor limites ao poder de tributar, ela pouco se importa em disciplinar a despesa

²⁸⁶ MENDONÇA, Eduardo. Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas públicas. In: SARLET, Ingo; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 379-381.

²⁸⁷ Id. Ibid.

²⁸⁸ Id. Ibid., p. 378.

²⁸⁹ Id. Ibid., p. 391.

²⁹⁰ Id. Ibid., p. 385.

pública. Para ela é inconcebível que a Constituição não tenha qualquer regulamentação ou exigência de controle do conteúdo das decisões a respeito das despesas públicas.²⁹¹

Em nosso entender, esta solução poderia engessar a execução do orçamento em saúde na medida em que não deixaria margem de flexibilidade para o remanejamento de verbas que pudessem estar superestimadas para a realização de determinada despesa. Por esta razão, defendemos a posição de que os recursos possam ser remanejados de forma autônoma pelo Executivo a fim de impedir que os valores não gastos permaneçam “no limbo”. Para isso, bastaria que a hipótese fosse enquadrada no regime dos créditos suplementares. E, se isso não fosse possível, ainda haveria a via dos créditos especiais, que podem ser requisitados ao legislador.

Esta é uma das razões pelas quais a discussão da judicialização da saúde, especialmente quando faz a análise do orçamento da saúde, deve levar em conta a estrutura e o funcionamento do SUS concreto na região do litígio, bem como as metas estabelecidas no plano de saúde municipal e estadual para aferir a adequação dos investimentos e identificar possíveis omissões do Poder Público na concretização da política de saúde estabelecida no Plano de Saúde elaborado nos vários níveis de governo.

Concordamos que há de se regulamentar a forma como o Judiciário em suas decisões possa intervir de forma cogente na alocação de verbas, quando se fizer necessário. Também entendemos que a questão orçamentária não é uma questão menor e que precisamos reforçar mecanismos de participação da sociedade na elaboração e no controle da execução do orçamento. Mas não podemos limitar a questão da judicialização ao tema da reserva do possível, no sentido de que ela se transforme em mera alegação do Poder Público para justificar a negação do direito à saúde. É preciso que em juízo essa alegação seja comprovada documentalmente e mais, que o Executivo comprove onde “concretamente” deixou de investir para atender ao determinado na sentença judicial,²⁹² e de onde retirou o dinheiro para realizar

²⁹¹ Este paradoxo é apontado por Ana Paula de Barcellos ao afirmar: “A apuração de recursos pelo Poder Público é tema amplamente regulamentado pelo direito constitucional, desde as clássicas limitações ao poder de tributar, até as modernas regras que regem o endividamento público. Em suma: para a apuração de receitas, o Estado deverá obediência às normas jurídicas pertinentes. O que dizer da despesa? Ora, a despesa pública é exatamente o mecanismo pelo qual o Estado, além de sustentar sua própria estrutura de funcionamento, procura realizar seus fins e objetivos. Do ponto de vista formal, as despesas públicas deverão estar previstas no orçamento, nos termos constitucionais e legais. Mas o que deverá constar do orçamento? Em que se deverá investir? Em que os recursos públicos devem ser aplicados? Com muito maior razão, também o conteúdo das despesas haverá de estar vinculado juridicamente às prioridades eleitas pelo constituinte originário”. BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 240-241.

²⁹² “O espaço para argumentos puramente formais ou etéreos, como separação de poderes, mérito do ato administrativo, prevalência do interesse público são de pouco valor prático”. AMARAL, Gustavo. *Direito*,

as despesas com as sentenças judiciais. Neste sentido, pertinente é a observação de Gustavo Amaral e Danielle Melo no sentido de que parece “impressionante que mesmo após anos de ativismo judicial quanto a medicamentos não sejam conhecidos estudos que apontem de onde vieram os recursos para a compra”.²⁹³

2.8. Complementaridade, indissociabilidade, unidade e indivisibilidade dos direitos fundamentais

Desde o reconhecimento dos direitos fundamentais nas primeiras Constituições, eles passaram por diversas transformações, e é nesse contexto histórico que costumava-se falar na existência de gerações de direitos. Os direitos de 1ª geração (civis e políticos) são aqueles direitos de cunho negativo, uma vez que dirigidos a uma abstenção do Estado. Eles demarcam uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual do indivíduo em face do seu poder.²⁹⁴

Os direitos de 2ª geração (sociais, econômicos e culturais) dizem respeito não mais a uma liberdade do indivíduo *do e perante* o Estado, mas sim de uma liberdade *através* do Estado.²⁹⁵ Esses direitos se caracterizam por outorgarem ao indivíduo o direito a prestações sociais estatais como, por exemplo, o direito à saúde, à educação, ao trabalho, à assistência social. São os direitos que fazem com que ele tenha “o direito de participar do bem-estar social”.²⁹⁶

Os direitos de 3ª geração (direitos de solidariedade e fraternidade) caracterizam-se por destinarem-se à proteção de grupos e coletividades. São direitos de titularidade coletiva e difusa.²⁹⁷ Nesta categoria são reconhecidos, por exemplo, o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e a qualidade de vida, à conservação e

escassez & escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 183.

²⁹³ AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 95. Neste sentido, indaga o doutrinador: “Será que os remédios fornecidos por força de decisão judicial foram obtidos graciosamente pelo Estado? Será que foram adquiridos por compra emergencial? Será que os preços obtidos foram os melhores? Não tendo havido aquisição gratuita, de onde vieram os recursos? De outros setores? De redução de gastos com propaganda? Ou será que vieram da não execução de prioridades no próprio setor de saúde, como sugere a reportagem do Valor Econômico do dia 16 de agosto de 2007?”

²⁹⁴ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hanna Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 126.

²⁹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 49.

²⁹⁶ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*, cit., p. 127.

²⁹⁷ Id. *Ibid.*, p. 131.

utilização do patrimônio histórico e cultural, o direito à comunicação.²⁹⁸ A principal característica desses direitos é a titularidade coletiva, às vezes indeterminada e indefinida e isso faz com que, além de ter a dimensão de um direito individual, eles, ao mesmo tempo, possuam uma dimensão de direitos difusos. Isso exige outras técnicas de garantia e proteção, como se percebe, por exemplo, com relação ao direito ao meio-ambiente e à qualidade de vida.²⁹⁹

Os direitos de 4ª geração (direito à democracia, à informação, ao pluralismo)³⁰⁰ são aqueles decorrentes da universalização dos direitos fundamentais no campo institucional. Para Paulo Bonavides, “a globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos de quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado”.³⁰¹ A democracia, nesse aspecto, seria para o autor uma democracia direta que se concretizaria graças aos avanços da tecnologia e de comunicação e seria sustentada legitimamente devido à informação correta e às aberturas pluralistas do sistema.

Alguns doutrinadores, porém, afirmam que o uso da expressão “geração de direitos” deve ser evitado porque ele dá uma impressão incorreta de uma substituição gradativa de uma geração por outra quando na verdade o processo de reconhecimento de todos os direitos fundamentais é um processo progressivo, cumulativo, de complementaridade e não de alternância.³⁰² A solução por eles propugnada de utilização do termo “dimensão do direito” não parece ser adequada na medida em que poderia nos induzir a pensar que um direito é mais fundamental do que outro. Na verdade, há de se ressaltar que os direitos fundamentais devem ser concebidos como uma integralidade, ou uma unidade, que não comporta fracionamento.³⁰³ Assim, a sua classificação em “gerações” ou “dimensões” somente poderá ser admitida como critério meramente didático e histórico. Não há, essencialmente, qualquer diferença hierárquica ou de prioridade entre as diversas gerações de direitos humanos, de tal maneira que ao Estado cabe a realização integral e contemporânea desses direitos constitucionais.

²⁹⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 571.

²⁹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p.51.

³⁰⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 524-526.

³⁰¹ Id. *Ibid.*, p.571.

³⁰² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 47.

³⁰³ DALLARI, Dalmo de Abreu. A violação dos direitos econômicos, sociais e culturais e seu impacto no exercício dos direitos civis e políticos. In: ENCONTRO BRASILEIRO DE DIREITOS HUMANOS, 1º. São Paulo, 1999, São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria-Geral do Estado, 2001. p. 69-84. (Série Eventos, 8).

O direito à saúde é tido como um direito de 2ª geração, ou seja, um direito social que também pode ser denominado de direito prestacional, na medida em que exige prestações positivas do Estado para ser satisfeito. Entretanto, se existe um direito em que se pode, por um lado, comprovar a superação da antiga classificação dos direitos humanos em gerações de direitos e, por outro lado, constatar a unicidade, indivisibilidade e complementaridade desses mesmos direitos, é o direito à saúde.

O direito à saúde nos permite comprovar a indissociabilidade, a complementaridade, a unidade e a indivisibilidade dos direitos fundamentais. Tradicionalmente classificado como um direito de 2ª geração, ele é indissociável do direito ao meio ambiente saudável e à qualidade de vida (direitos de 3ª geração); do direito de escolher livremente o tipo de tratamento a que quiser se submeter (liberdade negativa-direito de 1ª dimensão); do direito de participar das decisões a respeito das políticas de saúde (direito à cidadania e à democracia – direito de 4ª geração); do direito de ter respeitados os valores de sua cultura no tratamento efetuado (direito de 4ª geração); direito de ser informado a respeito dos efeitos colaterais e adversos de seu tratamento (direito à informação – 4ª geração).

Pode-se afirmar, enfim, que o direito à saúde é complementar e indissociável dos demais direitos humanos. Saúde pressupõe direito à liberdade, direito à informação, direito à participação nas decisões sobre políticas de saúde, direito ao meio ambiente saudável e sustentável, direito à moradia, ao saneamento básico, à educação e ao trabalho, o que confirma a tese da indivisibilidade dos direitos humanos.

3. O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

3.1. Tipos de sistemas de saúde

A saúde pode ser vista como um bem individual e, nesse sentido, ela é considerada um direito subjetivo que permite ao indivíduo, titular desse direito, reivindicar do Estado a prestação relativa à concretização desse direito.³⁰⁴ Mas ela também pode ser considerada como um bem coletivo, cujo titular é uma coletividade ou um número indeterminado de pessoas. Como então satisfazer a esse direito à saúde é a pergunta que se coloca. Com o tempo, o homem percebeu que era impossível dar conta sozinho de sua saúde, e que, portanto, era necessário que a sociedade como um todo e o Estado investissem na satisfação desse direito.³⁰⁵

Classicamente, o direito à saúde é tido como um direito de 2ª geração. Ele integra os direitos sociais, econômicos e culturais que se caracterizam por outorgarem ao indivíduo o direito a prestações sociais estatais. São os direitos que fazem com que ele tenha “o direito de participar do bem-estar social”.³⁰⁶ Mas se a saúde tem um custo e se em todos os países as despesas com saúde são cada vez mais crescentes,³⁰⁷ organizar o sistema para fazer frente às necessidades da população passa a ser uma questão chave de todos os governos. A solução, como apontam os estudiosos, passa por três opções de enfrentamento do problema: o sistema de livre mercado, o sistema que privilegia a prestação universal de iguais serviços à totalidade de cidadãos, e o sistema misto, sistemas esses, que passaremos a analisar.

Dentre os países com sistemas de livre mercado, como por exemplo os EUA, a Nova Zelândia e a Suíça,³⁰⁸ os Estados Unidos da América são o exemplo mais típico. O sistema americano permaneceu desde a sua criação um sistema tipicamente liberal baseado na iniciativa privada, cabendo ao Estado fazer a cobertura apenas à população mais pobre (através do Medicaid) e aos idosos (através do Medicare).³⁰⁹ Os seguros privados são

³⁰⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudo sobre direitos fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora; 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 57.

³⁰⁵ BRESCIANI, Carlo. Il concetto di giustizia distributiva e il problema della ripartizione equa delle risorse in sanità. In: _____. *Ética, risorse economiche e sanità*. Milão, Giuffrè, 1998. p. 12.

³⁰⁶ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hanna Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 127.

³⁰⁷ LAMBERT - FAIVRE, Yvonne. *Droit des Assurances*. 11. ed. Paris: Dalloz, 2001. p. 835.

³⁰⁸ RODRIGUES, Paulo Henrique.; SANTOS, Isabela Soares. *Saúde e cidadania: uma visão histórica e comparada do SUS*. São Paulo: Ateneu, 2008. p. 16.

³⁰⁹ CUTLER, David M.; GRIBER, Jonathan. *Does public insurance crowd out private insurance?* Working Paper n. 5082 NBER: April 1995. Disponível em: <<http://www.nber.org/papers/w5082>>. Acesso em: 7 nov. 2010. CUTLER, D. M. *Health care and public sector*. Working Paper n. 8802. NBER: February 2002. Disponível em: <<http://www.nber.org/papers/w8802>>. Acesso em: 7 nov. 2010.

adquiridos por grande parte da população que não tem direito a ser coberta pelos programas públicos (Medicare e Medicaid). A grande parte das pessoas que possuem seguro privado é financiada pelos empregadores.³¹⁰

Dentre aqueles países que privilegiam o sistema público como, por exemplo, a Suécia, o Reino Unido, a Itália, Portugal e Espanha,³¹¹ o Reino Unido é o típico exemplo de um país capitalista que implantou um sistema público de saúde (universalista). O sistema permanece predominantemente público até os dias de hoje, embora tenha feito, em 1970, algumas reformas em relação ao método de alocação de recursos entre as esferas de governo, em 1980, nos métodos de gerenciamento e, em 1990, tenha introduzido mecanismos de mercado para instituir a competição entre os prestadores de serviços. Posteriormente, no final década de 1990, foram introduzidas metas de desempenho e a qualidade da assistência passou a ser avaliada a partir de indicadores de desempenho e eficiência elaboradas pelo National Institute for Clinical Excellence (NICE).³¹²

Os países que possuem um sistema misto de saúde, ou seja, que pressupõe a existência do *mix* público-privado, podem apresentar várias e diferentes formas de relacionamento entre esses dois setores. A participação privada pode se dar em um sistema público universal, como é o caso do Brasil, ou em um sistema público que beneficia algumas categorias profissionais através do seguro social, como é o caso da Alemanha e da Holanda, nos quais grande parte da população está coberta pelo sistema público, porém, os mais ricos podem ser cobertos por seguro privado.³¹³

É importante salientar que os tipos puros de sistema não existem na maioria dos países. E o que se encontra, com frequência, é um relacionamento entre o setor público e o setor privado que pode se dar de várias formas. Assim, a classificação dos sistemas de saúde é apenas uma apresentação didática que visa acentuar as características de cada sistema.

³¹⁰ FRONSTIN, P. *Worker's health insurance: trends, issues, and options to expand coverage*. Employment Benefit Research Institute. March, 2006. Disponível em: <http://www.commonwealthfund.org/usr_doc/Fronstin_workershtins_908.pdf>. Acesso em: 23 out .2010.

³¹¹ RODRIGUES, Paulo Henrique.; SANTOS, Isabela Soares. *Saúde e cidadania: uma visão histórica e comparada do SUS*. São Paulo: Ateneu, 2008. p. 16.

³¹² SANTOS, Isabela Soares. *O mix público-privado no sistema de saúde brasileiro: elementos para uma regulação da cobertura duplicada*. 2009. 186 f. Tese (Doutorado) - Escola de Saúde Pública Sergio Arouca, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. p. 34-35.

³¹³ SALTMAN, Richard. Social Health Insurance in perspective: the challenge of sustaining stability. In: SALTMAN, R.; BUSSE, R; Figueras, J. (Ed.). *Social health insurance systems in western Europe*. England Open University Press, 2004. p. 4-20.

Rodrigues e Santos dividem os sistemas em três tipos: o público de acesso universal; o do seguro social; e o privado.³¹⁴ Nós optamos, pela proposta por Carlo Bresciani, conforme citamos abaixo.

No regime de livre mercado, a saúde é considerada um bem como qualquer outro e será adquirida de acordo com a possibilidade do usuário. Os indivíduos têm o serviço pelo qual podem pagar ou que lhes seja dado por caridade. Nesta modalidade de assistência as pessoas terão a garantia correspondente à cobertura contratada. Embora este seja um sistema de liberdade contratual, ainda assim será necessária uma pequena rede de seguridade social, para atender às necessidades mais graves e urgentes dos cidadãos com respeito à saúde.

A grande crítica que se faz a este tipo de sistema é a de que nele ninguém irá querer assegurar doentes com patologias crônicas ou cujo tratamento seja extremamente caro, como, por exemplo, um doente aidético, um doente crônico ou um idoso repleto de patologias. Além disso, tal sistema tende a acentuar uma tremenda injustiça em relação à classe social mais débil, que não pode arcar com os serviços de saúde de que necessita e não poderá satisfazer o seu direito à saúde. Deixando a saúde nas mãos do mercado, onde o consumo é regulado pelas leis da oferta e da procura, esta concepção de sistema de saúde acaba com qualquer tentativa de se introduzir mais igualdade entre os cidadãos, base do princípio fundamental de uma república democrática.³¹⁵

O regime de distribuição com base na igualdade, entende ser necessário prover assistência sanitária igual para todos. O pressuposto básico desta concepção é de que um ser humano não vale mais do que o outro, de que a dignidade da pessoa humana deve ser respeitada e de que todos devem participar de um único sistema de saúde. A distribuição sobre base igualitária das prestações sanitárias implica na implantação de um sistema do qual todos participem independentemente de sua condição social ou financeira. A participação das classes sociais mais ricas no sistema torna-se uma garantia de melhor qualidade e maior quantidade dos serviços. Pois, na medida em que as classes mais abastadas tenham interesse

³¹⁴ Para os autores, o sistema público de acesso universal é financiado por tributos, tem o acesso universal ao sistema, a condição de acesso está relacionada ao direito de cidadania, a prestação do serviços pode ser pública ou privada, a organização do sistema é pública. O sistema do seguro social é financiado por contribuições sobre a folha de pagamento das empresas, a forma de acesso ao sistema se dá de acordo com as categorias profissionais, a condição de acesso está relacionada à contribuição paga, a prestação de serviço é pública ou privada e a organização do sistema é semi-pública. O sistema privado tem financiamento privado, a forma de acesso é individual mediante pagamento pelo serviços, a prestação de serviços é privada e a organização do sistema é privada. RODRIGUES, Paulo Henrique.; SANTOS, Isabela Santos. *Saúde e cidadania: uma visão histórica e comparada do SUS*. São Paulo: Ateneu, 2008. p. 16.

³¹⁵ BRESCIANI, Carlo. Il concetto di giustizia distributiva e il problema della ripartizione equa delle risorse in sanità. In: _____. *Ética, risorse economiche e sanità*. Milão: Giuffrè, 1998. p. 18.

em ter um sistema de alto nível, isso acabará revertendo em benefício para todos os integrantes do sistema.

Este sistema é sustentado por uma política fiscal efetiva e equitativa segundo o princípio proporcional. Assim, aqueles que possuem melhores condições financeiras contribuem com mais intensidade do que os menos favorecidos. Na medida em que a contribuição seja proporcional à situação financeira dos beneficiados, a repartição de despesas seria baseada na justiça e na igualdade.³¹⁶

Muitos advogam que, para a viabilidade do sistema exclusivamente público, é preciso que todos arquem compulsoriamente com os custos do serviço.³¹⁷ E também seria necessário proibir a livre iniciativa, a livre associação e a disposição da propriedade privada, de tal maneira que ficaria inviabilizado o funcionamento de clínicas privadas para não haver qualquer prestação extra-sistema público de saúde.³¹⁸

Este sistema é submetido a inúmeras críticas. Uma delas diz respeito à dificuldade de se determinar o quão completo ele deve ser. Outro problema está na diferenciação entre as necessidades essenciais em saúde que devem ser garantidas pelo sistema público, e outras necessidades que poderiam ser deixadas ao indivíduo. Nesse sentido, a pergunta que se faz é, por exemplo, se o sistema deve compreender e cobrir a cirurgia estética, o tratamento psicoterapêutico em todos os níveis, hemodiálise para todos, marca-passo a quem necessite e tantas outras necessidades em saúde. Outro ponto importante que os estudiosos entendem ser necessário no sistema é a definição do que deve ser considerado uma doença grave e qual pedido deve ser atendido, uma vez que não se poderá dar a todos tudo aquilo que requerem, sob pena da despesa com saúde se tornar incontrolável.³¹⁹

Além disso, concluem eles que este sistema desestimula a iniciativa privada (profissional e de grupos), pois “se tudo é garantido a todos e em igual medida, teremos cada vez menos estímulo para fazer ou dar mais de si”.³²⁰ E não haveria como negar que a livre iniciativa é importante para estimular a criatividade (não só para aumentar os ganhos) e os progressos na área da saúde.

³¹⁶ BRESCIANI, Carlo. Il concetto di giustizia distributiva e il problema della ripartizione equa delle risorse in sanità. In: _____. *Ética, risorse economiche e sanità*. Milão: Giuffrè, 1998. p. 20.

³¹⁷ BRENNAN, Troyen A.; HAVIGHURST, Clark C.; BLUMSTEIN, James F. *Health care law and policy: readings, notes and questions*. Washington: West Group, 1998. p. 86.

³¹⁸ BRESCIANI, Carlo. *Il concetto di giustizia distributiva e il problema della ripartizione equa delle risorse in sanità*, cit., p. 20.

³¹⁹ Id. *Ibid.*, p.20.

³²⁰ Id. *Ibid.*, p.21.

O sistema misto é um tipo de organização da saúde que comporta a existência de duas classes de assistência médica: um sistema público financiado pela arrecadação fiscal fornecendo assistência a todos, e um sistema privado que pressupõe a liberdade de iniciativa e de mercado para os que têm recursos disponíveis. Para Carlo Bresciani, este sistema não pretende criar igualdade absoluta, mas tenta diminuir as desigualdades, embora coloque um certo limite para a liberdade e garantia de saúde a todos.³²¹

A racionalização dos recursos existentes é uma das vantagens apontada por Fernando Campos Scaff para este tipo de sistema. Isso ocorre porque o sistema permite, por um lado, que o particular contrate ou não os serviços oferecidos no mercado (estimulando a concorrência e a livre iniciativa entre profissionais liberais e entre empresas que atuam no ramo da saúde). E, por outro lado, permite que as pessoas menos favorecidas tenham os cuidados de saúde que não podem custear.³²²

Este é, na opinião de alguns estudiosos, um sistema melhor, mas não satisfaz inteiramente a todas as necessidades, pois irá depender muito do nível de solidariedade social, que é instrumentada através da arrecadação fiscal e da contribuição das instituições de caridade. Para um adequado funcionamento, este sistema pressupõe a permanência e plena realização do Estado social. Organizar o sistema misto de modo a evitar dispersão inútil de recursos públicos e, ao mesmo tempo, propiciar uma sã e correta concorrência entre o público e o privado pode, no entender de alguns doutrinadores, trazer benefícios ao usuário.³²³ Deve-se, portanto, tentar compatibilizar solidariedade e eficiência/eficácia na cura de doença, além de se promover na comunidade a reflexão sobre o que se deve entender por direito à saúde; quais devem ser os critérios de moralidade e de justiça social ou distributiva e qual é o significado de qualidade de vida.

A permanente tensão entre “o desejo da sociedade de ver os cuidados com saúde serem providos de modo ilimitado, em atendimento ao indivíduo aflito e, de outro, os insuperáveis limites que restringem o acesso e a disponibilização dos recursos técnicos, econômicos e humanos para o tratamento necessário e útil”,³²⁴ apontam para a adequação de um sistema que possibilite a coexistência da gestão pública da saúde e da atuação das entidades privadas.

³²¹ BRESCIANI, Carlo. Il concetto di giustizia distributiva e il problema della ripartizione equa delle risorse in sanità. In: _____. *Ética, risorse economiche e sanità*. Milão: Giuffrè, 1998. p.20.

³²² SCAFF, Fernando Campos. *Direito à saúde no âmbito privado: contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 22.

³²³ BRESCIANI, Carlo. *Il concetto di giustizia distributiva e il problema della ripartizione equa delle risorse in sanità*, cit., p.22.

³²⁴ SCAFF, Fernando Campos. *Direito à saúde no âmbito privado*, cit., p. 23-24.

O SUS é um sistema misto de saúde no qual, ao lado do setor público, admite-se a participação da iniciativa privada de forma complementar (quando os serviços públicos são insuficientes) ou de forma suplementar (quando os serviços são prestados de forma exclusiva pelo setor privado). O problema do sistema reside então na questão de se determinar qual é o nível máximo possível de assistência à saúde para todos no setor público e o que pode ser deixado para ser arcado pelo sistema privado.

O relacionamento entre os serviços públicos e os serviços privados na área da saúde passa então a ser o ponto crítico e de permanente tensão dentro do sistema. Esta questão será analisada no capítulo de n. 4.

3.2. A criação do SUS

Antes da criação do SUS, o Ministério da Saúde, com a ajuda dos estados e municípios, desenvolvia preponderantemente ações relativas à promoção da saúde e prevenção de doenças, com destaque para as campanhas de vacinação e o controle de endemias. Eram ações que beneficiavam a toda a população brasileira. Mas, se em relação a essas ações, imperava a universalidade de acesso, o mesmo já não acontecia com os serviços de assistência à saúde. A participação do governo federal nessa área restringia-se à manutenção de apenas poucos hospitais especializados (tuberculose e psiquiatria), além da ação da Fundação Serviços Especiais de Saúde Pública nas regiões Norte e Nordeste.³²⁵ A prestação de serviços de saúde pelo Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência-INAMPS (autarquia do Ministério da Previdência e Assistência Social) também se restringia apenas à população que contribuía para a Previdência Social.

A grande atuação do poder público na área da assistência à saúde se deu, historicamente, a partir da atuação dos Institutos de Aposentadoria e Pensões, que foram posteriormente unificados em 1966 no Instituto Nacional de Previdência Social (INPS).³²⁶ O novo órgão concentrou todas as contribuições previdenciárias, ao mesmo tempo que passou a gerir as aposentadorias, as pensões e a assistência médica de todos os trabalhadores formais,

³²⁵ SOUZA, Renilson Rehem. O sistema público de saúde brasileiro. In: NEGRI, Barjas; VIANA, Ana Luiza D'Ávila (Org.). *O sistema único de Saúde em dez anos de desafio*. São Paulo: Sobravime; Cealag, 2002. p. 445.

³²⁶ As Caixas de Aposentadorias e Pensões, criadas a partir de 1920, foram a primeira interferência institucionalizada do Estado na organização dos serviços médicos. Com a reforma trabalhista do governo Vargas (1930-1945), criam-se os Institutos de Aposentadorias e Pensões (IAP) – industriários (1936), Iapetec – transportes e cargas (1938) e Iaserj – servidores do Estado. Cada IAP organiza sua rede própria de serviços de assistência médica hospitalar. Os institutos e as Caixas são em número de 24 em 1924, 47 em 1930 e, em 1964, já asseguravam 22% da população brasileira. Com a unificação dos IAPs, quando da criação do INPS, o Estado tornou-se o maior empregador de serviços de saúde. ESCOREL, Sarah; NASCIMENTO, Dilene Raimundo; EDLER, Flavio Coelho. As origens da reforma sanitária e do SUS. In: LIMA, Nisia Trindade (Org.). *Saúde e democracia: história e perspectiva do SUS*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2005. p. 61.

embora excluísse dos benefícios os trabalhadores rurais e os trabalhadores que encontravam-se na informalidade.

Em 1974, foi criado o Ministério da Previdência e Assistência Social, com o desdobramento do INPS em três institutos: o Instituto da Administração Financeira da Previdência Social (IAPAS), o INPS e o INAMPS. A partir daí, cabia ao INAMPS a responsabilidade de prestar assistência à saúde a todos os seus associados. Para atender à parcela de contribuintes que se concentrava em grandes centros urbanos, o INAMPS construiu grandes ambulatórios e alguns hospitais, mas como estes eram insuficientes para fazer frente à demanda, a autarquia passou a contratar serviços de particulares e de entidades filantrópicas, pagando-lhes pelo serviço prestado.³²⁷ Isso explica a concentração dos serviços nos grandes centros urbanos, pois era neles que estavam os trabalhadores que contribuía para a previdência e eram beneficiados pelos serviços.

Com a crise da Previdência Social em 1970, o INAMPS racionalizou despesas e passou também a contratar serviços existentes no setor público (estados e municípios), inicialmente através de convênios. Além disso, a autarquia, por força da pressão popular, também passou a incluir entre os beneficiários dos serviços, os trabalhadores rurais.

Ao final dos anos 80, terminou a exigência de comprovação da qualidade de contribuinte (apresentação de carteira) para ser atendido nos hospitais e ambulatórios do INAMPS e nos hospitais conveniados. A universalização da assistência médica caminhava a passos largos. Em julho de 1987, através de uma proposta da presidência do INAMPS e do Ministério da Previdência e Assistência Social, criou-se o Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde (SUDS),³²⁸ e foram então celebrados convênios entre o INAMPS e os governos estaduais. O SUDS tinha como princípios básicos: a universalização, a equidade, a descentralização, a regionalização, a hierarquização e a participação comunitária. É o início de um sistema de saúde de cobertura universal, antes mesmo da criação do SUS através da Constituição Federal de 1988 e posteriormente da Lei 8080/90, que o regulamentou em 19 de setembro de 1990. Pode-se dizer que o SUDS tinha a preocupação de garantir a viabilidade do direcionamento de recursos federais para os municípios, sem que ainda estivesse explicitada uma política de municipalização. Porém, também havia a preocupação de se garantir, ao

³²⁷ SOUZA, Renilson Rehem. O sistema público de saúde brasileiro. In: NEGRI, Barjas; VIANA, Ana Luiza D'Ávila (Org.). *O sistema único de Saúde em dez anos de desafio*. São Paulo: Sobravime; Cealag, 2002. p. 412.

³²⁸ ESCOREL, Sarah; NASCIMENTO, Dilene Raimundo; EDLER, Flavio Coelho. As origens da reforma sanitária e do SUS. In: LIMA, Nisia Trindade (Org.). *Saúde e democracia: história e perspectiva do SUS*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2005. p. 79.

máximo, que os recursos destinados à saúde não se dispersassem e nem fossem apropriados para fins clientelísticos ou eleitoreiros.

A ideia contida no SUDS era a transferência de recursos do INAMPS para os serviços do Estado, mediante convênio, em função de uma programação integrada e não por prestação de serviços. Pretendia-se também que os estados coordenassem o processo de municipalização e que o Ministério da Saúde e o Ministério da Previdência e Assistência Social fossem uma Secretaria Nacional de Saúde, dentro de um Ministério da Seguridade Social

O SUDS foi estrategicamente criado ao mesmo tempo em que se instalava na Câmara dos Deputados a Comissão Nacional de Reforma Sanitária (CNRS) e enquanto se desenvolviam os trabalhos da Constituinte.³²⁹ Essa Comissão era composta por representantes de todos os segmentos interessados na saúde: do setor público e privado, dos setores sociais, de parlamentares, e debateu por quase um ano (1987-1988) a formulação de uma proposta de um Sistema Único de Saúde, que subsidiou a Assembleia Constituinte na redação final do capítulo sobre a saúde na Constituição Federal de 1988.³³⁰

Podemos identificar dois fatores importantes que influíram na criação do Sistema Único de Saúde. São eles: i) a crise de financiamento do modelo de assistência médica; ii) a mobilização política dos trabalhadores em saúde, dos centros universitários congregados num movimento chamado de Reforma Sanitária. Esse movimento exerceu forte influência na Constituinte, especialmente no tocante à área da saúde. Como resultado dessa pressão, foram aprovados grande parte dos artigos relativos à área da saúde na Constituição Federal. Com o artigo 196 da Constituição Federal, fica estabelecida a universalidade de cobertura dos serviços e ações de saúde, isto é, o serviço deve atender a toda a população. O artigo 198 da Carta Magna estipula as fontes de financiamento do modelo de assistência médica: os recursos sairão inicialmente da Seguridade Social, da União, dos estados, e dos municípios.

Após a promulgação da Constituição em 1988, o INAMPS, através do Decreto 99060 de 7/03/90, passou a integrar o Ministério da Saúde, tendo sido preservado até 1993. Com a extinção do INAMPS, todas as suas funções, competências, atividades e atribuições foram transferidas para as instâncias federal, estadual e municipal, responsáveis pela gestão do sistema (SUS).

³²⁹ ESCOREL, Sarah; NASCIMENTO, Dilene Raimundo; EDLER, Flavio Coelho. As origens da reforma sanitária e do SUS. In: LIMA, Nisia Trindade (Org.). *Saúde e democracia: história e perspectiva do SUS*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2005. p. 80.

³³⁰ SANTOS, Nelson Rodrigues. A reforma sanitária e o Sistema Único de Saúde: tendências e desafios após 20 anos. *Saúde em Debate*, Rio de Janeiro, v. 33, n. 81, p. 22, jan./abr. 2009 .

Na esteira e sob a influência dos princípios constitucionais da universalidade, integralidade e descentralização das ações de saúde, é editada a Lei 8080/90, conhecida como Lei Orgânica da Saúde, a Lei 8142/90 (que dispõe sobre Conselhos de Saúde e Conferências de Saúde) e uma série posterior de normas operacionais básicas (NOB) e de normas operacionais de assistência à saúde (NOAS). A lei estabeleceu a universalidade de acesso aos serviços em todos os níveis (federal, estadual, municipal) e definiu um comando único em cada esfera de governo. Temos assim a criação de um sistema único de saúde, hierarquizado, descentralizado, calcado na universalidade de acesso e integralidade dos serviços, a todos os brasileiros.

3.3. O Movimento da Reforma Sanitária

O Sistema Nacional de Saúde implantado no Brasil durante o período da ditadura militar caracterizou-se pelo predomínio financeiro das instituições previdenciárias e pela hegemonia de uma burocracia técnica que favorecia a mercantilização da saúde.³³¹ A lógica era de centralização das decisões e do encaminhamento das questões da saúde nas mãos do governo federal, o que afetou profundamente a saúde pública e a medicina previdenciária.

A insatisfação com o governo militar aumentava em 1974³³², e começaram a aparecer estudos que demonstravam os efeitos maléficos do modelo de desenvolvimento adotado pelo país para a qualidade de vida de muitos grupos populacionais, bem como o caráter irracional e perdulário do sistema de saúde.³³³

Os movimentos sociais se rearticulavam e exigiam mudanças na situação caótica da saúde pública e dos serviços previdenciários de atenção médica. Nesse contexto, sindicatos de diferentes categorias profissionais da saúde debatiam em seminários as epidemias, endemias e a degradação da qualidade de vida do povo. Esse movimento do setor da saúde acabou por unir-se aos movimentos sociais e deu origem ao Movimento pela Reforma Sanitária Brasileira, que é analisado por Jairnilson Silva Paim sob quatro ângulos: como ideia, como proposta, como projeto e como processo.³³⁴

³³¹ ESCOREL, Sarah; NASCIMENTO, Dilene Raimundo; EDLER, Flavio Coelho. As origens da reforma sanitária e do SUS. In: LIMA, Nisia Trindade (Org.). *Saúde e democracia: história e perspectiva do SUS*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2005. p. 60.

³³² ESCOREL, Sarah. *Reviravolta na saúde: origem e articulação do movimento sanitário*. Rio de Janeiro: 1999. p.35-47.

³³³ MELLO, Carlos Gentile; CARRARA, Douglas. *Saúde oficial, medicina popular*. Rio de Janeiro: Marco Zero, 1982.

³³⁴ PAIM, Jairnilson Silva. Uma análise sobre o processo da Reforma Sanitária. *Saúde em Debate*, Rio de Janeiro, v. 33, n. 81, p. 27-37, jan./abr. 2009.

A Reforma Sanitária surge como ideia no pensamento dos críticos do movimento ideológico da Medicina Preventiva que buscavam novas alternativas para a crise da saúde durante o autoritarismo.³³⁵ Para enfrentar o dilema preventivista,³³⁶ Sérgio Arouca sugeria uma prática teórica produtora de conhecimentos, e uma prática política voltada à mudança das relações sociais. Ele chamava a atenção para a influência das determinações sociais na produção da doença e nas relações entre o setor saúde e a população, que os preventivistas não levavam em conta.³³⁷

A ideia da Reforma Sanitária organiza-se como proposta, ou seja, como um conjunto articulado de princípios e proposições políticas, e é apresentada durante o 1º Simpósio de Política Nacional de Saúde da Comissão de Saúde da Câmara dos Deputados, realizado em 1979.³³⁸ Do encontro resultou o documento “A questão democrática na área de saúde” elaborado pelo Centro Brasileiro de Estudos em Saúde (CEBES), em 1980.

Esse documento tornou-se um marco na trajetória da Reforma por várias razões, entre elas: a formulação, pela primeira vez, da proposta de criação do Sistema Único de Saúde (SUS); a ocupação de um espaço estratégico no que diz respeito à construção de alianças com parlamentares; o reconhecimento do direito universal e inalienável à saúde; reconhecer o caráter social do direito à saúde e a determinação social da saúde. Diante da crise da saúde, apresentava-se uma resposta democrática.³³⁹

Dessa forma, surgiu em 1980 a proposição da criação do SUS, que foi retomada e ampliada na 8ª Conferência Nacional de Saúde em 1986. A partir de então, a Reforma Sanitária configura-se como um projeto, isto é, como um conjunto de políticas articuladas.³⁴⁰ Sob essa ótica, a Reforma Sanitária tinha como suporte um movimento que envolveu um conjunto de práticas ideológicas, políticas e culturais, conhecido como Movimento pela

³³⁵ Para os críticos da visão da Medicina Preventiva, o processo saúde-doença não tinha mais como foco o indivíduo, mas a coletividade (as classes sociais) e a distribuição geográfica da saúde e da doença. A reformulação do objeto saúde e a nova abordagem médico-social da saúde objetivada pelo movimento sanitário pretendia superar as visões biológica e ecológica do antigo preventivismo.

³³⁶ O movimento preventivista era o responsável por produzir conhecimento sobre a saúde da população e o modo de organizar as práticas sanitárias. Ele normatizava a conduta do médico a partir de um conceito ecológico de doença e saúde. A doença seria o resultado de um desequilíbrio na interação entre o hóspede (homem) e o seu ambiente”.

³³⁷ AROUCA, Antonio Sergio. *O dilema preventivista: contribuição para a compreensão e crítica da medicina preventiva*. São Paulo: Editora UNESP; Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2003, p.157-174.

³³⁸ SANTOS, Nelson Rodrigues. A reforma sanitária e o Sistema Único de Saúde: tendências e desafios após 20 anos. *Saúde em Debate*, Rio de Janeiro, v. 33, n. 81, p. 24, jan./abr. 2009.

³³⁹ FLEURY, Sonia. Revisitando “a questão democrática na área da saúde”: quase 30 anos depois. *Saúde em Debate*. Rio de Janeiro, v. 33, n. 81, p.157-158, jan./abr. 2009.

³⁴⁰ PAIM, Jairnilson Silva. *Saúde política e reforma sanitária*. Salvador: CEPS-ISC, 2002. p. 125.

Democratização da Saúde ou “Movimento Sanitário”.³⁴¹ Os reformistas almejavam mudanças não apenas no setor da saúde. Eles defendiam uma proposta mais ampla, qual seja, a democratização do Estado e da sociedade em uma época na qual crescia a privatização da assistência médica da Previdência Social.

Retrospectivamente, pode-se identificar na Reforma brasileira um verdadeiro processo de construção de mudanças. O processo da Reforma Sanitária, entendido como um conjunto de atos relacionados a práticas sociais – econômicas, políticas, ideológicas e simbólicas – pode ser analisado após a 8ª Conferência Nacional de Saúde (CNS), com a implantação dos Sistemas Unificados e Descentralizados de Saúde (SUDS), a instalação da Comissão Nacional de Reforma Sanitária (CNRS) e o desenvolvimento dos trabalhos da Assembleia Constituinte, a Constituição de 1988 e o período após a Constituição.³⁴²

A despeito das críticas que são feitas no sentido de que a reforma pretendida não foi totalmente realizada,³⁴³ não há como negar que a articulação dos intelectuais, profissionais da área da saúde, sindicatos e representantes da sociedade civil foi vitoriosa no sentido de influir diretamente, durante a Assembleia Constituinte e no período da elaboração da Lei Orgânica da Saúde, em 1990, na criação do Sistema Único de Saúde em que se assegurasse a toda a população o acesso universal às ações e serviços de saúde e a integralidade da atenção.

3.4. O SUS e a rede de assistência

Com base na Constituição, Fernando Aith conceitua o SUS como “a instituição jurídica criada pela Constituição Federal para garantir o direito à saúde, por meio da execução de políticas públicas que assegurem a redução do risco de doenças e agravos à saúde e o acesso universal e igualitário às ações e serviços públicos de saúde no Brasil”.³⁴⁴ Trata-se de um sistema formado por uma rede de ações e serviços públicos de saúde, dotado de uma organização interna e apto a prestar ações e serviços de saúde que são de relevância pública. O sistema é responsável por ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde e a reabilitação de doentes com sequelas.

³⁴¹ ESCOREL, Sarah. Reviravolta da saúde: origem e articulação do movimento sanitário. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 1998. p. 52-57.

³⁴² PAIM, Jairnilson Silva. Uma análise sobre o processo da Reforma Sanitária. *Saúde em Debate*, Rio de Janeiro, v. 33, n. 81, p. 31, jan./abr. 2009.

³⁴³ SANTOS, Nelson Rodrigues. A reforma sanitária e o Sistema Único de Saúde: tendências e desafios após 20 anos. *Saúde em Debate*, Rio de Janeiro, v. 33, n. 81, p. 13-26, jan./abr. 2009.

³⁴⁴ AITH, Fernando. Perspectivas do direito sanitário no Brasil: as garantias jurídicas do direito à saúde e os desafios de sua efetivação. In: SANTOS, Lenir (Org.). *Direito da saúde no Brasil*. Campinas: Saberes Editora, 2010. p. 202.

Para o perfeito funcionamento do sistema, organiza-se uma rede de serviços regionalizada, descentralizada e hierarquizada. A construção dessa rede é uma estratégia indispensável e nos permite criar múltiplas respostas para o enfrentamento da produção saúde-doença, o que pressupõe o atendimento integral do paciente, desde o atendimento nas Unidades Básicas de Saúde, até a realização de exames e internação se forem necessários.

A rede de atenção à saúde é caracterizada por um conjunto de serviços e equipamentos de saúde que se dispõem num determinado território geográfico e que se inter-relacionam.³⁴⁵ Como municípios muito pequenos não dispõem de equipamentos e serviços mais sofisticados, é preciso garantir a existência de uma rede regional, para que os munícipes possam ser encaminhados para os serviços existentes em outros municípios pertencentes àquela região de saúde.³⁴⁶

É preciso garantir que a ampliação da cobertura em saúde seja acompanhada de uma ampliação da comunicação entre os serviços, o que certamente resultará em processos de atenção e gestão mais eficientes e eficazes. Para a melhoria da qualidade de trabalho dos profissionais de saúde, é preciso que haja a comunicação não apenas entre os diversos serviços de saúde, como também entre os diversos setores da sociedade. Isso significa fortalecer o trabalho dos profissionais de saúde e dos múltiplos agentes sociais, que, direta ou indiretamente, contribuem para a melhoria das condições de vida dos indivíduos e populações. O trabalho dos profissionais de saúde se dá na rede de serviços de saúde, mas ele deve estar integrado às redes mais amplas de trabalho social.³⁴⁷

3.5. Objetivos, princípios e diretrizes do SUS

A relação entre objetivos, princípios e diretrizes do SUS é delineada por Fernando Aith ao afirmar que: “O recado dado pela Constituição resta evidente – os objetivos do SUS devem ser alcançados de acordo com os princípios fundamentais e em consonância com as diretrizes expressamente estabelecidas pela Constituição e pela Lei Orgânica da Saúde”.³⁴⁸

³⁴⁵ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. *Política nacional de humanização da atenção e gestão do SUS*. Acolhimento de classificação de risco nos serviços de urgência. Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Política Nacional de Humanização da Atenção e Gestão do SUS. Brasília: Ministério da Saúde, 2009.

³⁴⁶ O Estado de São Paulo por exemplo dividiu seu território em 64 regiões de Saúde que são gerenciadas por 17 Delegacias Regionais de Saúde (DRS). SÃO PAULO (Estado). *Plano diretor de regionalização*. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/pdr_sp.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2011.

³⁴⁷ TEIXEIRA, Ricardo Rodrigues. *As redes de trabalho afetivo e a contribuição da saúde para a emergência de uma outra concepção de público*. Disponível em: <<http://www.corposem.org/rizoma/redeafetiva.htm>>. Acesso em: 09 set. 2009.

³⁴⁸ AITH, Fernando. Perspectivas do Direito Sanitário no Brasil: as garantias jurídicas do direito à saúde e os desafios de sua efetivação. In: SANTOS, Lenir (Org.). *Direito da saúde no Brasil*. Campinas: Saberes Editora, 2010. p. 208.

Para ele, enquanto os princípios fornecidos pela Constituição são o alicerce do sistema, as diretrizes são os caminhos a serem seguidos para que se alcancem os objetivos.

Os objetivos definidos no art. 196 da Constituição Federal são melhor enunciados pelo artigo 5º da Lei Orgânica da Saúde da seguinte forma: i) identificar os fatores condicionantes e determinantes da saúde e, em consequência, formular a política de saúde destinada a promover, nos campos econômico e social, a redução dos riscos de doenças e outros agravos ao bem estar físico, mental e social do indivíduo e da coletividade; ii) prestar assistência às pessoas por meio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, integrando as medidas assistenciais com as preventivas.

A importância desse artigo, apontada por Lenir Santos está no fato de “reconhecer que o *estado de saúde*, expresso em qualidade de vida, pressupõe condições econômicas e sociais favoráveis ao bem-estar do indivíduo e da coletividade e confere aos dirigentes do SUS o poder de atuar na formulação de política de saúde, visando interferir nos campos econômico e social para prevenir doenças e outros agravos”.³⁴⁹

Como uma instituição jurídica pertencente ao direito sanitário, o Sistema Único de Saúde encontra-se sujeito aos princípios que o orientam. Nesse sentido, importante é a afirmação de Fernando Aith de que “o direito sanitário contribui para a consolidação do SUS na medida em que define juridicamente os grandes princípios e diretrizes que devem orientar a atuação de todas as instituições jurídicas, públicas ou privadas, que participam do sistema”.³⁵⁰

O primeiro princípio apontado pelo autor diz respeito ao acesso universal e igualitário às ações e serviços públicos de saúde. Tais serviços devem ser prestados sem discriminações de qualquer natureza e gratuitamente, para que o acesso seja realmente universal. Este princípio será analisado de forma aprofundada no capítulo 6 dessa tese. Outro princípio é o da regionalização dos serviços, ou seja, os serviços devem ser organizados não apenas de forma descentralizada, mas é necessário que haja a cooperação entre os diversos entes federativos de um determinado território para a definição racional de atribuições. No SUS, a descentralização política deve ser aperfeiçoada, para que cada ente federativo exerça sua autonomia de forma integrada e coordenada com os demais, mediante o processo de regionalização.

³⁴⁹ CARVALHO, Guido Ivan; SANTOS, Lenir. *Sistema Único de Saúde: comentários à Lei Orgânica da Saúde*. 4. ed. Campinas: Editora da Unicamp, 2006. p. 57-58.

³⁵⁰ AITH, Fernando. *Perspectivas do direito sanitário no Brasil*, cit., p. 207.

Dentre as diretrizes estabelecidas pelo artigo 198 da Constituição Federal e apontadas por Fernando Aith estão: i) descentralização com direção única em cada esfera de governo; ii) o atendimento integral, abrangendo atividades assistenciais curativas e, prioritariamente, as atividades preventivas. A integralidade da atenção será analisada de forma detalhada no Capítulo 6 dessa tese;³⁵¹ iii) e a participação da comunidade, ou seja, o exercício do controle social sobre as atividades e os serviços públicos de saúde.

3.5.1. Descentralização

A descentralização implica capacitar cada município, cada estado, o Distrito Federal e a União para a execução de atribuições relacionadas com a proteção e a recuperação da saúde. Significa também que cada um dos entes federativos terá uma direção única.³⁵² Essa descentralização é posteriormente mais detalhada pela Lei Orgânica da Saúde (LOS) no inciso IX do artigo 7º para assinalar que deve-se dar ênfase na descentralização dos serviços para os municípios e também deve-se respeitar um processo de regionalização e hierarquização da rede de serviços do SUS.

A tentativa deste novo modelo de gestão é terminar com o alto grau de patrimonialismo em nossas estruturas administrativas, o que acaba refletindo-se no resultado final de diversos programas de governo.³⁵³ O patrimonialismo é aqui entendido como um modelo direcionado para garantir determinados privilégios, um modelo de dominação política tradicional no qual não há uma distinção visível entre as esferas pública e privada, em que esses dois domínios se misturam na concepção dos administradores, que entendem e controlam o Estado como se fosse extensão do próprio domínio privado.

A descentralização das ações de saúde, com um gestor responsável em cada nível do governo (federal, estadual e municipal) e a participação do cidadão nos Conselhos de Saúde, acabou com a estruturação hierárquica da Administração Pública que isolava as esferas administrativas dos cidadãos e centralizava os processos de decisão e construção de seus programas de ação, desconsiderando as realidades locais e específicas.

³⁵¹ Esta concepção da integralidade como diretriz do SUS é rebatida por Lenir Santos, que a classifica como um princípio do SUS, ao lado de outros tais como: a universalidade de acesso, a preservação da autonomia da pessoa na defesa de sua integridade física e moral e a igualdade da assistência. CARVALHO, Guido Ivan; SANTOS, Lenir. *Sistema Único de Saúde: comentários à Lei Orgânica da Saúde*. 4. ed. Campinas: Editora da Unicamp, 2006. p. 64-74.

³⁵² AITH, Fernando. Perspectivas do direito sanitário no Brasil: as garantias jurídicas do direito à saúde e os desafios de sua efetivação. In: SANTOS, Lenir (Org.). *Direito da saúde no Brasil*: Campinas: Saberes Editora, 2010. p. 211-212.

³⁵³ OHLWEILER, Leonel Pires. Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 298.

Para estabelecer este novo modelo de gestão do SUS, o Ministério da Saúde editou algumas normas operacionais. A Norma Operacional Básica – NOB-91 – equiparou os prestadores de serviços públicos e privados no âmbito do SUS; fixou aos municípios o papel preponderante de gerentes de unidades prestadoras de serviços e abriu a possibilidade de alguns estados se tornarem gestores do sistema e não apenas prestadores de serviços.³⁵⁴ A NOB-93 desencadeia o processo de municipalização da gestão com habilitação dos municípios nas condições de gestão criadas (incipiente, parcial e semiplena);³⁵⁵ cria uma transferência regular e automática de recursos (fundo a fundo) do teto global da assistência para os municípios em gestão semiplena; habilita os municípios como gestores, criando a terceira instância gestora do SUS; os estados passam a assumir também o seu papel de gestor do sistema estadual de saúde, porém sem definições claras do seu papel; são constituídas as Comissões Intergestores Bipartites (de âmbito estadual) e Tripartite (de âmbito nacional), como importantes espaços de negociação, pactuação, articulação e integração entre os gestores dos diversos níveis de governo.

Com essas duas normas operacionais, a descentralização da gestão no SUS foi avançando, embora apresentasse diversos estágios e diferentes graus de descentralização nos estados e ainda houvesse superposição de responsabilidades e comando entre as três esferas de governo. A NOB-96 preocupou-se, então, em estabelecer a direção única em cada nível de

³⁵⁴ As normas operacionais fazem a diferenciação entre gerência e gestão. A primeira é conceituada como a administração de uma unidade ou órgão de saúde (ambulatorio, hospital, instituto, fundação) que se caracterizam como prestadores do sistema. A gestão é entendida como a atividade e responsabilidade de comandar um sistema de saúde (municipal, estadual ou nacional) exercendo as funções de coordenação, articulação, negociação planejamento, acompanhamento, controle, avaliação e auditoria. SCOTTI, Ricardo F. *Informações sobre a NOB-96: um novo modelo de gestão do SUS*. Disponível em: <<http://datasus.gov.br/cns/temas/NOB96/nob-info.html>>. Acesso em: 17 mar. 2008.

³⁵⁵ Na gestão incipiente, os municípios assumem imediatamente ou gradativamente, de acordo com suas condições técnico-operacionais, a responsabilidade sobre a contratação e cadastramento de prestadores; controle da utilização dos quantitativos de AIH e procedimentos ambulatoriais prestados por unidade; controle e avaliação dos serviços ambulatoriais e hospitalares públicos e privados; incorporação à rede de serviços de ações básicas de saúde, nutrição, educação, vigilâncias epidemiológica e sanitária, desenvolvimento de ações de vigilância de ambientes e processos de trabalho e assistência e reabilitação ao acidentado ou portador de deficiência ocasionada pelo trabalho. Na gestão parcial, o município deve se responsabilizar por todas as ações previstas na gestão incipiente. A mudança está no repasse de recursos, passando a receber mensalmente recursos financeiros correspondentes à diferença entre o teto financeiro estabelecido e o pagamento efetuado diretamente pela esfera federal às unidades hospitalares e ambulatoriais públicas e privadas existentes no município. Na condição de gestão semiplena, o município assume total responsabilidade sobre a gestão da prestação dos serviços públicos e privados e o gerenciamento de toda a rede pública existente no município, à exceção das unidades hospitalares de referência que estejam sob o controle estadual; assume a execução e o controle das ações básicas de saúde, nutrição, educação, vigilâncias epidemiológicas e sanitárias e saúde do trabalhador em seu território. Recebe mensalmente o total de recursos financeiros para custeio do teto ambulatorial e hospitalar estabelecidos. São incentivadas a criação do Conselho Municipal de Saúde e do Fundo Municipal de Saúde. CORNÉLIO, Renata Reis. *A formulação da decisão no nível estratégico de uma organização pública: um estudo sobre o processo decisório na SMS-RJ*. 1999. 131 p. Dissertação (Mestrado) – Fundação Oswaldo Cruz, Escola Nacional de Saúde Pública, Rio de Janeiro. p. 18.

governo, garantindo ao gestor todos os instrumentos necessários para o exercício das funções sob sua responsabilidade. Também caracterizou o Sistema Municipal de Saúde, atribuindo ao gestor municipal (Secretário Municipal de Saúde) a responsabilidade pela saúde dos municípios e fiscalização de todas as unidades prestadoras de serviços de saúde tanto públicos quanto privados. A criação do SUS municipal (um conjunto de estabelecimentos, organizados em rede regionalizada e hierarquizada, e disciplinados segundo subsistemas, um para cada município) foi um grande passo, na medida em que atribuiu ao gestor municipal a competência exclusiva para a gestão dos serviços, pouco importando se a gerência dos serviços fosse estatal ou particular.³⁵⁶ A portaria também regulamentou as relações entre municípios que devem ser sempre mediadas pelo estado, que coordena o sistema estadual de saúde.

A NOB-96 fortaleceu os fóruns de articulação, negociação e pactuação entre gestores com as Comissões Intergestores Bipartites (CIB) e Tripartites (CIT). Reafirmou a corresponsabilidade dos poderes públicos estadual e federal com o poder municipal na respectiva competência. E estabeleceu como principal instrumento formalizador das relações entre os diversos gestores a Programação Pactuada e Integrada – PPI.³⁵⁷

Esta norma também definiu a transferência a curto prazo, para a grande maioria dos municípios brasileiros, da responsabilidade da gestão plena³⁵⁸ da atenção básica

³⁵⁶ CORNÉLIO, Renata Reis. *A formulação da decisão no nível estratégico de uma organização pública: um estudo sobre o processo decisório na SMS-RJ*. 1999. 131 p. Dissertação (Mestrado) – Fundação Oswaldo Cruz, Escola Nacional de Saúde Pública, Rio de Janeiro. p. 20.

³⁵⁷ O processo de programação pactuada e integrada está previsto na NOB 01-96 e envolve as atividades de assistência ambulatorial e hospitalar, de vigilância sanitária e epidemiológica e controle de doenças, constituindo um instrumento essencial de reorganização do modelo de atenção e de gestão do SUS. Essa programação traduz as responsabilidades de cada município com a garantia de acesso da população aos serviços de saúde, quer pela oferta existente no próprio município, quer pelo encaminhamento a outros municípios, sempre por intermédio de relações entre gestores municipais, mediadas pelo gestor estadual. A elaboração da programação observa parâmetros e critérios definidos pelas Comissões Intergestores e aprovados pelos respectivos Conselhos. Ela está também regulada na NOAS-SUS 01/2001. BRASIL. Ministério da Saúde. *Norma Operacional da Assistência à Saúde. NOAS-SUS01/2001*. Disponível em: <http://www.ucg.br/ucg/institutos/nepss/arq_doc/NOAS_SUS2001.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2008.

³⁵⁸ Para ser enquadrado na gestão plena da atenção básica, o município deve provar junto à Comissão Bipartite (CIB) os seguintes requisitos: funcionamento do Conselho Municipal de Saúde e do Fundo Municipal de Saúde; apresentar o Plano Municipal de Saúde com o compromisso de participar da Programação pactuada para a alocação de recursos através da CIB; comprovar dotação orçamentária do ano e dispêndio do ano anterior; formalizar, com a aprovação do Conselho Municipal de Saúde, o pedido de habilitação; dispor de médico formalmente designado para as autorizações prévias; comprovar capacidade de vigilância sanitária e epidemiológica; comprovar disponibilidade de recursos humanos para supervisão e auditoria na rede. Em troca, ao ser habilitado, o município terá: transferência automática do PAB (piso de atenção básica); transferência automática do PABS; transferência automática para as ações de epidemiologia e controle de doenças. Todas as unidades de saúde do município (públicas ou privadas) ficam subordinadas ao Gestor Municipal. CORNÉLIO, Renata Reis. *A formulação da decisão no nível estratégico de uma organização pública: um estudo sobre o processo decisório na SMS-RJ*. 1999. 131 f. Dissertação (Mestrado) – Fundação Oswaldo Cruz, Escola Nacional de Saúde Pública. p. 24.

ambulatorial, garantindo a eles a transferência de recursos financeiros relativos a esta responsabilidade (PAB: Piso Ambulatorial Básico) de forma regular e automática, fundo a fundo, e com base num valor nacional per capita para a população coberta.

Com relação à gestão dos procedimentos de média e alta complexidade ambulatorial, abriu-se a possibilidade de transferência automática fundo a fundo aos estados habilitados nos termos da NOB, dos recursos correspondentes a essa responsabilidade (FAE: Fração Ambulatorial Especializada). Reorganizou-se também a gestão dos procedimentos de alto custo/complexidade ambulatorial, com a criação da APAC (Autorização de Procedimentos de Alto Custo).

A norma incorporou ao sistema as ações de vigilância sanitária, de epidemiologia e controle de doenças e foi também responsável pela reorganização do modelo de atenção, adotando como estratégia principal a ampliação de cobertura do PSF (Programa de Saúde da Família) e do Programa de Agentes Comunitários de Saúde (PACS), criando um incentivo financeiro aos municípios que adotassem esses programas.

Em 2000, cerca de 99% dos municípios brasileiros já estavam habilitados (em qualquer dos níveis: gestão incipiente, semiplena e plena) no Sistema de Saúde e o processo de descentralização da gestão apresentava-se consolidado. Porém, existiam milhares de municípios pequenos demais para gerirem, em seu território, um sistema funcional completo, tornando premente a necessidade de regionalização da rede de serviços de saúde. Assim, a Norma Operacional de 2001 – NOB-01 – estabelece o processo de regionalização como estratégia de hierarquização dos serviços de saúde e de busca de maior equidade.

A norma também fixa critérios para a habilitação e desabilitação de municípios e estados no sistema, bem como define responsabilidades de cada nível do governo na garantia de acesso da população referenciada. A habilitação dos municípios pode se dar agora sob duas modalidades: i) a gestão plena da atenção básica ampliada; ii) a gestão plena do sistema de saúde.³⁵⁹ Posteriormente, a NOAS-01 foi republicada em 2002, para reforçar o processo de regionalização e para prever a organização da rede funcional dos serviços de saúde.

³⁵⁹ Na Gestão Plena da Atenção Básica ampliada, o município tem, entre outras, a obrigação de elaborar o Plano Municipal a ser submetido e aprovado pelo Conselho Municipal de Saúde. Esse plano deve prever a integração e articulação do município na rede estadual e as respectivas responsabilidades na PPI do estado. O município terá a gerência de unidades ambulatoriais próprias e das unidades ambulatoriais transferidas pelo estado ou pela União. Deve se responsabilizar pela organização da rede de atenção básica, incluída a gestão de prestadores privados, caso haja neste nível de atenção. Já os municípios habilitados na gestão plena do sistema terão as mesmas responsabilidades, incluindo a gestão de todo o sistema municipal, incluindo a gestão sobre prestadores de serviços de saúde vinculados ao SUS, independente de sua natureza jurídica ou nível de complexidade, exercendo o mando único, ressalvadas as unidades estatais de hemonúcleos/hemocentros e os laboratórios de saúde pública. Deve fazer a integração de todos os serviços existentes no município às centrais de regulação ambulatoriais e hospitalares. Deve também garantir o

Em 2004, o Ministério da Saúde, através da Portaria MS/GM n. 2023/04,³⁶⁰ extingue as condições de Gestão Plena de Atenção Básica e Ampliada (instituídas pela NOB 01/96 e NOAS-SUS n. 01/02) passando apenas a vigorar como modalidade de habilitação dos Municípios – Gestão Plena do Sistema Municipal (NOAS-SUS n. 01/02).

Por fim, em 2006, a Portaria MS/GM n. 399 de 22 de fevereiro de 2006,³⁶¹ estabeleceu o Pacto pela Saúde e fixou que, em relação à gestão do sistema, os municípios poderiam aderir ou não ao Pacto pela Saúde.

As Normas Operacionais Básicas foram criadas com a justificativa de dar sequência ou operar transformações previstas na Constituição e na Lei Orgânica da Saúde. Apesar de constituírem avanços, a sua inconstitucionalidade é levantada por alguns estudiosos, que apontam dois erros crassos: i) as normas tentam inovar e criar regras além e acima do que está na Constituição Federal e na LOS; ii) elas utilizam tempo e espaço para repetir o desnecessário.³⁶²

De qualquer maneira, como instrumentos normativos infralegais, essas normas operacionais são importantes no direito sanitário, especialmente para a concretização da regionalização. Há de se observar o fato de que elas foram pactuadas entre a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios, por intermédio da Comissão Intergestores Tripartite e receberam a aprovação do Conselho Nacional de Saúde.³⁶³

Os efeitos desse processo de descentralização foram avaliados em um estudo realizado entre 424 municípios habilitados com Gestão Plena do Sistema Municipal, e o que

atendimento em seu território para sua população e para a população referenciada por outros municípios, disponibilizando serviços necessários, conforme definido na PPI. Por outro lado, também é responsável pela organização de encaminhamento das referências para garantir o acesso de sua população a serviços não disponíveis em seu território. BRASIL. Ministério da Saúde. *Norma Operacional da Assistência à Saúde*. NOAS. SUS01/2001. Disponível em: < http://www.ucg.br/ucg/institutos/neps/arq_doc/NOAS_SUS2001.pdf >. Acesso em: 17 mar. 2008.

³⁶⁰ BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria 2023/GM de 23 de setembro de 2004*. Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2004/GM/GM-2023.htm>>. Acesso em: 16 jul. 2011.

³⁶¹ BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria 399/GM de 22 de fevereiro de 2006*. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/prtGM399_20060222.pdf>. Acesso em: 17 maio 2010.

³⁶² A LOS, no art. 35 §1º diz que metade dos recursos destinados aos estados e municípios será distribuída segundo o coeficiente de sua divisão pelo número de habitantes. Até que seja regulamentado o artigo 35, todos os recursos federais deverão ser repassados exclusivamente pelo critério populacional, mas isso nunca se cumpriu, uma vez que existem outros critérios para distribuição de recursos. O repasse de recursos por produção e por convênio proposto pela NOB-91 era inconstitucional. Além disso, a subordinação de liberação de algumas verbas à adoção do PSF e PACS mostra uma paradoxal tendência centralizadora do Ministério da Saúde na condução das políticas de saúde dentro do SUS. CARVALHO, Gilson. A inconstitucional administração pós-constitucional do SUS através de normas operacionais. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p. 435-444, 2001.

³⁶³ AITH, Fernando. Perspectivas do direito sanitário no Brasil: as garantias jurídicas do direito à saúde e os desafios de sua efetivação. In: SANTOS, Lenir (Org.). *Direito da saúde no Brasil*. Campinas: Saberes Editora, 2010. p. 210.

se observou foi um ganho sistêmico para os municípios, com maior oferta de assistência básica e de média complexidade, tanto em nível ambulatorial quanto hospitalar. Em todos eles, houve uma sensível melhoria nos padrões de oferta de serviços, financiamento e gasto dos diferentes modelos de atenção.³⁶⁴

3.5.2. Participação comunitária

A falta de controle social permanente das políticas públicas propiciou, no passado, a captura dos espaços sociais por interesses patrimonialistas. As principais instâncias estratégicas do governo, responsáveis pela elaboração das políticas públicas eram preenchidas pelos administradores públicos com pessoal não habilitado, mas que era indicado pelos partidos políticos aliados ou por grupos que perseguiram seus próprios interesses, o que resultava quase sempre em políticas públicas ineficientes. Esse é ainda hoje um dos grandes problemas na administração pública como um todo e na saúde em especial.

O que se busca no SUS é um novo modo de agir dos agentes públicos na efetivação de políticas de saúde, ou seja, uma gestão compartilhada. Isso pressupõe a abertura de espaços de gestão, a fim de que todos os interesses sejam ponderados e outros setores participem da administração pública. A construção de uma gestão eficiente exige uma comunidade envolvida nos negócios públicos e com sentimento de copertença ao interesse público.³⁶⁵

Inspirada nesses ideais, a Lei n. 8142/90 prevê duas instituições jurídicas que permitem a participação da comunidade no SUS: as Conferências de Saúde e os Conselhos de Saúde que atuam em cada esfera de governo, como instâncias colegiadas do SUS.

As Conferências de Saúde são realizadas a cada quatro anos com a representação dos vários segmentos sociais, a fim de avaliar a situação de saúde e propor diretrizes para a formulação de políticas de saúde em cada um dos níveis do sistema.³⁶⁶ O Conselho Nacional de Saúde, através da Resolução 333/03, determina que o Poder Executivo deve acolher as

³⁶⁴ VIANA, Ana Luiza D'Ávila. *Descentralização no SUS*, cit., p. 486-487.

³⁶⁵ OHLWEILER, Leonel Pires. Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 300-306.

³⁶⁶ O papel atribuído às Conferências de Saúde pela nova legislação é o de se constituir em uma instância deliberativa em relação às políticas de saúde. Esse é um papel bem diverso daquele atribuído quando da sua institucionalização através da Lei 378 de 13 de janeiro de 1937, quando as Conferências tinham o papel de promover o intercâmbio de informações e, por meio destas, propiciar ao governo federal o controle das ações realizadas no âmbito estadual e regular o fluxo de recursos financeiro. SCOREL, Sarah; BLOCH, Renata Arruda de. As Conferências Nacionais de Saúde na Construção do SUS. In: LIMA, Nísia Trindade (Org.) *Saúde e democracia: história e perspectivas do SUS*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2005, p. 84.

demandas da população apresentadas nesse fórum de discussão, em respeito aos princípios da democracia.³⁶⁷

Os Conselhos de Saúde são constituídos por representantes de vários segmentos na seguinte proporção: 50% de entidades de usuários; 25% de entidades de trabalhadores da saúde; e 25% de representantes do governo, entidades ou instituições de prestadores de serviços públicos, filantrópicos e privados. São órgãos permanentes que formulam estratégias, controlam a execução das políticas que são realizadas pelas instâncias executivas (Ministério da Saúde, secretarias estaduais e municipais de Saúde) do SUS, e que têm como uma de suas competências a obrigação de convocar e estruturar a Comissão Organizadora das Conferências de Saúde.³⁶⁸

As atividades dos Conselhos de Saúde e as realizações das Conferências de Saúde constituem foros deliberativos fundamentais para a democratização do processo decisório, debate e difusão das melhores alternativas para a saúde do cidadão. Eles são exemplos da maior participação popular com protagonismo perante os Poderes Legislativo e Executivo, podendo influir na legislação e na execução das políticas de saúde, legitimando as ações realizadas pelo Estado.³⁶⁹

Apesar dos Conselhos de Saúde constituírem uma inovação política, institucional e cultural de relevância para o avanço da democracia e do SUS, quando se trata de analisar o funcionamento desses órgãos colegiados, o que se percebe é que eles enfrentam, além dos naturais conflitos presentes em órgãos, uma série de problemas presentes nas sociedades, como: hierarquia marcada por poderes em extremos desiguais; sigilo e despotismo burocrático; relações clientelistas, desrespeito pela *res publica*.³⁷⁰ O que se percebe em relação aos Conselhos é que seus conselheiros têm um desempenho ainda deficiente em

³⁶⁷ CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. *Resolução 333/2003*. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/livros/resolucao_333.pdf>. Acesso em: 20 out. 2010.

³⁶⁸ CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. *Resolução 33/92*. Disponível em: <http://www.mp.ba.gov.br/atuacao/cidadania/gesau/legislacao/temas/control/resolucao_CNS_333.pdf>. Acesso em: 10 out. 2010.

³⁶⁹ A discussão e a influência das esferas públicas tornam legítima a edição da lei pelo Legislativo. Nesse sentido, aponta Habermas que “as decisões impositivas, para serem legítimas, têm de ser reguladas por fluxos comunicacionais, que partem da periferia e atravessam as comportas dos procedimentos próprios à democracia e ao Estado de Direito, antes de passar pela porta de entrada do complexo parlamentar ou dos tribunais. HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2, p. 88-89.

³⁷⁰ LABRA, Maria Eliana. Conselhos de Saúde: dilemas, avanços e desafios. In: LIMA, Nísia Trindade (Org.). *Saúde e democracia: história e perspectivas do SUS*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2005. p. 379-380.

termos de autonomia e organização, permanecendo, na maioria das vezes, dependentes e submissos aos interesses do Poder Executivo.³⁷¹

Problemas iguais também são sentidos durante a realização das Conferências de Saúde. Muitos apontam para o perigo delas se tornarem espaço para comícios ou para o exercício de força sem argumentação ou consenso, especialmente em uma sociedade que reaprende a exercitar e a valorizar o processo democrático.³⁷²

Com relação à participação popular nas políticas públicas, vale a pena mencionar a alternativa apontada por Fernando Aith, para quem a participação popular nos Conselhos de Saúde e nas Conferências de Saúde não exclui a possibilidade de participação popular através de outros mecanismos, como: plebiscitos, referendos, audiências, consultas públicas e outros mecanismos.³⁷³

Nesse sentido, há de se lembrar o Projeto de Lei n. 4.718/04,³⁷⁴ de iniciativa da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), que ao regulamentar o artigo 14 da Constituição Federal, prevê a participação do povo, através de plebiscito a respeito de temas como do direito à saúde, à segurança pública, aos objetivos de lucro empresarial e à oferta de bens e serviços ao público consumidor, entre outros.³⁷⁵

Há de se apontar também a importância do orçamento participativo na área da saúde. A participação popular nas escolhas orçamentárias está bem de acordo com o Sistema Único de Saúde e tem previsão no artigo 198, III, da Constituição Federal de 1988.³⁷⁶

Com relação às escolhas políticas relativas ao orçamento, é indiscutível que o ideal é que elas sejam realizadas conforme um processo que vise a transparência e a democratização do sistema. Nesse sentido é a posição do Ministro Ricardo Lewandowski ao

³⁷¹ Eles foram criados em 5.564 municípios, trazendo um contingente de cerca de 72.000 conselheiros, sendo que aproximadamente 36.000 representam usuários do SUS e foram indicados pelas 28.000 sociedades civis, o que indica a importante participação das organizações não governamentais no processo. No entanto, ainda assim se pode observar a submissão destas organizações aos interesses do gestor. MOREIRA, Marcelo Rasga. *Municipal Health Councils of Brazil: a debate on the democratization of health in the twenty years of UHS. Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 3, p. 804, maio/jun. 2009.

³⁷² SCOREL, Sarah; BLOCH, Renata Arruda de. *As Conferências Nacionais de Saúde na Construção do SUS*. In: LIMA, Nísia Trindade (Org.). *Saúde e democracia: história e perspectivas do SUS*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2005. p. 113.

³⁷³ AITH, Fernando. *Perspectivas do Direito Sanitário no Brasil: as garantias jurídicas do direito à saúde e os desafios de sua efetivação*. In: SANTOS, Lenir (Org.). *Direito da saúde no Brasil*. Campinas: Saberes Editora, 2010. p. 213.

³⁷⁴ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de lei 4178/04*. Disponível em: < www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=274348?>. Acesso em: 20 ago. 2011.

³⁷⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *Povo, democracia e imaginação criadora*. Disponível em: <<http://www.escoladegoverno.org.br/artigo/65-povodemocraciainimaginacao>>. Acesso em: 17 jun. 2011.

³⁷⁶ BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Vade Mecum, RT, 2008. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 85.

defender a participação da sociedade nas escolhas orçamentárias, uma vez que vivemos um déficit democrático dada a concentração de poder no Executivo e a subalteridade do Parlamento.³⁷⁷

Essa participação popular também é defendida por Cesar de Moraes Sabbag, pois “divide responsabilidades e impede que a cobrança sobre desacertos da política orçamentária seja direcionada apenas ao Poder Executivo”.³⁷⁸ O esforço deve ser no sentido de se buscar o aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática do orçamento público³⁷⁹ e do processo de administração das políticas públicas, seja no plano da atuação do legislador, seja na esfera administrativa.³⁸⁰

3.5.3. Regionalização

A Norma Operacional de 2001 – NOB-01 – estabelece o processo de regionalização como estratégia de hierarquização dos serviços de saúde e de busca de maior equidade. Esse processo segue a lógica de planejamento integrado em um determinado território (de abrangência não necessariamente municipal) de acordo com a identificação de prioridades de intervenção.³⁸¹ Dessa maneira, determinados serviços de média e alta complexidade do sistema não existentes em determinados municípios poderão ser acessados em outros locais dentro da região em que eles se localizam, assegurando-se ao cidadão a integralidade da assistência.

A Norma também organiza os serviços de média complexidade, estabelecendo que as atenções ambulatoriais e hospitalares podem ser garantidas no âmbito microrregional, regional ou mesmo estadual, de acordo com o tipo de serviço, a disponibilidade tecnológica, as características do estado e a definição do Plano Diretor de Regionalização do Estado.

Ela também estabelece que a garantia de acesso aos procedimentos de alta complexidade é de responsabilidade solidária entre o Ministério da Saúde e as Secretarias de Estado da Saúde e do Distrito Federal. Os municípios habilitados em gestão plena deverão desempenhar as funções referentes à organização dos serviços de alta complexidade em seu território, de forma a assegurar o comando único sobre os prestadores de serviços. Destaca-se

³⁷⁷ LEWANDOWSKI, Ricardo. Prefácio. In: SABBAG, Cesar de Moraes. *Orçamento e desenvolvimento*. Campinas: Millennium, 2007. p. XII.

³⁷⁸ SABBAG, Cesar de Moraes. *Orçamento e desenvolvimento*. Campinas: Millennium, 2007. p. 141-142.

³⁷⁹ SCAFF, Fernando F. Controle público e social da atividade econômica. In: ANAIS DA XVII CONFERÊNCIA NACIONAL DA OAB, 1999. v.1, p. 925-941.

³⁸⁰ LEAL, Rogerio Gesta. *Estado, administração pública e sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 57-58.

³⁸¹ BRASIL. Ministério da Saúde. *Norma Operacional da Assistência à Saúde*. NOAS-SUS01/2001. Disponível em: <http://www.ucg.br/ucg/institutos/nepss/arq_doc/NOAS_SUS2001.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2008.

que as funções de gestão e relacionamento com prestadores são de responsabilidade do gestor estadual, podendo este delegar tais funções aos gestores municipais.

Note-se que a garantia de acesso da população aos serviços não disponíveis em seu município de residência é do gestor estadual, de forma solidária com os municípios de referência, observados os limites financeiros.

Posteriormente, a NOAS-01 foi republicada em 2002, para reforçar o processo de regionalização e para prever a organização da rede funcional dos serviços de saúde. Ou seja, a criação de módulos assistenciais, microrregiões, macrorregiões e regiões, com base em territórios autossuficientes em atenção básica à saúde, em atenção mínima de média complexidade, em atenção de média complexidade e em atenção de alta complexidade.³⁸² A lógica dessa organização de redes em regiões é dar acesso a todos os usuários da região aos serviços em qualquer nível do sistema, garantindo que o atendimento do paciente seja integral. Assim, se o município sozinho não tem condições de fornecer serviços de média e alta complexidade, a região na qual ele se insere poderá suprir essa falha.

Regionalizar serviços não significa apenas distribuí-los espacialmente, mas o mais importante é organizá-los com um indispensável suporte técnico e de recursos humanos, com suficiência de recursos e poder decisório definido sempre de acordo com as necessidades da população. Um dos principais objetivos da regionalização é evitar a duplicidade de serviço.³⁸³ A organização dos serviços, feita de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos, é guiada pelo princípio da economicidade. Dessa forma, pode-se evitar o desperdício, o gasto injustificado de recursos, a oneração do custo de uma atividade ou de um programa de saúde.

A regionalização implica também na hierarquização dos serviços nos diferentes níveis de atenção (desde os serviços da atenção básica até os de média e alta complexidade) e pressupõe a preservação da autonomia dos gestores em todos os níveis de gestão do sistema, com a gestão única do sistema em cada esfera do governo.

No Estado de São Paulo, o início da regionalização se deu com o Plano Diretor Estadual (PDR) de 2002.³⁸⁴ Naquela ocasião, foram criadas as microrregiões de saúde estabelecidas segundo os critérios da NOAS 01-02. Com a edição do Pacto pela Saúde de

³⁸² BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Assistência à Saúde. Departamento de Descentralização da gestão da Assistência. *Regionalização da assistência à saúde: aprofundando a descentralização com equidade no acesso*. Norma Operacional da Assistência à Saúde: NOAS-SUS 01-02. Brasília: Ministério da Saúde, 2002.

³⁸³ CARVALHO, Guido Ivan; SANTOS, Lenir. *Sistema Único de Saúde: comentários à Lei Orgânica da Saúde*. 4.ed. Campinas: Editora da Unicamp, 2006. p. 65.

³⁸⁴ SÃO PAULO (Estado). *Plano diretor de regionalização*. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/pdr_sp.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2011.

2006, passou-se a rever o Plano Diretor Estadual, de modo a reunir os municípios paulistas em regiões, levando em conta: a contiguidade intermunicipal e identidade socioeconômica e cultural; a infraestrutura de transportes e comunicação social; o número de municípios e o tamanho da população; os fluxos assistenciais atuais e/ou correções necessárias e possíveis em curto prazo; a compatibilização de economia de escala e equidade no acesso; a resolubilidade da região em média complexidade e flexibilidade segundo especificidades regionais.

A Comissão Intergestores Bipartite-SP referendou, em 19 de julho de 2007, o reconhecimento de 64 Regiões de Saúde com os respectivos Colegiados de Gestão Regional – CGR – e os 17 Departamentos Regionais de Saúde – DRS, enquanto macrorregiões com as respectivas Comissões Inter-regiões de Saúde de abrangência do Departamento Regional de Saúde.

Para melhor articular a participação dos municípios, especialmente aqueles de pequeno porte, foram criados Colegiados de Gestão Regional – um para cada território definido. O Colegiado constitui um espaço de deliberação para que os gestores decidam por consenso as questões de saúde da região e deliberem sobre o planejamento, programação, regulação e avaliação no âmbito do território. O Colegiado é formado pelos Secretários Municipais de Saúde e coordenado pelo Diretor da DRS (Departamento Regional de Saúde).

Como se percebe, o SUS trabalha através de uma rede de serviços que, além de regionalizada, é também hierarquizada. A lógica do sistema é funcionar de acordo com serviços de diferentes níveis de atenção à saúde: i) a atenção básica; ii) a média complexidade e iii) a alta complexidade. Com a hierarquização, restringe-se o acesso direto a especialistas (média complexidade), hospitais e exames complexos (alta complexidade). O acesso a esses níveis de complexidade do sistema dependeria de um julgamento prévio, feito pelo profissional que atua nas Unidades Básicas de Saúde (nível da atenção básica) e por aqueles que atendem nos serviços de pronto atendimento, ambos locais que funcionam como porta de entrada ao SUS.³⁸⁵ Para entender melhor esse funcionamento, passaremos a analisar os vários níveis de atenção do sistema.

3.6. Os níveis de atenção à saúde

As ações na área da saúde são realizadas em várias frentes: na promoção de saúde (educação e programas de treinamento para hábitos saudáveis e meio ambiente não poluído),

³⁸⁵ NOVAES, Humberto de Moraes. *Ações integradas nos sistemas locais de saúde – SILOS*. São Paulo: PROAHSA/Livraria Pioneira e Editora: 1990. p. 23.

na prevenção da doença (campanha de vacinas e prevenção de doenças como a dengue, por exemplo) e na assistência à saúde (serviços ambulatoriais, hospitais, laboratórios). O SUS tem atuação em todas elas.

Dentro da assistência à saúde, é importante identificar os diferentes níveis de atenção previstos pelo sistema. Assim, temos as ações de atenção básica à saúde: desenvolvidas nas Unidades Básicas de Saúde (UBS) e nos Serviços de Saúde da Família e de Agentes Comunitários. Os outros níveis de atenção do sistema são os serviços de média complexidade (onde se incluem as especialidades médicas, a fisioterapia, pequenas cirurgias, exames de ultrassonografia, entre outros) e a alta complexidade (onde estão incluídas as internações hospitalares, a diálise, a cirurgia cardíaca, a ressonância magnética e os transplantes, dentre outros procedimentos de maior complexidade). A integralidade do sistema pressupõe a garantia de acesso do usuário a todos os níveis de serviços que sejam necessários para o atendimento de seu caso, desde os serviços da atenção básica até os serviços da alta complexidade.

A articulação entre a assistência médica e as ações de controle de riscos e agravos têm sido uma das metas do Ministério da Saúde, que teve como principal estratégia a determinação de expandir a atenção básica segundo o paradigma da determinação social da doença. Isso implica no esforço de se organizar os serviços e o sistema em função das necessidades da população, colocando-se a atenção básica como o primeiro nível de atenção.³⁸⁶

O Ministério da Saúde define a atenção básica como “um conjunto de ações de caráter individual ou coletivo, situadas no primeiro nível de atenção dos sistemas de saúde, voltadas para a promoção de saúde, prevenção de agravos e a reabilitação”.³⁸⁷ A atenção básica é constituída por uma rede de serviços com recursos preventivos e clínicos e representa a base de sustentação do SUS.³⁸⁸

A Política Nacional da Atenção Básica estabelece algumas áreas estratégicas de atuação nesse nível do sistema. São elas: i) eliminação da hanseníase; ii) eliminação da desnutrição infantil; iii) controle da tuberculose; iv) controle do *diabetes mellitus*; v) controle

³⁸⁶ HEIMANN, Luiza Sterman; MENDONÇA, Maria Helena. A trajetória da atenção básica em saúde e do Programa de Saúde da Família no SUS: uma busca de identidade. In: LIMA, Nísia Trindade (Org.). *Saúde e democracia: história e perspectivas do SUS*. 20. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2005. p. 482-483.

³⁸⁷ BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria n. 2023 de 23 de setembro de 2004*. Define responsabilidade pela gestão da Atenção Básica no sistema municipal de saúde. Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2004/GM/GM-2023.htm>>. Acesso em: 20 out. 2010.

³⁸⁸ BRASIL. Ministério da Saúde. *Política de atenção básica*. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_nacional_atencao_basica_2006>. Acesso em: 25 set. 2009.

da hipertensão arterial; vi) saúde do idoso; vii) saúde da criança; viii) saúde da mulher; ix) promoção da saúde e, para isso, é preciso a organização das ações e serviços em uma rede de atenção.³⁸⁹

As ações na Atenção Básica podem ocorrer dentro das Unidades Básicas de Saúde (UBS),³⁹⁰ ou nas Unidades de Saúde da Família.³⁹¹ As atividades desenvolvidas na atenção básica através desses dois modelos têm-se mostrado, segundo a Organização Pan-Americana de Saúde, eficientes e eficazes na resolução de problemas de saúde quando as equipes da atenção básica conseguem cobrir 80% da população de seu território. Isso significa que as Unidades Básicas e Unidades de Saúde da Família, atuando nesse nível de atenção básica, têm capacidade clínica e preventiva no enfrentamento da maioria dos problemas encontrados.³⁹²

Apesar de a atenção básica incluir um rol de procedimentos mais simples (tecnologia de baixa densidade) e baratos, ela não se caracteriza e nem assume o caráter de um programa de medicina simplificada para os pobres de áreas rurais e urbanas. É importante salientar que a Atenção Básica no SUS não deve ser confundida com a atenção primária de saúde relacionada com a noção de cuidados primários aos pobres. No SUS, a atenção básica não está direcionada apenas para a população carente, ela é de acesso universal a todas as pessoas.

Ao se preocupar em intervir através de ações voltadas para a promoção da saúde, prevenção de agravos e reabilitação de sequelas e, ao trabalhar com um novo paradigma do processo saúde-doença (que passa a dar ênfase aos fatores econômicos, sociais, físicos, psicológicos e ambientais como determinantes da saúde dos indivíduos), a Atenção Básica vem demonstrando ser um elemento-chave na constituição dos sistemas de saúde com capacidade de influir nos indicadores de saúde e com grande potencial regulador da utilização dos recursos de alta densidade tecnológica, garantindo o acesso universal aos serviços que tragam reais benefícios à população.³⁹³

³⁸⁹ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Básica. *Política Nacional de Atenção Básica*. Brasília: Ministério da Saúde, 2006. p. 103-104.

³⁹⁰ As Unidades Básicas de Saúde são unidades que oferecem consultas nas áreas de clínica médica, pediatria, ginecologia/obstetrícia, além de um dentista, enfermeiro, agentes comunitários e atendentes de enfermagem.

³⁹¹ Em cada Unidade de Saúde da Família, existe pelo menos uma equipe composta de: um médico generalista, um enfermeiro, um atendente de enfermagem, um agente comunitário, que vai ser responsável pelos cuidados com a saúde da população residente em um determinado território de abrangência.

³⁹² PAN AMERICAN HEALTH ORGANIZATION. *Renewing primary health care in the America*. Washington, DC: PAHO, 2007.

³⁹³ CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE. *Atenção primária e promoção de saúde*. Brasília: CONASS, 2007. p. 18.

Conclui-se, portanto, que o SUS, e mais especificamente este nível de atenção do sistema, é muito mais do que apenas uma política de focalização e atenção primitiva à saúde destinada à população carente, através da utilização de tecnologia simplificada e barata.³⁹⁴

Em grandes centros urbanos, estima-se que a cobertura ideal das Unidades Básicas de Saúde sem Equipe de Saúde da Família seja de uma unidade para cada 30.000 pessoas e, para as UBS que possuem o Programa de Saúde da Família, o ideal seria a proporção de uma unidade para cada 12 mil pessoas. Por outro lado, a cobertura ideal da Saúde da Família é de que cada equipe se responsabilize pelo acompanhamento de cerca de 3 mil a 4 mil pessoas de uma determinada área.³⁹⁵

Mas o sistema público de saúde não está baseado apenas na Atenção Básica. A integralidade da atenção e o acesso universal aos serviços e ações de saúde devem ser organizados de tal maneira que permita o encaminhamento do paciente atendido na UBS ou pela USF a uma consulta e tratamento de fisioterapia ou a uma consulta com especialista (serviços de média complexidade). O mesmo deverá ocorrer se porventura o paciente necessitar de procedimentos de alta complexidade como ressonância magnética, hemodiálise ou de uma cirurgia cardíaca, entre outros.

Os serviços de média e de alta complexidade compreendem os outros dois níveis de atenção do SUS. Elas estão reguladas pela Portaria n. 627/GM, de 26 de abril de 2001³⁹⁶, Portaria 968/SAS/MS, de 11 de outubro de 2002,³⁹⁷ e Portaria 486/GM, de 31 de março de 2005.³⁹⁸

O Ministério da Saúde define a média complexidade ambulatorial como um conjunto de “ações e serviços que visam atender aos principais problemas e agravos de saúde da população, cuja complexidade da assistência na prática clínica demande a disponibilidade de profissionais especializados e a utilização de recursos tecnológicos para o apoio diagnóstico e tratamento”.³⁹⁹

³⁹⁴ TESTA, Mario. Atenção primária (ou primitiva) de Saúde. In: _____. *Pensar em saúde*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1992. p. 160-174.

³⁹⁵ BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria n. 648/GM de 28 de março de 2006*. Estabelece a Política Nacional de Atenção Básica. Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2006/GM/GM-648.htm>>. Acesso em: 20 mar.2007.

³⁹⁶ BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria n. 627/GM de 26 de abril de 2001*. Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2001/GM/GM-627.htm>>. Acesso em: 25 set. 2009.

³⁹⁷ BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria 968/MS/SAS de 11 de dezembro de 2002*. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/sas/2002/prt0968_11_12_2002.html>. Acesso em: 25 set. 2009.

³⁹⁸ BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria n.486/GM de 31 de março de 2005*. Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2005/GM/GM-486.htm>>. Acesso em: 25 set. 2009.

³⁹⁹ BRASIL. Ministério da Saúde. *O SUS de A a Z: garantindo saúde nos municípios*. 3. ed. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2009. p. 207-208.

Os grupos que compõem os procedimentos de média complexidade do Sistema de Informações Ambulatoriais são os seguintes:⁴⁰⁰ 1) procedimentos especializados realizados por profissionais médicos e por outros profissionais de nível médio e nível superior; 2) cirurgias ambulatoriais especializadas; 3) procedimentos traumato-ortopédicos; 4) ações especializadas em odontologia; 5) patologia clínica; 6) anatomopatologia e citopatologia; 7) radiodiagnóstico; 8) exames ultrassonográficos; 9) diagnose; 10) fisioterapia; 11) terapias especializadas; 12) próteses e órteses; 13) anestesia.

Por outro lado, a alta complexidade do sistema pode ser definida como “um conjunto de procedimentos que, no contexto do SUS, envolve alta tecnologia e alto custo, objetivando propiciar à população acesso a serviços qualificados, integrando-os aos demais níveis de atenção à saúde (atenção básica e média complexidade)”.⁴⁰¹

As principais áreas que compõem a alta complexidade do SUS estão organizadas em rede e são: 1) assistência ao paciente oncológico; 2) cirurgia cardiovascular, cirurgia vascular e cirurgia cardiovascular pediátrica; 3) procedimentos de cardiologia intervencionista; 4) procedimentos endovasculares extracardíacos; 5) laboratórios de eletrofisiologia; 6) assistência em traumato-ortopedia; 7) procedimentos de neurocirurgia; 8) assistência em otologia; 9) cirurgia de implante coclear; 10) cirurgia de vias aéreas superiores e da região cervical; 11) cirurgia da calota craniana, da face e do sistema estomatognático; 12) procedimentos em fissuras lábio-palatais; 13) reabilitação protética e funcional da calota craniana, da face e do sistema estomatognático; 14) assistência ao paciente portador de doença renal crônica (diálise); 15) procedimentos para avaliação e tratamento de transtornos respiratórios do sono; 16) assistência aos pacientes portadores de queimaduras; 17) assistência aos pacientes portadores de obesidade mórbida (cirurgia bariátrica); 18) cirurgia reprodutiva; 19) genética clínica; 20) terapia nutricional; 21) distrofia muscular progressiva; 22) osteogênese imperfecta; 23) fibrose cística e reprodução assistida.

Antes da criação do SUS, esses serviços de especialidade e a atenção hospitalar de média complexidade acabavam sendo a verdadeira porta de entrada do paciente ao sistema de saúde, o que desviava a demanda que seria da atenção básica, causando um gasto ineficiente ao sistema. Com a implantação do SUS, face à exigência do acesso universal e da integralidade da atenção, era preciso organizar o acesso aos níveis de média e alta complexidade do sistema de forma racional. Daí a importância da hierarquização dos

⁴⁰⁰ CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE. *Assistência de média e alta complexidade no SUS*. Brasília: CONASS, 2007. p. 17-18.

⁴⁰¹ BRASIL. Ministério da Saúde. *O SUS de A a Z: garantindo saúde nos municípios*. 3. ed. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2009. p. 32-33.

serviços, estabelecendo-se a porta de entrada ao sistema: na atenção básica e nos serviços de Pronto Atendimento, que passam a ser os responsáveis pelo encaminhamento do paciente aos demais níveis de atenção.

Diante da ausência de serviços de média e alta complexidade em vários municípios de pequeno porte, o SUS estrategicamente implantou o plano de regionalização, a fim de reunir em determinadas regiões os serviços necessários ao atendimento integral do paciente.⁴⁰² Daí a importância (reafirmada na Portaria GM/MS n.º 399/2006, que estabeleceu o Pacto pela Saúde 2006)⁴⁰³ do Plano Diretor de Regionalização (PDR),⁴⁰⁴ do Plano Diretor de Investimento (PDI) e da Programação Pactuada Integrada (PPI),⁴⁰⁵ todos instrumentos de regionalização, que asseguram aos municípios de determinada região o acesso aos serviços do SUS em qualquer nível de complexidade.

A regulação do acesso aos serviços de saúde é, pois, uma forma de disponibilizar a melhor alternativa assistencial de forma ágil, oportuna e adequada às necessidades dos usuários. Para tanto, é crucial o papel do gestor estadual, que é o responsável por:

- a) Controlar os leitos disponíveis e a agenda de consultas especializadas e de SADTs (Serviços de Apoio Diagnóstico e Terapêutico), integrado com a contratação, atualização de cadastros e ao processo de solicitação/autorização de procedimentos;
- b) Padronizar a solicitação de internações, consultas, exames e terapias especializadas por meio de protocolos;
- c) Estabelecer referência e contrarreferências⁴⁰⁶ entre unidades, segundo fluxos planejados, mediadas pela solicitação padronizada e ágil autorização de procedimentos;

⁴⁰² Após a implantação do SUS, muitos municípios pequenos sentiram dificuldades na realização dos procedimentos de maior complexidade. Alguns criaram serviços autônomos sem articulação regional e sem observar a economia de escala, o que resultou em serviços mal dimensionados para as necessidades da população, que acabaram por se tornar ociosos, custosos e inviáveis técnica e financeiramente. CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE. *Assistência de média e alta complexidade no SUS*. Brasília: CONASS, 2007. p. 20.

⁴⁰³ BRASIL. *Portaria n. 399/GM de 22 de fevereiro de 2006*. Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2006/GM/GM-399.htm>>. Acesso em: 16 jul. 2011.

⁴⁰⁴ O Plano define áreas geográficas (módulos) nos quais se dão as pactuações e planejamento do fluxo entre os gestores (estadual e municipais daquela região), garantindo que a população daquela região tenha acesso aos serviços de maior complexidade do sistema.

⁴⁰⁵ O estado e os municípios de determinada região calculam, com base em parâmetros de cobertura de serviços (que estimam as necessidades de atendimento a uma determinada população, em um determinado período, previamente estabelecido) e em parâmetros de concentração (que projetam a quantidade de ações ou procedimentos necessários para uma população alvo e são expressos em quantidade per capita), previstos na Portaria 1101/GM, de 12 de junho de 2002, estabelecem o número de procedimentos necessários para cada município da região e pactuam a garantia de acesso segundo essas necessidades. BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Regulação, Avaliação e Controle de Sistemas. *Diretrizes para a programação pactuada e integrada da assistência à saúde*. Brasília: Ministério da Saúde, 2006. p. 24.

⁴⁰⁶ Referência significa o encaminhamento do paciente para outro serviço. A contrarreferência é o resultado da consulta e do procedimento que deve ser encaminhado à unidade que primeiramente encaminhou o paciente.

- d) Organizar fluxos de referência especializada intermunicipal, integrados ao processo de regionalização e da PPI;
- e) Permitir a utilização mais adequada dos níveis de complexidade do sistema.

Para que isso ocorra, é necessária a implantação de um Complexo Regulador que vai orientar o acesso, e regular a oferta e demanda em saúde, de forma a adequar a oferta de serviços de saúde e a demanda que mais se aproxima das necessidades reais dos usuários. Como se percebe, é fundamental o papel do gestor estadual na garantia da integralidade da atenção, permitindo o acesso do usuário da atenção básica aos serviços de média e alta complexidade do sistema. Assim, quando discutimos questões que envolvem serviços desses dois níveis de atenção do SUS como, por exemplo, a falta de leitos hospitalares, a falta de realização de exames laboratoriais e de imagens em alguns municípios, é preciso questionar sobre a existência de um Complexo Regulador Estadual e a sua eficiência em termos de adequar a demanda real à oferta existente no sistema.

Não é possível discutir o direito à saúde apenas com base no mínimo existencial, na dignidade da pessoa humana e na reserva do possível, sem levar em conta as peculiaridades do caso concreto, que permitem a identificação de responsabilidades dos gestores:

- a) com relação à regulação dos serviços de média e alta complexidade a responsabilidade é preponderante do gestor estadual. Assim, seria o caso de se comprovar em juízo a existência e a eficiência de um Complexo Regulador gerido pelo Estado, que seja capaz de regular os leitos disponíveis, a agenda de consultas especializadas, a realização de exames, o encaminhamento dos pacientes a serviços localizados em outros municípios e outros estados;
- b) com relação às Programações Pactuadas Integradas (PPI) a responsabilidade é do município de referência, do estado e do município referenciado, que devem exigir a comprovação de quantos são os procedimentos pactuados em relação a cada município, e a verificação se eles estão estimados em número suficiente à necessidade da população e se esses parâmetros estão sendo cumpridos.⁴⁰⁷

⁴⁰⁷ O município referenciado se comprometeu a realizar os procedimentos de média e alta complexidade e esta responsabilidade está estabelecida no Termo de Compromisso. SÃO PAULO (Estado). *Plano diretor de regionalização*. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/pdr_sp.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2011.

4. OS RECURSOS PARA O SISTEMA DE SAÚDE

4.1. O financiamento do Sistema Único de Saúde

O subfinanciamento pelo qual vem passando o SUS desde a sua criação também deve ser conhecido por aqueles que discutem questões como falta de leitos hospitalares, de exames laboratoriais e tantas outras deficiências do sistema. A discussão sobre a necessidade de previsão de verbas no orçamento para a satisfação do direito à saúde só pode ser feita depois de detectarmos as causas e responsabilidades pela falta de verbas para a saúde. A simples alegação de que não há possibilidade fática para que o Estado cumpra a sua parte no tocante à saúde deve ser analisada dentro do contexto histórico de subfinanciamento deliberado e progressivo do SUS.

Quando da sua criação, foi estabelecido constitucionalmente no art. 198, parágrafo 1º, que o SUS seria financiado com recursos da União, dos estados, dos municípios e da Seguridade Social,⁴⁰⁸ mas não havia no texto a previsão do percentual de contribuição de cada um desses entes.

A sociedade financia a seguridade social⁴⁰⁹ diretamente mediante as contribuições sociais previstas no art. 195 da Constituição Federal referentes ao empregador (Inciso I); referentes ao trabalhador e demais segurados da Previdência (II) e sobre a receita de concursos de prognósticos. A contribuição também se dá indiretamente pelos recursos provenientes dos orçamentos da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios. A divisão do orçamento da seguridade social entre as três áreas se faz a cada ano, de acordo com a Lei de Diretrizes Orçamentárias. Assim, a proposta orçamentária da saúde é elaborada anualmente após a edição da Lei de Diretrizes Orçamentárias, pois, só depois da edição desta última é que se saberá quanto dos recursos da seguridade social serão destinados à saúde.⁴¹⁰

⁴⁰⁸ As contribuições sociais dos empregadores: incidentes sobre a folha de pagamento e receitas, COFINS (contribuições obrigatórias para o Fundo da Seguridade) e lucro (CSLL- Contribuição Social sobre Lucro Líquido), contribuições dos empregados e 50% das receitas com a Loteria. MENDES, Áquilas; MARQUES, Rosa Maria. The financing of SUS in a scenario of financialization. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 3, p. 843, mar./jun. 2009.

⁴⁰⁹ Importante lembrar os objetivos sociais da Seguridade Social apontado por Dalmo de Abreu Dallari, dentre eles o objetivo de assegurar os direitos relativos à saúde. Esta posição foi defendida pelo autor diante da proposta de revisão constitucional (combatida por ele) em relação à Seguridade Social, em que se sugeria, entre outras coisas, a desoneração da empresa de todo o encargo e responsabilidade de financiamento da Seguridade Social. DALLARI, Dalmo de Abreu. A Seguridade Social e a Revisão Constitucional. In: O DIREITO Sanitário na Constituição brasileira de 1988: normatividade, garantias e seguridade social. Brasília: Organização Pan-Americana de Saúde, 1994. p. 25-33 (Série Direito e Saúde n. 4).

⁴¹⁰ CARVALHO, Guido Ivan; SANTOS, Lenir. *Sistema Único de Saúde: comentários à Lei Orgânica da Saúde*. 4. ed. Campinas: Editora da Unicamp, 2006. p. 197.

Com relação à Seguridade Social,⁴¹¹ o que se observou foi uma lenta e gradual alteração no orçamento, que ficou menor entre 1989 e 1990, quando os recursos do Fundo de Investimento Social (FINSOCIAL) não foram completamente alocados para o seu financiamento. Apesar de o ADCT (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), no artigo 55, ter determinado que, enquanto não fosse aprovada (no ano de 1989) a Lei de Diretrizes Orçamentárias, a contribuição da Seguridade Social para a saúde seria de, no mínimo, 30% do orçamento da seguridade, excluído o seguro-desemprego, essa previsão jamais foi completamente obedecida. Com a aprovação da Lei Orgânica da Saúde, no final de 1990, permitiu-se ao Ministro da Previdência reduzir o volume dessas alocações. Se, em 1991, a transferência ao Ministério da Saúde estava em 33,1% de todas as contribuições sociais, já em 1992 o montante foi reduzido para 20,9% das contribuições.

Em 1993, embora a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) tivesse fixado que 15,5% de toda a quantia coletada através das contribuições deveria ser alocada para o campo da saúde, isso não ocorreu, e a justificativa para essa decisão foi o problema do orçamento da Previdência Social.⁴¹² Alegava-se que, caso tais quantias fossem transferidas para a saúde, a Previdência se tornaria deficitária. Como as dificuldades financeiras da Previdência se estenderam para os anos além de 1993, o financiamento da saúde tornou-se cada vez mais difícil.

Em 1994, o Ministro da Previdência (Antonio Brito) tomou a decisão de não repassar recurso ao Ministério da Saúde e, dessa maneira, a saúde ficou mais de cem dias sem receber parte de suas verbas, o que causou uma reação da sociedade civil, do Conselho Regional de Medicina (CRM), do Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS) e do Conselho Nacional dos Secretários de Saúde Municipal (CONASEMS). Foi apresentada uma representação perante a Procuradoria Geral da República, que determinou a abertura de um inquérito civil público de âmbito nacional para apurar as distorções que vinham ocorrendo na área da saúde. Começava a luta pela edição de emendas constitucionais que criassem verbas para a saúde, como a Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira (CPMF) e que vinculassem verbas para a saúde como a Emenda Constitucional 29/2000 (EC 29/00).⁴¹³

Não bastasse isso, entre 1989 e 1993, ocorreu certa “especialização dos recursos da Seguridade Social”, de tal maneira que os recursos se dividiam da seguinte maneira: a

⁴¹¹ MENDES, Áquilas; MARQUES, Rosa Maria. The financing of SUS in a scenario of financialization. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 3, p. 845, mar./jun. 2009.

⁴¹² Id. *Ibid.*, p.845

⁴¹³ CARVALHO, Guido Ivan; SANTOS, Lenir. *Sistema Único de Saúde: comentários à Lei Orgânica da Saúde*. 4. ed. Campinas: Editora da Unicamp, 2006. p. 197.

maior parte da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS) era destinada para o financiamento da saúde; a CSLL (Contribuição Social sobre o Lucro Líquido) era encaminhada para a Assistência Social e os recursos das contribuições dos empregados e empregadores financiavam a Previdência Social. Esta divisão prejudicava ainda mais o financiamento da Saúde.

Outro problema que contribuiu para a diminuição da participação da Seguridade Social no financiamento da saúde foi a desvinculação de 20% do total das contribuições sociais de suas finalidades. Em 1994, foi criado um Fundo Social de Emergência, chamado posteriormente de Fundo de Estabilização Fiscal (atual DRU-Desvinculação da Receita da União-) para o qual estas verbas seriam encaminhadas ficando disponíveis para uso pelo governo federal.

Na tentativa de se obter recursos adicionais, criou-se a CPMF (contribuição provisória sobre a movimentação financeira) em 1997. Naquele ano, a participação da CPMF foi de R\$ 6,7 bilhões de reais, correspondendo a 27,8% do total de recursos para o financiamento da saúde. Em 2005, esse total correspondia a 29,3%, todavia a CPMF não resolveu o problema, uma vez que, a partir de sua criação, os recursos da COFINS e da CSLL destinados à saúde foram reduzidos e desviados para a Previdência Social. Além disso, parte da CPMF alocada foi desviada e usada para outras finalidades, por meio da desvinculação do Fundo de Estabilização Fiscal (FEF – hoje DRU), de 1998 a 1999. A DRU (Desvinculação de Recursos da União) foi estendida até 2007 e depois prorrogada até o final de 2011.⁴¹⁴

Por fim, o comprometimento do financiamento da saúde completou-se em 1998 com a decisão de que as contribuições dos empregados e empregadores fossem de uso exclusivo da Previdência. Essa decisão foi materializada na Emenda Constitucional 20/1998, que determinava a proibição da utilização das receitas das contribuições sociais do Inciso I “a” e do inciso II do artigo 195 da Constituição Federal para o pagamento de despesas com saúde e assistência social, sendo tais recursos destinados apenas para a Previdência.⁴¹⁵

Nesse cenário de decadência financeira da Previdência, onde a baixa coleta de contribuições sociais foi consequência da ausência de crescimento econômico, a Previdência incorporou outros recursos, os quais eram destinados para a Seguridade Social como um todo, e passou a ter acesso exclusivo às contribuições dos empregados. Assim, as limitações experimentadas pela Saúde atingiram níveis inimagináveis.

⁴¹⁴ MENDES, Áquilas; MARQUES, Rosa Maria. The financing of SUS in a scenario of financialization. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 3, p. 845-846, mar./jun. 2009.

⁴¹⁵ CARVALHO, Guido Ivan; SANTOS, Lenir. *Sistema Único de Saúde: comentários à Lei Orgânica da Saúde*. 4. ed. Campinas: Editora da Unicamp, 2006. p. 196.

Como se percebe do relato acima, houve deliberadamente o desvio de recursos das contribuições sociais para aumentar o orçamento da Previdência em detrimento do financiamento tanto da Saúde quanto da Assistência Social.

Ao lado da perda de participação da Seguridade Social no financiamento da saúde, vivemos também uma deficiência de financiamento por parte dos outros entes encarregados pela sustentação do SUS. É que não havia definição do percentual do orçamento que cada um dos responsáveis destinaria para o financiamento da saúde. Apesar do SUS ter sido criado em 1988, foi só a partir da Emenda Constitucional 29/2000 que o parágrafo 3º foi introduzido no artigo 198 da Constituição Federal, exigindo uma lei complementar (com reavaliação a cada cinco anos) que estabeleça os percentuais a serem investidos anualmente nas ações e serviços de saúde pela União, estados, Distrito Federal e municípios. Estava, então, determinada a obrigatoriedade de aplicação de recursos mínimos na área da saúde por cada um dos entes da Federação.⁴¹⁶

Enquanto a lei complementar não fosse editada, a mesma EC 29/00 acrescentou o artigo 77 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), para estabelecer que, até o exercício financeiro de 2004, os percentuais seriam assim definidos:

- a) O percentual mínimo a ser aplicado pelo estado com ações e serviços de saúde deveria ser de 12% do produto da arrecadação de impostos previstos no art. 155 e dos recursos mencionados no art. 157 (e 159, I “a” e II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos municípios.
- b) Os municípios deverão aplicar 15% do produto de arrecadação de impostos a que se refere o artigo 156 e dos recursos que tratam os artigos 158 e 159, I “b” e §3º.⁴¹⁷ Para os entes que estavam aplicando abaixo do mínimo foi dada a oportunidade de aumento progressivo da alíquota.
- c) Com relação às receitas vinculadas da União, para o ano de 2000 foi aplicado o montante empenhado em ações e serviços de saúde no exercício financeiro de 1999, acrescido de no mínimo 5%. E, para o período de 2001 a 2004, utilizar-se-ia o total aplicado no ano anterior, atualizado pela correção do PIB.⁴¹⁸

O art.77 do ADCT prevê aos estados, municípios e Distrito Federal (que apliquem percentuais inferiores ao determinado acima) um tempo razoável para se adequarem ao mínimo exigido. Assim há possibilidade de elevação gradual dos percentuais até o exercício financeiro de 2004, desde que reduzida a diferença à razão de um quinto por ano, porém exigindo que, a partir de 2000, o mínimo aplicado fosse de 7% das receitas

⁴¹⁶ CARVALHO, Guido Ivan; SANTOS, Lenir. *Sistema Único de Saúde: comentários à Lei Orgânica da Saúde*. 4. ed. Campinas: Editora da Unicamp, 2006. p. 198.

⁴¹⁷ Id. Ibid., p. 199.

⁴¹⁸ SAMBIASE, Ana Gabriela Filippi. Aspectos legais da Emenda Constitucional n.º 29/00. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 4, p. 63-74, mar. 2003.

previstas.⁴¹⁹Também há previsão que, dos recursos da União, sejam destinados aos municípios pelo menos 15%, segundo o critério populacional, em ações e serviços básicos de saúde.O mesmo artigo prevê que, na ausência de edição de lei complementar para regulamentar o parágrafo 3º do artigo 198, fiquem valendo os percentuais fixados no ato das disposições constitucionais transitórias.

Ao alterar o artigo 198 da Constituição Federal, a Emenda Constitucional 29/2000 preocupou-se em determinar que a lei complementar fixasse vários pontos importantes, como: a) a base de cálculo dos valores sujeitos à vinculação dos recursos mínimos a serem aplicados na saúde; b) os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde e destinados aos estados e municípios; c) normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas em saúde que deveriam ser regulamentadas por uma lei complementar periodicamente reavaliada.⁴²⁰

Ocorre que essa lei complementar até 07 de dezembro de 2011 não existia. Nessa data, foi aprovado o Substitutivo da Câmara dos Deputados(SCD 00121 2007) que alterou o Projeto de lei do senador Tião Viana (PLS 121/2007).O texto ⁴²¹ foi enviado em 26 de dezembro de 2011 para a sanção presidencial. Pela redação final do projeto, percebe-se que a proposta inicial de que a União investisse na saúde 10% do PIB (receita bruta)e do orçamento da Seguridade Social foi rejeitada, o que é lamentável.Dessa forma, o governo federal continuará aplicando na saúde “ o montante correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, apurado nos termos da Lei complementar, acrescido de, no mínimo, o percentual correspondente à variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB) ocorrida no ano anterior ao da lei orçamentária anual”.

O ponto positivo do projeto foi o estabelecimento das verbas que não podem ser computadas como despesas de ações e serviços de saúde para fins de apuração dos percentuais mínimos a serem aplicados pelos entes da federação. São elas: pagamento de aposentadorias e pensões, merenda escolar, saneamento básico, limpeza urbana,ações de assistência social, entre outras.

Ao lado do projeto do senador Tião Viana existem dois projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional que agora terão sua análise prejudicada. Os dois preveem para os estados uma alíquota de 12% e para os municípios uma alíquota de 15%. A diferença entre eles diz respeito à forma de cálculo dos recursos da União para a área da Saúde. O

⁴¹⁹ CARVALHO, Guido Ivan; SANTOS, Lenir. *Sistema Único de Saúde: comentários à Lei Orgânica da Saúde*. 4. ed. Campinas: Editora da Unicamp, 2006. p. 199.

⁴²⁰ SAMBIASE, Ana Gabriela Filippi. *Aspectos legais da Emenda Constitucional n. 29/00*, cit., 2003.

⁴²¹ BRASIL. Senado federal. *Texto final do PLS 121 de 2007*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=100929&tp=1>>. Acesso em: 2 jan. 2012.

primeiro deles é o Projeto da Câmara dos Deputados PLC 01/2003, de autoria de Roberto Gouveia, aprovado pela Câmara em 30/10/2007 e que foi encaminhado para a análise do Senado sob o n. de PLC n. 89 de 2007. Ele prevê que a União invista na saúde a quantia do ano anterior acrescida de 5% da variação nominal do PIB. A antiga relatora Senadora Lúcia Viana apresentou relatório em 25 de janeiro de 2010 rejeitando o projeto. Posteriormente, o projeto foi encaminhado à Comissão de Assuntos Econômicos em 12 de janeiro de 2011, tendo sido nomeada como relatora a senadora Marta Suplicy.⁴²²

Além deste, existe também o projeto de lei no Senado (PLS 156 de 2007) de autoria do Senador Marconi Perillo, que prevê que a União invista na saúde 18% de sua receita corrente líquida calculada nos termos do artigo 2º da Lei Complementar de n. 101 de 4 de maio de 2000. Este projeto tramita atualmente no Senado anexado ao PLC de n. 89 de 2007.⁴²³ Ambos estão aguardando manifestação da relatora Marta Suplicy desde 10 de maio de 2011. Porém, diante da recente aprovação do Substitutivo da Câmara, a tramitação desses projetos encontra-se prejudicada.

Durante os anos de tentativa de regulamentação da Emenda Constitucional 29/2000, a falta de aprovação da lei complementar⁴²⁴ que definisse quais tipos de aplicação podem ser computadas como despesas com saúde e a definição de uma fórmula clara e segura para o cálculo de aportes federais para a área da saúde, também contribuiu para o déficit de financiamento e para distorção das verbas aplicadas.

Embora a Resolução 322/03 do Conselho Nacional de Saúde (CNS)⁴²⁵ tenha tentado delimitar o campo de aplicação dos recursos destinados à saúde, muitos gestores estaduais acabam contabilizando na saúde gastos com: saneamento, aposentadoria dos servidores, fundo de saúde dos militares, fardas, bombeiros, Casa Civil, turismo, agropecuária, pesca, segurança, habitação, merenda escolar, Programa Renda Cidadã, modernização de um complexo de comunicação e até alimentação de presidiários.⁴²⁶

⁴²² BRASIL. Senado Federal. *Projeto 89/2007*. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=8340>. Acesso em: 23 jun. 2011.

⁴²³ BRASIL. Senado. Federal. *Projeto 156/07*. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=80388>. Acesso em: 23 jun. 2011. Em 10/05/11, o Projeto 156 encontrava-se com a relatora Marta Suplicy.

⁴²⁴ Agora já temos um projeto de lei complementar de n. 121/ 2007 que em 26 de dezembro de 2011 foi enviado à sanção do Executivo.

⁴²⁵ CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. *Resolução 322/03*. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/reso_03.htm>. Acesso em: 25 ago. 2010.

⁴²⁶ KASEKER, Camila. Para onde está sendo desviado o dinheiro da saúde. *Revista da APM*, n. 605, p. 14-16, out. 2009.

O Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde (CONASEMS), através da nota jurídica de n. 14,⁴²⁷ já alertava para a classificação errônea de verbas, como cestas básicas, manutenção de restaurantes populares, alimentação, merenda escolar, saneamento, aposentadorias, na rubrica “despesas com saúde”. Ao contabilizar tais verbas como despesas com saúde, os estados tentam maquiagem o investimento no setor na tentativa de atingir o percentual mínimo exigido pela Emenda C 29/2000.

Em 2007, 16 estados não atingiram o percentual mínimo de 12% e deixaram de investir R\$ 3,6 bilhões no setor. O próprio Ministério da Saúde deixou de aplicar R\$ 5,48 bilhões no período entre 2001 e 2008, de acordo com o Ministério Público Federal.⁴²⁸ O rombo, no caso da União, é resultado de uma série de erros, dentre eles a interpretação do piso para a saúde, a inclusão na saúde de parte da verba do Bolsa Família e a incorporação de valores do Fundo para Erradicação da Pobreza em ações de saúde.

Os problemas de financiamento da saúde foram também causados por decisões políticas equivocadas. Áquilas Mendes e Rosa Maria Marques⁴²⁹ assinalam que o governo preocupou-se mais com o superávit primário e o pagamento de juros da dívida do que com a área da saúde. Mesmo após a criação do SUS, os gastos federais com saúde diminuíram de 85,7 dólares per capita para 77,4 dólares, no período de 1995 a 2005. Mais do que isso, aumentaram as irregularidades na execução do fluxo orçamentário do Ministério da Saúde na 2ª metade dos anos 90. A crise gerada pelo não recebimento das transferências, pela diminuição dos recursos da Previdência e pela desvinculação da CPMF, COFINS e CSLL tiveram consequências no desempenho das despesas federais com a saúde. As despesas com saúde, se comparadas com o PIB, ficaram praticamente estáveis entre 1995 e 2007. Eram de 1,73% em 1995 e de 1,75% do PIB em 2007. O pouco gasto com saúde também pode ser explicado pelo maior interesse do governo federal em pagar os juros da dívida. Se compararmos, em 1995, aproximadamente 7,5% do PIB foi usado para pagamento de juros e somente 1,73% do PIB foi usado em serviços e ações de saúde. Em 2005, a discrepância continuava, tendo o governo utilizado 6,9% do PIB para pagamento da dívida e apenas 1,75% do PIB foi destinado para saúde.

⁴²⁷ CONSELHO NACIONAL DOS SECRETÁRIOS MUNICIPAIS DE SAÚDE (CONASEMS). *Nota jurídica n. 014*. Disponível em: <<http://www.conasems.org.br/site/index.php/juridico/notas-juridicas>>. Acesso em: 24 ago. 2010.

⁴²⁸ KASEKER, Camila. Para onde está sendo desviado o dinheiro da saúde. *Revista da APM*, São Paulo, n. 605, p.14-16, out. 2009.

⁴²⁹ MENDES, Áquilas; MARQUES, Rosa Maria. The financing of SUS in a scenario of financialization. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 3, p. 846, mar./jun. 2009.

Apesar de o país ter experimentado período de recessão com consequências negativas no mercado de trabalho, esta situação não causou um impacto negativo nas contas da Seguridade Social durante os anos 2000. Se o governo federal tivesse respeitado o conceito de seguridade social e tivesse parado de usar o instrumento de desvinculação de 20% do Fundo de Estabilização Social, o orçamento da Seguridade teria um superávit de R\$ 27,3 bilhões em 2000 e de R\$ 50,9 bilhões em 2006, no item contas correntes.⁴³⁰ Esse superávit foi alocado no pagamento de despesas fiscais ou diretamente usado para o cálculo do superávit primário. Tal resultado positivo não mudou a política do governo federal. Durante todos estes anos, ele manteve o discurso do déficit da Previdência desrespeitando a sua vinculação ao orçamento da Seguridade Social.

O problema do financiamento persiste até os dias atuais e pode ser comprovado pelo estudo realizado por Gilson Carvalho. Ele fez uma análise comparativa entre os recursos formalmente alocados ao Ministério da Saúde no orçamento da União, e aqueles realmente devidos á saúde conforme a tipificação da EC 29, e demonstrou que R\$ 20 bilhões foram subtraídos da saúde no período de 2000 a 2009. Para o autor, “é lamentável ter de concluir que, mesmo após o dispositivo constitucional da EC n. 29, a União e o governo federal – este e o anterior – teimam em descumprir a Constituição Federal no que tange ao mínimo com saúde.”⁴³¹

Por fim, se compararmos os gastos em saúde que o Brasil tem, com os gastos de outros países com sistemas de acesso universal, perceberemos que, enquanto o gasto desses países está em média ao redor de 10% do PIB, o Brasil ainda está gastando 7,9% do PIB na saúde. Se formos analisar o gasto público com a saúde, enquanto a maioria dos países despende 8% do PIB com a saúde, o Brasil despende apenas 3,7% do PIB.⁴³²

Por tudo isso, há de se analisar, com mais profundidade, a constante afirmativa de que não há verbas para a satisfação do direito à saúde e que o paciente que bate às portas do Judiciário é apenas titular de um direito *prima facie* perante o Estado. Neste caso, é gritante a

⁴³⁰ MENDES, Áquilas; MARQUES, Rosa Maria. The financing of SUS in a scenario of financialization. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 3, p. 846, mar./jun. 2009.

⁴³¹ CARVALHO, Gilson. Financiamento Federal para a Saúde no Brasil, 2000-2009. In: SANTOS, Lenir (Org.). *Direito da saúde no Brasil*. Campinas: Saberes Editora, 2010. p. 306.

⁴³² KASEKER, Camila. Para onde está sendo desviado o dinheiro da saúde. *Revista da APM*, n. 605, out. 2009, p. 16.

omissão do Estado em cumprir o preceito constitucional e, quando isso ocorre, bem apontou o Ministro Celso de Mello na ADPF 45 MC/DF:⁴³³

Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, moradia ou alimentação. Nem a doutrina ou a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social. Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas de direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais.

Diante dos problemas de financiamento, não basta apenas constatar a falta de dinheiro para a saúde, quando há inúmeros questionamentos como por exemplo: a) por que o governo usa recursos da saúde e de outras áreas sociais para obter um superávit fiscal?⁴³⁴ Por que não assume metas financeiras que permitam aumentar progressivamente o gasto público federal per capita? Por que renuncia à cobrança de impostos daqueles que gastam com saúde ao invés de direcionar estes recursos para o SUS? Por que contingencia recursos do orçamento aprovados? Por que utiliza recursos públicos na compra de planos de saúde para servidores? Por que não contribui para a regulamentação da Emenda 29?⁴³⁵

Todos estes dados apontam mais uma vez para a necessidade da análise de cada caso concreto no contexto do SUS. Antes de decidir a lide, deve o juiz analisar, dentre outros pontos, se o município e o estado vêm cumprindo os percentuais mínimos determinados para o orçamento da saúde; se os repasses da União estão também sendo realizados, se não há tentativa de maquiagem de gastos com saúde, incluindo-se neste item despesas que não dizem respeito à área da saúde. Enfim, se a falta de verbas ocorre por omissão dos entes da federação responsáveis pelo financiamento do sistema.

Importante, portanto, a consulta aos sites oficiais como, por exemplo, o DATASUS,⁴³⁶ que mostram os dados financeiros do estado e do município sobre o qual se discute a questão de saúde, bem como as informações sobre orçamentos públicos em saúde (SIOPS).⁴³⁷ Desta forma, é possível acessar os dados financeiros de cada município.⁴³⁸ O

⁴³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF45 MC/DF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=sau%C3%A9&processo=45>>. Acesso em: 7 jul. 2010.

⁴³⁴ Desviando verbas da sua destinação originária através da DRU (Desvinculação de Receitas da União).

⁴³⁵ FLEURY, Sonia. Revisitando “a questão democrática na área da saúde”: quase 30 anos depois. *Saúde em Debate*, Rio de Janeiro, v. 33, n. 81, p. 163, jan./abr. 2009.

⁴³⁶ BRASIL. Ministério da Saúde. *Datasus: Informações Financeiras*. Disponível em: <<http://www2.datasus.gov.br/DATASUS/index.php?area=3>>. Acesso em: 16 jul. 2011.

⁴³⁷ BRASIL. Ministério da Saúde. *Sistema de informações sobre orçamentos públicos em saúde (SIOPS)*. Disponível em: <<http://siops.datasus.gov.br/siops.php>> Acesso em: 16 jul. 2011.

banco de dados do SIOPS é alimentado pelos estados, municípios e Distrito Federal e tem por objetivo apurar as receitas totais e os gastos em ações e serviços públicos de saúde.⁴³⁹ Estes dados são valiosos na discussão da judicialização,⁴⁴⁰ pois nos permitem monitorar o total de recursos investidos por cada ente da federação nos mais diferentes níveis de governo em relação ao percentual mínimo exigido pela Emenda Constitucional 29/2000.

Antes da Emenda Constitucional 29, os valores investidos pelos municípios podiam ser bem pequenos. Com a EC 29/2000, ficou estabelecido que deveria haver um aumento gradual do percentual aplicado ao setor saúde, para que em 2004 fosse atingido o mínimo de investimento exigido, ou seja que o município aplicasse 15% de sua receita na área da saúde. O aumento gradual foi estabelecido para permitir que aqueles municípios que investiam pouco na área da saúde não tivessem um desequilíbrio orçamentário com a obrigação repentina de elevar o percentual de investimento na saúde de modo abrupto.

A título de exemplo (de como é possível contextualizar o direito à saúde no caso concreto), pudemos constatar o aumento gradual do mínimo exigido com relação ao Município de Bariri, conforme mostra a Tabela 2.

Tabela 2 – Evolução do Percentual Mínimo aplicado pelo Município de Bariri, de acordo com a EC 29/2000, no período de 2000 a 2010⁴⁴¹

Ano	% mínimo exigido	% aplicado
2000	7	5,19
2001	8,60	13,18
2002	10,20	14,93
2003	11,80	20,48
2004	15	20,29
2005	15	19,43
2006	15	20,30
2007	15	22,34
2008	15	22,40

⁴³⁸ BRASIL. Ministério da Saúde. *Dados municipais*. SIOPS. Disponível em: <<http://www2.datasus.gov.br/DATASUS/index.php?area=0301&VObj=http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/defthohtm.exe?recsus/cnv/rs>>. Acesso em: 16 jul. 2011.

⁴³⁹ BRASIL. Ministério da Saúde. Departamento da Economia da Saúde e Desenvolvimento. *SIOPS*. Disponível em: <<http://siops.datasus.gov.br/Documentacao/SIOPS%20geral.pdf>>. Acesso em: 17 jul. 2011.

⁴⁴⁰ Dados importantes podem ser obtidos no endereço eletrônico <http://portal.saude.gov.br/PORTAL/SAUDE/PROFISSIONAL/AREA.CFM?ID_AREA=1671>.

⁴⁴¹ Tabela elaborada pela autora com base nos dados do SIOPS. BRASIL. *SIOPS*. Disponível em: <<http://siops.datasus.gov.br/evolpercEC29.php>>. Acesso em: 17 jul. 2011.

2009	15	27,24
2010	15	26,15

Pelos dados acima mencionados percebemos que o Município de Bariri aumentou substancialmente o percentual investido na saúde. A partir de 2003 este valor tem sido acima do mínimo exigido pela EC 29/2000.

O Município de São Paulo também apresentou um aumento gradual do percentual mínimo de investimento em saúde conforme mostra a Tabela 3. Porém, se compararmos os percentuais aplicados pelo Município de São Paulo na área da saúde com aqueles aplicados por Bariri, vemos que a metrópole investe bem menos no setor do que o pequeno município, o que é um verdadeiro absurdo e uma imoralidade.

Tabela 3 – Evolução do Percentual Mínimo aplicado pelo Município de São Paulo, de acordo com a EC 29/2000, no período de 2000 a 2010⁴⁴²

Ano	% mínimo exigido	% aplicado
2000	7	12,35
2001	12,88	13,66
2002	13,41	17,16
2003	13,49	10,65
2004	15	15,08
2005	15	18,07
2006	15	16,49
2007	15	15,74
2008	15	19,40
2009	15	19,30
2010	15	18,32

Para a discussão da judicialização da saúde no contexto do SUS torna-se importante a obtenção de informação a respeito das Despesas com Ações e Serviços Públicos de Saúde, segundo cada esfera do governo. A título de exemplo, elaboramos uma tabela com as despesas ocorridas no período de 2000 a 2008, conforme demonstrado pela Tabela 4.

⁴⁴² Elaborada pela autora com base nos dados do SIOPS. BRASIL. SIOPS. Disponível em: <<http://siops.datasus.gov.br/evolpercEC29.php>> Acesso em: 17 jul. 2011.

Tabela 4 – Despesas com ações e serviços públicos de saúde – segundo cada esfera de governo⁴⁴³

Despesas com Ações e Serviços Públicos de Saúde-segundo esfera de governo: 2000 a 2008 (em R\$ milhares correntes)			
Ano	Federal	Estadual	Municipal
2000	20.351.492	6.313.436	7.370.539
2001	22.474.070	8.268.296	9.290.321
2002	24.736.843	10.278.420	12.029.372
2003	27.181.155	12.144.792	13.765.417
2004	32.703.495	16.028.249	16.408.719
2005	37.145.779	17.236.138	20.281.227
2006	40.750.155	19.798.770	23.555.008
2007	44.203.497	22.566.270	26.368.683
2008	50.270.290	27.926.885	32.267.633

Na discussão do caso concreto, esse dado pode ser de grande utilidade, especialmente quando o Poder Público alega falta de recursos para a efetivação do mínimo existencial do direito à saúde. Os estados, municípios, União, Distrito Federal e a Seguridade Social são responsáveis pelo financiamento do sistema, porém, nem sempre eles cumprem com sua obrigação. Por essa razão, torna-se importante delimitar a responsabilidade de cada um deles no caso discutido em juízo.

A identificação da responsabilidade pelo financiamento do SUS, por parte de cada um dos entes responsáveis pela manutenção do sistema, pode ser detectada no caso particular, como se observa na Tabela 5.

⁴⁴³ Tabela obtida no Portal da Saúde com base nos dados do BRASIL.Portal Saúde - MS/SIOPS/SPO/SE/FNS/IBGE. Disponível em:<[http://portal.saude.gov.br /PORTAL /SAUDE /PROFISSIONAL/AREA.CFM?ID_AREA=1671](http://portal.saude.gov.br/PORTAL/SAUDE/PROFISSIONAL/AREA.CFM?ID_AREA=1671)>. Acesso em: 18 jul. 2011.

Tabela 5 – Histórico de despesas com ações e serviços públicos de saúde financiadas por recursos próprios – por esfera de governo – no Estado de São Paulo, no período de 2000 a 2006 ⁴⁴⁴

Ano	Federal		Estadual		Municipal		Total	
	Despesa em R\$ mil correntes	Despesa por habitante	Despesa em R\$ mil correntes	Despesa por habitante	Despesa em R\$ mil correntes	Despesa por habitante	Despesa em R\$ mil correntes	Despesa por habitante
2000	3.572.033	96,46	2.074.881	56,03	2.936.864	79,31	8.583.778	231,79
2001	3.870.492	102,86	2.616.706	69,54	3.410.927	90,64	9.898.125	263,04
2002	4.298.935	112,60	3.513.568	92,03	4.272.965	111,92	12.085.468	316,56
2003	4.845.673	125,18	3.789.099	97,89	4.763.627	123,07	13.398.399	346,13
2004	5.206.019	132,67	4.776.941	121,74	5.333.862	135,94	15.316.822	390,34
2005	5.609.558	138,70	5.201.733	128,62	6.649.756	164,48	17.461.047	431,75
2006	6.220.565	151,52	5.828.357	141,96	7.533.707	183,50	19.582.630	476,98

Como se pode perceber, com a descentralização das ações de saúde, os municípios passaram a realizar despesas com recursos próprios de maneira crescente. Se, em 2000, as despesas realizadas pelos municípios com recursos próprios eram de R\$ 79,31 por habitante, em 2006, este valor passou a ser R\$ 183,50 por habitante.

Interessante notar que, durante todo o período, as despesas realizadas pela esfera estadual sempre foram menores do que aquelas realizadas pela esfera federal e esfera municipal, o que indica que o SUS paulista está mais dependente da esfera federal e municipal, que, juntas, realizam, em média, cerca de 70% das despesas com ações e serviços de saúde pública no Estado de São Paulo.

Os dados demonstram que a participação da esfera federal nas despesas com ações e serviços de saúde sempre foi maior do que aquela da esfera estadual. Com relação à esfera municipal, este predomínio durou até o ano de 2003, na série histórica estudada, uma vez que, a partir de 2004, a participação da esfera municipal nas despesas ultrapassou os números da esfera federal.

Com relação ao mínimo de investimentos exigidos dos estados na área da saúde, as Notas Técnicas emitidas pela Secretaria Executiva do Ministério, permitem apontar que muitos estados não investem na saúde o percentual mínimo exigido. Elas divulgam o

⁴⁴⁴ Tabela elaborada pela autora com base nos dados fornecidos no Siops e Datasus. Fonte: BRASIL. *SIOPS/DATASUS*. Disponível em: < http://siops.datasus.gov.br/Documentacao/Dados_RIPSA-2008.pdf > Acesso em: 18 jul. 2011.

resultado da análise dos balanços gerais dos estados brasileiros, no tocante à aplicação mínima de recursos próprios em gastos com ações e serviços públicos de saúde, de acordo com o estabelecido pela EC 29/2000. A partir de 2004, passou-se também a levar em conta o disposto na Resolução do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) n. 322/03, que define o que pode ser considerado como gasto do setor saúde.

A Nota Técnica de n. XX/2010-SIOPS/DESD/SE/MS,⁴⁴⁵ divulga o resultado dos balanços gerais dos estados brasileiros, referente ao exercício de 2008. Em primeiro lugar, ela aponta que a equipe do SIOPS realiza a análise dos balanços estaduais desde o ano de 2000, com a finalidade de verificar a consistência dos dados publicados nos balanços gerais em comparação aos dados preenchidos e enviados pelos Estados ao SIOPS. Ela também ressalta o papel dos Tribunais de Contas dos Estados a respeito da fidedignidade das informações declaradas pelos estados nos Balanços Gerais, mas isso não afasta a possibilidade de análise da consistência dos dados enviados ao SIOPS.

A análise realizada pelos técnicos do SIOPS e da Secretaria Executiva do Ministério da Saúde aponta divergências dos montantes de receitas e despesas apresentadas. Isso pode ter ocorrido porque alguns estados não apresentaram suficiente detalhamento das transferências realizadas aos municípios, bem como dos gastos em cada função, principalmente a função 10 – Saúde.

Em relação às receitas, base de cálculo do percentual estabelecido pela legislação, verificou-se a redução do seu montante, através da exclusão de valores referentes ao Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos profissionais da Educação (FUNDEB), assim como dos valores referentes à restituição de impostos a contribuintes. Outra falha apontada é o não detalhamento de valores recebidos a título de transferências do SUS. Por fim, observou-se a inclusão de despesas em Ações e Serviços Públicos de Saúde, de itens que não são considerados como tal pela Resolução n. 322/03 do Conselho Nacional de Saúde (CNS),⁴⁴⁶ o que demonstra a não adesão de parte dos estados ao preconizado por essa resolução. Dentre os 27 estados que enviaram os dados ao SIOPS referente ao exercício de 2008, 23 declararam estar aplicando o mínimo de 12% em gastos

⁴⁴⁵ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria Executiva. *Nota Técnica n. XX/2010-SIOPS/DESD/SE/MS*. Disponível em: <<http://siops.datasus.gov.br/Documentacao/NT19-2010/NT%2019%20-%20Análise%20dos%20BGE%202008%20doc%20001.pdf>>. Acesso em: 18 jul. 2011.

⁴⁴⁶ As despesas que não podem ser computadas como despesas de saúde são, segundo a Resolução 322/03 do CNS: pagamentos de aposentadorias e pensões, assistência à saúde de clientela fechada, merenda escolar, saneamento básico, limpeza urbana e remoção de resíduos sólidos, preservação e correção do meio-ambiente, assistência social não diretamente relacionadas ao SUS e não realizadas pelos gestores da saúde. BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria da Economia da Saúde e Desenvolvimento. *SIOPS*. Disponível em: <<http://siops.datasus.gov.br/Documentacao/SIOPS%20geral.pdf>>. Acesso em: 17 jul. 2011.

com ações e serviços públicos de saúde, enquanto quatro estados afirmam aplicar menos que o mínimo constitucional. São eles: Espírito Santo, Paraná, Rio Grande do Sul e Mato Grosso. Porém, a análise realizada pelos técnicos do SIOPS demonstrou que o total de estados que atingem o percentual mínimo é de apenas 13. Isso mostra a gritante diferença entre os dados declarados ao Sistema de Informações do Orçamento em Saúde (SIOPS) e os dados realmente lançados no Orçamento Geral dos Estados. Os dados do Anexo 1 da Nota Técnica XX/2010-SIOPS/DESD/SE/MS mostram a discrepância entre os valores do percentual investido que foram declarados pelos estados ao SIOPS e os valores do percentual realmente investido na área da saúde após a análise feita pelo Ministério da Saúde. A lista dos estados que não cumprem o mínimo constitucional é disposta na Tabela 6.

Tabela 6- Estados que não cumprem o percentual mínimo de investimentos na área da saúde – exercício de 2008 ⁴⁴⁷

Estado	Percentual aplicado na saúde
Maranhão	9,88%
Piauí	9,01%
Ceará	9,64%
Paraíba	11,25%
Alagoas	10,77%
Minas Gerais	8,65%
Espírito Santo	10,39%
Rio de Janeiro	10,75%
Paraná	9,84%
Santa Catarina	11,74%
Rio Grande do Sul	4,37%
Mato Grosso	11,26%
Goiás	9,51%

⁴⁴⁷ Tabela elaborada pela autora com base nos dados da Nota Técnica XX/2010. BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria Executiva e SIOPS. *Nota Técnica XX/2010*. Disponível em: < <http://siops.datasus.gov.br/Documentacao/NT19-2010/NT%2019%20-%20Análise%20dos%20BGE%202008%20doc%20001.pdf>>. Acesso em: 18 jul. 2011.

A contextualização do direito à saúde na realidade do SUS existente no caso particular discutido em juízo, pode ser obtida através do acesso à Sala de Situação em Saúde criada pelo Ministério da Saúde em outubro de 2009⁴⁴⁸. Ele permite a obtenção de dados referentes ao Brasil, a cada estado da Federação e a cada município. A Sala tem por objetivo disponibilizar informações, de forma executiva e gerencial, para subsidiar a tomada de decisão, a gestão, a prática profissional e a geração de conhecimento, demonstra a atuação governamental no âmbito do SUS, fornece referencial para projeções e inferências setoriais, além de contribuir para a transparência acerca das ações desenvolvidas na área da saúde. Ela é composta por quatro módulos:

1. Socioeconômico – Apresenta aspectos socioeconômicos, demográficos e territoriais, que permitem identificar a situação conjuntural brasileira. Reúne dados políticos de estados e municípios, bem como as representações no Poder Legislativo e sua atuação na área da saúde, por meio de emendas e convênios. Neste tópico, encontramos dados socioeconômicos como receitas municipais, bem como as receitas do estado a que ele pertence. Também é possível obter as taxas demográficas estaduais e municipais, bem como a situação de gestão do município. Apenas para exemplificar, o acesso a esse site com relação ao Município de Santos nos permite identificar a situação do município dentro do Sistema Único de Saúde. Santos é município sede do módulo assistencial, pertencente à microrregião da Baixada Santista. O município faz parte do Colegiado de Gestão da Baixada Santista. E a sua condição de gestão anterior é a gestão plena, e a atual é a do Pacto pela Saúde. Como vimos, estas características fazem de Santos um município importante no fornecimento de ações e serviços para os municípios da Baixada Santista. Dados a respeito deste e de todos os outros municípios podem ser obtidos pelo acesso a este bloco.

2. Ações em saúde – Possibilita o acompanhamento das metas físicas, coberturas e repasses financeiros relacionados às principais ações e programas do Ministério da Saúde. Este bloco fornece informações a respeito de várias ações como, por exemplo: o Programa Hiperdia (hipertensos e diabéticos), o Programa Nacional de Humanização do Parto (PNHP), os Agentes Comunitários de Saúde (ACS), as Equipes de Saúde da Família, as Unidades de Pronto Atendimento (UPA), o Programa de Imunizações e tantos outros que podem auxiliar na obtenção de uma radiografia das ações desenvolvidas pelo município.

⁴⁴⁸ BRASIL. Ministério da Saúde. *Sala de Situação em Saúde*. Disponível em: <<http://189.28.128.178/sage/>>. Acesso em: 18 jul. 2011.

3. Situação de Saúde – Disponibiliza indicadores epidemiológicos e operacionais relacionados a doenças e agravos caracterizados como problemas de saúde pública. Auxilia na elaboração de análises contextuais utilizadas na formulação de políticas e na avaliação de intervenções específicas no campo da saúde. Neste bloco, pode-se ter acesso a indicadores de morbidade do município com relação a algumas doenças como: AIDS, tuberculose, dengue, sífilis congênita e outras. Também é possível acessar alguns indicadores de mortalidade referentes à mortalidade materna, a mortalidade por doenças do aparelho circulatório, entre outras.

4. Gestão em Saúde – Aborda a execução orçamentária do Ministério da Saúde, por unidade orçamentária, programas e ações. Informa os limites financeiros por empenho e por fontes de recurso. Detalha a situação de convênios e apresenta as transferências fundo a fundo, particularizando os repasses financeiros. Exibe informações sobre estabelecimentos e profissionais de saúde em atuação no SUS. Mostra indicadores de processo e resultados do monitoramento do Pacto pela Saúde. Disponibiliza os dados referentes ao processo de gestão, à descentralização e ao controle social.

Pode-se consultar dados a respeito de um determinado município escolhido como: o tipo e o número de unidades de saúde; o número de médicos e o tipo de vínculo que possuem; o número e o tipo de equipamentos existentes no município, o total de leitos por especialidades. Reafirmamos a importância desses dados na discussão sobre a judicialização da saúde. Assim, por exemplo, em uma demanda em que se discute o direito a uma vaga na UTI (Unidade de Terapia Intensiva) no Município de Santos podemos dimensionar o número de leitos existentes tal como está expresso na Tabela 7.

Tabela 7 –Leitos por especialidade –Município de Santos⁴⁴⁹

Total de leitos por especialidade										
Especialidade	Federal		Estadual		Municipal		Privada		Total	
	SUS	Existente	SUS	Existente	SUS	Existente	SUS	Existente	SUS	Existente
ESPEC - CIRURGICO	0	0	78	78	13	13	219	589	310	680
ESPEC - CLINICO	0	0	56	56	68	68	74	373	198	497
COMPLEMENTAR	0	0	45	45	10	16	62	205	117	266
OBSTÉTRICO	0	0	35	35	23	23	30	98	88	156

⁴⁴⁹ Tabela obtida no sítio eletrônico: Sala de Situação em Saúde - criada pelo Ministério da Saúde. Fonte dos dados: BRASIL. Sala de Situação em Saúde. CNES/DATASUS/MS. Competência: março de 2011. Disponível em: <<http://189.28.128.178/sage/>>. Acesso em: 18 jul. 2011.

PEDIÁTRICO	0	0	23	23	17	17	50	124	90	164
OUTRAS ESPECIALIDADES	0	0	34	34	1	1	0	32	35	67
HOSPITAL DIA	0	0	0	0	10	10	2	49	12	59
Total	0	0	271	271	142	148	437	1.470	850	1.889
Leitos p/ 1000 hab.*	0,00	0,00	0,65	0,65	0,34	0,35	1,04	3,51	2,03	4,50

A situação do município não difere da realidade nacional. Constatamos que, do total de 1889 leitos existentes no município, a maioria – cerca de 77,81% deles (1.470 leitos) – pertencem ao setor privado, e apenas 22,19% (437 leitos) são de propriedade do Poder Público.

Percebemos também que, do total dos 1.889 leitos existentes no Município de Santos, apenas 850 (44,99%) estão disponíveis para pacientes do SUS. Isto significa o índice de 2,03 leitos/1.000 habitantes. Ao confrontarmos este índice com o parâmetro de 2,5 leitos/1000 habitantes,⁴⁵⁰ estabelecido na Portaria, percebemos que há uma deficiência de leitos hospitalares, especialmente se levarmos em conta que o Município de Santos é o município polo da região da Baixada Santista.

Com relação aos equipamentos de diagnósticos existentes no Município de Santos, também há predomínio da propriedade privada como mostra a Tabela 8.

Tabela 8 – Total de equipamentos por grupo no Município de Santos⁴⁵¹

Total de equipamentos por grupo										
Grupo	Federal		Estadual		Municipal		Privada		Total	
	SUS	Existente	SUS	Existente	SUS	Existente	SUS	Existente	SUS	Existente
Equipamentos de Diagnostico por Imagem	0	0	17	17	23	26	91	91	131	134
Equipamentos de Infraestrutura	0	0	10	10	8	8	23	23	41	41
Equipamentos de Odontologia	0	0	2	2	79	82	23	25	104	107
Equipamentos para Manutenção da Vida	0	0	239	249	234	239	1.098	1.099	1.571	1.587
Equipamentos por Métodos Gráficos	0	0	14	14	21	25	34	35	69	74

⁴⁵⁰ O parâmetro estabelecido na Portaria varia de 2,5 a 3 leitos/1000 habitantes. BRASIL. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. *Portaria 1101/GM de 12 de junho de 2002*. Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2002/Gm/GM-1101.htm>> Acesso em: 20 out. 2010.

⁴⁵¹ Tabela obtida no sítio eletrônico -Sala de Situação em Saúde- criada pelo Ministério da Saúde. Fonte dos dados: CNES/DATASUS/MS. Competência: março de 2011. BRASIL. *Sala de Situação em Saúde*.- CNES/DATASUS/MS. Disponível em: <<http://189.28.128.178/sage/>>. Acesso em: 18 jul. 2011.

Equipamentos por Métodos Ópticos	0	0	10	10	9	9	47	47	66	66
Outros Equipamentos	0	0	5	5	71	73	115	123	191	201
Total	0	0	297	307	445	462	1.431	1.443	2.173	2.210

Do total de 2.210 equipamentos existentes no município, cerca de 65,29% (1.443 equipamentos) são de propriedade privada. O Poder Público possui apenas 34,71% dos equipamentos. Entretanto, constatamos que cerca de 98,32% dos equipamentos existentes no município (2.173 equipamentos) são utilizados pelos usuários do SUS, o que confirma o fato de que grande parte dos serviços privados recebem financiamento do SUS, através da compra de serviços pelo Poder Público. Esse quadro fica mais claro, por exemplo, se analisarmos o número de equipamentos de diagnóstico por imagem existentes no Município de Santos como mostra a Tabela 9.

Tabela 9 – Equipamentos de diagnóstico por imagem no Município de Santos⁴⁵²

EQUIPAMENTOS DE DIAGNÓSTICOS POR IMAGEM										
GRUPO	FEDERAL		ESTADUAL		MUNICIPAL		PRIVADA		TOTAL	
	SUS	Existente	SUS	Existente	SUS	Existente	SUS	Existente	SUS	Existente
Gama Camara	0	0	0	0	0	0	4	4	4	4
Mamografo com comando simples	0	0	1	1	0	0	5	5	6	6
Mamografo com estereotaxia	0	0	1	1	0	0	0	0	1	1
RX até 100mA	0	0	0	0	4	5	14	14	18	19
RX com fluoroscopia	0	0	0	0	0	0	3	3	3	3
RX de 100 a 500 Ma	0	0	7	7	6	8	11	11	24	26
RX dentário	0	0	0	0	4	4	1	1	5	5
RX de mais de 500 mA	0	0	1	1	2	2	3	3	6	6
RX para densitometria óssea	0	0	1	1	0	0	4	4	5	5

⁴⁵² Tabela obtida no sítio eletrônico: Sala de Situação em Saúde - criada pelo Ministério da Saúde. Fonte dos dados: CNES/DATASUS/MS. Competência: março de 2011. BRASIL. *Sala de Situação em Saúde*. CNES/DATASUS/MS. Disponível em: <<http://189.28.128.178/sage/>>. Acesso em: 18 jul. 2011.

RX para hemodinâmica	0	0	0	0	0	0	1	1	1	1
Ressonância magnética	0	0	1	1	0	0	8	8	9	9
Tomógrafo computadorizado	0	0	1	1	0	0	8	8	9	9
Ultrassom convencional	0	0	0	0	4	4	6	6	10	10
Ultrassom Doppler colorido	0	0	4	4	0	0	17	17	21	21
Ultrassom ecografo	0	0	0	0	3	3	6	6	9	9
Total	0	0	17	17	23	26	91	91	131	134

Pelos números apresentados na Tabela 9, nota-se que o Município de Santos possui em atividade o total de nove aparelhos de tomografia computadorizada, sendo a grande maioria deles (oito) de propriedade privada e apenas um pertencente ao Poder Público. No entanto, todos os aparelhos do setor privado são também utilizados pelos pacientes do SUS, o que reafirma, de um lado, a total dependência do SUS em relação ao setor privado com relação a esse aparelho diagnóstico do nível de alta complexidade do sistema e, de outro, aponta para o fato do dinheiro público estar sendo utilizado para financiar o setor privado.

Além disso, há de se sublinhar que o número de aparelhos de tomografia existentes no município está bem acima do mínimo de 1 aparelho para cada 100 mil habitantes⁴⁵³, estabelecido pela Portaria 1101/GM de 2002. Considerando-se a população de 417.101 habitantes do Município de Santos, o parâmetro da Portaria seria de 4,17 aparelhos de tomografia e o município possui o total de nove aparelhos.

Com relação aos aparelhos de mamografia com comando simples, nota-se que Santos possui 6 aparelhos (quantidade acima do parâmetro da Portaria 1101/GM) não havendo razão para que uma paciente tenha que ajuizar uma ação para realizar o exame. Tal fato pode indicar iniquidade no acesso para os pacientes do SUS, como também apontar para uma falha na gestão do sistema. Nesse aspecto, é importante ressaltar o número de municípios e estados brasileiros que não tiveram o seu relatório de gestão aprovados pelo Ministério da Saúde, como mostra a Tabela 10. Ou seja, quando se discute a judicialização, não é possível a

⁴⁵³ BRASIL. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. *Portaria 1101/GM de 12 de junho de 2002*. Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2002/Gm/GM-1101.htm>> Acesso em: 20 out. 2010. p. 14.

aceitação passiva da alegação de que faltam recursos financeiros. É preciso também analisar se quem alega falta de recursos está gerindo bem o sistema.

No mesmo bloco de gestão, pode-se ter acesso à informação do número de municípios e estados brasileiros que tiveram o seu relatório de gestão aprovados pelo Ministério da Saúde.

Tabela 10 – Número de Relatórios de Gestão aprovados⁴⁵⁴

Ano	Estados	Municípios
2007	22	3423
2008	18	4816
2009	11	4295

Importante notar a queda no número de estados que tiveram o relatório de gestão aprovado. Em 2009, apenas 11 estados (40,74%) tiveram seus relatórios aprovados. Isto mostra que, ao lado do subfinanciamento do sistema, o SUS também carece de uma adequada gestão de recursos humanos, materiais e financeiros. Uma situação não menos preocupante é aquela existente entre os municípios brasileiros. Em 2009, dentre os 5.565 municípios existentes, apenas 4.295 (77,17%) tiveram seus relatórios de gestão aprovados.

A discussão sobre a falta de recursos para a efetivação do direito à saúde pode ser mais aprofundada se tivermos acesso aos dados financeiros da Transferência Direta Fundo a Fundo, isto é, os recursos financeiros destinados diretamente do Fundo Federal de Saúde para o Fundo Municipal de Saúde nos diversos blocos de financiamento como, por exemplo: para as ações e serviços da Atenção Básica, da Média e Alta Complexidade, para Assistência Farmacêutica, Vigilância em Saúde e outros.

Se selecionarmos para a análise o Município de Santos e compararmos os recursos transferidos para a atenção básica com aqueles destinados para a média e alta complexidade, notamos que ainda são muito baixos os níveis destinados para a atenção básica, como se percebe pela Tabela 11. Quando se discute a falta de recursos para a satisfação do direito à realização de uma quimioterapia ou qualquer outro procedimento de média ou alta complexidade no sistema, deve-se ter em mente a responsabilidade de cada um dos responsáveis pelo financiamento em cada um dos blocos acima mencionados.

⁴⁵⁴ Tabela elaborada pela autora com base nos dados (do mês de junho) da Sala de Situação em Saúde: relatório de gestão. BRASIL. *Sala de Situação em Saúde*. CNES/DATASUS/MS. Disponível em: <<http://189.28.128.178/sage/>>. Acesso em: 18 jul. 2011.

Tabela 11 – Evolução histórica das transferências fundo a fundo da União para o Município de Santos⁴⁵⁵

Ano	Atenção Básica	Média e Alta Complexidade
2002	6.111.696	36.034.307
2003	6.111.696	41.222.053
2004	6.137.130	44.553.526
2005	6.151.265	45.293.219
2006	6.954.678	51.195.717
2007	8.144.317	69.427.978
2008	9.002.083	83.957.784
2009	10.338.385	77.559.309
2010	10.746.357	76.417.821
2011	5.328.746	37.991.922

Apesar da lógica do sistema, enfatizar a importância das ações e serviços municipais na atenção básica com a finalidade de obter um atendimento eficiente neste nível do sistema (e com isto diminuir a necessidade de serviços e ações na média e alta complexidade), nota-se que as transferências na atenção básica são cerca de cinco a sete vezes menores do que aquelas realizadas para a média e alta complexidade. Além disso, os valores transferidos para a atenção básica praticamente permaneceram estáveis no patamar de R\$ 6.000.000,00, no período de 2002 a 2006, o que é incongruente com a lógica de investimentos no setor.

Poder-se-ia argumentar que a discrepância de transferências entre os diferentes níveis do sistema poderia ser justificada, se levarmos em conta que as ações e os procedimentos da média e alta complexidade são muito mais caros e que, portanto, seria natural que em valores absolutos os montantes fossem tão diferentes. Mas, ainda que se admita como verdadeiro o fato de que o custo das ações e serviços da atenção básica seja mais baixo (pois a tecnologia empregada é, sem dúvida, mais simples), mesmo assim, não se pode

⁴⁵⁵ Tabela elaborada pela autora com base nos dados do Fundo Nacional de Saúde (FNS)- valores expressos em reais e dados atualizados até 19.07.2011) da Sala de Situação em Saúde- gestão- transferência fundo a fundo. BRASIL. Sala de Situação em Saúde- gestão- transferência fundo a fundo. Disponível em: <<http://189.28.128.178/sage/>>. Acesso em: 18 jul. 2011.

explicar tamanha discrepância e tampouco a estagnação do montante transferido durante os primeiros cinco anos da série histórica analisada.

Os dados da Tabela 11 também apontam para uma outra realidade já mencionada quando analisamos a média e a alta complexidade, que é a magnitude do financiamento público do setor privado da saúde. Ou seja, o uso do dinheiro público para pagamento de serviços privados de média e alta complexidade aos usuários do SUS. Tal fato reflete uma opção histórica do Poder Público em não investir em serviços próprios e preferir pagar pela utilização de serviços particulares.

O conhecimento da rede assistencial de uma determinada localidade também pode ser facilitado pelo Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde (CNES), que permite a geração de relatórios sobre leitos, serviços especializados, atendimentos prestados, equipamentos, tipos de estabelecimento, tipo de prestador, entre outros dados.⁴⁵⁶

Como se pode perceber, a discussão do direito à saúde no contexto do SUS implica a análise de dados concretos. O conhecimento das especificidades do SUS em cada caso analisado em juízo poderá auxiliar a identificação do mínimo existencial do sistema e do caso particular.

4.2. A saúde no âmbito público e privado

Ao longo dos anos, diante da falta de investimento do setor público na construção de serviços de média e alta complexidade (como por exemplo a compra de aparelhos de ressonância magnética e a construção de hospitais), estes serviços foram contratados pelo Poder Público junto ao setor privado. Pode-se dizer que a compra de serviços estimulou o desenvolvimento deste segmento, que cresceu à sombra das políticas públicas e foi favorecido por incentivos financeiros e pela garantia de mercados cativos via financiamento público.

As várias modalidades de assistência na saúde suplementar foram se firmando paulatinamente e em épocas diferentes. As empresas de medicina de grupo iniciaram-se em 1956 em São Paulo, quando alguns grupos de médicos desempregados uniram-se para dar assistência aos funcionários e familiares de uma empresa em expansão, mediante um pré-pagamento fixo.⁴⁵⁷ Mas seu desenvolvimento ocorreu na década de 60, quando houve uma grande articulação entre grupos de médicos com hospitais privados ou filantrópicos, que

⁴⁵⁶ Os dados do Cadastro Nacional de Estabelecimentos em Saúde (CNES) podem ser acessados no sítio eletrônico: <http://cnes.datasus.gov.br/Index.asp?home=1>. Ele disponibiliza informações das atuais condições de infraestrutura de funcionamento dos estabelecimentos de Saúde em todas as esferas de governo.

⁴⁵⁷ MENICUCCI, Telma Maria Gonçalves. *Público e privado na política de assistência à saúde no Brasil: atores, processos e trajetórias*. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2007. p. 116.

ofereciam serviços mediante pré-pagamento. As empresas de medicina de grupo eram, na época, voltadas para atender empresas que mantinham assistência para seus empregados, mediante sistema de convênio, no qual eram comercializados os planos coletivos ou empresariais. Foi nos grandes centros, onde se concentrava a maior parte de sua clientela, que as empresas de medicina de grupo se expandiram.

As cooperativas médicas surgem nos anos 60, em reação contrária à medicina de grupo, pois os médicos sentiam-se aviltados com a remuneração de seu trabalho e resolveram ter a responsabilidade direta pela prestação de assistência médica aos beneficiários. Sua expansão inicial se deu com a captação de clientes individuais, espalhados por todo o país, embora a maior parte das sedes das cooperativas fosse localizada nas cidades do interior de São Paulo. Somente nos anos 80 elas passaram a disputar a clientela dos empregados de grandes empresas e a fazer planos coletivos, estratégia que tanto criticavam nas empresas de medicina de grupo.⁴⁵⁸

Posteriormente, surgiu a modalidade de assistência à saúde das seguradoras. A comercialização de seguros no ramo da saúde começou nos anos 70, mas seu crescimento só ocorreu nos anos 90. Na modalidade do Seguro de Saúde, a lei estabelece um teto financeiro, de acordo com o valor da apólice adquirida, franquia e livre escolha de profissionais e serviços de saúde pelo segurado com pagamento direto ao prestador de serviços, como estabelece a Resolução 11 do Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP), de maio de 1976. Essa modalidade é pouco comercializada no mercado brasileiro.

Entretanto, o Seguro de Assistência Médica e/ou Hospitalar, regulamentado na Resolução 16 de 20 de dezembro de 1988 do CNPS, é o principal produto das seguradoras.⁴⁵⁹ Ele prevê um contrato com limite financeiro anual e/ou com base em uma tabela de valores por evento, instituindo o reembolso de despesas. A atuação mais sistemática das seguradoras na assistência supletiva ocorreu a partir de 1989, quando foram autorizadas pela Susep (Circular 5/1989) a se vincularem a serviços de saúde mediante o referenciamento de prestadores de serviços. Com isso, as seguradoras puderam pagar diretamente ao prestador, em vez de reembolsar o pagamento feito pelo segurado, o que diminuiu os custos e aproximou-as do modelo de medicina de grupo e de cooperativa, inicialmente voltado para

⁴⁵⁸ MENICUCCI, Telma Maria Gonçalves. *Público e privado na política de assistência à saúde no Brasil: atores, processos e trajetórias*. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2007. p. 118.

⁴⁵⁹ MESQUITA, Maria Angélica Fonseca de. A regulação da assistência suplementar à saúde. In: BRASIL. Ministério da Saúde. *Regulação & Saúde: estrutura, evolução e perspectiva da assistência médica suplementar*. Rio de Janeiro: ANS, 2002. p. 61.

clientes individuais. No momento, elas disputam também o mercado das empresas e passam a competir pela administração dos planos de autogestão.⁴⁶⁰

Como veremos adiante existem muitas formas de relacionamento entre o setor público e o setor privado do sistema.

4.2.1. A Saúde Suplementar é sempre privada?

Embora a Constituição Federal se refira ao segmento de saúde suplementar como aquele segmento da iniciativa privada que presta serviços fora do âmbito do SUS, vale a pena assinalar que a nomenclatura “suplementar” utilizada pelo Constituinte neste contexto está em desacordo com a classificação proposta pela Organização para a Cooperação Econômica e Desenvolvimento (OECD).⁴⁶¹ Esta organização faz uma classificação funcional dos sistemas privados de saúde, da seguinte forma:

- i) **Primário:** ocorre nos casos em que é o seguro privado que disponibiliza acesso aos principais serviços de saúde. Pode ser subdividido em: a) principal: quando não há opção do sistema público para a maioria da população, sendo o sistema privado a principal possibilidade e, b) substituto: quando há possibilidade de seguro social ou do sistema público, porém o indivíduo opta pelo seguro privado, em detrimento do serviço público.
- ii) **Duplicado:** ocorre quando os mesmos serviços são cobertos pelo seguro privado e pelo sistema público. Nesse caso, o serviço privado oferece algumas facilidades que não estão acessíveis no sistema público, como: acesso privilegiado e mais rápido aos serviços, driblando a fila de espera do serviço público; escolha do médico e do hospital, o que não é possível no sistema público; acesso aos médicos especialistas sem obedecer à porta de entrada do sistema público (que é o atendimento pelo médico generalista nas unidades básicas de saúde), entre outras facilidades.
- iii) **Complementar:** se dá quando os serviços que são cobertos pelo sistema público são parcialmente financiados pelo sistema público e parcialmente financiados de forma privada. Isto se dá pelo co-pagamento privado a serviços ofertados pelo sistema público, o que ocorre quando o usuário do sistema público contrata o seguro privado para cobrir eventuais gastos
- iv) **Suplementar:** ocorre quando os usuários contratam os seguros privados para obterem elementos de sofisticação como: hotelaria, escolha de medicamentos não genéricos, cuidados de longa duração, assistência dentária, reabilitação, entre outros.

Para Isabela Soares Santos o segmento de saúde suplementar é, na verdade, um segmento suplementar e duplicado, se levarmos em conta a classificação da OECD, na

⁴⁶⁰ MENICUCCI, Telma Maria Gonçalves. Público e privado na política de assistência à saúde no Brasil: atores, processos e trajetórias. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2007. p. 119.

⁴⁶¹ ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). Proposal for a taxonomy of health insurance. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/24/52/31916207.pdf>>. Acesso em: 05 ago. 2011.

medida em que os seguros privados oferecem, em grande parte, o mesmo tipo de serviços do sistema público de saúde acrescido de mordomias como hotelaria, possibilidade de escolha de médico e do hospital, entre outras facilidades. Nesse sentido, afirma a autora que o mercado privado de saúde brasileiro tem uma expressão que é caracterizada “pela convivência e relação suplementar e duplicada de serviços do segmento de seguros privados em relação ao SUS”.⁴⁶²

A importância da saúde suplementar no Brasil foi bem demonstrada no estudo realizado por Ceres Albuquerque, o qual acompanha a evolução do segmento, no período entre 2000 e 2006.⁴⁶³ Estudando apenas aqueles que possuíam planos de assistência médica, Albuquerque identificou que, em 2006, cerca de 36,9 milhões de beneficiários possuíam plano de assistência médica, o que correspondia a uma cobertura de 19,8% da população brasileira, distribuída de maneira desigual pelo país, com predominância nos centros urbanos e nas áreas do Sul e Sudeste. Os primeiros dados de 2011⁴⁶⁴ indicam a existência, em março deste ano, de 46,6 milhões de beneficiários em planos de assistência médica e 15,3 milhões em planos exclusivamente odontológicos. O número de beneficiários com planos privados de assistência médica em 2011 corresponde a 23,4% da população brasileira.

A cobertura à população idosa passou de 22,7%, em dezembro de 2000, para 25,6%, em dezembro de 2006. O número de beneficiários idosos aumentou de 3,2 milhões para 4,0 milhões. Em março de 2011, a população idosa (com 60 anos ou mais) coberta por planos de assistência médica era de 5,18 milhões de pessoas.

Em 2006, o maior percentual de beneficiários encontrava-se na faixa etária de 20 a 59 anos de idade (60,9%). Em março de 2011, a faixa etária de 20 a 59 anos continua a ter a maior porcentagem de beneficiários (62,3%).

Com relação ao tipo de plano, em 2006, cerca de 70% dos beneficiários possuíam planos de saúde coletivos, sendo apenas de 22% a porcentagem dos beneficiários de planos individuais. Em março de 2011, dos 46,6 milhões de beneficiários de plano de assistência médica, cerca de 75,7% (35,3 milhões de beneficiários) está vinculada a planos de contratação

⁴⁶² SANTOS, Isabela Soares. *O Mix público-privado no sistema de saúde brasileiro: elementos para uma regulação da cobertura duplicada*. 2009, 186 f. Tese (Doutorado) – Escola de Saúde Pública Sergio Arouca, Rio de Janeiro. p. 105.

⁴⁶³ ALBUQUERQUE, Ceres et al. A situação atual do mercado de saúde suplementar no Brasil e apontamentos para o futuro. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 5, p. 1.421-1.430, set./out. 2008.

⁴⁶⁴ Dados atualizados do Caderno de Informações de Saúde Suplementar de junho de 2011 (com dados de março de 2011). AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (ANS). *Informações da Saúde Suplementar*. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Perfil_setor/Caderno_informacao_saude_suplementar/2011_mes06_caderno_informacao.pdf>. Acesso em: 06 ago. 2011.

coletiva e 20,81% (9,7 milhões de beneficiários) está ligada a planos de planos de assistência individual.

Por todas essas características apresentadas, o segmento de saúde suplementar não pode ser desprezado e tampouco ignorado pelo sistema público de saúde, uma vez que, como já mencionamos, o funcionamento do SUS depende em grande parte da estrutura e dos prestadores da iniciativa privada. Apesar de ser relevante, o segmento seguiu operando livremente no mercado durante muitos anos e só foi regulamentado em 1998, através da Lei 9665/98, passando a ser fiscalizado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

Com a regulamentação do setor, foi feito o saneamento do mercado e as operadoras que não se adaptaram ao novo modelo foram absorvidas pela concorrência ou liquidadas pela ANS. Além disso, houve uma série de resoluções que beneficiaram o usuário e traçaram diretrizes para regulamentar várias questões tais como: a classificação dos tipos de planos privados de assistência à saúde; o estabelecimento de coberturas e a disciplina da exigência de prazos de carência; o controle do reajuste das mensalidades principalmente nos planos individuais; a definição dos casos de doenças ou lesões pré-existentes; o estabelecimento de um rol de procedimentos que constitui a referência básica para a cobertura assistencial mínima, entre outras.

Entretanto, se a regulamentação foi bem sucedida em relação a algumas questões, ela não apresentou bons resultados com relação a outros temas como: o ressarcimento ao SUS pela utilização dos serviços públicos por pacientes portadores de planos de saúde e o estabelecimento do rol de procedimentos para efeitos de cobertura pelo plano.⁴⁶⁵

Ao contrário do que se esperava, esta classificação de procedimentos está sendo ineficaz, uma vez que, ao delimitar os procedimentos, acabou por excluir da cobertura outros procedimentos que possam ser necessários no caso concreto. Além disso, mesmo cobrindo determinadas doenças, como, por exemplo, uma cirurgia para extirpar metástases hepáticas, não cobre o custo com um bisturi a laser, ideal para realizar a cirurgia com menos agressão ao tecido hepático normal que está localizado no entorno das lesões cancerígenas.

Interessante notar que, com relação à negativa das operadoras de planos de saúde em fornecer insumos necessários para a realização de procedimento, o Superior Tribunal de

⁴⁶⁵ A Resolução Normativa 211/2010 possui em anexo o rol de procedimentos e eventos em saúde de alta complexidade. AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (ANS). *Resolução Normativa 211 de 11 de janeiro de 2010*. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/texto_lei_pdf.php?id=1575>. Acesso em: 04 ago. 2011. Recentemente, foi editada a RN 262 que entrou em vigor em 01/01/12 e atualiza o rol de procedimentos a serem cobertos. AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (ANS). *Resolução Normativa 262 de 1 de agosto de 2011*. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/texto_lei_pdf.php?id=1786>. Acesso em: 06 ago. 2011.

Justiça já assentou jurisprudência, no sentido de garantir o mínimo existencial do direito à saúde como assinala Daniela Batalha Trettel. Ao estudar as decisões dos Tribunais Superiores, a autora mostra que a obrigatoriedade do fornecimento do insumo para a realização do procedimento é relacionada à cobertura pelo plano *da doença* que está sendo tratada e não à cobertura do procedimento.⁴⁶⁶

A importância da saúde suplementar para o Sistema Único de Saúde já foi bem estabelecida pelos pesquisadores. O problema reside no relacionamento entre os dois modelos do sistema: o público e o privado.

4.2.2. O modelo público e o modelo privado

A construção do Sistema Único de Saúde (SUS), inspirada no modelo dos sistemas nacionais de cunho universalista, ocorreu em um período no qual o setor privado já estava amplamente consolidado. A expansão do setor privado no país foi promovida pelo próprio Estado na década de 1970, no âmbito da Previdência Social que, de um lado, financiou sua expansão através do antigo Fundo de Assistência Social (FAS) e, de outro, garantiu demanda para essa oferta, comprando os serviços de saúde comercializados pelos hospitais e clínicas privadas. Exatamente por essa razão é que a Constituição Federal de 1988 previu a existência de um sistema de saúde suplementar ao SUS, constituído de sistemas de asseguarmento (planos e seguros) privados.

Além de ter herdado a estrutura de serviços existentes (com predomínio dos leitos hospitalares e de serviços de diagnóstico privados) antes da sua criação,⁴⁶⁷ o SUS também herdou a estrutura do gasto nacional em saúde pré-existente, o que fez com que o Sistema Único de Saúde, definido como de acesso universal e integral, exibisse desde o seu início uma estrutura de gasto típica do modelo liberal de sistemas de saúde. Na verdade, os incentivos estatais resultaram em uma relação estrutural entre o Estado e o mercado, que revela uma dependência econômica dos planos de saúde em função do financiamento público.

Muitos defendem a tese de que, para solucionar esta questão, se deveria fortalecer o papel intervencionista do Estado na atual correlação de forças, mas, ao mesmo tempo,

⁴⁶⁶ Os acórdãos emblemáticos citados pela autora: RESP 735.138/RJ, julgado em 11/03/08; RESP 1.046.355/RJ, julgamento 15/05/08; RESP 519.940/SP julgado em 17/06/03. TRETTEL, Daniela Batalha. *Planos de saúde na visão do STJ e STF*. São Paulo: Editora Verbatim, 2010. p. 106-107.

⁴⁶⁷ Em importante estudo realizado em 2002, demonstrou-se que ainda 65% dos hospitais existentes no Brasil eram privados e que apenas 35% pertenciam ao Poder Público. E que o SUS possuía a maioria de leitos em hospitais privados conveniados (63%) enquanto apenas 37% dos leitos SUS estavam em hospitais públicos. O que mostra que a situação de dependência da estrutura privada continuava mesmo após a criação do SUS. UGÁ, Maria Alicia D; MARQUES, Rosa Maria. O Financiamento do SUS: Trajetória, Contexto e Constrangimentos. In: LIMA, Nisia Trindade (Org.). *Saúde e democracia: história e perspectiva do SUS*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2005. p. 194.

indagam se o Estado teria pré-condições de subordinar o mercado às diretrizes das políticas de saúde com base no interesse público.⁴⁶⁸ Essa discussão a respeito da contradição entre o espírito de concorrência típico do mercado e o espírito de solidariedade presente no caso de serviços sociais essenciais é bem analisada por alguns autores, mas o seu aprofundamento foge ao escopo desta tese que pretende primordialmente discutir o direito à saúde no contexto do SUS e não o segmento suplementar da saúde. Por essa razão, nos limitaremos a mencionar dados relativos ao relacionamento entre os dois setores para podermos contextualizar o direito à saúde no âmbito do SUS.

Maria Alícia D. Ugá e Rosa Maria Marques já apontaram que, enquanto o gasto com saúde do Reino Unido, da Dinamarca e da Suécia (países com sistemas de saúde semelhantes ao nosso) é respectivamente de 97%, 84% e 78% público e financiado por impostos, no Brasil, a participação do setor público no gasto nacional em saúde é de apenas 42%, menor ainda que os 44% gastos pelos Estados Unidos.⁴⁶⁹

O sistema público e o segmento de saúde suplementar⁴⁷⁰ constituem dois importantes elementos do sistema nacional de saúde, mas adotam diferentes modelos de assistência. Giovanni Gurgel Aciole aponta a diferença entre eles, afirmando que, enquanto o sistema público “adota um modelo de assistência cuja ideia central se assenta no estado de bem-estar e na lógica do direito social, o seu oposto, não estatal, está assentado na lógica do consumo e da livre competição econômica”.⁴⁷¹

Para ele, o movimento da reforma sanitária, com a criação do SUS, pretendeu inverter a situação existente até então na área da saúde, que era o predomínio da assistência curativa individual em face do caráter coletivo da saúde pública. Porém, ele constata que nos últimos dez anos, temos assistido à hegemonia de um discurso e de uma prática que retomam

⁴⁶⁸ Os defensores desta tese apresentam outras propostas como, por exemplo, a redefinição da regulamentação da ANS como uma regulação da atividade privada de interesse público articulada ao regime de concessão de serviços públicos, o que significaria uma mudança radical nas normas que designam a assistência à saúde como livre à iniciativa privada (art.199 Constituição Federal e art.21 da Lei Orgânica da Saúde). OCKÉ-REIS, Carlos Octávio; SOPHIA, Daniela Carvalho. Uma crítica à privatização do sistema de saúde brasileiro: pela constituição de um modelo de proteção social público de atenção à saúde. *Saúde em Debate*, Rio de Janeiro, v. 33, n. 81, p. 76-77, jan./abr. 2009.

⁴⁶⁹ UGÁ, Maria Alicia D; MARQUES, Rosa Maria. O Financiamento do SUS: Trajetória, Contexto e Constrangimentos. In: LIMA, Nisia Trindade (Org.). *Saúde e democracia: história e perspectiva do SUS*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2005. p. 194.

⁴⁷⁰ Isabela Soares Santos ressalta em seu trabalho que o sistema brasileiro que se autodenomina suplementar é, na verdade, de acordo com a classificação da OECD, um sistema suplementar e duplicado. SANTOS, Isabela Soares. *O Mix público-privado no sistema de saúde brasileiro: elementos para uma regulação da cobertura duplicada*. 2009. 186 f. Tese (Doutorado) – Escola de Saúde Pública Sergio Arouca, Rio de Janeiro. p. 105.

⁴⁷¹ ACIOLE, Giovanni Gurgel. *A saúde no Brasil: cartografias do público e do privado*. São Paulo: Hucitec; Campinas: Sindicato dos Médicos de Campinas e Região, 2006. p. 218.

a centralidade do mercado como protagonista, prescindindo a ação estatal apenas para ordenação jurídica e a minimização das distorções sociais porventura ocorridas.

As relações entre os dois segmentos estão imbricadas e, por vezes, torna-se difícil identificar os limites e a abrangência de cada um deles. Analisaremos apenas alguns aspectos desse *mix* público-privado, como: a utilização dos serviços do SUS por pacientes portadores de planos de saúde; o ressarcimento ao SUS pelas empresas e seguradoras de saúde, em troca dos serviços prestados pelo SUS aos beneficiários de planos de saúde; os subsídios do Estado para o setor privado; a terceirização dos serviços de saúde para Organizações Sociais e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPS).

4.2.2.1. A utilização do SUS por pacientes portadores de planos de saúde suplementar

O seguro privado se insere em nosso sistema de saúde de forma suplementar e duplicada,⁴⁷² ou seja, ele comercializa planos de saúde que oferecem serviços já cobertos pelo sistema público. Essa forma de inserção introduz alguns problemas com relação à duplicidade de serviços, à desigualdade no acesso aos serviços de saúde e aos gastos.⁴⁷³ Se, por um lado, os usuários de planos privados continuam utilizando os serviços públicos de saúde, por outro lado, o seguro privado tem frequentemente adicionado gastos à despesa total com saúde e não substituído o financiamento público. O que se observa é que nos países em que o seguro é suplementar não houve diminuição dos gastos públicos com saúde, em termos de PIB,⁴⁷⁴ se comparados com os gastos de países sem seguro saúde privado.

Essa imbricação do estatal e do privado (*mix* público-privado) foi bem estudada por Isabela Soares Santos e colaboradores, a partir da oferta, da utilização de serviços de saúde e do financiamento.⁴⁷⁵

⁴⁷² O seguro se insere de *forma complementar* ao sistema público, quando as pessoas o adquirem para complementar o acesso a serviços que não são cobertos pelo sistema público, ou que o são apenas parcialmente. Existe ainda a *forma de inserção substitutiva*, que ocorre em países como Alemanha, Holanda, Bélgica, nos quais o indivíduo deve optar pelo sistema público ou pelo seguro privado. Ele pode ainda atuar como *um sistema primário*, quando é o elemento preponderante do sistema de saúde, como ocorre nos Estados Unidos. ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Private Health Insurance in OECD Countries*. The OECD Project. Disponível em: <<http://www.oecd.org/health/insurance>>. Acesso em: 15 maio 2007.

⁴⁷³ RODRIGUEZ, M; STOYANOVA, A. The effect of private insurance access on the choice of GP/Specialist and public/private provider in Spain. *Health Economics*, v. 13, p. 689-703, 2004.

⁴⁷⁴ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Private Health Insurance in OECD Countries*. The OECD Health Project. Disponível em: <<http://www.oecd.org/health/insurance>>. Acesso em: 15 maio 2007.

⁴⁷⁵ SANTOS, I. S.; UGÁ, M. A. D.; PORTO, S. M. O mix público-privado no sistema de saúde brasileiro: financiamento, oferta e utilização de serviços de saúde. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 5, p. 1.431-1.440, 2008.

Com relação à oferta de serviços, ao compararem a rede ofertada pelo SUS com os serviços disponibilizados para o atendimento dos clientes de planos e seguros privados de saúde, as autoras constataram que a maior parte da oferta de serviços hospitalares é de propriedade privada: 62% dos estabelecimentos com internação e 68% dos leitos do país. Quanto às unidades prestadoras de serviços de apoio diagnóstico e terapêutico (SADT), a grande maioria (92%) também se encontra na mão da iniciativa privada.

Esta, contudo, não é a realidade quando se trata de serviços ambulatoriais. Se a iniciativa privada detém a grande maioria dos leitos e dos serviços de apoio diagnóstico e tratamento, o Poder Público possui a maioria (78%) das Unidades Ambulatoriais.⁴⁷⁶

Mas estes números, apesar de demonstrarem a distribuição de oferta, segundo a natureza jurídica do prestador do serviço, não refletem a distribuição entre a oferta disponibilizada para usuários do SUS e para os beneficiários dos planos de saúde, isso porque, na realidade, o setor público contrata parte desses serviços privados.⁴⁷⁷

De qualquer forma, considerando-se como oferta pública, os leitos e equipamentos de propriedade estatal e aqueles privados contratados pelo SUS, e como oferta privada (aquela de estabelecimentos privados não conveniados ao SUS), o que se encontrou foi uma oferta (superestimada) de leitos do SUS, que seria de 1,81 leitos/1000 habitantes e a oferta (subestimada) para clientes de planos de saúde privados, que seria de 2,90 leitos/1000 habitantes. Ainda que considerássemos como população coberta exclusivamente pelo SUS aquela não coberta pelos planos e seguros privados, ainda assim a oferta de leitos do SUS seria inferior (2,24 leitos/1000 habitantes) à estimada para a esfera privada, o que demonstra o alto grau de desigualdade na oferta de serviços entre o SUS e o segmento de saúde suplementar.

Com relação à oferta de equipamentos, excetuando-se os aparelhos de hemodiálise, em todos os demais (mamógrafo, litotripsor, ultrassonografia, tomógrafo computadorizado, ressonância magnética, radioterapia, medicina nuclear, raio-X hemodinâmica, hemodiálise), a oferta disponível para os clientes de planos e seguros privados é bem maior do que para os pacientes do SUS.

Dentre todos os pacientes internados pelo SUS, cerca de 6,7% possuíam planos de serviços privados, sendo prevaletes as internações cirúrgicas (9% delas foi realizada para

⁴⁷⁶ No estudo não foram computados os consultórios médicos privados.

⁴⁷⁷ Segundo a AMS/IBGE de 2005, no Brasil, cerca de 69% dos estabelecimentos privados que contam com internação e 65% dos leitos privados são contratados pelo Estado. SANTOS, I. S.; UGÁ, M. A. D.; PORTO, S. M. O mix público-privado no Sistema de Saúde Brasileiro: financiamento, oferta e utilização de serviços de saúde. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 5, p. 1.434, 2008.

pacientes com dupla cobertura). Com relação aos atendimentos prestados pelo SUS, em cerca de 7,1% os pacientes possuíam plano de saúde. Este percentual se eleva para 11,6% quando se trata de procedimentos de alto custo/complexidade, como hemodiálise, quimioterapia, radioterapia, hemoterapia. Já com relação aos procedimentos como vacinações e atendimentos de urgência, 11% dos usuários do SUS possuíam planos de saúde.⁴⁷⁸

Em relação ao uso de serviços segundo a fonte de financiamento, a análise da PNAD de 2003 mostrou que 24,6% da população brasileira possuía plano de saúde e que os beneficiários de planos de saúde utilizavam mais os serviços do que a população brasileira como um todo. O percentual de pessoas que se internaram no ano anterior à pesquisa foi maior entre os que têm plano de saúde (8,3%) do que para toda a população brasileira (7,0%), e muito superior à taxa de internações pelo SUS (4,7%). Com relação aos atendimentos, o percentual foi de 19,7% para os que possuem planos de saúde, de 14,2% para toda a população brasileira e de 8,1% para os financiados pelo SUS.⁴⁷⁹

Dados semelhantes a estes já haviam sido relatados por outro estudo realizado por Silvia Marta Porto e colaboradoras.⁴⁸⁰ Nele, as autoras constataram a predominância do financiamento das internações pelo SUS, que ocorreu em 69,9% dos casos, seguida dos planos e seguros de saúde em 24,8% dos casos e 5,3% por meio do desembolso direto. Foi verificada também uma forte interseção na utilização dos serviços entre o SUS e o segmento da população com planos de saúde. Assim, entre as pessoas que tinham plano de saúde, 6,6% foram internadas pelo próprio plano, 1,3% foram internadas pelo SUS e 0,3% mediante gasto privado direto.

Considerados exclusivamente os pacientes possuidores de planos de saúde que foram internados, verificou-se que apenas 79,3% tiveram a internação financiada pelo próprio plano, sendo o restante internado pelo SUS (15,4%) ou por meio de pagamento direto.

Com relação aos atendimentos realizados em serviços de saúde, 61,3% foram realizados pelo SUS, 27,9% foram financiados pelos planos e seguros de saúde e 10,8% foram financiados por meio de pagamento direto.

A dupla porta de entrada nos hospitais públicos e conveniados ao SUS e nos atendimentos e exames realizados pelo sistema público é responsável por iniquidades no

⁴⁷⁸ SANTOS, I. S.; UGÁ, M. A. D.; PORTO, S. M. O mix público-privado no Sistema de Saúde Brasileiro: financiamento, oferta e utilização de serviços de saúde. *Ciência e Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 5, p. 1.437, 2008.

⁴⁷⁹ Id. Ibid., p.1.435.

⁴⁸⁰ PORTO, S.; SANTOS, I. S.; UGÁ, M. A. D. A utilização dos serviços de saúde por sistema de financiamento. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 11, n. 4, p. 895-910, 2006.

acesso aos procedimentos e serviços públicos. O hospital conveniado que tem leitos disponibilizados para pacientes do SUS também atende à demanda dos particulares, dos planos e seguros de saúde e até mesmo de seu próprio plano, o que faz com que aqueles leitos inicialmente destinados aos clientes SUS sejam, na realidade, ocupados por clientes de planos de saúde. O acesso à internação e aos atendimentos dos serviços de saúde acaba sendo mais facilitado aos clientes com planos de saúde do que para os clientes do SUS. Os pacientes com planos privados também se beneficiam do atendimento SUS, com relação aos procedimentos de alto custo, o que acaba por desonerar os planos privados do custeio de tais procedimentos.

Como a maior parte dos aparelhos diagnósticos destes procedimentos de alto custo e dos leitos hospitalares encontra-se nas mãos da iniciativa privada, que os oferece ao Sistema Público mediante pagamento pelo serviço, o que se constata na prática é que o SUS está refém do setor privado em relação aos serviços de média e alta complexidade do sistema.

A constatação de que pacientes de planos privados utilizam serviços do SUS fez com que o legislador estabelecesse a possibilidade de que os planos privados de saúde realizassem o ressarcimento dessas despesas ao SUS.

4.2.2.2. Ressarcimento dos serviços prestados pelo SUS a pacientes portadores de planos de saúde suplementar

Outro elemento importante da relação público-privado dentro do sistema é a possibilidade de ressarcimento ao SUS pelos serviços prestados a pacientes que possuem planos de saúde privado. Esse ressarcimento está previsto no art. 32 da Lei n. 9.656/1998 e os valores estão previstos na Tabela Única Nacional de Equivalência e Procedimentos (TUNEP), para os atendimentos das competências até dezembro de 2007. De acordo com a Resolução Normativa n. 253 de 5 de maio de 2011,⁴⁸¹ para os atendimentos das competências a partir de janeiro de 2008, o ressarcimento será cobrado de acordo com os valores praticados pelo SUS multiplicados pelo Índice de Valoração do Ressarcimento-IVR (art. 3º § 1º).

A previsão legal de ressarcimento diz respeito a despesas com assistência médica, hospitalar e odontológica. Isso exclui o ressarcimento das despesas com medicamentos fornecidos pelo Estado em decorrência de sentença judicial e das despesas com exames e procedimentos terapêuticos realizados pelo SUS fora do período de internação.

O fundamento básico a favor do ressarcimento repousa na situação de ambiguidade e duplicidade tanto da assistência quanto da contribuição para sustentar o

⁴⁸¹ AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (ANS). *Resolução Normativa n. 253 de 5 de maio de 2011*. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/ans/2011/res0253_05_05_2011.html>. Acesso em: 07 ago. 2011.

sistema. O paciente do plano financia o sistema público e também o sistema privado de saúde suplementar, e, em troca, deve obter a integralidade da atenção e o acesso universal aos bens, ações e serviços de saúde. Assim, quando o paciente com plano privado opta pela utilização de serviços ou bens financiados pelo SUS, ele está ao mesmo tempo frustrando a integralidade da assistência dentro do setor de saúde suplementar e onerando o SUS, que pagará por um bem ou serviço que deveria ser pago pelo plano privado. Logo, o ressarcimento se afigura como medida de justiça social e recomposição do financiamento do sistema público de saúde. Não fosse assim, haveria o enriquecimento ilícito da empresa privada de assistência à saúde, que estaria recebendo sem prover a assistência prometida e garantida pelo plano.⁴⁸²

No período de 1999 até meados de 2006, das 371.761 internações identificadas como aptas para cobrança, apenas 60.586 foram efetivamente pagas pelas seguradoras. O valor recebido nesse período foi de R\$ 76.928.764,00 (valor pouco significativo quando comparado aos valores da renúncia fiscal apenas para o ano de 2007, de R\$ 5,7 bilhões).⁴⁸³

Pode-se dizer que a regulamentação do segmento suplementar da saúde não funcionou como se esperava com relação ao ressarcimento ao SUS. Embora tenha permitido a formação de um banco de dados setoriais com o cadastro dos usuários de cada operadora e o cruzamento de dados do usuário de plano que é atendido também pelo SUS, não se conseguiu obter o efetivo ressarcimento ao SUS.

Januário Montone mostrou que de todos os procedimentos identificados no período de 2000 a 2006, em 78% dos casos, as operadoras ofereceram impugnação e, em 37,8% dos casos, ela foi deferida.⁴⁸⁴

As operadoras e empresas de plano de saúde estão lutando pela declaração da inconstitucionalidade do art.32 da Lei 9656/98 (processo ainda pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal).⁴⁸⁵ Muitas delas, quando cobradas judicialmente, defendem-se e utilizam inúmeros recursos para não pagar, o que faz com que o valor dos ressarcimentos seja de pouca expressão.

⁴⁸² REIS, Otávia Míriam Lima Santiago. *O ressarcimento ao SUS pelas operadoras de planos de saúde: uma abordagem acerca do fundamento jurídico da Cobrança*. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/portal/upload/biblioteca/Mono_Ressarcimento%20otica%20juridica%20-%20Otavia_Reis.pdf>. Acesso em: 28 out. 2011.

⁴⁸³ SANTOS, I. S.; UGÁ, M. A. D.; PORTO, S. M. O mix público-privado no Sistema de Saúde Brasileiro: financiamento, oferta e utilização de serviços de saúde. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 5, p. 1.438, 2008.

⁴⁸⁴ MONTONE, Januário. *Planos de saúde: passado e futuro*. Rio de Janeiro: Medbook, 2009. p. 57.

⁴⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 1931 MC/DF*. Ministro relator Maurício Corrêa. Julgamento em 21/08/2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ADI-MC.SCLA.+E+1931.NUME.&base=baseAcordao>>. Acesso em: 10 jul.2011.

Outro problema que vem atrapalhar a realização desse ressarcimento é o fato da iniciativa de cobrança ser da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) e esta, por vezes, não solicitar o pronto ressarcimento. Por problemas administrativos, a Agência ficou sem notificar os planos e as seguradoras de saúde, no período entre 2008 e 2009, para que pagassem o ressarcimento que era devido. O atraso nas notificações gerou um alerta no Tribunal de Contas da União, a imposição de multa e uma retomada das notificações em julho de 2010, porém, ainda existem 220 mil notificações pendentes sob análise administrativa.⁴⁸⁶

Em junho de 2010, a ANS enviou às operadoras de planos de saúde seis Arquivos de Beneficiários Identificados (ABI), contendo o total de 235.776 autorizações de internações hospitalares (AIH) feitas pelo SUS aos beneficiários de planos de saúde. Se analisarmos uma série histórica dos valores de relativos às notificações, à cobrança e ao pagamento dos ressarcimentos no período de 2006 a 2010 informados pela ANS (Tabela 12),⁴⁸⁷ veremos que, dos R\$ 1.024.479.068,30 notificados, apenas R\$ 352.948.649,37 foram cobrados e, destes, somente foram pagos R\$ 39.294.172,19, o que corresponde a cerca de 0,4% do valor total notificado. Mesmo levando-se em conta que, no fim de 2010, dos seis arquivos (ABIs) notificados, quatro ainda estavam com prazo para contestação⁴⁸⁸ em andamento, a discrepância entre os valores devidos, cobrados e pagos é imensa. O que mostra a demora da ANS para notificar⁴⁸⁹ e o uso protelatório de todos os recursos pelos planos para evitar a cobrança.

Tabela 12- Série histórica dos valores correspondentes aos arquivos de beneficiários identificados (ABI)⁴⁹⁰

Ano	Notificado	Cobrado	Pago
-----	------------	---------	------

⁴⁸⁶ AMORA, Dimi. Após um ano, ANS volta a cobrar planos por uso do SUS. *Folha S. Paulo*, São Paulo, 27 jun. 2011. Cotidiano, C1 e C3.

⁴⁸⁷ AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (ANS). *Ressarcimento ao SUS*: informações da ANS. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/index.php/a-ans/sala-de-noticias-ans/integracao-com-o-sus/317-ressarcimento-ao-sus>>. Acesso em: 06 ago. 2011.

⁴⁸⁸ O prazo para impugnar a identificação do beneficiário atendido é de 30 dias a partir da notificação. (art. 8º da RN 253/2011). AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (ANS) Resolução Normativa n. 253/2011. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/ans/2011/res_0253_05_05_2011.html>. Acesso em: 07 ago. 2011.

⁴⁸⁹ Em dezembro de 2009, o lapso temporal de ressarcimento era de quase cinco anos de defasagem entre o atendimento feito pelo SUS e sua cobrança à operadora de plano de saúde. A ANS pretende reduzir esse prazo para dois anos a partir de 2012. AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (ANS). *Prazo para ressarcimento ao SUS*: informações da ANS. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/index.php/a-ans/sala-de-noticias-ans/integracao-com-o-sus/317-ressarcimento-ao-sus>>. Acesso em: 06 ago. 2011.

⁴⁹⁰ Tabela obtida do sitio eletrônico da ANS. AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (ANS). *Ressarcimento ao SUS*: Informações da ANS. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/index.php/a-ans/sala-de-noticias-ans/integracao-com-o-sus/317-ressarcimento-ao-sus>>. Acesso em: 06 ago. 2011.

2006	117.830.386,23	77.956.319,66	11.679.366,81
2007	130.460.304,16	61.039.128,25	6.769.338,12
2008	57.285.857,79	35.209.444,11	8.242.353,67
2009	0	15.989.200,05	2.283.627,81.
2010	478.084.050,97	41.616.536,20	10.319.485,78
Total	1.024.479.068,30	352.948.649,37	39.294.172,19

Fonte: ANS em 02/02/2011

Nota 1: No fim de 2010, dos seis ABIs notificados, quatro ainda estavam com prazos para contestação em andamento.

Nota 2: Da notificação do ABI até a cobrança, existe um grande fluxo de trabalho, cujo prazo de finalização é bastante variável.

Outra constatação feita pela ANS em relação às cobranças realizadas no período de 2006 a 2010 é que ainda é muito baixo o percentual recebido se comparado aos valores efetivamente cobrados dos planos de saúde.⁴⁹¹ Como se percebe pelos dados da Tabela 13.

Tabela 13-Cobrança do Ressarcimento ao SUS - panorama geral de 2006 a 2010⁴⁹²

Ano	Valor cobrado	Receitas de pagamento	Receitas de parcelamento	Inscrições Cadin/Dívida Ativa	Valor recebido/Valor cobrado
2006	77.956.319,66	11.679.366,81	386.901,14	4.491.126,10	15,48%
2007	61.039.128,25	6.769.338,12	984.103,97	2.483.964,15	12,70%
2008	35.209.444,11	8.242.353,67	2.226.710,71	10.767.250,	29,73%
2009	15.989.200,05	2.283.627,81	2.380.591,51	10.316.467,09	29,17%
2010	41.616536,20	10.319.485,78	3.863.352,23	11.705.607,45	34,08%
Total	231.810.628,27	39.284.172,19	9.841.659,56	39.764.415,66	21,20%

Para agilizar todo o processo de ressarcimento, a ANS implantou o procedimento eletrônico e disponibiliza o manual eletrônico de ressarcimento⁴⁹³ a fim de obter e transmitir dados de forma mais rápida e fácil.

⁴⁹¹ AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (ANS). *Cobrança da ANS*: informações da ANS. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/index.php/a-ans/sala-de-noticias-ans/integracao-com-o-sus/317-ressarcimento-ao-sus>>. Acesso em: 06 ago. 2011.

⁴⁹² Tabela obtida do sitio eletrônico da ANS. Dados de 02/02/2011. AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (ANS). *Ressarcimento ao SUS*: informações da ANS. Disponível em:<<http://www.ans.gov.br/index.php/a-ans/sala-de-noticias-ans/integracao-com-o-sus/317-ressarcimento-ao-sus>>. Acesso em: 06 ago. 2011.

Uma reforma na Lei 9961/2000 seria oportuna, de modo a inserir a mudança da titularidade para reivindicar em juízo o ressarcimento ao SUS, papel que, no momento, pertence à Agência Nacional de Saúde Suplementar. Uma reforma no sentido de permitir que os entes da Federação, que realmente arcaram com as despesas (o município ou o estado, por exemplo), passem a ter legitimidade em juízo e fora dele para reivindicarem o ressarcimento. A legitimidade do ente da Federação que efetivamente realizou a despesa com o serviço de saúde para pleitear o ressarcimento é medida que poderá direcionar os valores ressarcidos mais rapidamente, de modo a recompor o orçamento público diminuído pela realização da despesa.

Além de não mais depender da iniciativa e diligência da Agência Nacional de Saúde Suplementar, o ente que realizou a despesa agiliza o processo de ressarcimento, uma vez que, atualmente, o repasse dos valores recolhidos (disciplinado nos art. 22 e 23 da RN 253/2011) obedece a um trâmite burocrático: os valores recolhidos e o demonstrativo do repasse são disponibilizados pela ANS, em ato conjunto com o Ministério da Saúde, em página da internet até o último dia útil de cada mês, contendo as seguintes informações: a identificação do gestor do SUS responsável pelos atendimentos ressarcidos; a competência dos atendimentos ressarcidos; o valor recolhido e a data do repasse, conforme legislação específica.

Atualmente, a previsão legal de ressarcimento inclui a consulta médica, a consulta odontológica e todos os procedimentos realizados durante a internação (medicamentos, atos médicos, hotelaria, todos os exames realizados). Entretanto, esse ressarcimento não está previsto para procedimentos diagnósticos (exames) e tratamento (inclusive tratamento medicamentoso) realizados pelo SUS a pacientes portadores de planos de saúde durante o atendimento em nível ambulatorial (isto é, fora do período de internação). O que significa dizer que os medicamentos e quaisquer outros tratamentos fornecidos, por força de sentença judicial, pelo SUS a pacientes com planos privados de saúde não são atualmente ressarcidos.

No entanto, devemos analisar a questão do ressarcimento dentro do contexto do Sistema Único de Saúde, cujos pilares de sustentação são o acesso universal às ações e serviços de saúde e a integralidade da assistência (desde a atenção básica até os níveis de alta complexidade) e da caracterização dos serviços de saúde, como serviços de relevância pública pelo artigo 197 da Constituição Federal.

⁴⁹³ AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (ANS). *Manual eletrônico de ressarcimento*. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/portal/site/perfil_operadoras/ressarcimento/pdf/manual.pdf>. Acesso em: 7 ago. 2011.

Se levarmos em conta esta relevância pública, somos obrigados a concluir que quem quer que deseje participar do sistema nacional de saúde, ainda que seja de forma suplementar, como o fazem as seguradoras e empresas de plano privado de saúde, deve se submeter aos princípios básicos do sistema, que são: universalidade de acesso a bens e serviços e assistência integral. Isso significa dizer que os planos e seguradoras estão obrigados a fornecer atendimento integral e acesso universal a todos os beneficiários de seus planos. É certo que muitos se insurgirão contra essa situação, sob a alegação de que a lógica que regula a relação entre as empresas privadas e seus clientes é regida pela liberdade de contratação e por princípios existentes nos contratos de direito civil. Outros afirmarão que tal medida levará à insolvência e liquidação de todas as empresas e seguradoras do setor da saúde. Alguns argumentarão que essa obrigação elevará de forma absurda o valor do prêmio do seguro ou a prestação dos planos de saúde, o que acabaria por atingir inevitavelmente o beneficiário dos planos. Todos estes são argumentos pertinentes e devem ser analisados profundamente em trabalhos que estejam dedicados à análise do tema específico, o que não é a proposta desta tese. Entretanto, se analisarmos a questão no contexto do Sistema Único de Saúde (que é o nosso objetivo) e, sob a ótica da relevância pública dos serviços de saúde, podemos refletir sobre a proposta, a partir de pressupostos do próprio sistema.

Entendemos que a atividade privada na área da saúde não pode seguir simplesmente as regras do livre mercado e do direito civil, pois, dada a relevância pública do serviço, este deve também se orientar pelos princípios do SUS. E, dada a integralidade da assistência existente no SUS, torna-se possível defender a tese de que os planos e seguradoras de saúde devem satisfazer o direito à saúde em todos os níveis de atenção (o que inclui, inclusive, o fornecimento de tratamento medicamentoso). Sendo assim, uma vez que o SUS forneça medicamento ou preste qualquer serviço de diagnóstico e de terapia a um paciente portador de um plano privado de saúde, torna-se perfeitamente plausível a possibilidade dos planos privados ressarcirem o SUS pelos gastos com medicamentos e serviços fornecidos a pacientes portadores de planos e seguros de saúde.

4.2.3. A relevância pública dos serviços de saúde

A Constituição Federal, em seu artigo 197, estabelece que as ações e os serviços de saúde são de relevância pública, cabendo ao Poder Público dispor sobre sua regulamentação, fiscalização e controle. O mesmo artigo prevê que a execução dessas ações e serviços de saúde pode ser feita diretamente ou através de terceiros, e também por pessoa física ou jurídica de direito privado.

A primeira constatação, feita por Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz e Antonio Herman de Vasconcellos Benjamin, é que o que distingue um serviço de relevância pública de um outro não é a pessoa que o presta (uma vez que tanto os entes públicos quanto os privados podem fazê-lo), mas sim o objeto do serviço, que, no caso da saúde, está diretamente conectado à sobrevivência do homem.⁴⁹⁴

A pergunta que se faz diante disso é: qual é a consequência que se pode obter na prática, do fato dos constituintes terem qualificado as ações e serviços de saúde como de relevância pública? Para Eros Roberto Grau, a única consequência importante é a possibilidade de aplicação da norma constitucional do art. 129, II,⁴⁹⁵ aos serviços e ações de saúde, ou seja, é o estabelecimento da obrigação do Ministério Público de zelar pelos direitos referentes a esses serviços. Ao apontar a consequência da qualificação de “serviço de relevância pública”, assim se expressa o autor:⁴⁹⁶

Salvo a de permitir o desenvolvimento de um discurso retórico, parece-me ser nenhuma, senão a de sujeitar o efetivo respeito aos direitos assegurados na Constituição por tais serviços (isto é, no desempenho de tais serviços, inclusive pelo setor privado) ao zelo do Ministério Público.

Mais adiante, reafirma o autor a sua posição ao enfatizar “a única norma – repito, cuja aplicação o conceito de *serviços de relevância pública* enseja é aquela do artigo 129, II da Constituição”⁴⁹⁷ para, então, concluir que, ao dizer da relevância dos serviços de saúde, a “Constituição findou por não lhe atribuir qualquer relevância especial”.⁴⁹⁸

A posição defendida nesta tese é contrária a essa conclusão. Pensamos que a consequência do conceito das ações e serviços de saúde como de relevância pública é a possibilidade de aplicação de outras normas e princípios constitucionais às situações em que esses serviços e ações são executados por particulares, quer seja de forma suplementar ou de forma complementar ao SUS. Com relação ao setor privado que é contratado pelo SUS para prestar serviços aos usuários do sistema público de saúde (de forma complementar), não há discussão de que deve haver a possibilidade de acesso universal e de que o atendimento deve ser integral, tal como ocorre com os serviços públicos de saúde.

⁴⁹⁴ CAMARGO FERRAZ, A. A. M; BENJAMIN, A. H. V. O conceito de “relevância pública” na Constituição Federal. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 87, 2004.

⁴⁹⁵ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: II zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia. BRASIL. Constituição Federal. Vade Mecum RT. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 68.

⁴⁹⁶ GRAU, Eros Roberto. O conceito de “relevância pública” na Constituição de 1988. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 76, 2004.

⁴⁹⁷ Id. *Ibid.*, 2004.

⁴⁹⁸ Id. *Ibid.*

No entanto, vislumbramos a possibilidade de aplicação da norma que prevê a universalidade de acesso às ações e serviços de saúde (art. 196 da Constituição Federal), e da norma que prevê a integralidade da atenção (art. 198, II, da Constituição Federal) aos serviços e ações de saúde realizados pelo segmento de saúde suplementar. Para fundamentar essa posição, utilizaremos a base do raciocínio feito por Eros Roberto Grau a respeito do conceito jurídico de serviço de relevância pública.

O autor inicia a sua argumentação afirmando que os conceitos jurídicos são usados não para definir essências, mas para permitir e viabilizar a aplicação de normas jurídicas determinadas *a uma coisa, estado ou situação* (grifo nosso). Assim, diz ele, “atribuída à coisa, estado ou situação uma determinada significação (conceito jurídico), quanto a ela aplicar-se-ão umas – e não outras, ou nenhuma – determinadas normas jurídicas”.⁴⁹⁹

Além disso, lembra Eros Grau que o predicado axiológico de “serviço de relevância pública” aplica-se tanto a serviços que não são concebidos como serviços públicos, prestados pelo setor privado, quanto a serviços públicos prestados pelo Estado ou pelo setor privado, em regime de concessão ou permissão.⁵⁰⁰

Em nosso sentir, o conceito jurídico de serviço de relevância pública atribuído às ações de saúde traz a esses serviços uma significação de que a saúde, objeto das ações e dos serviços prestados por particulares, é tão importante para a coletividade, que atribui-se ao Estado a obrigação de zelar por ela quando o serviço de saúde for prestado pela iniciativa privada. Isso significa que, se o setor de saúde suplementar está a prestar um serviço de saúde de relevância pública, deve prevalecer a máxima de que o interesse público se sobrepõe ao interesse do particular. E é do interesse público que as ações e serviços de saúde prestados pelo segmento suplementar o sejam de forma a garantir a universalidade de acesso e a integralidade da atenção.

Se ao Estado, enquanto prestador de serviços de saúde, se exige atuação em ações e serviços na prevenção da doença, na promoção da saúde, na recuperação da saúde (e na recuperação de sequelas), bem como o atendimento integral do paciente e o acesso universal aos serviços de saúde, por que razão não se fazer as mesmas exigências para o plano de saúde particular que presta o mesmo tipo de serviço a seus beneficiários? O predicado de serviço de relevância pública atribuído aos serviços do segmento suplementar é, em nosso entender,

⁴⁹⁹ GRAU, Eros Roberto. O conceito de “relevância pública” na Constituição de 1988. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 73, 2004.

⁵⁰⁰ Id. *Ibid.*, p. 74.

indicativo de que a integralidade da atenção e a universalidade de acesso são características inerentes aos serviços e às ações de saúde, não importando a pessoa do prestador do serviço, seja ele o Estado ou uma empresa que atue no segmento da saúde.

A conotação de relevância pública com a essencialidade do serviço de saúde também é uma significação que se deve levar em conta na interpretação do artigo 197 da Constituição Federal. Essa relação é apontada por Dalmo de Abreu Dallari nos seguintes termos: “por ‘relevância pública’ deve-se entender que o interesse primário do Estado nas ações e serviços de saúde, envolve a sua essencialidade para a coletividade, ou seja, sua relevância social”.⁵⁰¹ Assim, se o segmento suplementar de saúde presta serviços de saúde considerados essenciais e de extrema relevância social, a nosso ver, a essencialidade das ações e serviços de saúde é uma das razões que justificam a necessidade de que os usuários dos planos e seguros de saúde tenham acesso universal aos serviços e que o façam em todos os níveis de atenção desde o atendimento ambulatorial, até os serviços de média e alta complexidade. O que reforça a tese da aplicação das normas do artigo 196 e do 197, II, da Constituição Federal aos serviços e ações de saúde prestados pelo segmento de saúde suplementar. Permitir ao segmento suplementar a prestação de serviços de saúde de forma parcial e fragmentada fere a lógica do sistema de saúde previsto na Constituição Federal, para não falar do absurdo que seria admitir-se que um serviço essencial fosse prestado apenas em parte pelo particular.

Além disso, como aponta Dalmo de Abreu Dallari, “o conceito de ações e serviços de relevância pública, adotado pelo artigo 197 do atual texto constitucional, norma preceptiva, deve ser entendido desde a verificação de que a Constituição de 1988 adotou como fundamentos da República a dignidade da pessoa humana”⁵⁰². A tentativa de conceituação de relevância pública, dentro do texto constitucional, de acordo com os princípios básicos expressos nos artigos 1º e 3º da Constituição Federal, também é apontada por Luis Alberto David Araújo. Para ele, “os princípios constitucionais, desta forma, encontram-se no conceito de relevância pública”.⁵⁰³

⁵⁰¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. Saúde: direito constitucional de relevância pública. In: DALLARI, Sueli Gandolfi. *O conceito constitucional de relevância pública*. Brasília: Organização Pan-Americana da Saúde, 1992. p. 41.

⁵⁰² Id. *Ibid.*, p. 41.

⁵⁰³ ARAÚJO, Luis Alberto David. O conceito de “relevância pública” na Constituição de 1988. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 94, 2004.

Pensamos que nesta perspectiva em que a dignidade humana é considerada um vetor de interpretação constitucional,⁵⁰⁴ torna-se possível fundamentar a aplicação da universalidade e da integralidade da atenção aos serviços de saúde prestados pelo segmento suplementar, na medida em que o serviço de saúde é exercido com a finalidade de colaborar com a fruição de uma vida digna e saudável, o que implica necessariamente em um bom nível de qualidade de vida. Um serviço de saúde que não fosse capaz de atender ao usuário de forma completa jamais atingiria seu objetivo.

A característica de essencialidade dos serviços de saúde prestados pelo segmento suplementar também tem uma significação importante, que é a de salientar o poder de intervenção do Estado em relação aos serviços prestados por particulares. Esse poder é apontado por Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz e Antonio Herman de Vasconcellos Benjamin ao afirmarem:⁵⁰⁵

Dessa essencialidade surge para o Estado, como decorrência do próprio interesse da sociedade na garantia do seu direito, um dever-poder de prestar o serviço. E, quando não o faz diretamente, mantém o Estado um poder de intervenção em nível mais elevado que em relação a outros serviços prestados por particulares.

A própria Constituição Federal, no artigo 197, ao qualificar os serviços de saúde como de relevância pública, atribui ao Poder Público, nos termos da lei, dispor sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, mesmo quando a execução dos serviços seja feita por particulares. Note-se que o texto constitucional não especificou se essa atuação do particular se dá de forma complementar ou suplementar, o que autoriza a interpretação ampliada do dispositivo, de forma a permitir a ingerência do Poder Público no setor privado de serviços de saúde, que atue no sistema em qualquer das duas formas: complementar e/ou suplementar.

Na esteira dessa permissão constitucional, foi editada a Lei 9656/98, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Criou-se o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar (artigo 10). Ao falar sobre a amplitude da cobertura, a lei estabelece exigências mínimas. Com relação ao atendimento ambulatorial, o artigo 12 prevê que o atendimento ambulatorial compreende a cobertura de consultas médicas, em número ilimitado e a cobertura de serviços de apoio diagnóstico, tratamento, e demais procedimentos ambulatoriais solicitados pelo médico assistente. Da mesma forma, a assistência hospitalar, prevista no art. 12 da Lei 9665/98, inclui

⁵⁰⁴ ARAÚJO, Luis Alberto David. O conceito de “relevância pública” na Constituição de 1988. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 91-93, 2004.

⁵⁰⁵ CAMARGO FERRAZ, A. A. M; BENJAMIN, A. H. V. O conceito de “relevância pública” na Constituição Federal. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 87, 2004.

a cobertura de internações hospitalares, dos exames complementares indispensáveis para o controle da evolução da doença, elucidação diagnóstica, fornecimento de medicamentos, anestésicos, gases medicinais, transfusões, sessões de quimioterapia e radioterapia, conforme prescrição do médico assistente, realizados ou ministrados durante o período de internação.

Em nenhum dos artigos há referência expressa à universalidade de acesso aos serviços pelos usuários dos planos e tampouco à integralidade da atenção. A única exigência feita em ambos os casos é de que a consulta, o serviço de diagnóstico, o tratamento e demais procedimentos tenham sido solicitados pelo médico assistente pertencente ao plano de saúde.

Entretanto, dada a relevância pública dos serviços de saúde fornecidos pelo segmento de saúde suplementar, entendemos que a integralidade da atenção e a universalidade de acesso estão implícitas nestes e noutros dispositivos da Lei 9656/98.

Sendo assim, torna-se possível defender a tese de que o plano de saúde deve assegurar ao beneficiário desde consultas médicas correspondentes ao atendimento ambulatorial básico (atenção básica), consultas com especialistas e exames de maior complexidade (média complexidade) chegando até as internações e cirurgias (alta complexidade), o que inclui procedimentos diagnósticos e terapêuticos em qualquer dos níveis do sistema de atenção. Admitir o atendimento das necessidades do paciente de forma fracionada significa aceitar a fragmentação da atenção à saúde, situação proscria pelo SUS e que potencialmente pode gerar iniquidades. É o que acontece, por exemplo, com pacientes renais crônicos, que realizam consultas com nefrologistas pagos pelo plano e depois são encaminhados ao SUS para a realização de sessões de hemodiálise (um procedimento considerado no sistema como de alta complexidade e de alto custo). A mesma situação ocorre com pacientes oncológicos, que são atendidos por médicos do plano e depois são encaminhados para realizar os procedimentos mais custosos como radioterapia e quimioterapia na rede do SUS, quando deveriam ter toda a assistência à saúde (desde a consulta até o tratamento) custeada pelo plano, em decorrência da integralidade da atenção.

Aqueles que desejam investir comercialmente na área da saúde devem considerar a relevância pública do serviço que pretendem prestar e o quão limitada se encontra a lógica do mercado e da finalidade de lucro empresarial quando o objeto do empreendimento é a saúde da população. Quem procura lucro fácil e de elevadas proporções talvez devesse buscar outros ramos de atividade empresarial cuja lógica do mercado fosse o fator predominante nas relações empresariais e de consumo. Em relação à área da saúde, entendemos que a atividade privada não pode seguir simplesmente as regras do livre mercado e do direito civil, pois, dada

a relevância pública do serviço, este deve também se orientar pelos princípios do SUS. Por essa razão, as questões devem ser decididas sob outro enfoque que não o privatista.

Até agora, como demonstrou Daniela Batalha Trettel, “da análise das decisões judiciais levantadas extraiu-se que os Tribunais Superiores no Brasil contribuem para a consolidação do viés contratual das relações entre usuários e operadoras de planos de saúde. Tais demandas não são enfrentadas, em sua maioria, sob o viés dos direitos fundamentais, sendo poucas as vezes em que os Ministros ao menos citaram o direito à saúde”.⁵⁰⁶

Concordamos com a autora quando ela afirma que “ao sequer mencionar o direito à saúde, o julgador coloca em segundo plano a relevância pública do serviço de saúde analisado”.⁵⁰⁷ Em nosso entender, dada a relevância pública dos serviços de saúde prestados pelo particular, a abordagem da questão pelos juízes precisa e deve mudar no sentido de privilegiar esse aspecto, em detrimento da pura e simples análise consumerista do objeto da demanda.

A participação do setor privado na área da saúde também enseja a discussão de uma outra questão, que é o benefício alcançado pelo setor na forma da isenção fiscal dada pelo Estado, o que, de alguma forma, contribui também para o sub-financiamento do Sistema Único de Saúde.

4.2.4. Subsídios do Estado para o setor privado

Questão importante na análise do *mix* privado-público é a renúncia fiscal, isto é, “aqueles recursos financeiros que o Estado deixa de recolher no setor da saúde, uma vez que parte dos impostos e das contribuições sociais – que deveria ser paga pelas famílias, empregadores, indústrias farmacêuticas e hospitais filantrópicos – pode ser abatida do total”.⁵⁰⁸

Alguns estudos mostram que a renúncia, se, por um lado, prejudicou o financiamento do setor público da saúde, por outro, incentivou a expansão da oferta de leitos hospitalares privados e o mercado de planos de saúde, a tal ponto que, a partir da década de

⁵⁰⁶ TRETTEL, Daniela Batalha. *Planos de saúde na visão do STJ e STF*. São Paulo: Editora Verbatim, 2010. p. 77.

⁵⁰⁷ Id. *Ibid.*, p.121.

⁵⁰⁸ OCKÉ-REIS, Carlos Octávio; SANTOS, Fausto Pereira. *Texto para discussão 1637*. Mensuração dos gastos tributários em Saúde – 2003-2006. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/tds/td_1637.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2011.

80, a classe média e os trabalhadores passaram a exigir planos de saúde de seus empregadores, como um benefício a mais em seus salários.⁵⁰⁹

Essa renúncia é conceituada como gasto tributário, na medida em que ao deixar de arrecadar parte do imposto a ele devido (como resultado do benefício fiscal), o Estado age como se estivesse, nesse exato momento, realizando um pagamento. Trata-se de um pagamento implícito, isto é, não há um desembolso por parte do governo, mas, mesmo assim, constitui-se em pagamento de fato.

Ao analisar as desonerações fiscais no setor saúde do ano de 2008, Isabela Soares Santos mostra que, naquele ano, o total de renúncia do Estado foi de R\$ 8.903.632.069,00.⁵¹⁰ As deduções relativas às despesas médicas de pessoas físicas estão em primeiro lugar. Elas corresponderam ao valor de R\$ 3.086.253.584,00 (34,7% do total das desonerações). Em seguida, aparecem a desoneração relativa às indústrias farmacêuticas, que corresponderam a R\$ 2.182.687.161,00 (24,5% do total). Em terceiro lugar, está a desoneração relativa às pessoas jurídicas, com a dedução de despesas médicas, odontológicas e farmacêutica a seus empregados, no valor de R\$ 1.965.056.159,00 (22,1% do total). Por último, encontram-se as desonerações das entidades filantrópicas sem fins lucrativos (que, a partir de 2005, tiveram isenção da CSLL e COFINS) no valor de R\$ 1.669.635.165,00 (18,8% do total).

A autora ainda lembra que existem outras formas de desoneração fiscal que não as mencionadas acima, como é o caso “de hospitais filantrópicos que operam e têm deduções devido ao certificado de filantropia, com as cooperativas médicas que não pagam alguns tributos e com deduções de tributos estaduais e municipais para casos específicos, decididos no nível estadual e municipal”.⁵¹¹

O número de instituições filantrópicas já havia sido objeto de estudo por Maria Alícia Dominguez Ugá e cols., que constatou, em 2004, a existência no Brasil de 1685 hospitais filantrópicos no Brasil.⁵¹² Em um outro estudo, pode-se constatar que a renúncia fiscal decorrente dessas isenções usufruídas pelas entidades filantrópicas para o ano de 2007,

⁵⁰⁹ ANDREAZZI, M.F.S.; OCKÉ-REIS, C. O. Renúncia da arrecadação fiscal: subsídios para discussão e formulação de uma política pública. *Physis*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 3, p. 521-544, 2007.

⁵¹⁰ SANTOS, Isabela Soares. *O Mix público-privado no sistema de saúde brasileiro: elementos para uma regulação da cobertura* duplicada. 2009, 186 f. Tese (Doutorado) – Escola de Saúde Pública Sergio Arouca, Rio de Janeiro. p. 112.

⁵¹¹ Id. *Ibid.*, p.112.

⁵¹² UGÁ, M. A. D. et. al. Hospitais filantrópicos e a operação de planos de saúde próprios no Brasil. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 41, n. 1, p. 116-123.

encontrada pela autora, foi de R\$ 1,6 bilhões. A esse valor, devem-se acrescentar os valores referentes à renúncia fiscal dos outros entes da Federação.⁵¹³

Além das entidades filantrópicas, ainda existe a renúncia fiscal referente às deduções dos gastos com saúde tanto de pessoas físicas (que descontam do cálculo da receita tributável os gastos em serviços e planos de saúde) e das empresas (que, ao classificarem como custos os gastos com serviços e planos de saúde de seus funcionários, diminuem também a base de cálculo do imposto de renda). Em 2007, o valor dessas deduções foi de R\$ 4,1 bilhões, correspondente a 10,1% do gasto federal em saúde.⁵¹⁴

A magnitude do gasto tributário já havia sido evidenciada por Carlos Octávio Ocké-Reis e Fausto Pereira dos Santos, ao analisarem os gastos tributários em saúde, no período de 2003 a 2006.⁵¹⁵ Eles demonstraram que o total do gasto tributário em saúde quase dobrou, passando de R\$ 7,1 bilhões para R\$ 12,4 bilhões, entre 2003 e 2006. Mostraram também que, em termos percentuais, os gastos associados ao Imposto de Renda de Pessoa Física responderam por mais da metade dos gastos no período. Constataram que o governo federal deixou de arrecadar na área da saúde quase um terço do gasto com as renúncias em 2006, e que o gasto tributário cresceu em ritmo superior ao gasto do Ministério da Saúde, respectivamente, 73,6% contra 49,9%, entre 2003 e 2006.

Diante da magnitude da renúncia no valor de R\$ 12,5 bilhões de reais correspondentes a 30,6% do dispêndio do governo, os autores indagam sobre a possibilidade de introdução de uma política de retirada gradual do subsídio com o objetivo de tornar o sistema público mais eficiente.

Uma outra crítica feita ao subsídio por Ugá e Santos é de que ele favorece grupos sociais com maior capacidade de gasto. Ou seja, os indivíduos localizados no topo da distribuição de renda – que abatem seus gastos no Imposto de Renda – receberiam *per capita* uma quantidade maior de recursos com saúde do que aqueles menos favorecidos.⁵¹⁶

Como se percebe pelos dados expostos acima, o quadro de sub-financiamento do Sistema Único de Saúde é constantemente agravado pelos recursos que deixam de ingressar

⁵¹³ SANTOS, I. S.; UGÁ, M. A. D.; PORTO, S. M. *O mix público-privado no Sistema de Saúde Brasileiro*, cit., p. 1.438.

⁵¹⁴ CARVALHO, Gilson. *Gasto com saúde no Brasil em 2006*. Disponível em: <http://www.ibsaude.org.br/admin/noticias/120/14_ArtigoInformacoessobregastosemsaudeI.pdf>. Acesso em: 10 maio 2007.

⁵¹⁵ OCKÉ-REIS, Carlos Octávio; SANTOS, Fausto Pereira. *Texto para discussão 1637*. Mensuração dos gastos tributários em Saúde – 2003-2006. (IPEA). Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/tds/td_1637.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2011.

⁵¹⁶ UGÁ, M. A. D.; SANTOS, I. S. An Analysis of equity in Brazilian health system financing. *Health Affairs*, v. 26, n. 4, p. 1.017-1.028, 2007.

para o Ministério da Saúde decorrentes de isenções fiscais. Tal situação, como apontam Carlos Octávio Ocké-Reis e Fausto Pereira dos Santos, denuncia uma contradição no tocante às políticas públicas, na medida em que:⁵¹⁷

De um lado, a Constituição propôs implantar um modelo de proteção social inspirado nas experiências do Estado do bem-estar europeu, que prevê o financiamento de políticas públicas via impostos e contribuições sociais. De outro, seguindo o modelo liberal estadunidense, cujas fontes de financiamento se baseiam nos *employment benefits* (gastos tributários) e nos *tax expenditures* (benefícios empregatícios), amplia a renúncia fiscal em saúde.

Outro problema existente no relacionamento entre o sistema público e privado diz respeito ao crescente processo de terceirização dos serviços de saúde nas mãos da iniciativa privada. Esse processo foi uma alternativa encontrada pelo Poder Público para tentar resolver o problema de falta de pessoal para atuar nos serviços (cujo gasto no orçamento é limitado pela Lei de Responsabilidade Fiscal) e para tentar resolver a ineficiência dos serviços públicos de saúde.

4.2.5. A terceirização dos serviços públicos de saúde

Mesmo antes da criação do SUS, é importante assinalar a influência do modelo neoliberal no campo da política social, iniciado a partir da década de 1980. Com isso, algumas ideias são reforçadas, como: i) a superioridade do livre mercado como mecanismo de alocação eficiente de recursos, em contraposição à ação estatal; ii) o lugar central do indivíduo na sociedade, em contraposição às suas organizações associativas; iii) a prioridade à liberdade e à diferenciação dos indivíduos, em detrimento da igualdade, que se traduz no campo social, na defesa de escolha dos bens e serviços a serem consumidos. Assim, a receita moderna passa a ser a privatização do setor estatal, a fim possibilitar a expansão do investimento privado.

Maria Alicia Ugá e Rosa Maria Marques apontam algumas razões alegadas pelos defensores da privatização.⁵¹⁸ Justifica-se esta alternativa pela maior eficiência do mercado em termos de alocação de recursos, além do fato de que a provisão estatal desses serviços oneraria demasiadamente o setor produtivo (através dos encargos sobre a folha de salários), estimulando-o a transferir seu capital para a esfera especulativa. Argumenta-se ainda que,

⁵¹⁷ OCKÉ-REIS, Carlos Octávio; SANTOS, Fausto Pereira. *Texto para discussão 1637*. Mensuração dos gastos tributários em Saúde – 2003-2006. (IPEA). Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/tds/td_1637.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2011.

⁵¹⁸ UGÁ, Maria Alicia D; MARQUES, Rosa Maria. O financiamento do SUS: trajetória, contexto e estrangulamentos. In: LIMA, Nisia Trindade (Org.). *Saúde e democracia: história e perspectiva do SUS*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2005. p. 193-233.

além de os serviços públicos serem ineficientes, os dirigentes do setor público alocam os recursos destinados às políticas sociais segundo a otimização de seus interesses individuais, o que prejudicaria ainda mais a eficiência na alocação dos recursos. Por essa razão, é que “o lema passa a ser a redução das atividades *welfarianas* do Estado, na medida em que elas são consideradas como elementos de estímulo à falta de responsabilidade individual, além de serem vistas como o grande fardo financeiro carregado pelo setor produtivo da economia”.⁵¹⁹

Essa posição reforça a ideia de que “a política social deveria se limitar ao combate de carências extremas, ficando o sistema privado encarregado de suprir os serviços nas áreas de saúde, habitação, seguridade social, etc., para o restante da população”.⁵²⁰ O sistema de proteção social seria, então, fragmentado em dois subsistemas independentes: um privado, financiado e utilizado pelos estratos sociais de mais alta renda, e outro público, de caráter assistencialista, destinado à população carente e financiado com recursos fiscais.

Foi sob essa lógica que ocorreu a maioria das privatizações dos serviços públicos de saúde. Muitos serviços de saúde, quer sejam da atenção básica quanto de média e alta complexidade, estão sendo realizados mediante contratos de gestão entre o Poder Público e as organizações sociais e afins. O objetivo de ambas as partes nesse tipo de contrato é o de instituir parceria entre o poder público e uma organização não governamental qualificada pelo poder público, para prestar atividade de interesse público, mediante várias formas de fomento pelo Estado.⁵²¹ Essas parcerias estão sendo implementadas paulatinamente, com base na tese do Estado mínimo e no discurso da busca de maior eficiência e da melhor capacidade de gestão de recursos humanos, uma vez que não existem entraves na contratação dos profissionais de saúde, como aqueles que enfrenta o administrador público com a obrigatoriedade de não comprometer mais do que 60% do orçamento público com despesas de pessoal.⁵²²

Há dois tipos de entidades que se dedicam a esse trabalho: a organização social (OS) e a organização da sociedade civil de interesse público (OSCIP). Os dois tipos atuam na área dos serviços sociais, que a Constituição Federal prevê como serviço público e como atividade aberta à iniciativa privada como saúde, educação, cultura. Com as organizações

⁵¹⁹ UGÁ, Maria Alicia D; MARQUES, Rosa Maria. O financiamento do SUS: trajetória, contexto e constrangimentos. In: LIMA, Nisia Trindade (Org.). *Saúde e democracia: história e perspectiva do SUS*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2005. p. 197.

⁵²⁰ Id. *Ibid.*, p.199.

⁵²¹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Parcerias na administração pública*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 264.

⁵²² BRASIL. Senado Federal. *Lei Complementar 101 de 4 de maio de 2000*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em: 20 jul. 2011.

sociais, o contrato celebrado é o de gestão, enquanto que, com as sociedades civis de interesse público, celebra-se o termo de parceria.⁵²³

As organizações sociais integram o chamado Terceiro Setor (composto por entidades da sociedade civil de fins públicos e sem fins lucrativos). São entidades privadas, que desempenham serviços não exclusivos do Estado, porém em colaboração com ele. Elas prestam atividade de natureza privada com incentivo do Poder Público e não se caracterizam como um serviço público delegado.⁵²⁴ Recebem, por isso, algum tipo de incentivo do Poder Público e, conseqüentemente, sujeitam-se ao controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas. Seu regime jurídico é predominantemente de direito privado, porém, parcialmente derogado por normas de direito público.⁵²⁵

Na área federal, as características da Organização Social são⁵²⁶: pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, declarada por lei como entidade de interesse social e utilidade pública, podendo atuar nas áreas de ensino, pesquisa, desenvolvimento tecnológico, proteção do meio-ambiente, cultura e saúde. Seu órgão de deliberação superior tem de ter representante do Poder Público e membros da comunidade; as obrigações do Estado e da organização social são definidas no contrato de gestão; a execução do contrato será supervisionada pelo órgão supervisor da área da atuação (controle e de resultado); o fomento pelo Poder Público pode se dar através da destinação de recursos orçamentários, permissão de uso de bens, dispensa de licitação; cessão especial de servidores públicos, com ônus para a origem, dispensa de licitação nos contratos de prestação de serviços celebrados entre a Administração Pública (tema cuja inconstitucionalidade está sendo questionada).⁵²⁷

⁵²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 264.

⁵²⁴ Há, entretanto, apenas uma exceção – quando a OS vai exercer atividade delegada pelo poder público – que é quando a entidade absorve atividade de ente federal extinta no âmbito da área da saúde. Nesse caso, deverá constar no contrato de gestão que, em relação ao atendimento da comunidade, aplicam-se os princípios do SUS, isto é, prestará serviço público e estará sujeita a todas as normas constitucionais e legais que regem esse serviço. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 264-266.

⁵²⁵ As organizações sociais foram previstas pela Lei 9637 de 15/5/1998. Através delas há uma maior participação social (democracia), pois são objeto de controle direto da sociedade através de seus conselhos de administração recrutados no nível da comunidade servida pela entidade. Desenvolveram-se com a implementação do Plano Nacional de Publicização. O plano diretor previa a atuação dessas organizações preferencialmente nos hospitais, universidades, escolas técnicas, centros de pesquisa, museus. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 266.

⁵²⁶ Id. *Ibid.*, p. 267-268.

⁵²⁷ A inconstitucionalidade da Lei 9.637/1998 sobre a qualificação e atuação das Organizações Sociais está sendo discutida na ADI 1923 que está pendente de julgamento. Na última sessão de 4 de maio de 2011, o Min. Luiz Fux pediu vista dos autos. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1923. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/pesquisarPeticaoInicial.asp>>. Acesso em: 2 dez. 2011.

Maria Sylvia Zanella di Pietro faz muitas críticas à terceirização dos serviços de saúde realizados pelas Organizações Sociais, que podem ser resumidas da seguinte maneira:⁵²⁸

1) Ao absorver atividade exercida por ente estatal e utilizar o patrimônio e os servidores públicos antes pertencentes a esse serviço, o real objetivo da terceirização é mascarar uma situação que deveria estar sujeita ao direito público;

2) Elas são entidades constituídas para fazer o que o Poder Público já fazia anteriormente. E, na realidade, constituem verdadeiras entidades fantasmas: não possuem patrimônio próprio, vida própria ou sede própria.

3) O Estado pode livremente escolher a entidade para ser qualificada como organização social sem necessidade de licitação.

4) Como elas têm a prerrogativa de gerir recursos públicos, o certo seria exigir das Organizações Sociais uma demonstração de idoneidade financeira, bem como a limitação dos tetos salariais dos empregados (o que não se faz atualmente nas Organizações Sociais).

A terceirização para as Organizações Sociais tem sido uma estratégia fomentada pelo Estado de São Paulo. A lei complementar 846 de 04 de junho de 1998, aprovada pela Assembleia Legislativa do Estado,⁵²⁹ qualificou como Organizações Sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades fossem dirigidas à saúde e à cultura. Em 18 de setembro de 2009 foi promulgada a lei complementar de n. 1095,⁵³⁰ para permitir que as fundações de apoio aos hospitais de ensino existentes há mais de 10 anos pudessem ser qualificadas como organizações sociais. Por fim, a lei complementar 131 de 27 de dezembro de 2010,⁵³¹ (regulamentada pelo Decreto 57.108/2011) possibilita a entrega de todos os hospitais do estado para a gestão das Organizações Sociais. E, além disso, permite que 25% dos leitos hospitalares dos hospitais públicos sejam utilizados por pacientes de planos privados de saúde. Isso significa que o hospital público vai atender 75% de pacientes do SUS

⁵²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 269-270.

⁵²⁹ SÃO PAULO (Estado). *Lei 846/1998*. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei%20complementar/1998/lei%20complementar%20n.846,%20de%2004.06.1998.htm>>. Acesso em: 30 set. 2009.

⁵³⁰ SÃO PAULO (Estado). *Lei 1095/2009*. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei%20complementar/2009/lei%20complementar%20n.1.095,%20de%2018.09.2009.htm>>. Acesso em: 30 out. 2009.

⁵³¹ SÃO PAULO (Estado). *Lei 1130/2010*. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei%20complementar/2010/lei%20complementar%20n.1.130,%20de%2027.12.2010.htm>>. Acesso em: 30 set. 2009.

e 25% de pacientes com planos privados. Ora, se levarmos em conta a deficiência do SUS em relação aos leitos hospitalares já mencionada anteriormente, essa medida, além de irracional, também pode ser classificada como imoral. Se o SUS não consegue atender a própria demanda hospitalar de pacientes do SUS, não há razão lógica para estabelecer que 25% das vagas públicas sejam utilizadas por pacientes portadores de planos de saúde.

A mesma estratégia tem sido utilizada para os serviços em nível ambulatorial, com a criação dos AMEs⁵³² (Atendimento Médico de Especialidades) no Estado de São Paulo. Os AMEs são centros de diagnóstico e de especialidades, dotados de aparelhos, localizados em determinadas regiões, com a finalidade de realizar diagnósticos de maneira ágil e eficiente, mas não fazem o acompanhamento do doente. Muitas equipes de Saúde da Família também são operacionalizadas por empregados das Organizações Sociais.

Apesar da facilidade de contratação e do pagamento de salários bem acima dos valores pagos aos funcionários públicos da saúde, o trabalho dessas organizações sociais ainda não está devidamente estudado, de maneira que se torna difícil a avaliação de seu desempenho. Por ora, resta-nos suscitar algumas questões inquietantes a respeito do tema. Em primeiro lugar, há de se indagar qual seria o interesse de uma entidade privada sem fins lucrativos dedicar-se a prestar um serviço de saúde? Se a lógica que a impulsiona não é a lógica do lucro e do mercado, qual seria então a razão de ser do seu agir? Solidariedade e justiça social?

Em segundo lugar, se as organizações sociais forem movidas pela lógica do mercado, então como compatibilizar sua atuação com os princípios básicos do sistema público de saúde que não visa o lucro?

Em terceiro lugar, se o pagamento for dependente do fato de se atingir metas estabelecidas no contrato, então estaríamos voltando aos velhos tempos do INAMPS, em que se pagava pelo serviço contratado (o que aumentou imensamente o número de procedimentos realizados sem necessidade, bem como as fraudes para aumentar o faturamento).

Em quarto lugar, surge a curiosidade de saber por que razão o Estado optou por destinar vultosos recursos para particulares gerirem os serviços públicos de saúde, quando, se tivesse investido essa quantia na melhoria de recursos humanos e materiais, talvez tivesse tido o mesmo resultado!

Em quinto lugar, como a lógica dos serviços públicos de saúde não é e nem pode ser a lógica do custo-benefício de empresas privadas, pergunta-se:

⁵³² SÃO PAULO (Estado). AMEs. Disponível em: <[http://www.saopaulo.sp.gov.br /spnoticias/lenoticia.php?id=85269](http://www.saopaulo.sp.gov.br/spnoticias/lenoticia.php?id=85269)>. Acesso em: 22 de jan. 2011.

- a) Será que a Organização Social dispensará os mesmos cuidados a um paciente crônico, que necessita ficar meses internado, do que faria um hospital público gerido pelo Poder Público? O alto custo da internação prolongada e a impossibilidade de utilização do leito para outras internações serão bem recebidas pelas Organizações Sociais, que terão metas a cumprir?
- b) Se as metas exigirem altas taxas de ocupação hospitalar e quantidade de internações em determinadas clínicas (obstetrícia, pediatria ,cirurgia, etc.) seria possível que, para atingir as metas, os pacientes passem a ter alta precoce (antes do período indicado) para liberarem o leito para outros pacientes?
- c) Se as contratações de Equipes da Família são realizadas pelo vínculo trabalhista, isso não poderá resultar em alta rotatividade da mão de obra e comprometer a continuidade do serviço?
- d) A fragmentação da atenção derivada da prestação de apenas alguns serviços pelas organizações sociais não poderá comprometer o funcionamento do sistema, que pressupõe uma rede de serviços, regionalizados e hierarquizados que sejam capazes de satisfazer a integralidade da atenção dispensada ao paciente?

Enfim, como se percebe, são muitas as interrogações a respeito da atuação das organizações sociais como gestoras de serviços públicos de saúde. De qualquer maneira, fica aqui o desafio de se tentar entender de que maneira este *mix público-privado* poderá interagir e qual será o resultado da mistura das duas lógicas diferentes que regem os dois segmentos.

Maria Sylvia Zanella di Pietro aponta outra forma de utilização indevida da parceria com o setor privado como estratégia para fugir do regime jurídico publicístico: a utilização de Fundações de Apoio à Entidades Públicas, especialmente em hospitais universitários federais e em instituições de pesquisa na área da saúde.⁵³³

As Fundações de Apoio a Entidades Públicas são pessoas jurídicas de direito privado, criadas com o único objetivo de dar apoio às entidades públicas (geralmente fundações ou autarquias instituídas pelo Poder Público). A cooperação das Entidades de Apoio com o Poder Público se dá normalmente através de convênios. A sobrevivência dessas entidades de apoio depende da boa vontade do Poder Público, pois é ele que vai autorizar e controlar o cumprimento das avenças e da continuidade do fluxo financeiro que elas absorvem.

Na esfera federal, o Tribunal de Contas da União já analisou as Fundações de Apoio instituídas pelas Universidades Federais. Aquelas fundações instituídas com recursos públicos estão, no entender do Tribunal, obrigadas a prestar contas. As fundações instituídas

⁵³³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 281-297.

sem qualquer destinação de recursos públicos não precisam prestar contas, mas são proibidas de utilizar servidores, bens móveis e imóveis pertencentes às instituições públicas federais.

Muitas são as críticas apontadas por Maria Sylvia Zanella di Pietro com relação à utilização destas instituições em serviços públicos:⁵³⁴

1. Os agentes públicos conseguem com ela fazer uma complementação financeira por via oblíqua. Com isso, também viabilizam a contratação de pessoal e a compra de materiais longe dos controles oficiais, mas à custa de verbas públicas.
2. Essas entidades veiculam uma falsa imagem de apoio ao desenvolvimento da pesquisa e gerenciamento das atividades de saúde e assistência ao estudante. Pois tais funções já fazem parte das atribuições das Instituições de Ensino Federais (que já recebem verba orçamentária para tanto). O governo acaba contribuindo duas vezes para a mesma função (verba para Universidade Federal fazer pesquisa e verba para a Entidade de Apoio – pessoa jurídica privada – fazer pesquisa). A fraude, segundo Di Pietro, reside no fato da Entidade de Apoio agir com a flexibilização de uma empresa privada, porém receber recursos públicos. O perigo é de que haja uma gradual absorção da estrutura oficial pela fundação privada que receberá de forma facilitada os recursos orçamentários do Poder Público.
3. Ao se permitir o gerenciamento de atividades de prestação de serviços de assistência médica nos hospitais de ensino pelos funcionários dessas Entidades de Apoio, o que se está fazendo é contrariar o estabelecido no artigo 206 da Constituição Federal, que prevê a valorização dos profissionais de ensino, o plano de carreira e o piso salarial para o magistério público e o ingresso por concurso de provas e títulos.
4. Di Pietro aponta, ainda, a existência de fraude dos objetivos institucionais da Fundação de Apoio, na medida em que, apesar de ter sido criada para realizar pesquisa científica, a maioria delas presta serviços de limpeza, conservação, vigilância, assistência técnica de equipamentos, concursos vestibulares, administram restaurantes e hospitais universitários.
5. O dirigente da Universidade Federal autoriza a cessão de servidores públicos para as Entidades de Apoio, além de permitir que utilizem gratuitamente os móveis e imóveis, e toda a estrutura (água, luz, telefone etc.) da universidade pública.
6. A brutal receita dos hospitais públicos universitários acaba sendo administrada pelas Fundações.
7. Observa-se também que os empregados das Fundações de Apoio atuam livremente dentro das universidades públicas e depois vão pleitear direitos trabalhistas contra o Poder Público.
8. A Entidade de Apoio e o ente público, às vezes, prestam a mesma atividade, o que causa confusão toda vez que a própria sede das duas pode coincidir. Grande parte dos empregados da Entidade de Apoio são servidores dos quadros

⁵³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 282-284.

da Entidade Pública. O local de prestação também é o mesmo. Em resumo: o serviço é prestado por servidores públicos, na própria sede da entidade pública, com equipamentos pertencentes ao patrimônio público, mas quem arrecada toda a receita e a administra é a Entidade de Apoio (pessoa jurídica de direito privado). Ocorre que esse ente privado não está obrigado a observar as regras de licitação para celebrar contrato; admite empregados sem concurso público. Enfim, tudo faz crer que as Instituições de Apoio “são a roupagem com que se reveste a entidade pública para escapar às normas do regime jurídico de direito público”.⁵³⁵

Muitas dessas Entidades de Apoio têm existência legal apenas aparente, porque no mundo dos fatos elas não existem. Falta-lhes patrimônio, um requisito imprescindível para a existência da pessoa jurídica. Na verdade, elas celebram verdadeiros contratos com a administração, que nunca poderiam ser realizados sem licitação.

Diante de tantos descabros, a Lei 8958 de 20/12/1994 veio estabelecer normas que disciplinam as relações entre as instituições federais de ensino superior e as Fundações de Apoio. Foram estabelecidas: i) a exigência de controle prévio – credenciamento junto ao Ministério da Educação, Ciência e Tecnologia; ii) a obrigatoriedade de licitação, de prestação de contas; iii) além de estabelecer requisitos para a utilização, pela fundação, de servidores públicos e bens públicos, neste último caso, mediante remuneração.

Apesar das tentativas de moralização do relacionamento público-privado, o que se pode perceber é uma grande tendência dos administradores públicos em utilizar a estratégia da terceirização dos serviços públicos de saúde e, com isso, corremos o perigo de esvaziamento gradual da atuação dos servidores públicos da saúde e a diminuição da participação do gestão pública dos serviços integrantes do Sistema Único de Saúde.

⁵³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Parcerias na administração pública*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 284.

5. O DIREITO À SAÚDE E O JUDICIÁRIO

A questão da judicialização da saúde tem como pano de fundo, na grande maioria dos casos, as demandas individuais para fornecimento de medicamentos e o aumento de gastos públicos para satisfação dos direitos pleiteados. Os trabalhos científicos realizados analisam a medicalização sob o enfoque de algumas variáveis,⁵³⁶ a que faremos alusão ao longo deste capítulo, na tentativa de explicar o aumento das demandas por medicamentos e dos gastos públicos com aquisição de fármacos.

O grande foco de atenção sobre as ações que demandam medicamentos reflete muitos fatores: a crescente medicalização da sociedade; as inovações tecnológicas no setor farmacêutico; a maior facilidade de acesso ao Judiciário; a crescente conscientização dos direitos pelos cidadãos; a atuação da Defensoria Pública e da Promotoria na implementação dos direitos sociais com a conscientização da responsabilidade social dessas instituições.

Por outro lado, surpreende a existência de um pequeno número de trabalhos com critérios rigorosos a respeito da demanda por ações e serviços de atenção básica, de média complexidade (exames diagnósticos e terapias) e de alta complexidade. Será que não existe carência nesses níveis de atenção do Sistema Único de Saúde? E, se ela existe, então por que razão não se exterioriza em demandas judiciais como ocorre com as ações sobre o fornecimento dos medicamentos?

Cientes de que a resposta a cada uma dessas indagações não é simples e tampouco única, tentaremos abordar algumas questões que nos parecem senão explicar por completo os fenômenos acima descritos, ao menos tentam enfocá-los através de mais de um aspecto.

5.1. A medicalização da sociedade e a assistência farmacêutica no SUS

O Sistema Único de Saúde, como já foi detalhado neste trabalho, é um sistema interligado de serviços e ações que visa a prevenção da saúde em todos os níveis (prevenção primária, secundária e terciária), o que implica em atuação tanto em nível da cura de doenças, da prevenção de doenças, da promoção da saúde como no da recuperação de sequelas. O

⁵³⁶ Existem pesquisas que analisam fatores como: qual o tipo de remédio pleiteado; o tipo de patrocínio da causa (público ou privado); a frequência com que cada medicamento é pleiteado e por que tipo de advogado; a frequência em que o remédio é prescrito pelo mesmo médico; se a prescrição é originada de serviço do SUS ou de serviço particular; a quantidade de gasto com mandados judiciais de medicamentos e o seu impacto no orçamento e nas políticas públicas; qual o percentual de gastos com medicamentos em relação ao orçamento geral, ao orçamento da saúde, e ao orçamento relativo às despesas com medicamentos; a eficácia e segurança dos medicamentos pleiteados; a necessidade ou não de comprovação pelo autor de insuficiência de recursos, a inclusão ou não dos medicamentos pleiteados nas listas oficiais; a necessidade de seguir-se os protocolos clínicos para o fornecimento de medicamentos. Há também um trabalho que analisa os principais argumentos e ideias centrais defendidas pelos atores envolvidos no processo: autor, réu e juiz.

fornecimento de medicamentos é apenas uma das ações de competência do SUS, sistema de saúde que, apesar de ter sido criado em 1988, só veio a ter uma Política Nacional de Medicamentos em 1998.⁵³⁷ A assistência medicamentosa é uma das ações do SUS, mas não é a única e nem a principal delas.

O aumento dos gastos com o fornecimento de medicamentos é uma alegação frequente nos trabalhos científicos sobre o tema,⁵³⁸ entretanto, esse é um fenômeno mundial e não pode ser imputado apenas à judicialização das políticas públicas. No Reino Unido, país que tem o modelo de atenção à saúde focado na atenção básica, o gasto de medicamentos nesse nível do sistema cresceu 10% entre 2001 e 2002. Conforme MacDonald,⁵³⁹ quatro grupos de medicamentos tiveram aumento: os antidiabéticos (33%); os anti-hipertensivos (18%); os antipsicóticos (32%) e os hipoglicemiantes (23%). As principais razões estavam associadas à expansão da recomendação e à inclusão de novos medicamentos no mercado. Kondro⁵⁴⁰ explica que, no Canadá, o aumento dos gastos com medicamentos foi da ordem de 6% em 2006, chegando ao total de US\$ 25 bilhões, dos quais US\$ 21,1 bilhões eram de medicamentos sujeitos à prescrição médica. Nos Estados Unidos, Moynihan afirma que estimou-se que o gasto com medicamentos passará de US\$ 184 bilhões em 2003 para US\$ 519 bilhões em 2013.⁵⁴¹

Conforme aponta o estudo de Fabíola Sulpino Vieira⁵⁴², no Brasil, os gastos do Ministério da Saúde com medicamentos aumentou de 5,4% em 2002 para 10,7% em 2007, havendo maior participação nesse gasto dos antirretrovirais e medicamentos de dispensação excepcional, os quais são constituídos por número expressivo de fármacos protegidos por patentes.

O aumento de gastos públicos com a aquisição de medicamentos está intimamente atrelado à implementação da Política Nacional de Medicamentos. A partir de 1998, fomentou-se a criação de programas voltados à garantia de acesso da população necessitada aos

⁵³⁷ VIEIRA, Fabíola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. *Revista de Saúde Pública*, v. 41, n. 2, p. 215, 2007.

⁵³⁸ FINATTI, Deise Barbieri; VECHINI, Priscila Garbin. *O perfil de gastos destinados ao cumprimento de determinações judiciais no Município de Campinas*. Disponível em: <http://2009.campinas.sp.gov.br/saude/biblioteca/XXIV_Congresso_de_Secretarios_Municipais_de_Saude_do_Estado_SP/Complexidadedaatencaobasica/O_Perfil_dos_gastos_Deise.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2011.

⁵³⁹ MACDONALD, S. Increased drug spending is creating funding crisis, report says. *British Medical Journal*, v. 326, n. 7.391, p. 677, 2003.

⁵⁴⁰ KONDRO, W. Drug spending tops US\$ 25 billion. *CMAJ*, v. 176, n. 13, p. 1.816, 2007.

⁵⁴¹ MOYNIHAN, Ray. Drug spending in North America rose by 11% in 2003. *British Medical Journal*, v. 328, n. 7.442, p. 727, march 2004.

⁵⁴² VIEIRA, Fabíola Sulpino. Gasto do Ministério da Saúde com medicamentos: tendência dos programas de 2002 a 2007. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 43, n. 4 p. 674-81, 2009.

medicamentos.⁵⁴³ Nos anos subsequentes à criação dessa política, houve aumento da alocação de recursos com a finalidade de suprir a demanda por medicamentos.⁵⁴⁴ Apesar da existência dessa política pública, ainda em 2000, estimava-se que 70 milhões de brasileiros não tinham acesso a medicamentos, o que representava 41% da população brasileira para aquele ano.⁵⁴⁵

Além dos fármacos considerados básicos e indispensáveis para atender ao mais amplo espectro das doenças (medicamentos pertencem à Relação Nacional de Medicamentos Essenciais- RENAME), existem outros medicamentos que, pelo elevado valor unitário, ou pela cronicidade do tratamento, se tornam excessivamente caros para serem suportados pela população. Utilizados em nível ambulatorial, a maioria deles é de uso crônico e parte deles integra tratamentos que duram por toda a vida. Esses medicamentos são denominados “excepcionais” e estão incluídos no Programa de Medicamentos Excepcionais.⁵⁴⁶ Em 2006, ampliou-se a oferta de Medicamentos de Dispensação Excepcional, o que contribuiu ainda mais para o aumento de gastos com a assistência farmacêutica. Em 2007, a Portaria GM/MS n.º 204 de 29 de janeiro de 2007 organizou e categorizou os recursos para a aquisição de medicamentos no Bloco de Financiamento da Assistência Farmacêutica em três componentes:⁵⁴⁷

- 1- Componente Básico da Assistência Farmacêutica – destinado à aquisição de medicamentos e insumos da assistência farmacêutica no âmbito da atenção básica em saúde e daqueles relacionados a agravos e programas de saúde específicos.
- 2- Componente estratégico da assistência farmacêutica – financia ações de assistência farmacêutica dos seguintes programas de saúde estratégicos: a) controle de endemias, tais como tuberculose, hanseníase, malária, leishmaniose, doença de Chagas e outras doenças endêmicas de abrangência nacional ou regional; b) antirretrovirais do programa DST/AIDS; c) o sangue e hemoderivados e d) imunobiológicos.
- 3- Componente de Medicamentos de Dispensação Excepcional – destinado à aquisição e distribuição desses medicamentos, conforme critérios estabelecidos nos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas.

⁵⁴³ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. Política Nacional de Medicamentos. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 34, n. 2, p. 206-209, abr. 2000.

⁵⁴⁴ LOPES, Luciane Cruz et al. Uso racional de medicamentos antineoplásicos e ações judiciais no Estado de São Paulo. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 44, n. 4, p. 620-628, 2010.

⁵⁴⁵ VIEIRA, Fabíola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 41, n. 2, p. 215, 2007.

⁵⁴⁶ BRASIL. Ministério da Saúde. *O programa de Medicamentos Excepcionais*. Disponível em: <http://dtr2001.saude.gov.br/sas/dsra/protocolos/04_programa.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2011.

⁵⁴⁷ BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria GM n.204 de 29 de janeiro de 2007*. Regulamenta o financiamento e a transferência de recursos federais para as ações e serviços de saúde, na forma de blocos de financiamento, com o respectivo monitoramento e controle. Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2007/GM/GM-204.htm>>. Acesso em: 12 maio 2011.

Diante da carência de acesso a medicamentos de 41% da população brasileira, não surpreende que o SUS tenha tido como desafio reverter esse quadro, o que em parte explica o aumento do gasto com medicamentos (evoluindo de 5,4% em 2002 para 10,7% em 2007) no gasto total do Ministério da Saúde.⁵⁴⁸ Para tanto, foi necessária a implantação de uma política que tivesse entre seus objetivos a garantia da segurança, eficácia e qualidade de medicamentos, a promoção do uso racional e acesso da população aos medicamentos considerados essenciais.

A medicalização crescente da sociedade no Brasil e no mundo também foi, e continua sendo, influenciada por um dos negócios mais produtivos do planeta, que é a indústria farmacêutica. Essa indústria se desenvolveu mais fortemente após a Primeira Guerra Mundial. Em 1910, inicia-se a produção de “Salvarsan”, um medicamento para a sífilis considerado a primeira “pílula mágica”. Em 1931, o primeiro antibiótico industrializado, “Streptozon”, é produzido, abrindo caminho para a produção de outros antibióticos, diuréticos, anti-hipertensivos, hipoglicemiantes orais e psicotrópicos na década de cinquenta.⁵⁴⁹

O modelo biomédico de atenção à saúde e a importância dos medicamentos no controle das enfermidades tiveram sua força propulsora com a utilização dos anti depressivos após a 2ª Guerra Mundial, pois até o final do século XIX não havia no meio médico a ideia de que pudesse existir um medicamento específico para cada doença.⁵⁵⁰ Até então os sistemas médicos eram baseados em modelos humorais de saúde como, por exemplo, o sistema hipocrático, no qual existiam quatro tipos de humores: o sangue originado no coração (quente e úmido); o flegma originado no cérebro (frio e úmido); a bílis negra originada no baço e intestino (fria e seca); a bílis amarela originada no fígado (quente e seca). A saúde seria um estado de harmonia entre os humores, e a doença, o desequilíbrio entre eles, envolvendo o organismo como um todo.⁵⁵¹

⁵⁴⁸ VIEIRA, Fabíola Sulpino. Gasto do Ministério da Saúde com medicamentos: tendência dos programas de 2002 a 2007. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 43, n. 4, p. 674, 2009.

⁵⁴⁹ AGUIAR, Adriano Amaral de. *A psiquiatria no divã: entre as ciências da vida e a medicalização da existência*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004. p. 52.

⁵⁵⁰ A descoberta dos antibióticos começou uma nova era na medicina onde se nota o papel relevante da indústria farmacêutica. Seria entretanto uma era marcada pelo controle regulamentar na qual o paciente perdeu a liberdade de comprar os compostos que desejasse. HEALY, David. *The antidepressant era*. Cambridge e Londres: Harvard University Press, 1997. p. 21.

⁵⁵¹ O sistema hipocrático serviu de base para posteriores formulações. O sistema de Galeno, que integrava a teoria humoral com a lógica aristotélica, relacionava problemas locais com desordens do organismo como um todo. Em 1761, Giovanni Morgani, com achados de autópsia, chegou à conclusão de que algumas doenças podiam ser causadas por lesões em um órgão apenas. Em 1800, Bichat já vislumbrava a possibilidade da doença afetar apenas uma parte do órgão. Por fim, com o isolamento do bacilo da tuberculose (1882) e do organismo responsável pela cólera (1884), além de se estabelecer o elemento patogênico das doenças,

Por outro lado, não é possível ignorar as campanhas manipuladoras e agressivas das indústrias para tentar distinguir seus medicamentos dos concorrentes, e tampouco é possível esquecer dos antigos estudos que mostraram que, dentre as novidades terapêuticas lançadas pelos laboratórios, apenas uma pequena minoria oferecia claras vantagens terapêuticas sobre os medicamentos já existentes.⁵⁵²

Outra estratégia já há muito tempo conhecida e estudada são as campanhas de marketing para promover a difusão de conceitos de determinadas doenças para médicos e pacientes, chamando a atenção para doenças “pouco diagnosticadas” e “pouco tratadas” na população. Esse fato ocorreu com relação à promoção de um transtorno psiquiátrico: a fobia social. Em 1997, quando a Roche promovia na Austrália o antidepressivo “Moclobemida” para o tratamento da doença, sua empresa de relações públicas veiculou na imprensa que um milhão de australianos contrairiam a doença ainda “subdiagnosticada” chamada fobia social. No entanto, os dados governamentais da época sugeriam que o número de pessoas afetadas era de cerca de 370 mil. O que o artigo de publicidade procurava era mudar a percepção comum da timidez, tida como uma dificuldade pessoal, promovendo a ideia de que ela poderia ser uma doença psiquiátrica.⁵⁵³

E como o medicamento é uma mercadoria peculiar⁵⁵⁴, embora participe do mercado capitalista, seu modo de regulação e sua socialização obedecem a um modo de funcionamento muito particular: o medicamento não tem uma circulação livre como as outras mercadorias; ele não se socializa formando um mercado, que seria um espaço social sem limites, definido pela possibilidade de compra, como no mercado capitalista em geral. Ao contrário, no mercado da saúde, em princípio está vedada a constituição de mercados livres.⁵⁵⁵ A fixação do preço do medicamento (valor de troca) geralmente se dá por medidas

também se fixavam técnicas de isolamento e cultivo de microorganismos que permitiam o teste de agentes contra cada organismo particular e também o desenvolvimento de vacinas. AGUIAR, Amaral de. *A Psiquiatria no divã: entre as ciências da vida e a medicalização da existência*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004. p. 49-52.

⁵⁵² Entre 1989 e 1993, a Food and Drug Administration (FDA) aprovou 127 medicamentos, mas apenas uma minoria deles oferecia vantagens e eram reais novidades. KESSLER, David A, et al. Therapeutic-class wars – drug promotion in a competitive marketplace. *The New England Journal of Medicine*, v. 331, n. 20, p. 1.350-1.355, nov. 1994.

⁵⁵³ MOYNIHAN, R; HEATH, I; HENRY, D. Selling sickness: the pharmaceutical industry and disease mongering. *British Medical Journal*, v. 324, n. 7.342, p. 886-891, 2002.

⁵⁵⁴ O medicamento não é uma mercadoria como as outras por causa dos perigos que envolve. Tomado de maneira errada, ele se transforma em veneno. Portanto, ele implica um nível de tecnicidade importante, exteriorizado pela participação do médico, que decidirá as regras de seu consumo para um indivíduo particular. PIGNARRE, Philippe. *O que é o medicamento? Um objeto estranho entre ciência, mercado e sociedade*. Tradução Paulo Neves. Rio de Janeiro: Editora 34, 1999. p. 127.

⁵⁵⁵ PIGNARRE, Philippe. *O que é o medicamento? Um objeto estranho entre ciência, mercado e sociedade*. Tradução Paulo Neves. Rio de Janeiro: Editora 34, 1999. p. 82.

administrativas estatais, e não como resultado do funcionamento do mercado (lei da oferta e da procura). Sua socialização se dá nos limites estabelecidos em função do seu valor de uso. Por mais caro que se possa pagar, não é permitido comprar determinados medicamentos, a não ser através de uma receita prescrita por um médico, atestando a indicação do seu uso.

Isso explica a estratégia de publicidade dos laboratórios farmacêuticos em relação ao médico prescritor, um intermediário absolutamente fundamental na circulação do medicamento. Através de visitas periódicas, os representantes das indústrias farmacêuticas vão ao consultório apresentar o novo medicamento. Há muito tempo que as pesquisas sobre a prescrição de medicamentos apontam que as visitas dos representantes de laboratórios farmacêuticos são a principal fonte de conhecimento dos médicos sobre medicamentos.⁵⁵⁶

Aliado a todos esses fatores, também está a supervalorização do modelo da doença específica⁵⁵⁷ (modelo biológico), que teve seu início com o desenvolvimento da bacteriologia. Se antigamente a doença era vista como o resultado de um desequilíbrio do organismo como um todo e os tratamentos eram bastante inespecíficos, envolvendo purgantes, sangrias e tônicos, a partir da bacteriologia as empresas passaram a pesquisar tratamentos direcionados para doenças específicas.⁵⁵⁸ E o paciente passou a ser visto de maneira compartimentalizada, enfatizando-se sobremaneira os sinais objetivos da doença e subestimando-se o componente subjetivo da patologia.

O diagnóstico é preferencialmente realizado por exames complementares enquanto a história de vida – o paciente e suas circunstâncias – são relegadas a um plano secundário, inferior, subjetivo e não científico. Na esteira desse pensamento, a subjetividade é alijada e a relação médico-paciente é robotizada. Os tratamentos alternativos como logosofia e homeopatia, que fazem uma abordagem holística do paciente, são execrados.⁵⁵⁹

Diante de tudo isso, a cura através da pílula mágica torna-se quase que uma obsessão, fazendo com que o medicamento seja percebido como sinônimo de saúde.⁵⁶⁰ Isso

⁵⁵⁶ ZARIFIAN, Édouard. *Le prix du bien-être*. Paris: Odile Jacob, 1996.

⁵⁵⁷ Com o isolamento do bacilo da tuberculose e o organismo responsável pela cólera em 1882 e 1884, respectivamente, foi possível identificar um agente patogênico para cada uma das duas doenças. Esse modelo biológico de doença (modelo de doença específica) revolucionou o tratamento, pois passou-se a pesquisar tratamentos específicos para cada tipo de doença. AGUIAR, Adriano Amaral de. *A psiquiatria no divã: entre as ciências da vida e a medicalização da existência*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004. p. 51.

⁵⁵⁸ AGUIAR, Adriano Amaral de. *A psiquiatria no divã*, cit., p. 51.

⁵⁵⁹ TEIXEIRA, Marcus Zulian. *A natureza imaterial do homem*. São Paulo: Editorial Petrus, 2000.

⁵⁶⁰ Nesse movimento de medicalização da sociedade, os próprios médicos contribuíram para a disseminação dos medicamentos. Zarifian resume esta situação: “Atualmente saímos da psiquiatria, para fabricar uma clínica de sofrimentos humanos, inelutavelmente ligados às turbulências da vida, propondo a prescrição de um medicamento como resposta obrigatória e exclusiva. Nossa função é convencer o infeliz de que ele é na

explica, pelo menos em parte, o porquê do direito à saúde ser fortemente atrelado ao direito de acesso a medicamentos, o aumento percentual de gastos com medicamentos em relação ao orçamento total, bem como o aumento das ações judiciais que têm como pedido principal a adjudicação desses bens.

Na tentativa de compreender o fenômeno da judicialização de medicamentos, as pesquisas são realizadas em diferentes centros, com um universo amostral heterogêneo, com metodologia diversa, em épocas diversas, analisando múltiplas variáveis de acordo com o objetivo do trabalho e com a hipótese científica a ser testada pelo pesquisador, a fim de caracterizar o fenômeno estudado. Por esses motivos, não há como comparar resultados e tampouco extrair conclusões que possam ser aplicadas de maneira universal na explicação do fenômeno, que se apresenta de maneira heterogênea nas várias situações analisadas.

Isto, porém, não afasta a possibilidade de uma análise crítica a respeito da hipótese testada no trabalho, da metodologia utilizada para o atingimento do objetivo pretendido e das conclusões extraídas a partir dos resultados encontrados na pesquisa. Como nossa intenção neste capítulo é a de fazer reflexões acerca das questões teóricas levantadas pelos trabalhos e inseri-las no contexto do SUS, passaremos a analisar alguns dos inúmeros trabalhos realizados sobre o tema, utilizando-os como substrato de nossas reflexões.

5.2. O discurso dos atores nas demandas judiciais

Com o objetivo de analisar a maneira pela qual o Poder Judiciário vem garantindo o direito social à assistência farmacêutica e qual a relação do sistema jurídico e político na garantia a esse direito, Silvia Badim Marques e Sueli Gandolfi Dallari analisaram processos judiciais para identificar os discursos dos atores da relação processual.⁵⁶¹ Dentre as ideias centrais encontradas no discurso coletivo do grupo de autores destacam-se:

- i) A doença está colocando em risco a vida ou a saúde do autor – o remédio pleiteado é um avanço científico e o único capaz de controlar a doença – o direito à saúde é um direito fundamental garantido por Lei (as três ideias apareceram em 100% dos casos analisados);
- ii) O direito à saúde não pode ser condicionado por políticas públicas ou por questões orçamentárias (ideia encontrada em 60% dos casos) ;
- iii) A política de assistência farmacêutica do Estado possui falhas e, por isso, não contempla o medicamento pleiteado.

verdade um doente?”.ZARIFIAN,Édouard.De la clinique à la prescription.*Psychiatrie Française*,n.special,p.18-24,1994.

⁵⁶¹ MARQUES, Silvia Badim; DALLARI, Sueli Gandolfi Dallari. A garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 41, n. 7, p. 101-107, 2007.

- iv) O autor não possui condições financeiras para adquirir o medicamento. (presente em 80% dos casos).

Com relação ao discurso dos réus, as ideias predominantes foram:

- i) O Estado possui limitações legais e orçamentárias que obstam a garantia da pretensão do autor (em 75% dos casos analisados);
- ii) Atender à pretensão do autor é sobrepor o individual ao coletivo (em 58% dos casos);
- iii) O pedido pleiteado não possui registro na ANVISA, não podendo ser comercializado no Brasil;
- iv) O pedido do autor não se enquadra na padronização da Política de Assistência Farmacêutica para o tratamento da respectiva doença;
- v) O Poder Judiciário não pode ser transformado em cogestor dos recursos destinados à saúde pública;

As ideias centrais identificadas nos discursos dos juízes foram:

- i) O direito à saúde dos indivíduos deve ser garantido integralmente, a despeito de questões políticas, orçamentárias ou entraves burocráticos (ideia presente em 80% das sentenças analisadas);
- ii) Uma vez demonstrado ser o autor portador de uma doença e necessitar de um determinado medicamento, é crucial que o Estado seja obrigado a providenciar a sua implementação (em 75% das sentenças);
- iii) A regra do art. 196 da Constituição Federal é auto-aplicável, não depende de regulamentação para ser exercida (ideia presente em 60% das sentenças);
- iv) A atuação do Poder Judiciário não está interferindo no princípio da separação dos poderes do Estado.

O estudo acima mencionado permitiu evidenciar de forma clara as principais teses jurídicas discutidas hoje em nosso país a respeito da judicialização da saúde, como: a reserva do possível, a garantia do direito à saúde através de políticas públicas, a influência do Judiciário em questões de política orçamentária, a ofensa ao princípio da separação dos Poderes; a obrigatoriedade do fornecimento de medicamentos apenas se eles fizerem parte das listas oficiais e forem registrados no Brasil, a ausência de condições financeiras do petionário como condição para o fornecimento da medicação pelo Estado; o direito à saúde como um direito fundamental e a discussão sobre a autoaplicabilidade da norma que o prevê. Questões sobre as quais ou já tecemos considerações nos capítulos anteriores ou passaremos a abordar ao longo deste capítulo.

O trabalho permite evidenciar dados que parecem refletir uma tendência, ou seja, que a maioria das medidas liminares requeridas são concedidas e que grande parte das ações que pleiteiam medicamentos são julgadas procedentes.⁵⁶²

O atendimento do pleito do autor da ação pelo Judiciário, na quase totalidade dos casos, permite-nos indagar sobre a possibilidade do direito pleiteado no caso concreto estar incluído no núcleo essencial do direito ao mínimo existencial à saúde do autor da ação. Seria esta uma das explicações possíveis para o índice tão alto de concessão de liminares e de ações julgadas procedentes? Ou poderia tal resultado apenas expressar a errônea interpretação dos magistrados a respeito das normas relativas à saúde, permitindo a sua aplicação direta e a individualização de direitos que na verdade só seriam passíveis de fruição pela coletividade?⁵⁶³

Marques e Dallari concluem que o Judiciário não tem levado em conta a política pública, preocupando-se apenas em fundamentar suas decisões afirmando que o direito à saúde e à assistência farmacêutica é um direito integral e universal do cidadão previsto em lei. Apontam que essas decisões estão sobrepondo as necessidades individuais às coletivas e acabam por influir no âmbito da tomada de decisões coletivas da Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo. E que o resultado constitui uma ameaça à democracia na medida em que o Judiciário passa a decidir politicamente, ou seja, fora do sistema jurídico. Por fim, afirmam que o sistema político é que deve tomar decisões coletivas com base nas necessidades da população e nos recursos disponíveis.⁵⁶⁴

Afinal, o que explicaria o alto índice de respostas satisfatórias às demandas judiciais por medicamentos é uma indagação ainda inquietante. Certamente a resposta a essa indagação encontrará múltiplos fatores causais, dependendo do ponto de vista teórico adotado para a análise da questão e da metodologia utilizada na pesquisa. O que esta tese pretende discutir é que uma das possibilidades de explicação para o alto índice de deferimento dos pedidos de medicamentos pode estar no fato deste constituir, no caso concreto, a

⁵⁶² Dentre os 31 processos analisados, foi concedida a medida liminar em 93,5% dos casos. Das sentenças proferidas pelos juízes, 90,3% julgaram a ação procedente e, dentre estas, a grande maioria (96,4%) condenava o réu a fornecer o medicamento exatamente nos moldes requeridos pelo autor. MARQUES, Sílvia Badim; DALLARI, Sueli Gandolfi Dallari. Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 41, n. 7, p. 105, 2007.

⁵⁶³ Aos direitos sociais – dentre eles o direito à saúde – não se aplica a noção de direito subjetivo. Ele se caracteriza por ser um direito difuso ou coletivo e exige remédios distintos. LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 1. ed., 5. tir. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 128-129.

⁵⁶⁴ MARQUES, Sílvia Badim; DALLARI, Sueli Gandolfi Dallari. Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 41, n. 7, p. 105-106, 2007.

exteriorização do mínimo existencial em relação à saúde do autor da ação. Não se nega a possibilidade de outras explicações, porém, o que se pretende é agregar uma outra, ainda não adequadamente investigada. Esta posição parte do pressuposto de que o direito à saúde, enquanto direito social, é passível de fruição tanto coletiva quanto individualmente, e que, portanto, quando o direito pleiteado se constituir no núcleo essencial do direito ao mínimo existencial do caso concreto, sua concretização deve ser realizada pela imposição do Poder Judiciário.

5.3. Os medicamentos e as listas oficiais

Existem três grandes grupos de medicamentos financiados pelo Programação de Assistência farmacêutica do SUS : i) o de medicamentos essenciais,-fármacos considerados básicos e indispensáveis para atender ao mais amplo espectro de doenças elencados na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME); ii) o de medicamentos estratégicos que atendem os programas de controle de endemias, tais como a tuberculose, hanseníase, malária, leishmaniose, doença de Chagas e outras doenças endêmicas de abrangência nacional ou regional, tais como cólera, esquistossomose, filariose, influenza, meningite, oncocercose, peste e tracoma. Também fazem parte dos medicamentos estratégicos os medicamentos antirretrovirais do Programa DST/AIDS, sangue e hemoderivados e os imunobiológicos (soros e vacinas); iii) e o de medicamentos excepcionais.⁵⁶⁵

Há trabalhos apontando que, do total dos medicamentos pleiteados em juízo, cerca de 62% fazem parte das listas oficiais⁵⁶⁶ e há estudo que indica um percentual de 48,1%.⁵⁶⁷ Essas diferenças podem se dar por vários motivos: a época da realização do estudo, o universo amostral escolhido, os medicamentos analisados.⁵⁶⁸

Se levarmos em conta a história recente do SUS em relação à assistência medicamentosa, vemos que houve um grande avanço no fornecimento de medicamentos à

⁵⁶⁵ CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE. *Assistência Farmacêutica no SUS / Conselho Nacional de Secretários de Saúde*. Brasília: CONASS, 2007. p. 64.

⁵⁶⁶ VIEIRA, Fabíola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 41, n. 2, p. 214-222, 2007.

⁵⁶⁷ PEPE, Vera Lúcia Edais et al. Caracterização de demandas judiciais de fornecimento de medicamentos essenciais no Estado do Rio de Janeiro, Brasil. *Caderno de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 26, n. 3, p. 461-471, mar. 2010.

⁵⁶⁸ No primeiro estudo, realizado nos 170 processos judiciais impetrados contra a Secretaria Municipal de Saúde de São Paulo durante o ano de 2005, a maioria dos pedidos referia-se a medicamentos para diabetes (38%); diabetes e hipertensão (10%) e câncer (22%). Foram utilizadas a lista federal (RENAME), a lista municipal e a lista estadual. No segundo estudo, realizado em 185 processos ajuizados contra o estado e/ou município do Rio de Janeiro durante o ano de 2006, a maioria dos pedidos se referia a “medicamentos essenciais” para o sistema cardiovascular e o sistema central. Inexistia uma lista estadual de medicamentos e o estudo foi feito utilizando-se apenas a lista federal (RENAME).

população desde que, em 1998, foi criada a Política Nacional de Medicamentos. A despeito desse avanço, o que se percebe pelo perfil das demandas judiciais nos trabalhos de Vieira e Zucchi e no estudo de Pepe e cols., é que o Estado não tem conseguido fornecer adequadamente os medicamentos que pertencem às listas oficiais. Para Fabíola Vieira e Paola Zucchi, o fato de 62%% das demandas ajuizadas se referirem a medicamentos incluídos na lista pode indicar a falha do município e do estado na garantia de acesso a medicamentos ou pode ter havido desconhecimento do autor da ação de que tal medicamento estaria disponível nos serviços do SUS.⁵⁶⁹ Vera Lúcia Edais Pepe e colaboradores também chegam a essa conclusão, pela existência de problemas relacionados à aquisição, distribuição e dispensação de medicamentos pelo setor público.⁵⁷⁰

A questão da inclusão de medicamentos nas listas oficiais merece ser enfrentada com um maior rigor analítico, na medida em que muitos autores defendem que o Estado não pode ser compelido a fornecer medicamento que esteja fora da lista.⁵⁷¹ Para eles, o Poder Público define em seus programas de assistência farmacêutica os medicamentos para tratamento das doenças, com base em critérios aceitos cientificamente. E o fato de um produto não estar na lista não significaria uma omissão da política de medicamentos, mas sim a obediência a uma política formulada de acordo com as necessidades da população, com a capacidade financeira do Estado, com a definição de prioridade de gastos de acordo com critérios técnicos.

A necessidade de padronização dos medicamentos na rede pública do SUS é, de fato, uma medida necessária para a organização das compras pelo Poder Público. As listas oficiais refletem uma gama de diversos medicamentos, nas mais variadas especialidades médicas, de modo a contemplar o tratamento das doenças.

A decisão do SUS de incluir um medicamento farmacêutico na lista oficial deve ser norteada por critérios já apontados pela Organização Mundial de Saúde desde 1975 quando da publicação da primeira lista Modelo de Medicamentos Essenciais. Assim, o medicamento deve ser seguro, eficaz e custo-efetivo, isto é, entre as alternativas disponíveis, a droga escolhida faz o que se propõe a fazer para as pessoas em condições reais (e não apenas em testes laboratoriais) e ao menor custo.

⁵⁶⁹ VIEIRA, Fabíola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 41, n. 2, p. 214, 2007.

⁵⁷⁰ PEPE, Vera Lúcia Edais et al. Caracterização de demandas judiciais de fornecimento de medicamentos essenciais no Estado do Rio de Janeiro, Brasil. *Caderno de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 26, n. 3, p. 461-471, mar. 2010.

⁵⁷¹ VIEIRA, Fabíola Sulpino. Ações judiciais e direito à saúde: reflexão sobre a observância aos princípios do SUS. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 42, n. 2, p. 366-367, 2008.

O rol de medicamentos, no entanto, não é um rol taxativo, ele deve permitir a entrada ou saída de medicamentos da lista, até porque devemos levar em conta o atraso na atualização das listas e o aparecimento de doenças raras. Se não houver flexibilidade, a lista ficará obsoleta e haverá a violação dos direitos humanos relativos às pessoas portadoras de doenças raras, que não seriam contempladas com o medicamento de que necessitam.

Para se ter uma ideia do atraso nas atualizações das listas, vale a pena traçar uma rápida evolução histórica. A primeira padronização de medicamentos foi originalmente instituída através da Portaria MPAS n.º 233 de 08/07/1975. Porém, a 1ª homologação da Relação Nacional de Medicamentos Básicos (RMB) ocorreu através da Portaria MPAS/GM de n. 514 de 18/10/1976. Em 1977, ocorre a atualização da Relação Nacional dos Medicamentos Básicos através da Portaria MPAS/GM n. 817. Essa relação contava, na ocasião, com 300 substâncias farmacológicas. A Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME) só foi instituída através da Portaria MS/MPAS n. 6 em 18/03/1980 e regulamentada pela Portaria MPAS/MS/MEC n. 3 de 15/12/1982.⁵⁷²

Após 1983, a Lista RENAME demorou 16 anos para sofrer uma revisão, o que só ocorreu em 1999, dando origem à lista RENAME-2000 publicada pela Portaria 507/GM de 23/04/1999.⁵⁷³ Depois disso, a Lista foi revisada em 2002 (3ª edição) pela Portaria n. 1587/02 /GM e passou a conter 327 fármacos, em 520 apresentações, além de 45 correlatos e imunoterápicos.⁵⁷⁴ A 4ª revisão foi realizada em 2006, através da Portaria n. 2475 de 13/10/2006, e contou com a participação ativa da Comissão Técnica Multidisciplinar de Atualização da Relação de Medicamentos Essenciais (COMARE) (criada pela Portaria 131 de 31/01/2001). Os 335 medicamentos (fármacos ou princípios ativos) desta quarta edição da RENAME correspondem a 523 apresentações farmacêuticas.⁵⁷⁵ Dois anos depois, a

⁵⁷² KORNIS, George E. M.; BRAGA, Maria Helena. Os marcos legais das políticas de Medicamentos no Brasil Contemporâneo (1990-2006). *Rev. APS*, v. 11, n. 1, p. 85-89, jan./mar. 2008.

⁵⁷³ Esta revisão foi feita com base nas diretrizes estabelecidas em 1993 em revisão procedida pela CEMES, mas que jamais fora divulgada e nem implementada. BRASIL. Ministério da Saúde. Gerência de Assistência Farmacêutica. *Relação Nacional de Medicamentos Essenciais: RENAME-2000*. Brasília: Ministério da Saúde, Secretaria de Políticas Públicas, 2000, p. 5-7. Disponível em: <<http://www.fef.br/biblioteca/arquivos/data/renamel.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2011.

⁵⁷⁴ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. Departamento de Atenção Básica. Gerência Técnica de Assistência Farmacêutica. *Relação Nacional de Medicamentos Essenciais: RENAME*. Secretaria de Políticas de Saúde, Departamento de Atenção Básica, Gerência Técnica de Assistência Farmacêutica. 3. ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2002. p. 6. Disponível em: <<http://dc398.4shared.com/doc/G-twMIaP/preview.html>>. Acesso em: 10 jul. 2011.

⁵⁷⁵ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. *Relação Nacional de Medicamentos Essenciais: RENAME*. Ministério da Saúde, Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2008. Disponível em: <http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/renamel_2008.pdf>. Acesso em: 11 set. 2011.

RENAME 2010 é aprovada pela Portaria 1044/2010, com o mesmo número de medicamentos, uma vez que, nessa revisão, o número de medicamentos incluído (no total de) é o mesmo dos medicamentos excluídos.⁵⁷⁶

Como se percebe, de 1977 até 2011, não foram muitas as atualizações das listas oficiais de medicamentos fornecidos pelo Poder Público. Além disso, a despeito das atualizações realizadas, o número de medicamentos constantes da lista também apresentou pouca variação – eram 300 medicamentos em 1977 e em 2010 são 335 medicamentos. Por conta disso, é que defendemos a tese de que o direito ao medicamento deve ser satisfeito toda vez que este se constituir no mínimo existencial do caso concreto, sendo irrelevante o fato dele pertencer ou não à lista oficial RENAME.

As revisões das listas devem ser realizadas periodicamente, uma vez que elas podem ficar desatualizadas. A Organização Mundial de Saúde adota a estratégia de realizar as atualizações a cada dois anos, estratégia esta que também foi recomendada na Conferência Nacional de Medicamentos e Assistência Farmacêutica, realizada no Brasil em 2003.⁵⁷⁷ O próprio Ministério reconhece que “uma lista de medicamentos essenciais não deve de forma alguma ser estanque. Ela precisa de atualizações permanentes à luz da evolução do conhecimento científico e do perfil de morbidade e mortalidade do país”.⁵⁷⁸

Na prática, quando o gestor municipal do SUS vai adquirir medicamentos (antibióticos, por exemplo) para distribuição nas Unidades Básicas de Saúde (nível de atenção básica do sistema), ele irá se nortear pelos critérios acima mencionados. Isso significa que irá comprar em larga escala antibióticos como penicilina, amoxicilina, cefalexina, capazes de resolver as infecções ali tratadas na grande maioria dos casos. Não há qualquer lógica que um antibiótico de última geração (mais potente e contra o qual as bactérias ainda não criaram resistência) seja adquirido em larga escala nesse nível do sistema. Da mesma forma, ao comprar medicamentos para *diabetes mellitus*, o gestor irá adquirir grande quantidade de

⁵⁷⁶ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. *Relação nacional de medicamentos essenciais: RENAME*. Ministério da Saúde, Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos, Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. 7. ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2010. p. 85. Disponível em: <<http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/rename2010final.pdf>> Acesso em: 11 set. 2011.

⁵⁷⁷ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. *Relação Nacional De Medicamentos Essenciais: RENAME*. Ministério da Saúde, Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos, Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. 5. ed. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2007. p. 15. Disponível em: <http://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/07_0516_M.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2011.

⁵⁷⁸ BRASIL. Ministério da Saúde. Gerência de Assistência Farmacêutica. *Relação Nacional de Medicamentos Essenciais: RENAME-2000*. Brasília: Ministério da Saúde, Secretaria de Políticas Públicas, 2000. p. 7. Disponível em: <<http://www.fef.br/biblioteca/arquivos/data/rename1.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2011.

antiglicemiantes orais e uma menor quantidade de insulina humana NPH⁵⁷⁹ (em vez de insulina importada), capazes de controlar a doença na maioria dos casos.

Assim, quando se afirma que a incorporação das tecnologias na saúde pública deve ser pautada pelo necessário, oportuno, razoável, conveniente e essencial para a garantia da saúde coletiva e individual e não porque existe no mercado,⁵⁸⁰ o que se quer salientar é que, em termos de aquisição em larga escala, as compras devem ser feitas tendo em vista os parâmetros acima mencionados, de forma a racionalizar as ações tanto do ponto de vista terapêutico quanto dos recursos públicos frente à necessidade de atender ao conjunto de doenças que acometem a população brasileira.

Isso não impede, contudo, que, diante de uma infecção refratária ao tratamento pelos antibióticos convencionais, ou diante de um paciente diabético de difícil controle pelos medicamentos usuais, o gestor municipal adquira excepcionalmente o antibiótico de última geração ou a insulina importada e mantenha inclusive no orçamento uma rubrica com dotação de recursos para serem usados nesses casos.

O que salientamos nesta tese é que a existência de listas de medicamentos (que refletem a política de assistência farmacêutica em face das necessidades e doenças da comunidade) não pode constituir óbice ao atendimento integral do paciente, que deve ter assegurado o direito de acesso ao medicamento que lhe permita sobreviver com dignidade. Este é o significado da integralidade da atenção. Logo, uma vez caracterizada a necessidade do antibiótico de última geração ou a da insulina importada no caso excepcional, o SUS deve garantir o fornecimento da medicação mesmo que esta não esteja prevista na relação oficial de medicamentos. Basta a prova da necessidade do paciente e não uma simples receita médica. Uma justificativa de uso do medicamento e informações clínicas e laboratoriais sobre o real estado do paciente são indispensáveis para a avaliação do pleito e para a decisão judicial de fornecimento pelo SUS.⁵⁸¹ É prudente também que os Tribunais e julgadores se aparelhem melhor para o julgamento de tais causas, cercando-se de apoio técnico no assunto. Igualmente importante é haver o controle posterior da execução da decisão pelo Poder Público e o monitoramento do paciente com a obrigação de revisões periódicas e avaliações da terapêutica, a fim de se constatar a real necessidade da continuação do medicamento.

⁵⁷⁹ Já vimos que 90% dos casos de diabetes são do tipo 2 (normalmente tratados com hipoglicemiantes orais).

⁵⁸⁰ SANTOS, Lenir. Direito à saúde e Sistema Único de Saúde: conceito e atribuições. O que são ações e serviços de saúde. In: SANTOS, Lenir (Org.). *Direito da saúde no Brasil*. Campinas: Saberes Editora, 2010. p. 178.

⁵⁸¹ LOPES, Luciane Cruz et al. Uso racional de medicamentos antineoplásicos e ações judiciais no Estado de São Paulo. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 44, n. 4, p. 628, 2010.

Na verdade, o que se pretende compreender com estas reflexões é que a insulina importada e o antibiótico de última geração não estão e nem devem estar na lista de medicamentos fornecidos na atenção básica, pois isso não seria lógico e nem racional quando pensamos na aquisição de medicamentos em larga escala para aquele nível de atenção do sistema (atenção básica). Porém, a sua ausência da lista oficial não afasta a responsabilidade do Poder Público pela aquisição do medicamento quando este consistir no mínimo existencial para garantir a saúde do paciente, uma vez que o SUS é um sistema que garante a integralidade da assistência.

Fabíola Fanti, em seu estudo, evidenciou a posição da maioria dos desembargadores do Tribunal de Justiça de São Paulo no sentido de que o Poder Público está obrigado a fornecer o medicamento independentemente dele estar incluído na lista dos medicamentos do SUS, pois a prescrição e o relatório do médico se sobrepõem a qualquer protocolo ou regulamento de cunho administrativo; e de que o direito à saúde não pode ser limitado por entraves burocráticos ou orçamentários.⁵⁸²

A postura dos Tribunais em atender às demandas sobre medicamentos que não façam parte das listas é criticada por Fabíola Sulpino Vieira, pois, segundo ela, a noção de integralidade da assistência na interpretação dos juízes “está associada à noção de consumo, haja vista o deferimento de demandas sem ressalvas sobre a existência de políticas públicas para tratar as doenças”.⁵⁸³ Nessa concepção, diz ela que o direito à saúde se resumiria na oferta de medicamentos, reduzindo-se a ações paliativas e curativas sem considerar o caráter fundamental de promoção e prevenção de doenças. Para ela, a confusão instaurada nos tribunais situa-se entre a existência do mercado com sua oferta de mais de 16 mil especialidades farmacêuticas e a existência do SUS, que deve fornecer tratamento à população em todos os níveis de complexidade.

Para Fabíola Vieira, caberia ao Poder Público a prerrogativa de escolher quais medicamentos fornecer, cujas escolhas seriam norteadas pelo dever de preservar o interesse público, balizadas pelos princípios da universalidade e equidade, consideradas as restrições orçamentárias. Os critérios técnicos precisam ser observados para garantir maior efetividade à política de saúde e maior eficiência do gasto. A definição da prioridade do gasto deve ser feita de acordo com as necessidades de saúde da população e de acordo com a capacidade

⁵⁸² FANTI, Fabíola. *Políticas de saúde em juízo: um estudo sobre o Município de São Paulo*. 2009. 105 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 46-47.

⁵⁸³ VIEIRA, Fabíola Sulpino. Ações judiciais e direito à saúde: reflexão sobre a observância aos princípios do SUS. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 42, n. 2, p. 366, 2008.

financeira do Estado. E caberia ao controle social averiguar se as escolhas estão sendo feitas de acordo com os princípios do SUS, se estão maximizando o resultado em termos de acesso às ações e serviços de saúde e melhorando as condições de saúde da população.

Concordamos com Vieira quando ela diz que o direito à saúde não se resume a fornecimento de medicamentos, porém, sua análise de que os juízes estão concebendo o princípio da integralidade da assistência com a noção de consumo está, em nosso entender, tremendamente equivocada. A integralidade da assistência no SUS pressupõe que o paciente possa ter acesso às ações e serviços de saúde (dentre eles, à assistência medicamentosa) desde o nível da atenção básica até a média e alta complexidade.

Assim, no contexto do SUS, uma paciente com câncer de mama deve ter acesso a consultas ginecológicas periódicas, orientação de autoexame (procedimentos da atenção básica), realização de mamografia (média complexidade) e cirurgia para extirpação da mama, complementada com quimioterapia e radioterapia (procedimentos da alta complexidade). O fornecimento da medicação para quimioterapia é apenas uma etapa de todo o processo contemplado pelo SUS. E o medicamento antineoplásico deve ser o mais indicado para o caso, levando-se em conta o estadiamento da doença, o tipo de neoplasia, o início precoce ou tardio do tratamento, as comorbidades que podem contraindicar alguns medicamentos inicialmente mais adequados, a resistência aos quimioterápicos da lista oficial do SUS. Enfim, o pleito de um determinado medicamento deve ser analisado tendo-se em conta todas essas variáveis e não apenas o fato dele existir ou não na lista oficial. Uma vez definida a droga indicada ao caso concreto, o seu fornecimento constituirá a satisfação do núcleo essencial ao direito à saúde do paciente.

Ao deferir o pedido, o Judiciário estaria, sim, interpretando a integralidade no contexto do SUS e não a confundindo com a noção de consumo, pois naquele caso o fornecimento do medicamento é a concretização do direito à saúde. O sistema seria ilógico se negasse atendimento integral ao paciente.

A integralidade, nesse contexto, é reconhecida até mesmo por Fabíola Sulpino Vieira que concorda com o fato de que ela significa empregar os meios necessários para a efetivação do cuidado como: atendimento médico, exames, internação, tratamento, entre outros. Implica dispor tipos diferentes desses meios segundo o grau de complexidade à atenção à saúde, ou seja, exames para a atenção básica, para a média e alta complexidade; da mesma forma, os medicamentos: de uso ambulatorial e na atenção hospitalar”.⁵⁸⁴ O fato de o

⁵⁸⁴ VIEIRA, Fabíola Sulpino. Ações judiciais e direito à saúde: reflexão sobre a observância aos princípios do SUS. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 42, n. 2, p. 367, 2008.

medicamento pleiteado estar incluído em listas oficiais e ter sua distribuição prevista por qualquer dos programas de assistência farmacêutica, é irrelevante, como já mencionamos acima.

5.4. A origem privada do patrocínio da causa e da prescrição de medicamentos

A preocupação com a “indústria de liminares”, a utilização do processo como via alternativa para obtenção de medicamentos e a existência de conluio entre laboratórios farmacêuticos, médicos e advogados são questões pesquisadas e discutidas por alguns trabalhos científicos. Porém, as conclusões encontradas são por vezes divergentes. Assim, se para algumas pesquisadoras, a “observação de que mais de 70% das ações ajuizadas para certos medicamentos são de responsabilidade de um advogado pode sugerir uma relação estreita entre o advogado e o fabricante do remédio”.⁵⁸⁵ Em outros estudos, os dados encontrados “parecem indicar que, pelo menos no período estudado, as ações judiciais pleiteando medicamentos não se configuram como mercado para a advocacia”.⁵⁸⁶

Há de se analisar com uma visão crítica os resultados, a metodologia utilizada e as conclusões obtidas pelos trabalhos realizados, pois, algumas vezes, a forma como o estudo é planejado não se mostra adequada para provar a hipótese inicialmente levantada da estratégia da indústria farmacêutica para introduzir medicamentos do protocolo do SUS. A crítica que ora faremos não tem o intuito de negar completamente a possibilidade da existência de conluio entre advogados, médicos e laboratórios farmacêuticos (pois ela pode até existir em alguns casos), porém o que se quer enfatizar é a necessidade da metodologia adequada a ser utilizada pelos pesquisadores.

Em um dos trabalhos por nós analisado, Chieffi e Barradas fazem referência ao “papel que tais ações possam ter como estratégia de introdução de novos medicamentos no mercado e abertura de mercado para lançamentos da indústria farmacêutica”.⁵⁸⁷ Para testar a

⁵⁸⁵ CHIEFFI, Ana Luiza; BARATA, Rita de Cássia Barradas. Ações judiciais: estratégia da indústria farmacêutica para introdução de novos medicamentos. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 44, n. 3, p. 421, 2010.

⁵⁸⁶ MESSEDER, Ana Márcia; OSÓRIO DE CASTRO, Claudia Garcia Serpa; LUIZA, Vera Lucia. Mandados judiciais como ferramenta para garantia do acesso a medicamentos no setor público: a experiência do Estado do Rio de Janeiro. *Caderno de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 530, mar./abr. 2005.

⁵⁸⁷ Segundo elas, o intervalo entre o registro do medicamento e o registro do preço dá às indústrias a possibilidade de comercialização via demanda judicial com a possibilidade de praticar o preço estabelecido por elas, uma vez que esses medicamentos não têm similares, sendo produzidos por um único laboratório. Assim, ajuizada uma ação, os gestores do SUS são compelidos a comprá-los por meio de importação, sem nenhuma possibilidade de negociação de preços. Isso seria uma estratégia para a introdução de uma inovação. Inicialmente, o produto seria apresentado em um evento científico, o que faz com que alguns médicos passem a prescrevê-lo. Os pacientes orientados por médicos ou por associações de portadores da patologia (associações, na visão das autoras, frequentemente financiadas pela indústria) procuram a via judicial para obter garantia de acesso. E o processo se repete, ampliando progressivamente o número de demandantes. CHIEFFI, Ana Luíza; BARATA, Rita de Cássia Barradas. Ações judiciais: estratégia da

hipótese de conluio entre laboratórios, fabricante, advogados e médicos, as pesquisadoras analisam a concentração na distribuição dos processos judiciais, segundo o medicamento (fabricante), médico prescritor e advogado impetrante da ação, bem como os gastos com o cumprimento das ações judiciais. Entendem que uma das maneiras de investigar a possível criação de uma indústria das ações judiciais é analisar a distribuição dos processos, visando identificar a dispersão ou concentração de agentes ajuizadores das ações. No entanto, ao relatarem o resultado encontrado, as autoras esclarecem textualmente no decorrer do trabalho que “por meio da análise da distribuição percentual de ações, encontrou-se que, dos seis agentes que impetraram mais ações contra o Estado, quatro são procuradores do Estado⁵⁸⁸. Ora, isso contraria a ilação de conluio, pois a princípio, a maioria das ações teria sido proposta por agentes públicos que estariam atuando em defesa do interesse do cidadão, sendo pouco provável a existência de interesses escusos (cada procurador foi responsável pelo ajuizamento de, no mínimo, 100 e, no máximo, 292 ações).

A origem das prescrições e o tipo de patrocínio da causa têm sido analisados em vários trabalhos. E, novamente, os resultados encontrados são variáveis de acordo com o universo da amostra, o tipo de medicamento, a época em que foi realizado o estudo. Há trabalho que, ao analisar a origem da prescrição e o tipo de patrocínio da causa utilizado pelos autores da ação, pretende sugerir que só as pessoas abastadas estão sendo beneficiadas pelo fornecimento de medicamentos através de ação judicial e que os autores das ações estariam colaborando para uma maior injustiça social na medida em que teriam posses para comprar os medicamentos pleiteados em juízo.⁵⁸⁹

As análises envolvendo a origem da prescrição e os tipos de patrocínios da causa são, em nosso entender, de pouca valia para comprovar a hipótese de conluio entre advogados, médicos e laboratórios, pelos motivos abaixo mencionados.

A origem particular da prescrição seria, no entender dos pesquisadores, uma indicação indireta da capacidade financeira do paciente. Porém, esse indicador está longe de refletir a capacidade financeira do autor da ação, por várias razões: i) em primeiro lugar, porque o simples fato da receita ter sido emanada de um médico particular não significa obrigatoriamente que o paciente teve condições de pagar pela consulta médica, até porque,

indústria farmacêutica para introdução de novos medicamentos. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 44, n. 3, p. 428, 2010.

⁵⁸⁸ CHIEFI, Ana Luíza; BARATA, Rita de Cássia Barradas. Ações judiciais: estratégia da indústria farmacêutica para introdução de novos medicamentos. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 44, n. 3, p. 424, 2010.

⁵⁸⁹ LOPES, Luciane Cruz et al. Uso racional de medicamentos antineoplásicos e ações judiciais no Estado de São Paulo. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 44, n. 4, p. 620-628, 2010.

cerca de 25% da população brasileira possui plano de saúde, e a receita pode ter sido obtida de um médico conveniado ao plano; ii) a capacidade financeira para a aquisição de determinado medicamento deve ser avaliada em cada caso, tendo-se em conta o gasto mensal com o medicamento e a renda mensal do autor.

Além disso, há de se apontar que o número de prescrições de um determinado medicamento por um determinado médico não pode por si só indicar interesses escusos do profissional, uma vez que é natural que o profissional, uma vez convencido da utilidade da medicação e de sua indicação para determinada patologia, passe a receitá-la em grande escala a todos os pacientes que atende.⁵⁹⁰

Não bastasse isso, a hipótese de conluio pode, em alguns casos, ser afastada na medida em que os trabalhos mostram que as receitas originadas de serviços do SUS estão presentes em percentuais que variam de 43%⁵⁹¹ a 59,2% dos casos.⁵⁹²

Em nosso entender, a origem da prescrição pode ser um indicador do reconhecimento da importância e necessidade do medicamento, tanto pelo serviço público quanto pelo privado e não um indicador da capacidade financeira do paciente. De qualquer modo, o número expressivo de prescrições originadas de serviços públicos de saúde sugere que pode ser enganosa a alegação de que “só as pessoas abastadas se beneficiam com as demandas judiciais enquanto os mais necessitados não tem sequer acesso à justiça”. Além disso, pode também indicar falha e omissão do Poder Público no fornecimento do medicamento.⁵⁹³

O que não se pode admitir, entretanto, são atitudes policiais para com os profissionais da saúde no exercício de sua profissão, como as sugeridas por Luciane Cruz Lopes e colaboradores, no sentido de se realizar “uma auditoria das prescrições, dos prescritores e dos advogados, de modo a investigar suas relações diretas e indiretas, com a

⁵⁹⁰ Várias são as influências que o médico prescritor sofre para decidir a opção terapêutica: concepções sobre o processo saúde-doença; qualidade da formação técnica, condições sócio-culturais e econômicas da população que atende; disponibilidade de medicamentos no serviço em que atua; acesso a fontes de informações. É claro que o médico pode estar sendo induzido a receitar o medicamento e deixando-se levar pela propaganda do laboratório, mas não há como se extrair deste fato o interesse escuso do profissional. ARNAU, J. P.; LAPORTE, J. R. Promoção do uso racional de medicamentos e preparação de guias farmacêuticos. In: LAPORTE, J. R.; TORGNONI, G (Ed.). *Epidemiologia do medicamento: princípios gerais*. São Paulo: Hucitec-ABRASCO, 1989. p. 57-74.

⁵⁹¹ FINATTI, Deise Barbieri; VECHINI, Priscila Garbin. *O perfil dos gastos destinados ao cumprimento de determinações judiciais no município de Campinas*. Disponível em: <http://2009.campinas.sp.gov.br/.saude/biblioteca/XXIV_Congresso_de_Secretarios_Municipais_de_Saude_do_Estado_SP/Complexidadedaatencao_basica/O_Perfil_dos_gastos_Deise.pdf>. Acesso em: 12 maio 2011.

⁵⁹² VIEIRA, Fábíola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 41, n. 2, p. 214-222, 2007.

⁵⁹³ Id. *Ibid.*

indústria farmacêutica”.⁵⁹⁴ Também é condenável a atitude do gestor público ao ameaçar descontar do salário do médico prescritor (como noticiam verbalmente alguns médicos do SUS), o valor do medicamento prescrito por ele que não esteja na lista e que o Estado venha a ser obrigado a adquirir. Essa é uma medida truculenta e ditatorial que ameaça o livre exercício da medicina.

Com relação ao tipo de patrocínio da causa, os estudos mostram que a representação jurídica privada também variou de um percentual de 54% dos casos⁵⁹⁵ a 20,3%,⁵⁹⁶ chegando em alguns estudos a representar apenas 17% dos casos.⁵⁹⁷ O fato de o autor se utilizar de patrocínio privado não significa novamente que “pessoas com capacidade contributiva para a aquisição do medicamento estejam utilizando a via alternativa da ação judicial para beneficiarem-se e, como consequência, causarem uma injustiça social”.

Na maioria das vezes, o patrocínio público da causa é vedado àqueles que têm renda acima de um patamar de três salários mínimos⁵⁹⁸ e muitas pessoas que ganham mais do que esse valor e pleiteiam medicamentos são obrigadas a fazê-lo através de advogado particular, mas nem por isso possuem condições de pagar pelo medicamento, uma vez que a sua aquisição rotineira pode comprometer o orçamento familiar. Como a avaliação da capacidade contributiva do autor da ação é uma variável não analisada nos trabalhos, já que dados a respeito dessa variável são impossíveis de serem obtidos pelo pesquisador, o estudo do tipo de patrocínio da causa não parece contribuir para provar a tese acima alegada.

5.5. O registro na ANVISA e as evidências clínicas dos medicamentos

Outra questão trazida à discussão por alguns trabalhos é o fato de o Poder Público ser condenado a fornecer medicamentos que sequer estão registrados em nosso país ou que não têm evidências de eficácia. Muito se discute a respeito se seria razoável nas demandas por

⁵⁹⁴ LOPES, Luciane Cruz et al. Uso racional de medicamentos antineoplásicos e ações judiciais no Estado de São Paulo. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 44, n. 4, p. 625, 2010.

⁵⁹⁵ VIEIRA, Fabíola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 41, n. 2, p. 214-222, 2007.

⁵⁹⁶ MESSEDER, Ana Márcia; OSÓRIO-DE CASTRO, Claudia Garcia Serpa; LUIZA, Vera Lúcia. Mandados judiciais como ferramenta para garantia do acesso a medicamentos no setor público: a experiência do Estado do Rio de Janeiro. *Caderno de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 530-531, mar./abr. 2005.

⁵⁹⁷ PEPE, Vera Lúcia Edais et al. Caracterização de demandas judiciais de fornecimento de medicamentos essenciais no Estado do Rio de Janeiro, Brasil. *Caderno de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 26, n. 3, p. 461-471, mar. 2010.

⁵⁹⁸ No Estado do Rio de Janeiro e no Distrito Federal, locais onde predomina a representação da Defensoria Pública, a comprovação da hipossuficiência da pessoa é requisito para ser atendido, sendo esta condição avaliada individualmente por meio de análise documental e declaração pessoal do requerente, quanto às suas necessidades. Em outros estados, como São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul, um dos critérios para o acesso à Defensoria Pública é uma renda familiar máxima de três salários mínimos. BRASIL. Ministério da Justiça. III diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil. Ministério da Justiça, 2009.

saúde impor ao Poder Público a obrigação de custear medicamentos não registrados no Brasil, medicamentos cuja eficácia e segurança não foi comprovada, medicamentos e tratamentos experimentais (não aprovados pelas autoridades competentes), medicamentos de um determinado laboratório, medicamentos que não constam das listas oficiais, bem como condená-lo a obrigações genéricas, ou seja, o fornecimento de todo e qualquer medicamento do qual o paciente venha a precisar.⁵⁹⁹

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), uma autarquia sob regime especial criada pela Lei 9782 de 26 de janeiro de 1999, é uma agência reguladora caracterizada pela independência administrativa, estabilidade de seus dirigentes durante o período de mandato e autonomia financeira. Ela é o órgão responsável pelo registro de medicamentos, pela autorização de funcionamento dos laboratórios farmacêuticos e demais empresas da cadeia farmacêutica, e pela regulação de ensaios clínicos e de preços, por meio da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED). Também é responsável, junto com os estados e municípios, pela inspeção de fabricantes e pelo controle de qualidade de medicamentos, realizando a vigilância pós-comercialização, as ações de farmacovigilância e a regulação da promoção de medicamentos. A ANVISA também é encarregada de analisar os pedidos de patentes relacionados a produtos e processos farmacêuticos, junto com o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) e exerce ainda o controle de portos e aeroportos.⁶⁰⁰

A necessidade do registro e controle dos medicamentos surgiu nos EUA. Com a tragédia representada pelos efeitos colaterais da Talidomida no sentido de propiciar o aparecimento de defeitos congênitos nas crianças cujas mães fizeram uso do medicamento, ficou clara a necessidade do controle da produção de medicamentos e dos procedimentos que as indústrias farmacêuticas e a FDA (Food and Drug Administration) deviam adotar nos EUA para testar sua segurança e eficácia.⁶⁰¹ Dessa forma, tornou-se obrigatória para as indústrias farmacêuticas, a realização de testes para detectar a possibilidade de ocorrência de lesões

⁵⁹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 44-45.

⁶⁰⁰ AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA (ANVISA). *Apresentação*. Disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br/institucional/anvisa/apresentação.htm>>. Acesso em: 12 jul. 2011.

⁶⁰¹ AGUIAR, Adriano Amaral de. *A psiquiatria no divã: entre as ciências da vida e a medicalização da existência*. Rio de Janeiro: 2004. p. 55-57.

fetais, a realização de estudos clínicos randomizados, duplo-cegos, controlados com placebo⁶⁰² antes que os medicamentos tivessem licença para serem comercializados.

No Brasil, a Lei 6360 de 1976 já previa em seu artigo 12 que nenhum dos produtos, inclusive os importados, poderia ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo, antes de registrado no Ministério da Saúde. No mesmo diploma legal, existe a previsão de que o registro do medicamento terá validade de cinco anos e poderá ser revalidado por períodos iguais e sucessivos, mantido o número de registro inicial.⁶⁰³

O registro de um medicamento novo se dá através de um processo com três fases: análise farmacotécnica, análise de eficácia e análise de segurança, iniciado com o requerimento do fabricante interessado.⁶⁰⁴ A análise farmacotécnica inclui a verificação de todas as etapas da fabricação do medicamento, desde a aquisição de materiais, produção, controle de qualidade, liberação, estocagem, expedição de produtos terminados e os controles relacionados. A análise de eficácia e segurança deve correr em paralelo à análise farmacotécnica e atualmente é feita por consultores *ad hoc* que não tenham conflitos de interesse para emitir parecer.

No Brasil, um novo medicamento é registrado quando a sua eficácia e segurança são comprovadas por meio da apresentação, pelo fabricante, dos resultados de ensaios clínicos realizados. Essa medida visa garantir que os medicamentos disponíveis sejam capazes de fazer o que se propõem e que sua ação não causará dano aos seres humanos. A possibilidade de registro de vários produtos farmacêuticos para as mesmas indicações ajuda a minimizar as possíveis falhas de mercado, na medida em que amplia a oferta de alternativas terapêuticas semelhantes, reforça a concorrência e, assim, permite uma melhor regulação de preços.⁶⁰⁵

Entretanto, a ausência de registro de um medicamento não implica necessariamente em insegurança no seu uso, na ausência de efeitos ou em efeitos adversos.

⁶⁰² Nesses estudos, os indivíduos são divididos em dois grupos: um deles tomará o remédio que se quer testar e o outro receberá placebo (comprimido sem o princípio ativo da droga testada). O estudo é duplo-cego porque nem os participantes dos grupos e tampouco os médicos que conduzem o estudo têm ciência se estão tomando e/ou administrando a droga ou o placebo. Dessa forma, elimina-se o efeito do médico sobre o paciente e a influência do patrocinador do estudo sobre o médico. Além disso, pode-se neutralizar todas as razões que poderiam fazer com que o paciente se cure, como a cura espontânea e a cura por influência – daí o controle com placebo dos pacientes que respondem a ele fornecem a medida estatística do efeito desse tipo de cura na situação estudada. COGGON, D; ROSE, G.; Barker, D. J. P. *Epidemiology for the Uninitiated*. fifth edition: Breinigsville, PA USA: BMJ Books, 2003. p. 51-55.

⁶⁰³ BRASIL. *Lei 6360/76*. Disponível em: <http://anvisa.gov.br/legis/consolidada/lei_6360_76.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2010.

⁶⁰⁴ AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA (ANVISA). *Como a ANVISA avalia o registro de medicamentos novos no Brasil*. Disponível em: <http://www.anvisa.gov.br/medicamentos/registro/registro_novos.htm>. Acesso em: 12 jul. 2011.

⁶⁰⁵ VIEIRA, Fabíola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 41, n. 2, p. 214-222, 2007.

Devemos lembrar que o registro de um medicamento na ANVISA depende do requerimento do fabricante. Ou seja, depende do interesse comercial em colocar o medicamento no mercado brasileiro. O que dizer então daquelas doenças raras cujo tratamento depende de drogas que ainda não estão comercializadas em larga escala devido ao número pequeno de casos, e sobre as quais, não haverá pedido de registro na ANVISA? Da mesma forma, o que falar sobre as drogas que, embora não estejam ainda registradas na ANVISA, já se encontram devidamente registradas em órgãos estrangeiros com função semelhante à ANVISA? E o que falar das drogas utilizadas em protocolos internacionais de tratamento de câncer que são utilizadas em estudos multicêntricos ao redor do mundo? Além disso, sabe-se que, mesmo para uma droga já registrada permanecer como tal, deve-se formular, a cada cinco anos, pedido de revalidação. O que dizer então daquele medicamento anteriormente registrado cujo fabricante não solicitou a revalidação no prazo legal? Por acaso, em decorrência, poder-se-ia afirmar que o medicamento se tornou inseguro ou ineficaz? Como se percebe, a ausência de registro nestes casos não pode ser um obstáculo à satisfação do direito à saúde no que tange ao mínimo existencial.

O registro do medicamento na ANVISA é uma etapa importante da incorporação da droga no nosso país, porém, o que se pretende enfatizar com esta reflexão é que a falta de registro não significa necessariamente falta de eficácia ou segurança no uso do medicamento, e tal fato não pode, por si só, obstar o deferimento do pleito. No caso concreto, se o pedido for caracterizado como o mínimo existencial para que o paciente possa sobreviver com dignidade, o reconhecimento judicial desse direito deve ser obtido.

Se a segurança e eficácia do medicamento são requisitos para a ocorrência do registro na ANVISA, a ausência do registro não significa necessariamente insegurança e ineficácia do seu princípio ativo. A falta de registro pode, em alguns casos, expressar apenas e tão somente a lenta burocracia do processo no órgão brasileiro competente, especialmente quando o medicamento já se encontra registrado em órgãos análogos no estrangeiro (FDA e Emea).

Em um dos trabalhos realizados a respeito do registro e da eficácia dos medicamentos, Luciane Cruz Lopes e colaboradores fazem uma análise dos medicamentos antineoplásicos pleiteados e da sua eficácia e efetividade com base nas revisões sistemáticas da Biblioteca Cochrane e na base Micromedex.⁶⁰⁶ Mostram que os medicamentos classificados como antineoplásicos corresponderam a 7,2% do total dos itens solicitados,

⁶⁰⁶ LOPES, Luciane Cruz et al. Uso racional de medicamentos antineoplásicos e ações judiciais no Estado de São Paulo. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 44, n. 4, p. 625, 2010.

sendo responsáveis por 75% do gasto total com a aquisição de medicamentos em decorrência de ações judiciais. E que, dentre os 10 antineoplásicos analisados, apenas três não possuíam registro na ANVISA, embora dois destes estivessem já registrados no FDA – órgão americano análogo a nossa ANVISA. A falta de registro do medicamento aparece em apenas poucos processos, o que indica que, na sua maioria, os medicamentos pleiteados em juízo possuem registro na ANVISA.

Já com relação às evidências clínicas, segundo os critérios das bases de pesquisa Micromedex, Lopes e cols. constataram que, dos 10 medicamentos analisados, cinco eram recomendados na maioria dos casos para o uso terapêutico mencionado, quatro deles eram recomendados em alguns casos e apenas um não era recomendado para o uso terapêutico mencionado na ação. Resultado mais ou menos semelhante foi encontrado quando utilizada a base de dados da Biblioteca Cochrane.⁶⁰⁷

A questão do registro do medicamento na ANVISA, a comprovação de eficácia e as medicações antineoplásicas merecem uma reflexão à parte na medida em que são frequentemente utilizadas como óbices à concretização do direito à saúde.

Os medicamentos antineoplásicos representam um campo em que a pesquisa tecnológica e a indústria farmacêutica têm realizado avanços com rapidez. Embora haja relato de que o tempo médio de registro para novas drogas pela ANVISA seja de três meses,⁶⁰⁸ a necessidade de realizar estudos clínicos e testes laboratoriais prévios ao registro pode levar

⁶⁰⁷ Neste estudo, Luciane Cruz Lopes e colaboradores analisaram apenas os pedidos de sete medicamentos antineoplásicos (com mais impacto financeiro sobre o SUS) para concluir que 17% dos pedidos não tinham evidência clínica para a indicação informada no processo. Ocorre que o universo amostral da pesquisa e a metodologia empregada podem ter mascarado a realidade. Primeiro porque, se a pesquisa tinha por objetivo avaliar o uso racional de medicamentos antineoplásicos pleiteados administrativa e judicialmente no período de estudo, deveriam ter sido analisados os pedidos de todos os antineoplásicos solicitados e não apenas dos sete medicamentos “com maior impacto financeiro sobre o SUS”. A delimitação da amostra pode ter influenciado no percentual encontrado. Além disso, para provar a irracionalidade dos pedidos, as autoras se limitaram a cotejar o medicamento com a doença relatada pelo autor da ação, e a analisar a força da evidência, da eficácia e da recomendação do medicamento para cada uma das doenças elencadas, segundo a classificação existente na base de dados Thomson Micromedex, sem levar em conta as informações clínicas de cada caso. No entanto, elas mesmas reconhecem no trabalho que justificativas e informações clínicas sobre o real estado de saúde do paciente são indispensáveis para a avaliação do pleito”. O fato é que, sem analisar os dados concretos do caso (a clínica, exames laboratoriais e justificativas dadas pelo médico para indicar a medicação pleiteada pelo autor), não se pode concluir com certeza sobre a eficácia ou a força de recomendação do pedido. Analisar se a medicação estava ou não recomendada para o caso deve sempre incluir a análise das particularidades de cada caso concreto e as justificativas médicas para o uso do medicamento e não apenas a simples relação teórica e abstrata das indicações clínicas com nível de evidência (classe A e B) e grau de recomendação (I e IIa) dos medicamentos em relação às doenças, bem como o fato do medicamento estar registrado nos órgãos competentes (ANVISA, da FDA, Emea). Todos estes problemas prejudicam a interpretação e a conclusão da pesquisa realizada.

⁶⁰⁸ CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA DO ESPÍRITO SANTO. *Fiocruz cria 1ª droga infantil para AIDS em comprimido*. Disponível em: <http://www.crfes.org.br/noticias_droga_infantil_aids.htm>. Acesso em: 12 maio 2011.

alguns anos.⁶⁰⁹ Como todas as etapas de testes anteriores ao registro de um medicamento pela ANVISA tornam o processo lento e burocrático, pode-se criar um descompasso responsável pelo grande atraso do país no tocante ao registro de drogas que há muito tempo já se encontram registradas nos dois órgãos principais estrangeiros: o FDA (Food and Drug Administration) dos Estados Unidos e o Emea (União Européia).

Com relação ao registro do medicamento, há um estudo que evidencia uma tendência do Judiciário de negar os pedidos de medicamentos não registrados.⁶¹⁰ O Conselho Superior da Magistratura já se posicionou sobre o tema, editando a Recomendação n. 31 de 30 de março de 2010, na qual solicita que as corregedorias dos Tribunais orientem os magistrados a evitarem autorizar medicamentos não registrados ou em fase experimental.⁶¹¹ Recentemente foi editada a Lei 12.401 de 28 de abril de 2011, que dispõe sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do SUS. Em seu artigo 19-T, ela dispõe que são vedados em todas as esferas do SUS: o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento, produto e procedimento clínico ou cirúrgico experimental, ou de uso não autorizado pela ANVISA (inciso I do art. 19-T). A vedação também abrange o pagamento, ressarcimento ou reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na ANVISA (inciso II art.19-T). A lei entrou em vigor em outubro de 2011 (seis meses após a sua publicação) e certamente suscitará debates acalorados a respeito do tema, bem como o questionamento de sua constitucionalidade.

A questão, entretanto, nos parece estar muito mais circunscrita à aferição do mínimo existencial no caso concreto do que ao registro na ANVISA ou à inclusão do medicamento em listas oficiais. Ou seja, demonstrada a adequação e a necessidade do bem ou serviço pleiteado no sentido de garantir um mínimo existencial, cabe ao Estado implementar o direito à saúde. Pouco importa se o medicamento faz parte das listas oficiais (as listas refletem uma gama básica de medicamentos para diversas doenças, no entanto, não excluem a eficácia e segurança de outros tantos medicamentos que não fazem parte da lista, quer seja pela falta de opção do gestor, quer seja pelo atraso da atualização das listas oficiais) ou se está

⁶⁰⁹ O Instituto de Tecnologia em Fármacos da Fiocruz (Farmanguinhos) entrou, em novembro de 2008, com o pedido de registro do primeiro antirretroviral infantil brasileiro, e o primeiro do mundo em comprimido. O desenvolvimento do produto começou em outubro de 2007 e, após um ano, já havia sido aprovado nos testes e se mostrado compatível com a formulação original. O registro só ocorreu em 2010. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA DO ESPÍRITO SANTO. *Fiocruz cria 1ª droga infantil para AIDS em comprimido*. Disponível em: <http://www.crfes.org.br/noticias_droga_infantil_aids.htm>. Acesso em: 16 maio 2011.

⁶¹⁰ FANTI, Fabíola. *Políticas de saúde em juízo: um estudo sobre o Município de São Paulo*. 2009. 105f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 49.

⁶¹¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Recomendação n. 31 de 30 de março de 2010*. Disponível em: <<http://www.rnpd.org.br/download/pdf/rec31.pdf>>. Acesso em: 12 maio 2011.

registrado na ANVISA. O artigo 19-T acima mencionado, em nosso entender, está em desacordo com o artigo 196 da Constituição Federal, que prevê o acesso universal às ações, bem como o atendimento integral do paciente. Negar o medicamento é negar o mínimo de uma sobrevivência digna a quem tem o direito à saúde assegurado constitucionalmente

A despeito da nova lei, pode-se perfeitamente argumentar que, em alguns casos, tampouco é imprescindível que o medicamento tenha registro na ANVISA, pois o trâmite para esse registro é demorado e cercado de burocracia e, na maioria das vezes, o medicamento já se encontra registrado em órgãos similares localizados nos EUA e na União Europeia.

Raros são os casos em que os pacientes se submetem a tratamentos experimentais, porém, quando isso ocorre provavelmente é porque houve a falência de toda terapêutica usualmente utilizada e o tratamento é a sua última chance de tentar sobreviver com dignidade. O uso de drogas experimentais e/ou a inclusão dos pacientes em protocolos de pesquisa (nos quais já são fornecidos os medicamentos) podem representar a última possibilidade terapêutica viável. Embora este seja um tema polêmico, entendemos ser possível defender a tese de que, sendo a vida digna um dos valores principais a serem preservados e, dadas as características de inexauribilidade e de realização dos valores, será sempre possível reivindicar, na prática, cada vez mais, a realização do valor da vida digna e com saúde.⁶¹² Logo, quando falamos em garantia do mínimo existencial em relação à saúde, não há como afastar qualquer tipo de tratamento desde que ele auxilie na concretização do valor fundamental do ordenamento que é o valor da pessoa humana.⁶¹³

5.6. Hipossuficiência financeira do autor da ação

Outra questão também discutida no tema da judicialização de medicamentos é o fato de se levar em conta as condições financeiras do autor da ação para que seja deferido ou não o pedido do medicamento formulado. Em um dos trabalhos que analisou os acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo, o que se encontrou é que a condição de hipossuficiência financeira não parece ser requisito para o deferimento do pleito. Em se tratando de medicamentos de alto custo, apenas alguns desembargadores entendem que o medicamento pleiteado só deverá ser fornecido se a sua aquisição comprometer o orçamento do autor da ação.⁶¹⁴

⁶¹² REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 111.

⁶¹³ Id. *Ibid.*, p. 114.

⁶¹⁴ FANTI, Fabíola. *Políticas de saúde em juízo: um estudo sobre o Município de São Paulo*. 2009. 105 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 50.

Esta também é uma questão a ser enfrentada na discussão sobre a judiciliazação, pois permite a análise do direito à saúde no contexto do Sistema Único de Saúde e nos leva à reflexão sobre quais são os destinatários das ações e serviços públicos de saúde.

O Sistema Único de Saúde, é um sistema misto, o que implica a coexistência de uma rede pública e uma rede privada de serviços de saúde. A previsão constitucional é que a participação da iniciativa privada se dê de forma complementar e, para regulamentar as ações no setor privado, foi criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). As ações e serviços de saúde, tanto numa esfera quanto noutra, são considerados de relevância pública, cabendo ao Poder Público a sua regulamentação e fiscalização, ainda que a execução do serviço seja feita por particulares.

A previsão constitucional é de que as ações e serviços públicos de saúde integrem uma rede regionalizada organizada para prover o atendimento integral e o acesso universal ao sistema. Isso aponta para o fato de que os destinatários dos serviços públicos de saúde são todos os usuários residentes no Brasil. A Constituição não excepcionou o acesso aos serviços apenas para aqueles que apresentam dificuldades financeiras. Tampouco a Lei Orgânica da Saúde delimitou o atendimento a essas pessoas. Ao contrário, ambos os diplomas legais preveem o acesso universal (de todas as pessoas) às ações e serviços públicos de saúde. Uma vez que o sistema de saúde é financiado por recursos derivados de impostos arrecadados pela União, estados, Distrito Federal e municípios, bem como por contribuições da Seguridade Social, não parece lógico recusar atendimento a um paciente que tenha boas condições financeiras, mas que opta por um serviço público ou um medicamento que lhe são essenciais. A ideia de que o atendimento do SUS é apenas para os pobres é reflexo da visão patriarcal e caritativa do século XIX, quando somente os ricos recebiam atendimento médico particular, enquanto que os pobres eram atendidos nas Santas Casas de Misericórdia, a título de caridade e compaixão.

Essa visão que confunde o direito à saúde com o direito à assistência social está totalmente equivocada e é apontada como um dos fatores que impede o desenvolvimento do SUS no país. Nesse sentido, aponta Lenir Santos: “A luta pelo direito à saúde, como um direito das pessoas pobres, valoriza a saúde apenas como um direito que deve ser satisfeito no campo da assistência social, esvaziando-o de seu conteúdo de direito social e individual a ser garantido pelo poder público a qualquer cidadão”.⁶¹⁵

⁶¹⁵ CARVALHO, Guido Ivan; SANTOS, Lenir. *Sistema Único de Saúde: comentários à Lei Orgânica da Saúde*. 4. ed. Campinas: Editora da Unicamp, 2006. p. 41.

Foi por considerar o direito à saúde como mero assistencialismo transformando-o em “direito dos pobres” que, segundo Lenir Santos, a classe média foi levada a desejá-lo na forma de ‘mercadoria’, pretendendo sempre ter ou melhorar seu plano de saúde”. Essa é também uma das razões pelas quais a classe média, em geral, não vai aos conselhos de saúde, defender o seu direito, uma vez que ela não vê na saúde pública um direito seu que deve ser efetivado com qualidade e em quantidade suficiente.⁶¹⁶

Na medida em que os direitos sociais estão transformados em mercadorias que todos desejam consumir, e a sociedade quer ter renda para consumir saúde, educação, moradia, lazer, segurança privada, dificulta-se a concretização desses direitos. Sem uma conscientização de que esses direitos são devidos pelo Estado à sociedade que os financia, torna-se difícil lutar por eles, pois “é grande a diferença entre lutar por um direito sentido e tido como seu e lutar por um direito devido apenas ao pobre, de forma piedosa”.⁶¹⁷

Esse conceito cristalizou o SUS como um serviço de atendimento aos pobres, concorrendo para a expansão do setor privado da assistência e para a falta de investimentos públicos no setor da saúde. O direito à saúde transformado em bem de consumo dificulta a sua concretização, pois “todos aqueles que, de algum modo, devem garantir a saúde pública, entendem que estão praticando ato de assistencialismo, dando ao pobre aquilo que ele não pode comprar”.⁶¹⁸

A opção política do governo, historicamente, sempre foi deixar de investir em serviços próprios de média e alta complexidade (exames e procedimentos diagnósticos mais complexos e leitos hospitalares) e comprar da iniciativa privada tais serviços, o que de certa forma contribuiu para a ampliação do setor privado da saúde, especialmente com relação aos serviços desses níveis de atenção do sistema (média e alta complexidade).

Mas, voltando ao tema, não há como negar que a saúde é direito de todo cidadão brasileiro que deve ser efetivado independentemente de sua condição social.⁶¹⁹ É um direito que não depende da situação econômica para ser exercido. E, sendo assim, a condição de hipossuficiência financeira não pode ser exigida pelo Poder Público para a satisfação do direito à saúde.

O que talvez se possa sustentar é a necessidade de haver ressarcimento ao SUS das despesas por ele efetuadas para com os pacientes de planos privados de saúde como uma

⁶¹⁶ CARVALHO, Guido Ivan; SANTOS, Lenir. *Sistema Único de Saúde: comentários à Lei Orgânica da Saúde*. 4. ed. Campinas: Editora da Unicamp, 2006. p.41-42.

⁶¹⁷ Id. *Ibid.*, p.42.

⁶¹⁸ Id. *Ibid.*, p.41.

⁶¹⁹ Id. *Ibid.*, p.42.

medida de justiça social. Isso porque, se consideramos o sistema de saúde como um todo, veremos que ele é composto por um setor público e um setor privado, que também desenvolve ações e presta serviços de saúde de forma complementar. Assim, é possível que o cidadão, além de contribuir como toda sociedade para o financiamento do sistema público de saúde, também opte por pagar um plano de saúde privado. Quando esse cidadão se interna pelo SUS, já existe no art. 32 da Lei 9.656/1997 a previsão de ressarcimento ao SUS de todas as despesas com a internação (inclusive exames e medicamentos), e os valores a serem pagos pelos planos de saúde nesses casos estão previstos na Tabela Única Nacional de Equivalência e Procedimentos (TUNEP). A questão que se coloca então é se esse ressarcimento poderia ser exigido também no caso do cidadão ser atendido em ambulatórios públicos, realizar exames em serviços pagos pelo SUS ou receber medicamento fornecido pela rede pública.

A princípio, como já existe a obrigatoriedade dos planos de saúde ressarcirem ao SUS os gastos de paciente (do plano privado) que se internou no hospital pelo SUS, vislumbramos a possibilidade de estender-se a obrigação para procedimentos outros que não aqueles relacionados com a internação.

5.7. Os excessos nas demandas por medicamentos e serviços

Na questão da judicialização da saúde tem havido excessos de todos os envolvidos na questão: pacientes, médicos, advogados, promotores, procuradores e juízes. E isto pode ser bem evidenciado quando analisamos o caso dos medicamentos.

O abuso dos peticionários (representantes dos interesses do paciente em juízo), pode ser evidenciado nos pedidos formulados. Pede-se a condenação do Poder Público a fornecer o medicamento utilizando o nome fantasia de um determinado laboratório (ou seja aquela determinada marca) e não o princípio ativo do medicamento. Requer-se uma condenação genérica e perene, ou seja, que o Poder Público forneça este e “qualquer outro medicamento que o autor vier a precisar no presente e no futuro”.

Por outro lado, os juízes no afã de satisfazer o direito à saúde pleiteado, também praticam excessos em suas determinações (nas medidas liminares e nas sentenças). Assim determina-se que o Poder Público forneça um determinado medicamento, cujo princípio ativo é derivado da maconha, (substância proibida no Brasil) que deve ser importado, fixando-se um prazo de 5 dias para o cumprimento da decisão liminar sob pena de pagamento de multa diária.⁶²⁰ A determinação judicial mostra que o magistrado não se encontra informado nem

⁶²⁰ Processo n. 21.875/01-2ª Vara da Fazenda Pública –Comarca de Santos. Ação cautelar apensada ao Processo principal 172/02.trata-se de um portador de AIDS para quem foi receitado um estimulante de apetite:

sobre o princípio ativo do medicamento, nem sobre a proibição de aquisição, venda e produção da droga em nosso país, e tampouco tem noção do trâmite para a importação de tal medicamento (tanto do tempo necessário para a importação, quanto da necessidade da apresentação de uma receita emitida por um médico americano). Ou seja o magistrado determinou a outro agente público que praticasse um ato ilícito e ainda que a importação fosse possível, a obtenção da receita de médico americano seria impossível. Neste sentido afigura-se promissora a sugestão do Conselho Nacional de Justiça de aparelhar cada Tribunal com uma Comissão Técnica que possa orientar os magistrados nas questões sobre saúde.⁶²¹ A atuação de peritos para assessorar os magistrados nestas questões já havia sido apontada durante a Audiência Pública sobre o SUS realizada no Supremo Tribunal Federal.⁶²²

Na maioria das vezes as sentenças comumente acatam o pedido formulado “nos termos da petição inicial”, o que inclui o pedido genérico (todo e qualquer medicamento que o autor venha a necessitar) e perene(condena-se a fornecer o medicamento que ele precisar no futuro) sem que tenha sido discutido e analisado durante todo o processo o caso clínico que originou o pedido e sem levar em conta que o medicamento pode ser substituído ao longo do tempo. Não se exigiu um relatório médico que mostre a evolução da doença, os tratamentos utilizados, a falha destes medicamentos em controlar os sintomas e a doença, a justificativa para utilização da medicação pleiteada e o porquê de não se poder tentar um substituinte terapêutico. Não se faz qualquer perícia e não se discute a real necessidade do medicamento no caso concreto.

Toda a decisão se baseia apenas em uma receita médica (há casos em que nem ela existe). Não se fixa na sentença a obrigatoriedade de relatórios periódicos do médico assistente a respeito dos efeitos do tratamento e da necessidade de continuação do tratamento com aquele medicamento. Isto acaba gerando distorções e desperdícios pois muitas vezes o Estado adquire o medicamento e o paciente nem vai buscá-lo ou porque a terapia foi

Marinol 2,5 mg . A Liminar foi deferida com a condenação da Prefeitura de Santos a fornecer medicamento Marinol 2,5 mg ,no prazo de 72 horas, sob pena de multa diária de quinhentos reais. O medicamento não existe no Brasil e para ser importado dos EUA precisa existir uma receita feita por médico americano. Além disto o princípio ativo do medicamento é o THC(tetraidrocanabiol), substância derivada da maconha. Cuja fabricação, comercialização e importação é proibida pela Portaria técnica n. 344 de 12 de maio da ANVISA.

⁶²¹ Foi feita a recomendação de que até dezembro de 2010 os Tribunais celebrassem convênios a com o objetivo de disponibilizar apoio técnico (médicos e farmacêuticos) para auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor nas causas relativas à saúde. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Recomendação n. 31 de 30/03/2010. Disponível em:< <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/322-recomendacoes-do-conselho/12113-recomendacao-no-31-de-30-de-marco-de-2010>>. Acesso em: 20 jul.2010.

⁶²² Proposta do Dr. Adib Domingos Jatene em pronunciamento no dia 29/04/2009 durante a Audiência Pública sobre o SUS no STF Disponível em:<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr_Adib_Jatene.pdf>. Acesso em: 2 out. 2010.

modificada pelo médico, ou porque o paciente teve reações adversas pelo uso da droga⁶²³ ou porque o paciente faleceu.

Nos casos de condenação solidária entre o Estado e o Município também não há a preocupação do magistrado em delimitar a execução da obrigação para cada um deles, alternando-se, por exemplo, o fornecimento do medicamento (nos meses pares para o Estado e nos ímpares para o Município), medida salutar uma vez que os orçamentos de cada um dos entes é distinto e tendo em vista a previsão de compras futuras.⁶²⁴ Se assim não for, corre-se o risco de ambos comprarem o medicamento o que implica em desperdício de recursos; ou de ambos deixarem de atender em determinado mês; ou ainda de o paciente ficar se deslocando de um para outro lado em busca do medicamento. A divisão ora sugerida não pretende transformar uma obrigação solidária em uma obrigação divisível. Ela visa apenas a divisão da execução da sentença. Assim, diante do descumprimento da sentença, ao autor ainda restaria a prerrogativa de executar qualquer das partes obrigadas pelo fornecimento do medicamento.

Além disso há de se apontar a necessidade da apresentação da receita original e atualizada, para a aquisição do medicamento pela Prefeitura e pelo Estado. Como o juiz não determina esta obrigação na sentença muitas vezes os réus não tem como realizar a compra do medicamento especialmente quando o paciente não providencia a receita. Além disso, em se tratando de medicamento de uso contínuo, não é raro acontecer que o medicamento constante da liminar ou da sentença seja diferente do medicamento constante da receita atualizada, ou esteja em concentração (dosagem diferente).

Os excessos dos médicos podem ser observados na utilização de medicamentos recentemente lançados pelos laboratórios, sem uma devida análise da real necessidade deles para o caso concreto. Isto reflete de certa forma tanto os efeitos da propaganda maciça dos laboratórios como também o imaginário construído pelo médico e aceito pelo paciente de que, ao receitar o medicamento mais recente, está mostrando o quanto se encontra atualizado em relação às novas tecnologias.

⁶²³ Processo 1856/10 da Vara da Infância e Juventude e do Idoso da Comarca de Santos. A Paciente não apareceu para retirar o medicamento adquirido pela Prefeitura. Depois de uma visita domiciliar obteve a informação verbal de que devido a hepatite medicamentosa causada pelos medicamentos o médico havia trocado a medicação. Tudo isto ocorreu sem que o juízo tivesse sido comunicado, o que causou à Prefeitura um prejuízo econômico, pois já havia adquirido o medicamento.

⁶²⁴ Processo n. 1820/2009 da Vara da Infância e Juventude e do Idoso da Comarca de Santos. Houve a condenação do Estado de São Paulo e da Prefeitura de Santos a fornecerem o medicamento. Para facilitar a compra e evitar duplicidade de aquisição houve um acordo informal entre os réus de maneira que o Estado forneceria o medicamento nos meses ímpares e a Prefeitura nos meses pares. Seria razoável que esta estipulação constasse da sentença.

Os excessos dos pacientes podem ser observados no uso *incontinenti* da ação judicial, sem antes tentar a solução do caso através da via administrativa (quando a urgência do caso permitir); em não discutir com o seu médico a possibilidade de outros medicamentos mais acessíveis para a obtenção do mesmo resultado terapêutico; em supervalorizar a terapêutica da pílula mágica em detrimento de medidas preventivas e de hábitos saudáveis; em deturpar o exercício do direito à saúde, vendendo o medicamento obtido através da ação para a obtenção de lucro.

Estas situações são apenas uma amostra dos excessos praticados por todos os envolvidos e que merecem nossa reflexão no sentido de alertar para a mudança das práticas correntes, mas não significam de modo algum mudança na posição defendida ao longo de toda a tese. Reafirmamos a posição de que, uma vez detectada a necessidade real de determinado procedimento para que o atendimento integral seja dado ao paciente, aquele procedimento constitui-se no mínimo existencial do direito à saúde no caso concreto.

As reflexões acerca da judicialização de medicamentos, nos faz sugerir mudanças na abordagem do problema da judicialização da saúde:

1- A primeira delas diz respeito à lide propriamente dita no sentido não apenas de identificar os discursos coletivos dos atores do processo – os argumentos jurídicos, (o que já foi realizado pelo trabalho de Silvia Badim Marques e Sueli Gandolfi Dallari), mas também no sentido de identificar-se a prova dos fatos alegados nos processos. Com isso, torna-se possível a avaliação, pelo magistrado, se o pedido do autor se inclui dentro do mínimo existencial do direito à saúde para o caso concreto. Por outro lado, a inexistência de recursos alegada pelo Poder Público (físicos, financeiros, humanos) deve ser acompanhada de documentação a respeito do orçamento do ente da federação; do orçamento da saúde – discriminando-se as verbas aplicadas pelo município daquelas recebidas do estado e da União bem como a identificação dos investimentos em saúde por blocos (na atenção básica, na média complexidade, na assistência farmacêutica); documentos com a descrição dos serviços existentes na atenção básica, média e alta complexidade; o número de leitos, o número de equipamentos dos serviços diagnósticos e o número de profissionais existentes na área da saúde; o plano de saúde municipal que estabelece os objetivos das ações e as metas a serem atingidas, o planejamento da educação continuada dos profissionais da unidade básica; as pactuações existentes (PPI),⁶²⁵ enfim, todo e qualquer documento que for pertinente ao tema discutido na ação judicial.

⁶²⁵ A Programação pactuada integrada (PPI) é um dos instrumentos da regionalização do SUS. São realizados entre municípios pertencentes a mesma região, que prevêem a realização de internações e de exames por

2- Ainda com relação à lide, há de se criar mecanismos processuais para nos casos de condenação a prestações de execução continuada realizar-se a monitorização periódica do cumprimento da sentença pelo Poder Público, da situação atual do paciente e da necessidade da prestação. Além disso, deve-se prever a possibilidade de revisão das sentenças (nos moldes da sentença de alimentos), no sentido de ampliar ou reduzir a obrigação inicialmente fixada, o que implica na mudança da legislação para estabelecer apenas a formação de coisa julgada formal da sentença prolatada no processo.

3- Seria também bastante proveitosa a atualização dos magistrados, promotores, procuradores e defensores públicos com relação à estrutura, financiamento e funcionamento das redes de serviços do SUS, a fim de melhor avaliar as ações e omissões do Poder Público no caso concreto. Nesse sentido, a formação de Comissões Técnicas nos Tribunais com profissionais da área da saúde sugerida após o Encontro dos Magistrados é medida salutar para aprimorar as decisões a respeito do tema.⁶²⁶

4- A realização de estudos para: i) identificar a magnitude das demandas judiciais que pleiteiam ações e serviços na atenção de básica, média e alta complexidade; ii) compreender as razões do aparente descompasso entre a notória percepção de falhas dos serviços do SUS e o pouco número de ações reivindicando o direito à saúde em tais casos.

5- Com relação à atuação do Judiciário, é necessária uma posição mais ativa no processo. Nesse sentido, salutareis são as inúmeras iniciativas do Judiciário para tentar solucionar as lides de maneira mais adequada. Dentre elas podemos destacar: i) A orientação para que os Tribunais celebrem convênios que objetivem disponibilizar apoio técnico de médicos e farmacêuticos para auxiliar os magistrados na formação do juízo de valor quanto à apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes⁶²⁷; ii) a audiência pública no STF para discutir a judicialização e o SUS.⁶²⁸ Dentre as medidas que necessitam ser melhor exploradas estão: a exigência de comprovação dos fatos alegados pelas partes inclusive com realização de perícia médica e a não aceitação passiva do receituário ou do relatório médico; a atribuição ao Poder Público do ônus da prova da insuficiência de recursos.

municípios de grande porte para pacientes de municípios pequenos que não possuem serviços de média e alta complexidade em seu território. Esta pactuação será melhor analisada no item 3.4.3.

⁶²⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Recomendação n. 31 de 30 março de 2010*. Disponível em: <<http://www.rnpd.org.br/download/pdf/rec31.pdf>>. Acesso em: 12 maio 2011.

⁶²⁷ Id. *Ibid.*

⁶²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Audiência pública sobre o SUS*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>>. Acesso em: 12 jan. 2011.

5.8. Demandas judiciais por serviços do SUS

Como já havíamos mencionado em relação ao tema da judicialização da saúde, constata-se que poucos são os estudos realizados a respeito da oferta de serviços da atenção básica e da média e alta complexidade e também não são frequentes estudos sobre as demandas judiciais pleiteando a realização de exames, marcação de consulta, internação em hospitais e realização de cirurgias ou tratamentos clínicos; melhorias nos serviços de atenção básica; aumento de leitos hospitalares e outros pedidos relativos aos serviços prestados pelo SUS. A preocupação dos estudiosos parece se concentrar apenas nos medicamentos, como se esse fosse o único problema enfrentado pelo SUS.

A oferta e demanda pela média e alta complexidade e os serviços de atenção básica também são problemas do SUS que mereceriam ser levados a juízo, na medida em que o pedido se constituir no núcleo essencial do direito ao mínimo existencial no caso concreto.

Embora não seja o escopo deste trabalho realizar uma pesquisa jurisprudencial sobre o tema, vale a pena mencionar o acórdão prolatado a respeito da questão no Recurso Especial n.º 577.836/SC, que teve como relator o Ministro Luiz Fux. Buscava-se na ação a regularização do atendimento médico (cirurgia) em um hospital infantil de Santa Catarina, que estava deixando sem assistência aproximadamente 6.600 pacientes. Nela se discutiu a possibilidade do judiciário determinar a realização das cirurgias. Em seu voto, o Ministro Luis Fux afirma: “sob esse ângulo, não nos parece correta a alegada discricionariedade do administrador diante de direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Neste campo, a atividade é vinculada, não se admitindo qualquer exegese que vise afastar a garantia p etrea. Evidentemente que, num país cujo preâmbulo constitucional promete o fim das desigualdades e a proteção à dignidade humana, promessas constitucionais alçadas no mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não se poderia imaginar fosse o direito   saúde das crianças e adolescentes relegado a um plano diverso daquele que o coloca na eminência das mais belas garantias constitucionais”.⁶²⁹

Pertinentes também são as conclusões de outros trabalhos de pesquisa a respeito do tema. Fabíola Fanti, através de entrevistas realizadas com a Procuradora do Município de São Paulo, com a assessora do Secretário de Saúde do Município de São Paulo, com a representante da Procuradoria de Assistência Judiciária e com a responsável pela Defensoria

⁶²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 577.836/SC, 1ª Turma, Relator Ministro Luis Fux, julgamento 21/10/2004. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%28Resp+577836%29+E+%28%22LUIZ+FUX%22%29.min.&b=A COR> Acesso em: 15 mar. 2010.

Pública, obteve dados importantes a respeito de ações coletivas propostas com relação a serviços de saúde.⁶³⁰

Há o relato de uma ação civil pública proposta pelo Ministério Público contra o Município de São Paulo para sanar irregularidades no Pronto Socorro Municipal, julgada procedente em 1ª instância e confirmada pelo Tribunal.⁶³¹

Segundo uma das entrevistadas, havia outras ações civis públicas que demandavam obras de infraestrutura em unidades de saúde e hospitais da rede que foram julgadas procedentes, mas que trouxeram dificuldades na execução na medida em que os pedidos eram genéricos e tornava-se necessária a alocação de grandes somas de recursos. Outra ação proposta para a implantação de 57 Centros de Atenção Psicossocial e 28 Residências Terapêuticas no período de 2 anos no Município de São Paulo foi julgada procedente em 1ª instância.⁶³²

Fanti também obteve a informação da Defensoria Pública de que esta instituição havia proposto duas ações civis públicas pleiteando melhorias ou continuidade na prestação de serviços de saúde da rede pública, uma delas contra o Estado de São Paulo e outra contra o Município de São Paulo. A primeira delas foi proposta em abril de 2009, conjuntamente com o Ministério Público e foi motivada pelo remodelamento nas atividades do Hospital Brigadeiro que, em virtude de reformas no prédio, deslocou serviços de endocrinologia para diversas unidades do SUS. O pedido da ação era para que o serviço de endocrinologia altamente especializado fosse mantido no hospital. A ação ainda estava em curso, mas teve a liminar indeferida.⁶³³

A segunda ação foi proposta pela Defensoria contra o Município de São Paulo em março de 2009, com o objetivo de melhorar o número de Unidades Básicas de Saúde (atenção básica) e de Ambulatório de Especialidades (atenção de média complexidade) na região sul da cidade, área de concentração de população carente de serviços de saúde. Devido à deficiência

⁶³⁰ FANTI, Fabíola. *Políticas de saúde em juízo: um estudo sobre o Município de São Paulo*. 2009. 105 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 59-79.

⁶³¹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Sexta Câmara de Direito Público. Apelação Cível com revisão n. 729.063-5/0-00, julgada em 2 de junho de 2008, relator Sidney Romano dos Reis.

⁶³² Processo n. 2008.61.00.012274-9(Ação Civil Pública) da 19ª Vara Cível Federal da Capital/São Paulo. Cf. FANTI, Fabíola. *Políticas de saúde em juízo: um estudo sobre o Município de São Paulo*. 2009. 105 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo. p.71.

⁶³³ Processo n. 053.09.011801-7 da 5ª Vara da Fazenda Público do Foro Central da Capital da Comarca de São Paulo. Cf. FANTI, Fabíola. *Políticas de saúde em juízo: um estudo sobre o Município de São Paulo*. 2009. 105 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 74.

na cobertura desses tipos de serviços de saúde, o atendimento é demorado, deficiente e desprovido de informação ao usuário. O pedido na ação era de que fosse concedida liminar para que, no prazo de 90 dias, fossem realizados os exames, consultas e cirurgias de pacientes em espera superior a 90 dias na rede pública municipal de saúde da região sul da cidade. Caso o atendimento não fosse realizado, pedia-se subsidiariamente que o município arcasse com os custos de sua realização na rede particular de saúde.⁶³⁴

Outro trabalho que estudou as ações civis públicas propostas pela Promotoria de Saúde Pública do Estado de São Paulo, no período de 2000 a 2008,⁶³⁵ mostra que, do total de 62 ações civis públicas, apenas 32 tutelavam o direito à saúde por meio da exigência de ação do Estado que implicasse em gasto público. Dentre estas últimas, 28% (nove ações) tratavam de pedidos de medicamentos e insumos, 66% (21 ações) diziam respeito a pedidos de solução de problemas de infraestrutura e falta de profissionais e recursos em unidades públicas de saúde, hospitais, prontos-socorros e unidades básicas de saúde, e 6% demandavam outras questões.

Com relação aos resultados, Wang aponta que, em nove ações civis públicas que pedem medicamentos há informações acerca da concessão de liminar, em cinco, foram concedidas, e em duas, não. Não há informações sobre o andamento posterior a essas liminares. Quanto às ações que buscam melhorias no funcionamento de unidades públicas de saúde, nos 13 casos em que há informações sobre o resultado da demanda, sabe-se que nove foram julgadas procedentes e quatro, não.

O trabalho de Wang traz à baila – o inquérito civil público – uma importante ferramenta de solução de controvérsias utilizada pelo Ministério Público em relação às questões de saúde, e que, se bem manejada, poderá diminuir sensivelmente o número de ações civis públicas pleiteando serviços do SUS. Os inquéritos civis públicos são a forma encontrada pela Promotoria de Saúde Pública do Estado de São Paulo para acionar o Poder Executivo nos casos envolvendo a saúde. Eles são uma tentativa de solução de problema em fase administrativa, conduzida pelo Ministério Público para investigação e apuração dos fatos relacionados à demanda, anteriormente à propositura da ação civil pública. Esses inquéritos são arquivados em caso de realização de acordos ou quando não existirem provas suficientes para a propositura da ação. No período de 2006 a 2008, houve 66 arquivamentos, sendo que 35 (53% deles) tratavam de questões relacionadas à prestação do serviço de saúde. Dentre

⁶³⁴ Processo n. 053.09.009867-9 da 7ª Vara da Fazenda Pública do Foro Central da Capital da Comarca de São Paulo. Cf. Id. *Ibid.*, p.75.

⁶³⁵ WANG, Daniel. *Poder Judiciário e a participação democrática nas políticas de saúde*. 2009. 218 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 71-74.

estes, 11 casos referiam-se a irregularidades em unidades de saúde (infraestrutura, atraso em atendimento, falta de materiais e profissionais), nove casos estavam relacionados ao fornecimento de medicamentos.⁶³⁶

O trabalho mostra que, dentre todos os arquivamentos ocorridos, em cerca de 59% dos inquéritos o arquivamento se deu pelo cumprimento do pedido do Ministério Público, o que sinaliza que o inquérito civil é uma boa via extrajudicial de solução de conflitos. Em 20% dos casos, o arquivamento ocorreu porque não foi possível constatar o problema investigado, em 6% dos casos houve apresentação de plano do Executivo para solucionar o problema, em 6% já havia esforço do Executivo em atender o pedido, em 5% dos casos o Ministério Público era incompetente para demandar a questão em juízo e em 3% dos casos não foi possível identificar o motivo do arquivamento.⁶³⁷

O que se pode perceber pelo trabalho de Fanti e pela pesquisa de Wang é uma tendência de que problemas de infraestrutura dos serviços de saúde, que não o fornecimento de medicamentos, sejam objeto de pedidos formulados em ações coletivas. Porém, o número dessas ações parece ser pequeno, se comparado ao número de ações pleiteando medicamentos.

Outra tendência observada é de que, se os pedidos de medicamentos pleiteados individualmente são, em média, atendidos pelo Judiciário, através de liminares (em cerca de 92% do casos), os pedidos formulados nas ações coletivas não obtêm o mesmo índice de sucesso, arrastando-se a decisão durante todo o tempo do processo em que são cabíveis os recursos. O que pode indicar, por parte do Poder Judiciário, o desconhecimento do importante papel que serviços de atenção básica (Unidades Básicas de Saúde), e de média complexidade (Ambulatórios de Especialidades médicas) possuem dentro da estrutura do Sistema Único de Saúde. As ações coletivas que pleiteiam exames, consultas e agilidade nas cirurgias, embora não carreguem consigo a situação do perigo de vida existente nos pleitos individuais por medicamentos, são ações que expressam o interesse difuso de toda a população por demanda de serviços de saúde adequados, que também não podem esperar anos para serem resolvidas, sob pena dos cidadãos, individualmente, terem o seu direito subjetivo à saúde prejudicado.

A omissão do Poder Público em prover esses serviços de forma adequada (UBS, Unidades de Saúde da Família, exames diagnósticos, vagas hospitalares para internação e realização de cirurgias) está sendo a causa de injustiças diárias com milhares de pacientes, que

⁶³⁶ WANG, Daniel. *Poder Judiciário e a participação democrática nas políticas de saúde*. 2009. 218 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 75-76.

⁶³⁷ Id. *Ibid.*, p. 78.

deixam de ter seu direito à saúde satisfeito e se amontoam em corredores dos hospitais e centros de saúde em busca do mínimo existencial de seu direito à saúde. Se bem compreendidas as repercussões da omissão estatal, não haveria razão para a não concessão de liminares em ações que pleiteiam esse tipo de serviços, uma vez caracterizada a urgência e o perigo da demora no atendimento da satisfação do direito à saúde.

O que pretendemos afirmar nesta tese é que a necessidade por um serviço público de saúde em qualquer nível do sistema (seja da atenção básica, de média e de alta complexidade) é tão urgente quanto a necessidade do fornecimento de medicamentos. E que demandas (individuais e coletivas) pleiteando por esses serviços e ações, que desnudam a omissão das políticas de saúde, deveriam, por um lado, serem ajuizadas com mais frequência e, por outro lado, terem os pedidos de liminares deferidos por um Poder Judiciário mais informado sobre a estrutura e o funcionamento do sistema público de saúde brasileiro. Teríamos, assim, não só a judicialização da política de assistência farmacêutica, mas sim a judicialização da política de saúde do SUS como um todo.

Na medida em que o Poder Público fosse cada vez mais condenado a prover esses serviços ou a custeá-los na iniciativa privada quando não dispusesse de serviços em número suficiente, certamente observaríamos o mesmo fenômeno em relação à assistência farmacêutica, isto é, a solução dos problemas.⁶³⁸

5.8. A oferta e a demanda por serviços do SUS

Ainda que não seja o objetivo do presente trabalho fazer uma revisão bibliográfica a respeito das pesquisas realizadas em relação a oferta e demanda de serviços disponibilizados pelo SUS, vale a pena mencionar o trabalho de Maria Raquel Gomes Maia Pires e colaboradores realizado nos serviços de média complexidade do Distrito Federal e municípios de Goiás próximos à Brasília.⁶³⁹ Faremos uma análise mais detalhada dos resultados porque entendemos ser esta uma oportunidade de esclarecer aos profissionais que não pertencem à área da saúde, como é possível identificar e avaliar a estrutura e o funcionamento do sistema nos três níveis de atenção.

Estudos como esse são extremamente relevantes na medida em que dimensionam a estrutura de serviços em uma determinada população analisando a sua adequação ao número de habitantes; caracterizam a população de usuários; avaliam o funcionamento do sistema nos

⁶³⁸ Dois grandes efeitos das demandas judiciais por medicamentos foram, em alguns casos: a inclusão do medicamento pleiteado nas listas oficiais e a tendência para a solução administrativa dos problemas de saúde.

⁶³⁹ PIRES, Maria Raquel Gomes Maia et al. Oferta e demanda por média complexidade/SUS: relação com atenção básica. *Ciência e Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 15, p. 109-119, 2010. (Suplemento 1.)

vários níveis de atenção (hierarquização); testam a capacidade de resolução dos problemas de saúde pela porta de entrada do sistema, que é a atenção básica e por fim são capazes de demonstrar a subutilização de alguns serviços em alguns casos e a duplicidade de serviço em outros.

O trabalho nos faz também perceber a importância da análise de dados relativos à oferta de serviços, à estrutura física do sistema, à capacidade instalada, aos recursos humanos e ao funcionamento articulado dos serviços em todos os níveis do Sistema Único de Saúde, tanto para o planejamento das ações em saúde pelo gestor quanto para uma eventual reivindicação em juízo de melhorias na infraestrutura e nos serviços de saúde. Os resultados obtidos são muito úteis para que o gestor possa planejar melhor os serviços sob sua responsabilidade, identificar necessidades de investimentos tanto na estrutura física quanto na capacitação do pessoal, para melhor atender à demanda por saúde em sua região. Ao mesmo tempo, tais resultados podem servir para a sustentação de ações coletivas que visem à implementação de serviços ou o acesso a serviços e ações do sistema, a inquéritos administrativos que visem à concretização de ações e serviços de saúde e até mesmo a ações individuais que pleiteiem um serviço ou uma ação que constitua o mínimo existencial para o paciente autor da ação.

Nossa tese, que discute o direito à saúde no contexto do SUS, pretende enfatizar que a presença de dados como estes relativos aos casos concretos certamente irá enriquecer a discussão judicial de uma questão relativa à saúde bem como a discussão administrativa e acadêmica sobre a judicialização da saúde. Por essa razão, passaremos a descrever e analisar a pesquisa realizada.

A hipótese testada pelas autoras é de que a organização da oferta dos serviços de atenção básica do Distrito Federal e entorno sobrecarrega os serviços de média complexidade, diminuindo a equidade no acesso. Objetivando analisar a demanda por serviços de média complexidade no Distrito Federal e sua relação com a atenção básica, as autoras quantificaram a procedência, o problema de saúde, o motivo da procura, o tempo de deslocamento e os procedimentos realizados em pessoas que buscavam atendimento nos hospitais do Distrito Federal. A oferta de serviços foi estudada com base nos sistemas de informação do SUS e a demanda foi estudada com base na entrevista de 1585 usuários desses hospitais.

As autoras detectaram que o perfil do SUS no Distrito Federal se caracteriza pelo predomínio dos serviços públicos (ao contrário do que ocorre na maior parte do país). A rede hospitalar pública possui 3997 leitos próprios e 659 leitos conveniados, totalizando 4656 de

leitos SUS, o que corresponde a 2,04 leitos/1.000 habitantes para o Distrito Federal e 1,4 leitos/1000 habitantes para o entorno.

A despeito da existência de leitos hospitalares, as autoras encontraram uma baixa cobertura de equipamentos médico-hospitalares na rede pública. Existe um mamógrafo para 189 mil pessoas, enquanto se recomenda um para 140 mil, um Raio-X para 59.927 mil (parâmetro 1/25 mil), um ultrassom para 66.978 mil (parâmetro 1/25 mil) e um tomógrafo para cada 227.725 mil pessoas (parâmetro 1/100 mil), enquanto há excesso de ressonâncias magnéticas 1/379.543 (parâmetro 1/500 mil hab). Percebe-se que, paradoxalmente, apesar do Distrito Federal possuir leitos hospitalares em número suficiente, os aparelhos utilizados para o serviço diagnóstico (Raio-X, mamógrafo, tomógrafo, ultrassom) estão em níveis insuficientes para aquela população. O único aparelho que se apresenta em número adequado é o aparelho de ressonância magnética (curiosamente o mais caro de todos eles).

Existem 3,5 médicos para cada mil habitantes do Distrito Federal, acima da recomendação de um para mil. Para cada Unidade Básica de Saúde (UBS) sem Equipe de Saúde da Família em grandes centros urbanos, se recomenda uma população de até 30.000 habitantes⁶⁴⁰. No Distrito Federal, apenas três regionais não atingem esse parâmetro. O que mostra a existência de uma boa rede de atenção básica e médicos em número acima do preconizado para a sua população. E o gasto com saúde é um dos mais elevados do Brasil. O que proporcionaria, pelo menos em tese, uma boa cobertura e qualidade dos serviços de atenção básica.

Já os 22 municípios do entorno apresentam uma situação desfavorável de oferta de serviços de média e alta complexidade. Constatou-se que a produção de atenção básica feita pelos hospitais é alta. A população não confia na capacidade de resolução na qualidade dos serviços de atenção básica e, por isso, vai aos hospitais para receber atendimento. Além disso, os motivos dados para a procura do hospital foram: i) na UBS seu problema não é resolvido (27,8%); ii) o atendimento é lento (16,3%); não há marcação de consulta para o mesmo dia (13,9%). Em 85% dos casos, as pessoas que foram atendidas nos hospitais não foram orientadas a procurar a rede básica de atenção à saúde.

As autoras concluem que, na análise da oferta de serviços no Distrito Federal, o número de leitos é próximo do ideal, excluída a população do entorno. Equipamentos de alto custo e de maior complexidade, como ressonância magnética, estão numa oferta superior à recomendada na rede pública, enquanto que os de média complexidade, com grande

⁶⁴⁰ BRASIL. Ministério da Saúde. Política Nacional de Atenção Básica. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/volume_4_completo.pdf> Acesso em: 20 mar. 2007.

produtividade e relativo custo, como raio-X, ultrassom e mamógrafo, estão em quantidade insuficiente. Revela-se o deficiente planejamento na incorporação das tecnologias no SUS, comprometendo a capacidade de resposta e hierarquização dos serviços, embora o número de unidades esteja satisfatório. Existe uma elevada oferta de Unidades Básicas de Saúde e o número de médicos em relação à população está acima do preconizado.

No entanto, é preciso ressaltar, que não basta a “elevada oferta de Unidades Básicas de Saúde” para que se ofereça um serviço de qualidade. É preciso que, além do número adequado de unidades, existam profissionais de saúde em número adequado e com capacidade de resolver os problemas de saúde da população atendida naquele nível de atenção do sistema (atenção básica). Isso exige por parte do gestor um investimento na reciclagem e na educação continuada dos profissionais das Unidades Básicas pois, do contrário, elas continuarão a não resolver os problemas e se transformarão apenas em um local “que faz o encaminhamento do paciente para os especialistas ou para os hospitais e unidades de pronto atendimento”.

Os 22 municípios do entorno de Brasília apresentam uma situação desfavorável de oferta de serviços de média e alta complexidade. Comparando-se com a oferta de serviços do Distrito Federal, constata-se a insuficiência de leitos e profissionais para a maior parte da população dos municípios e, contraditoriamente, elevada oferta de UBS, que possivelmente funcionam precariamente. Isso explica o porquê da migração da população do entorno para o Distrito Federal, na tentativa de resolver o seu problema de saúde.

Metade dos municípios goianos possui médicos em parâmetro numérico abaixo do recomendado. A pouca disponibilidade desse profissional está relacionada aos vínculos precários, baixos atrativos para fixar residência e grandes distâncias percorridas.

Com relação aos leitos hospitalares, o estudo mostrou que, dos treze hospitais do Distrito Federal, 71% são de grande porte e 28% são de médio porte, indicando boa capacidade física para a produção da média e alta complexidade. A taxa de ocupação hospitalar é de 76%, bem acima da média brasileira, que é de 48,2%. Entretanto, é preciso notar, que o fato da taxa de ocupação hospitalar estar acima da média não indica necessariamente uma boa qualidade de atendimento e um adequado funcionamento do sistema. Ao contrário, tal dado pode indicar que estejam ocorrendo internações desnecessárias e incompetência da atenção básica em resolver os problemas de saúde existentes naquele nível do sistema.

As autoras afirmam que a análise da produção ambulatorial e hospitalar revela inversão e/ou duplicidade de ações entre os níveis de atenção do sistema de saúde. O que se

percebe é que a produção de atenção básica pelos hospitais é alta (quando não deveria ser) e, ao mesmo tempo, encontra-se uma baixa taxa de ocupação hospitalar em alguns hospitais, o que significa ociosidade dos leitos disponíveis. Entendemos que essa inversão da produção ambulatorial e hospitalar referida pelas autoras significa que os atendimentos ambulatoriais, que deveriam estar sendo realizados nas Unidades Básicas de Saúde estão, na realidade, sendo feitos nos hospitais. Ou seja, os hospitais pertencem ao nível da alta complexidade do SUS e não deveriam estar realizando consultas de ambulatório, o que causa a desconfiguração do sistema e propicia a duplicidade de ações (na medida em que a UBS e o hospital estão ambas proporcionando atendimento clínico ambulatorial), bem como gastos desnecessários com ações de saúde.

Através da pesquisa, as autoras constataam a baixa produção de procedimentos de alta complexidade nos hospitais (10%), enquanto as ações de atenção básica são igualmente produzidas, tanto nos hospitais quanto nas UBS, demonstrando a frágil hierarquização e regulação entre os níveis de atenção do SUS. Ocorre subutilização da capacidade instalada, comprometendo a sustentabilidade econômica e dos recursos públicos, o que acentua a ineficiência do gasto público em saúde, um dos problemas já apontados pelo BIRD.⁶⁴¹

Elas também demonstram que a maior parte da demanda que chega aos hospitais do Distrito Federal é por consultas médicas, seja de atenção básica (50,4%) ou especializadas (40,1%), seguidas por procedimentos de enfermagem (11,9%) e exames como radiodiagnóstico (11,9%) e patologia clínica (8,1%). Essas consultas são motivadas por afecções leves que, na maioria dos casos, poderiam ser resolvidas na atenção básica. Apesar da oferta de atenção básica no DF ser suficiente em termos de cobertura populacional, não tem sido capaz de organizar melhor os fluxos de atendimento às urgências, emergências e ambulatórios especializados, que seguem com boa agilidade nos pronto atendimentos.

Além disso, as pessoas atendidas nos hospitais não são orientadas a procurarem os centros de saúde após o atendimento (85,5%), o que revela desarticulação entre os serviços de média complexidade e de atenção básica no DF e entorno. As pessoas procuram previamente os centros de saúde antes de ir ao hospital em 68% dos casos. Vão em busca de consulta médica (40%) e medicação (21,3%). No entanto, a baixa procura por pré-natal (2,8%) e por puericultura (2,8%) indica incipiente organização dos serviços de atenção básica no Distrito Federal.

⁶⁴¹ BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO. *Brasil: governança no Sistema Único de Saúde: melhorando a qualidade do gasto público e gestão de recursos*. Relatório n. 36607-BR. Brasília: BID, 2007.

Por fim, as autoras concluem que foi constatada a duplicidade de ações entre os hospitais e centros de saúde, ambos produzindo consultas médicas, exames básicos e medicalização dos problemas de saúde. E que a incipiente oferta de serviços de atenção básica do Distrito Federal e entorno contribui para a procura indiscriminada aos hospitais, diminuindo o acesso equitativo da população. Isso revela a predominância do modelo biomédico, caracterizado pela centralidade da doença, do médico e do hospital. Resultados semelhantes foram encontrados em outros estudos.⁶⁴²

O que elas perceberam no estudo é, por um lado, a confiança que os usuários têm no hospital do Distrito Federal e, por outro, o descrédito que eles têm na capacidade de resolução das Unidades Básicas de Saúde. A oferta de atenção básica no Distrito Federal, apesar de extensa, não tem sido capaz de ampliar o acesso efetivo dos usuários, que continuam levando a maior parte dos problemas de saúde para o hospital. A não resolução dos problemas de saúde, o atendimento lento e a não marcação de consultas para o mesmo dia são citados como limitações do atendimento nas Unidades Básicas de Saúde. Esses indícios reafirmam a hipótese do estudo de que a incipiente organização da oferta de serviços de atenção básica no Distrito Federal e entorno contribui para a procura indiscriminada aos hospitais, diminuindo o acesso equitativo da população. Serviços de saúde estrategicamente localizados e de fácil utilização pela população, mas sem insumos e tecnologias que os tornem capazes de resolver as demandas de saúde, não potencializam as mudanças esperadas no sistema público de saúde.

O trabalho contribuiu para demonstrar uma subutilização da oferta dos serviços do Distrito Federal, com duplicidade de ações básicas entre os hospitais e centros de saúde. Ou seja, os hospitais estavam prestando serviços próprios da atenção básica. Além disso, ficou claro que, no caso estudado, há um predomínio da assistência hospitalar no modelo assistencial e, ao mesmo tempo, a existência de uma descontínua política para fortalecimento da atenção básica e ausência de redes de cuidado, o que torna o sistema ineficiente e oneroso.

Por essa razão, as autoras apontam para a necessidade de se organizar melhor os serviços (regionalização e hierarquização dos serviços) e de tornar as unidades de atenção básica mais eficientes, além da necessidade da incorporação de tecnologias pela atenção básica, seja na forma de equipamentos ou de conhecimentos aplicados com o objetivo de ampliar a capacidade de resposta do SUS.

⁶⁴² JACOBS Peter Christian; MATOS, Edirionmar Peixoto. Estudo exploratório dos atendimentos em unidade de emergência em Salvador-Bahia. *Revista da Associação Médica Brasileira*, São Paulo, v. 51, n. 6, p. 348-353, 2005.

6. O MÍNIMO SOCIAL DO DIREITO À SAÚDE NO SUS E A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

6.1. Integralidade: conceito

Apesar da posição defendida por Camargo Jr., no sentido de que a integralidade não seria passível de conceituação, uma vez que ela se configura muito mais como “um discurso propagado por organismos internacionais, ligado às ideias de atenção primária e de promoção da saúde, identificada em pontos esparsos da documentação oficial das propostas de programas mais recentes do Ministério da Saúde em nosso país”,⁶⁴³ entendemos possível a sua conceituação e passaremos a analisar os múltiplos enfoques realizados em torno deste termo polissêmico.

A integralidade é essencial para a eficiência do sistema e para dar ao cidadão o mínimo de condições dignas de existência. Para Roseni Pinheiro e colaboradores, ela não é apenas uma diretiva, mas representa uma imagem objetiva, que pode ser traduzida como “*a societal project permeated by justice and solidarity ideals*”.⁶⁴⁴ Nessa perspectiva, o cuidado com a saúde é entendido não apenas como um dos níveis de atenção à saúde ou um simples procedimento, mas é visto como uma ação integrada que significa o direito de ter uma existência digna com respeito às diferenças individuais.⁶⁴⁵

A Lei Orgânica da Saúde, em seu art. 7º, refere-se à integralidade de assistência como um 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.⁶⁴⁶ Essa concepção é ligada ao aspecto de organização dos serviços dentro do sistema e tem relação com o novo conceito de saúde.

Como aponta Kehrig, a mudança na concepção do processo saúde-doença e o conceito ampliado de saúde, no qual se dá importância aos múltiplos fatores determinantes da saúde, estão na base da concepção da integralidade e na mudança na forma de se organizar o sistema de saúde. A compreensão das práticas de saúde instituídas implica em uma vinculação de coerência com a evolução conceitual da saúde neste século, avançando de uma visão

⁶⁴³ CAMARGO JR, Kenneth Rochel de. As muitas vozes da integralidade. In: PINHEIRO, R.; MATTOS, R. A de (Org.). *Os sentidos da integralidade na atenção e no cuidado*. Rio de Janeiro: UERJ/IMS/ABRASCO, 2001. p.12.

⁶⁴⁴ PINHEIRO, Roseni et al. Integrality in the population's health care programs. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, p. 345, mar./apr. 2007.

⁶⁴⁵ Id. Ibid. p. 346.

⁶⁴⁶ BRASIL. *Lei 8080 de 19 de setembro de 1990*. Lei Orgânica da Saúde. 1990. Disponível em: <<http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/lei8080.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2010.

puramente biológica para a concepção do processo de saúde-doença, relacionada à produção social da saúde. Nesse prisma, uma conseqüente organização dos serviços para intervenção sobre o processo impõe considerar a diretriz da integralidade para abranger a multicausalidade dos problemas.⁶⁴⁷

Ao trabalhar a integralidade no âmbito da organização e no planejamento dos serviços de saúde, Cecílio classifica-a em:⁶⁴⁸ integralidade focalizada, que ocorre no interior de cada serviço de saúde, no sentido do esforço da equipe de saúde em atender às necessidades de saúde daquela população, e integralidade ampliada, que se realiza na articulação de cada serviço a uma rede complexa, composta por outros serviços e instituições, mesmo aqueles setores fora da área da saúde.

Em relação aos níveis de organização do sistema, integralidade significa reorganizar os serviços já existentes, de maneira a garantir acesso a todos os níveis de sofisticação tecnológica exigidos para cada situação, pois só assim a assistência será bem sucedida.⁶⁴⁹ Nesse contexto, a integralidade significa assegurar o acesso a todos os tipos de práticas terapêuticas, garantir que o usuário participe ativamente da decisão da melhor tecnologia terapêutica a ser utilizada em seu caso, e que seja acolhido e respeitado durante a sua permanência no serviço de saúde.⁶⁵⁰

A forma concreta de articular ações consideradas integradas exige uma construção coletiva de novas tecnologias e ferramentas na prática diária dos cuidados em saúde e na gestão dos serviços. Essas práticas implicam uma inovação no processo da gestão pública e vão exigir negociação de diferentes pactos e acordos entre as várias instâncias políticas e a sociedade civil. Inovação na gestão pública exige organização no conteúdo tanto quanto no tipo de políticas de saúde, como nas novas formas de gestão de tais políticas e dos serviços de saúde.⁶⁵¹

⁶⁴⁷ KEHRIG, Ruth Terezinha. *Integralidade da atenção à saúde: suas expressões na organização tecnológica do trabalho em serviços locais de saúde*. 2001. 393 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 14-16.

⁶⁴⁸ CECILIO, Luiz Carlos de Oliveira. As necessidades de saúde como conceito estruturante na luta pela integralidade e equidade na atenção à saúde. In: PINHEIRO, R; MATTOS, R. A. de (Org.). *Os sentidos da integralidade na atenção e no cuidado*. Rio de Janeiro: UERJ/IMS/ABRASCO, 2001. p. 113-126.

⁶⁴⁹ PINHEIRO, Roseni et al. Integrality in the population's health care programs. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, p. 344, 2007.

⁶⁵⁰ Id. *Ibid.*, p. 346.

⁶⁵¹ FARAH, Marta Ferreira Santos. Gestão Pública e cidadania: iniciativas inovadoras na administração subnacional no Brasil. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 31, n. 4, p. 126-156, 1996.

Para que o sistema seja capaz de dar atendimento integral, é necessária a articulação entre os diversos serviços de saúde, e ainda ações entre diferentes setores do Estado e da sociedade civil.⁶⁵²

Mas a integralidade da atenção possui outros significados que não este da organização dos serviços, de maneira a garantir a continuidade da atenção em todos os níveis de complexidade do sistema.

Ela pode ser entendida como uma atenção totalizadora, que leva em conta as dimensões biológica, psicológica e social. Para Campos, esse seria um modo de entender e abordar o indivíduo de forma holística uma vez que “o homem é um ser indivisível e não pode ser explicado pelos seus componentes físico, psicológico ou social, considerados separadamente”.⁶⁵³

Outros, apesar de verem na integralidade um princípio organizativo-assistencial do Distrito Sanitário, considerando que sua aplicação deve respeitar e se adaptar às especificidades de cada território de saúde, preferem reforçar a ideia da integralidade como uma estratégia para ultrapassar a dicotomia até então existente entre ações de promoção da saúde e preventivas *versus* ações curativas e reabilitadoras. Assim, para Mendes, a aplicação do princípio da integralidade da atenção à saúde implica no reconhecimento da:⁶⁵⁴

(...) unicidade institucional dos serviços de saúde para o conjunto das ações promocionais, preventivas, curativas e reabilitadoras e que as intervenções de um sistema de saúde sobre o processo saúde-doença conforma uma totalidade que engloba os sujeitos do sistema e suas inter-relações com os ambientes natural e social.

Como pudemos perceber, a integralidade pode ser entendida sob múltiplos aspectos, não sendo possível conceituá-la com base em apenas um deles. Por tal razão é que Paim, ao se referir a ela, esclarece que o conceito de integralidade defendido pela reforma sanitária pode ter múltiplas perspectivas, podendo ser entendido como: integração das ações de promoção, proteção, recuperação e reabilitação; como forma de atuação profissional; como

⁶⁵² CECILIO, Luiz Carlos de Oliveira. As necessidades de saúde como conceito estruturante na luta pela integralidade e equidade na atenção à saúde. In: PINHEIRO, R; MATTOS, R. A. de (Org.). *Os sentidos da integralidade na atenção e no cuidado*. Rio de Janeiro: UERJ/IMS/ABRASCO, 2001. p. 113-126.

⁶⁵³ CAMPOS, Carlos Eduardo Aguilera. O desafio da integralidade segundo as perspectivas da vigilância da saúde e da saúde da família. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 577, 2003.

⁶⁵⁴ MENDES, Eugenio Vilaça. O processo social na distritalização da saúde. In: _____. (Org.). *O distrito sanitário*. O processo social de mudança nas práticas sanitárias do Sistema Único de Saúde. São Paulo/Rio de Janeiro: Hucitec/Abrasco, 1994. p. 149-150.

garantia de continuidade da atenção nos distintos níveis de complexidade do sistema; e como articulação de distintas políticas sociais.⁶⁵⁵

Também, reconhecendo que a integralidade vêm historicamente adquirindo múltiplas dimensões especialmente no âmbito da Medicina Integral, Medicina Preventiva e Medicina Comunitária, Kehrig⁶⁵⁶ aponta as cinco dimensões conceituais da integralidade: a apreensão do coletivo enquanto objeto de trabalho das práticas de saúde; a concepção da abordagem da totalidade psicossocial do indivíduo; a integração sanitária, através da organização de ações articuladas de prevenção e cura, voltadas aos indivíduos e coletivos; a apreensão do conjunto dos problemas de saúde da população; e o compromisso com a intervenção sobre os determinantes dos processos de saúde-doença.

Em nossa análise, utilizaremos os múltiplos aspectos da integralidade acima mencionados para estudar a integralidade da atenção dentro do próprio sistema e no caso concreto. Teremos, como ponto de partida, a integralidade tal qual ela é entendida por Pinheiro:⁶⁵⁷

(...) uma ação social resultante da permanente interação dos atores na relação demanda e oferta, em planos distintos de atenção à saúde (plano individual – onde se constroem a integralidade no ato da atenção individual, e o plano sistêmico – onde se garante a integralidade das ações na rede de serviços – nos quais os aspectos objetivos e subjetivos sejam considerados).

Como vimos, a integralidade tem sido concebida de muitas e variadas maneiras, todas elas refletindo aspectos importantes do conceito. O que pretendemos nesta tese é examiná-la sob dois outros aspectos: a integralidade enquanto o mínimo existencial do caso concreto e a integralidade enquanto o mínimo existencial dentro do Sistema Único de Saúde.

Para tanto, utilizaremos como instrumental teórico: a teoria do mínimo social em sua correlação com o Sistema de Saúde nacional, a noção da complementaridade, indissociabilidade, unicidade entre os direitos humanos; bem como a noção de sistema explicitada por Tércio Sampaio Ferraz Júnior.⁶⁵⁸

⁶⁵⁵ PAIM, Jairnilson Silva. Atenção à Saúde no Brasil. In: _____. *Desafios para a saúde coletiva no século XXI*. Salvador: Editora da UFBA, 2006. p. 11-47.

⁶⁵⁶ KEHRIG, Ruth Terezinha. Integralidade da atenção à saúde: suas expressões na organização tecnológica do trabalho em serviços locais de saúde. 2001. 393 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 44-77.

⁶⁵⁷ PINHEIRO, Roseni. As práticas do cotidiano na relação oferta e demanda dos serviços de saúde: um campo de estudo e construção da integralidade. In: PINHEIRO, Roseni; MATTOS, Ruben Araujo de (Org.). *Os sentidos da integralidade na atenção e no cuidado*. Rio de Janeiro: UERJ/IMS/ABRASCO, 2001. p. 65.

⁶⁵⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 174-175.

6.1.1. A integralidade e o mínimo social dentro do Sistema Único de Saúde

A diretriz constitucional de que o SUS, enquanto sistema de saúde, deve oferecer atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo das assistenciais é, na opinião de Fernando Aith, um poderoso instrumento de defesa do cidadão contra eventuais omissões do Estado, a quem compete oferecer atendimento integral. Além de garantir o acesso às atividades preventivas, ele também deverá fornecer “todos os cuidados cabíveis para cada tipo de doença, segundo o estágio de avanço do conhecimento científico existente”.⁶⁵⁹

Embora a prevenção seja fundamental para evitar grande parte das doenças, e o SUS tenha como prioridade serviços e atividades preventivas, para o autor, não há como negar o fato de que, uma vez desenvolvida a doença “não importa o nível de complexidade exigido, a diretriz de atendimento integral obriga o Estado a fornecer todos os recursos que estiverem a seu alcance para a recuperação da saúde de um indivíduo, desde o atendimento ambulatorial até os transplantes mais complexos”.⁶⁶⁰

A interpretação acima mencionada, no entanto, não está imune a críticas daquelas que vêm nela um convite ao consumo desenfreado e irracional de serviços, insumos e medicamentos. Nesse sentido é a crítica de Marlon Alberto Weichter, para quem a interpretação da integralidade como fonte de direito ao consumo de insumos de saúde fornecidos gratuitamente pelo Estado, desvirtua o “conteúdo da norma constitucional, pois transforma o dever do Poder Público de prestar serviços integrais em um dispensador de produtos e prestações desconexas, atentando contra os preceitos também constitucionais que exigem atenção coletiva, equitativa e isonômica aos cidadãos”.⁶⁶¹

O próprio autor reconhece, no entanto, que a sua posição é contestada por aqueles que entendem que, pelo princípio da integralidade, está o Estado obrigado a fornecer serviços em todas as especialidades e em todos os graus de complexidade, ainda que se trate de mal raro. Para eles, “não há moléstia ou agravo que possa ficar ao desabrigo do SUS e nem tratamento que possa ser recusado pelo alto custo”.⁶⁶²

⁶⁵⁹ AITH, Fernando. Perspectivas do direito sanitário no Brasil: as garantias jurídicas do direito à saúde e os desafios de sua efetivação. In: SANTOS, Lenir (Org.). *Direito da saúde no Brasil*. Campinas: Saberes Editora, 2010. p. 212.

⁶⁶⁰ O autor enfatiza que “Todos os procedimentos terapêuticos reconhecidos pela ciência e autorizados pelas autoridades sanitárias competentes devem ser disponibilizados para a proteção da saúde da população”. Id. *Ibid.*, p. 212-213.

⁶⁶¹ WEICHERT, Marlon Alberto. O direito à saúde e o princípio da integralidade. In: SANTOS, Lenir (Org.). *Direito da saúde no Brasil*. Campinas: Saberes Editora, 2010. p. 103.

⁶⁶² Id. *Ibid.*, p. 117.

No mesmo sentido aponta o Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS), ao afirmar que a integralidade da atenção no SUS pressupõe a garantia de acesso do usuário aos serviços necessários para o atendimento de seu caso, em todos os níveis do sistema, desde os serviços da atenção básica até os serviços da alta complexidade. Não sendo possível pretender-se a “limitação de seus atendimentos a um pacote mínimo e básico de serviços de saúde”.⁶⁶³

Polêmicas à parte, é indiscutível que o SUS, pensado enquanto sistema, pretende estar estruturado como uma rede regionalizada e hierarquizada de serviços, de maneira a garantir ao indivíduo e à coletividade a proteção, a promoção, o tratamento dos agravos e a reabilitação de sequelas, de acordo com as necessidades de cada um e em todos os níveis de atenção. Porém, para melhor compreender a integralidade em seu aspecto sistêmico, é necessário refletir sobre o que significa um sistema. Como nos lembra Tércio Sampaio Ferraz Júnior, a ideia de sistema ajuda-nos a agrupar e delimitar os componentes de um determinado grupo de coisas. Um sistema, qualquer que seja ele, é composto por dois componentes: seus elementos e as regras que regem o relacionamento entre esses elementos. Para melhor exemplificar o autor dá o exemplo do sistema representado por uma sala de aula.⁶⁶⁴

Um sistema simples, como o representado por uma sala de aula, é composto por vários elementos (cadeiras, mesas, escrivaninha do professor, lousa) que devem estar dispostos e arrumados segundo determinadas regras para que possam constituir o sistema “sala de aula.” Numa sala de aula, há normalmente a seguinte disposição: uma lousa na parede principal, localizada atrás da escrivaninha do professor que, por sua vez, tem à sua frente as mesas pequenas dos alunos enfileiradas, lado a lado, tal qual em uma plateia. A sala de aula só existirá quando os elementos do sistema estiverem dispostos e ordenados segundo as regras existentes naquele sistema. Tanto é assim que, se todos os elementos do sistema (cadeira, lousa, mesas, escrivaninha do professor) estiverem guardados e empilhados em uma das salas do colégio, esta sala jamais poderá se constituir numa sala de aula, mas será apenas um depósito de mesas e cadeiras não utilizadas, pois lhes falta a ordem e a organização entre os elementos a fim de que estes possam constituir um sistema.⁶⁶⁵

Se olharmos o Sistema Único de Saúde sob esta perspectiva, também veremos que ele é composto por vários elementos como, por exemplo: as Unidades Básicas, os Serviços de

⁶⁶³ CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE. Coleção Progestores. Para entender a gestão do SUS. *Média e Alta Complexidade no SUS*. Brasília: CONASS, 2007. p. 14.

⁶⁶⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e determinação*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 1994. p. 174-175.

⁶⁶⁵ Id. *Ibid.*, p. 175.

Diagnóstico e Tratamento (SADTs), os Hospitais, os profissionais de saúde, os prestadores de serviço, os gestores em cada nível do governo, que precisam estar “dispostos e arrumados” segundo determinadas regras para que possam constituir o sistema que denominamos SUS. A organização entre os elementos do sistema permite que ele funcione ordenadamente e de acordo com as regras do próprio sistema.

Depois de termos estudado o SUS, podemos dizer que o sistema, para se sustentar, tem de obedecer às regras da descentralização, regionalização e hierarquização dos serviços de saúde, bem como às regras da integralidade da assistência, da universalidade de acesso e da participação popular no planejamento e na fiscalização das ações de saúde. Dizemos regras porque, parafraseando Dworkin, elas são aplicadas ao sistema à maneira de tudo ou nada, sem escolha⁶⁶⁶, sob pena de os elementos do sistema acima mencionados ficarem dispostos de maneira caótica e desarticulada. Isso, aliás, é o que acontecia antes da criação do SUS.

Naquela época, tínhamos uma atenção fragmentada, com baixa capacidade de resolução, com desperdício de recursos, duplicidade de serviços e com a sobrecarga dos serviços hospitalares e dos especialistas, que acabavam sendo demandados para a resolução de problemas que poderiam ser resolvidos em âmbito ambulatorial e por um médico generalista. Além disso, a centralização do poder decisório nas mãos do governo federal, fazia com que a gestão dos serviços fosse realizada de forma isolada e sem a participação dos gestores estaduais, municipais e da população, o que contribuía ainda mais para a fragmentação da atenção.

Vista sob o ângulo do sistema, a integralidade pode ser caracterizada, parafraseando os defensores da teoria do mínimo existencial, como o mínimo existencial para o funcionamento do sistema, sob pena de, na sua ausência, nos depararmos com algo que não pode ser caracterizado como o Sistema Único de Saúde. Assim, se por um lado admitimos, em relação aos direitos sociais, a existência de um mínimo existencial, ou seja um direito a condições mínimas de existência digna, por outro lado, ao estudarmos o SUS, somos obrigados a admitir que a integralidade da atenção, juntamente com as outras regras mencionadas, constituem o mínimo existencial do Sistema Único de Saúde.

Quando afirmamos que o direito ao atendimento integral corresponde ao direito ao mínimo existencial do sistema, estamos nos referindo à integralidade em todas as suas múltiplas acepções. Isto é, integralidade concebida como modo de organização de ações

⁶⁶⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39.

articuladas de prevenção e cura, voltadas aos indivíduos e coletivos⁶⁶⁷; como atendimento holístico do paciente; como integralidade focalizada (aquela que ocorre no interior de cada serviço de saúde) e como à integralidade ampliada (que se realiza na articulação de cada serviço com a rede de serviços existentes dentro do sistema e até mesmo fora dele)⁶⁶⁸. Em outras palavras, estamos a falar da integralidade como garantia de continuidade da atenção nos distintos níveis de complexidade do sistema e como articulação de distintas políticas sociais.⁶⁶⁹

O funcionamento do sistema torna a integralidade, em qualquer dos aspectos mencionados acima, uma regra essencial para a existência e manutenção do próprio Sistema Único de Saúde. Apenas para exemplificarmos a estratégia de funcionamento do SUS, podemos eleger o caso de uma criança com uma simples amigdalite atendida na UBS. A infecção causada por *Streptococcus beta hemolítico* se for corretamente diagnosticada e tratada na atenção básica com penicilina (antibiótico de baixo custo) resultará em cura sem sequelas. Evita-se assim o aparecimento de complicações cardíacas que poderão levar a lesões valvulares, o que irá demandar o tratamento com cardiologista (média complexidade), a realização de ecocardiograma e eventualmente até uma cirurgia cardíaca (procedimentos da alta complexidade). Se o atendimento da atenção básica tiver capacidade de resolução do problema, certamente iremos economizar tempo e dinheiro com ações mais dispendiosas e complicadas.

A lógica do sistema é concentrar esforços nas ações de atenção básica fundamentalmente, pois, na medida em que ela for eficaz e eficiente na solução dos problemas de saúde da população, o resultado será a menor utilização dos serviços de média e alta complexidade, a diminuição do número de internações e de atendimentos nos Postos de Pronto Atendimento e a diminuição dos índices de mortalidade.⁶⁷⁰ Porém, no caso da amigdalite relatado acima, se ocorrer o diagnóstico e o tratamento tardios da doença e o

⁶⁶⁷ KEHRIG, Ruth Terezinha. *Integralidade da atenção à saúde: suas expressões na organização tecnológica do trabalho em serviços locais de saúde*. 2001. 393 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 57-59.

⁶⁶⁸ CECÍLIO, Luiz Carlos de Oliveira. As necessidades de saúde como conceito estruturante na luta pela integralidade e equidade na atenção à saúde. In: PINHEIRO, Roseni; MATTOS, Ruben Araujo de (Org.). *Os sentidos da Integralidade na atenção e no cuidado*. Rio de Janeiro: UERJ/IMS/ABRASCO, 2001. p. 115-119.

⁶⁶⁹ PAIM, Jairnilson Silva. Atenção à saúde no Brasil. In: _____. *Desafios para a saúde coletiva no século XXI*. Salvador: Editora da UFBA, 2006. p. 11-47.

⁶⁷⁰ RONCALLI, Ângelo Giuseppe; LIMA, Kenio Costa et al. Impacto do programa de saúde da família sobre indicadores de saúde da criança em municípios de grande porte da região Nordeste do Brasil. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 3, p. 713-724, jul./set. 2006.

aparecimento das complicações relacionadas, o sistema deve garantir o acesso a todos os outros níveis de complexidade, a fim de fornecer ao paciente a integralidade da atenção.

Em outras palavras, a lógica de funcionamento do SUS torna a integralidade, em qualquer dos aspectos mencionados acima, uma regra essencial para a existência e manutenção do próprio Sistema Único de Saúde. Que sistema seria esse, se, depois de realizar o atendimento de um paciente com infarto agudo do miocárdio no Pronto Socorro, não lhe garantisse o acesso a uma vaga de UTI durante o monitoramento da crise? Poder-se-ia chamar de um sistema de saúde aquele que, depois de ter realizado o pré-natal em uma gestante na UBS (atenção básica) e ter diagnosticado através de ultrassonografia (serviço de média complexidade) a existência de uma má formação cardíaca grave (coartação da aorta), deixasse de encaminhar a paciente para realizar o parto em hospital que possuísse uma equipe de cirurgia cardíaca e uma UTI neonatal, a fim de propiciar um bom atendimento ao recém-nascido?

Da mesma forma, o que dizer de um sistema que permitisse ao pediatra atender uma criança espancada pelo pai, medicando apenas os sintomas isolados, sem promover uma abordagem multidisciplinar do paciente e da família? Por fim, como admitir um sistema que durante uma epidemia de dengue se preocupasse apenas em atender, medicar e hidratar os pacientes sem combater o vetor da doença (mosquito) e sem realizar campanhas educativas que estimulasse mudanças de hábitos na população?

Pelos exemplos mencionados acima, forçoso é admitir nesses e em outros casos, que a integralidade é uma condição mínima para a existência do sistema e como tal não pode ser limitada ou suprimida do SUS.

Uma outra questão importante a respeito da integralidade é o fato de ela não existir isolada dentro do sistema. Como aponta Cecílio, existe uma relação indissociável entre a integralidade, a universalidade, e a equidade dentro do SUS⁶⁷¹. O que significa dizer que só é possível garantir o atendimento integral ao usuário do SUS se este tiver o acesso igualitário e universal aos serviços de saúde de que necessita. Para o autor, essa relação é tão necessária que não seria possível pensar em qualquer uma delas sem a presença da outra. Assim, a integralidade, universalidade e equidade formariam o que ele denomina de “tríplice signo da Reforma Sanitária”.

⁶⁷¹ CECÍLIO, Luiz Carlos de Oliveira. As necessidades de saúde como conceito estruturante na luta pela integralidade e equidade na atenção à saúde. In: PINHEIRO, Roseni; MATTOS, Ruben Araujo de (Org.). *Os sentidos da integralidade na atenção e no cuidado*. Rio de Janeiro: UERJ/IMS/ABRASCO, 2001. p. 113-115.

Ousamos dizer que essa relação estreita existe também entre a integralidade e as demais regras do sistema, quais sejam: a descentralização da gestão, a regionalização dos serviços e a participação popular no planejamento e na fiscalização das ações executadas pelo SUS.

A descentralização da gestão do SUS para o município é fundamental para que a rede de serviços trabalhe harmonicamente e para que seja assegurada a integralidade da atenção desde a atenção básica até os serviços de média e alta complexidade.

Da mesma maneira, a criação de regiões de saúde compostas por vários municípios contíguos (regionalização) também é fundamental para assegurar o atendimento integral de cada um dos municípios, especialmente daqueles pertencentes a pequenos municípios que não possuem serviços de média e alta complexidade, mas precisam ter o acesso a eles assegurado. Nesse sentido, o cumprimento das metas fixadas na Programação Pactuada Integrada (PPI), instrumento através do qual os municípios com maior infraestrutura se comprometem a atender usuários de outros municípios que não a possuem, é fundamental para a garantia da integralidade da atenção.

Por fim, a proximidade entre os usuários do sistema e o gestor municipal é peça chave para a delimitação das reais necessidades de saúde da população de um determinado território e para o adequado funcionamento do sistema. A contribuição da população através dos Conselhos Municipais de Saúde e das Conferências de Saúde para a definição de metas e estratégias em favor da saúde da população, é condição *sine qua non* para assegurar a integralidade da atenção aos usuários do SUS daquele município.

Diante disso, entendemos ser possível afirmar que entre as regras do Sistema Único de Saúde (a integralidade, universalidade, descentralização, regionalização e participação comunitária) existe também uma relação de complementaridade, unicidade e indissociabilidade, tal qual aquela relação que se observa entre os direitos humanos de primeira, segunda, terceira e quarta geração, o que faz existir entre elas uma relação de interdependência.

6.1.2. A integralidade e o mínimo social do caso concreto

Se a integralidade é condição mínima para a existência do Sistema de Saúde, podemos também dizer o mesmo, se nossa perspectiva de análise for o caso concreto. A saúde do indivíduo depende de múltiplas variáveis, que englobam desde a sua condição socioeconômica até o meio-ambiente que o circunda. Além de ações que visam a recuperação

da saúde, todos os esforços devem ser feitos no sentido de práticas saudáveis que possam contribuir para prevenir doenças e incrementar a sua qualidade de vida.

Por essa razão é que o conceito de saúde como ausência de doença restou ultrapassado e a abordagem do indivíduo através do modelo biomédico, com ênfase nas atividades curativas, precisou ser repensado, o que resultou numa mudança das práticas e abordagens tanto dos profissionais de saúde quanto dos serviços de saúde. O paciente agora deve ser visto como um ser individualizado dentro das suas circunstâncias peculiares de vida. O direito à saúde, nesse caso, não se restringe apenas a ações curativas (tratamento de doenças e sequelas), mas engloba ações de prevenção dos agravos e de promoção de hábitos saudáveis.

Essa visão holística é hoje aplicada na maioria das políticas e programas de saúde que vêm sendo implantadas desde a criação do SUS. Um bom exemplo dessa nova abordagem do indivíduo é representada pela adoção das estratégias; do planejamento da linha de cuidado ao paciente; da clínica ampliada e do plano terapêutico singular, que devem ser seguidas para a obtenção da integralidade da atenção no caso concreto.

Essas são estratégias inseridas nos programas do SUS, mas deveriam ser também utilizadas fora do sistema público de saúde, uma vez que constituem uma forma mais adequada de abordagem do indivíduo, tendo em vista os múltiplos fatores determinantes da doença.

No enfrentamento do caso, há necessidade de se trabalhar com linha de cuidado, isto é, o paciente deve ser olhado como um todo dentro daquela linha de cuidado. Sob essa ótica, a produção do cuidado é vista de forma sistêmica e integrada aos demais níveis assistenciais. Assim, todos os recursos disponíveis devem ser integrados por fluxos, que são direcionados de forma singular, guiados pelo projeto terapêutico do usuário. Tais fluxos devem ser capazes de garantir o acesso seguro às tecnologias necessárias à assistência.

Além de organizar a linha do cuidado, do ponto de vista dos fluxos assistenciais, define-se que a equipe da Unidade Básica de Saúde (UBS) ou a Equipe de Saúde da Família (ESF), que tem responsabilidades sobre o cuidado, é que devem ser gestoras do projeto terapêutico e portanto deverão acompanhá-lo, garantindo o acesso aos outros níveis de assistência, assim como a “contratransferência”, para que o vínculo continue com a equipe básica, que tem a missão de dar continuidade aos cuidados ao usuário.⁶⁷²

⁶⁷² FRANCO, Túlio Batista; MAGALHÃES JÚNIOR, Helvécio Miranda. Integralidade na assistência à saúde: a organização das linhas de cuidado. In: MEHRY, Emerson Elias. (Org.). *O trabalho em saúde: olhando e experienciando o SUS no cotidiano*. 2. ed. São Paulo: HUCITEC, 2004.

A linha de cuidado garante a integralidade da atenção no sentido de assegurar ao paciente o atendimento em todos os níveis de atenção do sistema e a todas as tecnologias que se fizerem necessárias para o seu caso particular. Para se ter uma ideia dessa estratégia, pode-se consultar a Política Nacional da Atenção ao Portador de Doença Renal,⁶⁷³ na qual está explicitada a linha de cuidado para pacientes hipertensos e diabéticos, desde a atenção básica até a alta complexidade, que engloba a hemodiálise e o transplante renal, mas cuja análise foge ao escopo deste trabalho.

Outra estratégia fundamental para ampliação do objeto do trabalho da clínica e para a obtenção da integralidade é a clínica ampliada. Como apontam Campos e Amaral,⁶⁷⁴ além de cuidar da doença deve-se também cuidar de outros problemas de saúde, isto é, de situações que ampliam o risco ou a vulnerabilidade da pessoa. O principal é entender que não há problema de saúde que não esteja encarnado em um sujeito, em uma pessoa. Por isso, os autores sugerem a “clínica do sujeito” como forma de ampliação.

Para os autores, deve-se buscar a produção da saúde por meios distintos: curativos, preventivos, de reabilitação ou cuidados paliativos. Deve-se ainda ampliar o grau de autonomia dos usuários do serviço, fazendo com que eles sejam capazes de autocuidado, de compreensão sobre o processo saúde/doença, de usar o poder e de estabelecer compromisso e contratos com os outros. Essa autonomia e autocuidado pressupõem uma clínica compartilhada desde a construção do diagnóstico ao projeto terapêutico, com a construção de modos de corresponsabilização do clínico e do usuário.

Para que seja efetiva, a clínica ampliada necessitará do auxílio e do conhecimento de outros saberes já sistematizados em outras áreas, o que exige a abertura do ambiente de trabalho às estruturas de outras disciplinas e especialidades. Também será necessário um ambiente de educação permanente que possibilite a reconstrução de conhecimentos e das posturas dos trabalhadores da saúde. A ação e discussão de casos através de equipes transdisciplinares e uma gestão coparticipativa também são importantes. A construção de protocolos ou diretrizes clínicas sempre buscando o diálogo entre as várias áreas e permitindo a flexibilização desses mesmos protocolos também são medidas úteis para a ampliação da clínica.

⁶⁷³ BRASIL. Ministério da Saúde. Política Nacional de Atenção ao Portador de Doença Renal. Disponível em: <<http://www.nefrologiaonline.com.br/noticias/PoliticaNacional.doc>>. Acesso em: 04 set. 2011.

⁶⁷⁴ CAMPOS, Gastão Wagner de Sousa; AMARAL, Márcia Aparecida do. A clínica ampliada e compartilhada, a gestão democrática e redes de atenção como referenciais teórico-operacionais para a reforma do hospital. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 4, p. 849-859, jul. /ago. 2007.

Sob esse aspecto da clínica ampliada ou clínica do sujeito, a integralidade da atenção está sendo garantida em todas as dimensões: biológica, psicológica e social. É a atenção totalizadora a que se referiu Campos.⁶⁷⁵ Também se garante a integralidade da atenção pela perspectiva da integração das ações de promoção, proteção, recuperação e reabilitação e pela forma de atendimento do profissional de saúde no sentido de realizar uma abordagem integral do paciente como apontou Paim.⁶⁷⁶

Outro instrumento importante na integralidade da atenção é o projeto terapêutico individual ou singular. Geralmente utilizado nos casos complexos, ele compreende um conjunto de propostas de condutas terapêuticas articuladas, para um sujeito individual ou coletivo, e é resultado da discussão coletiva de uma equipe interdisciplinar, com apoio matricial se necessário. Na reunião da equipe todas as opiniões são importantes para ajudar a entender o sujeito com alguma demanda de cuidado em saúde e, conseqüentemente, pode ser de grande valia para a definição de propostas de ações. Esse tipo de cuidado médico exige que o profissional seja capaz de ser um operador de vários tipos de tecnologia da saúde como, por exemplo, equipamentos (tecnologia dura); manejo da clínica e da epidemiologia (tecnologia leve-dura) e manejo de relações interpessoais e intersetoriais (tecnologia leve).⁶⁷⁷ É preciso buscar a produção do cuidado através da construção de projetos terapêuticos que, levando em conta a singularidade do caso, possam atuar em todas os fatores determinantes do adoecimento daquele paciente em particular. Isso significa a sua desvinculação de toda e qualquer tentativa de igualá-lo a outros pacientes ou de enquadrá-lo em um diagnóstico de uma determinada doença, com a finalidade de oferecer-lhe o tratamento padrão previsto em um protocolo clínico e de diretrizes terapêuticas. Essa produção do cuidado também não se limita apenas ao fornecimento de um medicamento, mas implica em atuação nas mais diversas esferas necessárias: na orientação da alimentação, no lazer, no trabalho, e tantas outras.

A cartilha do Ministério da Saúde explicita os quatro momentos do projeto terapêutico singular. São eles:⁶⁷⁸

⁶⁷⁵ CAMPOS, Carlos Eduardo Aguilera. O desafio da integralidade segundo as perspectivas da vigilância da saúde e da saúde da família. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 577, 2003.

⁶⁷⁶ PAIM, Jairnilson Silva. Atenção à Saúde no Brasil. In: _____. *Desafios para a saúde coletiva no século XXI*. Salvador: Editora da UFBA, 2006. p. 11-47.

⁶⁷⁷ MERHY, Emerson Elias. *Apostando em projetos terapêuticos cuidadores: desafios para a mudança da escola médica*. Disponível em: < <http://www.uff.br/saudecoletiva/professores/merhy/artigos-07.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2011.

⁶⁷⁸ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Núcleo Técnico da Política Nacional de Humanização. *Clínica ampliada, equipe de referência e projeto terapêutico singular*. Ministério da Saúde,

1) O diagnóstico: deverá conter uma avaliação orgânica, psicológica e social, que possibilite a conclusão a respeito dos riscos e da vulnerabilidade do usuário. Deve-se tentar captar como o sujeito singular se produz diante de forças como as doenças, os desejos e os interesses, assim como o trabalho, a cultura, a família e a rede social. Ou seja, tentar entender o que o sujeito faz de tudo que fizeram dele.

2) Definição de metas: uma vez que a equipe fez os diagnósticos, ela apresenta propostas de curto, médio e longo prazo, que serão negociadas com o sujeito doente pelo membro da equipe que tiver um vínculo melhor.

3) Divisão de responsabilidades: é importante definir as tarefas de cada um com clareza.

4) Reavaliação: momento em que se discutirá a evolução e se farão as devidas correções de rumo.

Mais uma vez estamos diante da integralidade da atenção em seu aspecto holístico, abordando o paciente em todas as dimensões e construindo com ele metas terapêuticas a serem seguidas, tornando-o também responsável pelo próprio cuidado.

A integralidade da atenção no caso concreto é condição primordial para a satisfação do direito à saúde do paciente, razão pela qual a caracterizamos como o mínimo existencial do direito à saúde. Assim, se uma mulher atendida pelo ginecologista na Unidade Básica de Saúde (atenção básica) descobre a existência de um nódulo mamário, deve ter garantido o seu acesso aos serviços de média complexidade para realizar uma ultrassonografia de mama. E, uma vez confirmado o diagnóstico, deve ter seu tratamento assegurado pelo sistema, o que significa ter acesso a toda a tecnologia capaz de combater a doença (cirurgia, quimioterapia e radioterapia).

Sendo o câncer de mama um problema de saúde de grande repercussão no nosso país, o Estado vai desenvolver uma política e programas que se preocupem com a instalação de serviços e a realização de ações que vão desde o diagnóstico precoce da doença (autoexame, consultas ginecológicas regulares) até serviços de média complexidade (realização de mamografia, radioterapia, quimioterapia) e alta complexidade (leitos hospitalares). Para tanto, é preciso que estudos epidemiológicos nos forneçam dados sobre o número de pacientes já existentes e o número de novos casos da doença anualmente, o

número de aparelhos de mamografia e radioterapia, leitos hospitalares e o gasto com quimioterápicos existentes. Pois só assim poderemos estimar qual será o investimento necessário em novos aparelhos de mamografia, de radioterapia, o número de leitos hospitalares e a quantidade de medicamentos que terão de estar disponíveis ao acesso, para garantir o funcionamento do programa idealizado. Nesse sentido, é preciso planejar e prever despesas orçamentárias para a concretização do programa.

Porém, uma vez implantado o programa, diante da demanda judicial de uma paciente que pleiteia a realização de uma mamografia pelo SUS, um tratamento radioterápico, ou um quimioterápico novo diante do insucesso dos medicamentos anteriormente utilizados, não se pode resolver a questão com base simplesmente na falta de previsão orçamentária, mas sim com base na análise do mínimo existencial do caso concreto. O direito pleiteado (mamografia, radioterapia, quimioterapia), em nosso entender, situa-se no âmbito do direito ao mínimo social (condições mínimas de uma existência digna) e, como tal, deve ser satisfeito não se encontrando sujeito à reserva do possível. O equívoco de Lobo Torres, ao analisar a questão do mínimo e máximo existencial em relação à saúde, é entender que a mamografia e a radioterapia, por serem ações e serviços ligados à “medicina curativa”, estariam no âmbito do máximo social e, portanto, dependentes de previsão de verbas orçamentárias.⁶⁷⁹

Tendo em vista que, dentre os direitos sociais, encontra-se o direito à saúde, afigura-se perigoso o raciocínio que faz depender a realização desse direito das condições econômicas e financeiras, da disponibilidade orçamentária e de outras condições que são fixadas de acordo com o juízo de conveniência e oportunidade dos legisladores e dos administradores. Exatamente por isso é que reafirmamos nesta tese a ideia de que o direito à saúde pertencente ao mínimo existencial deve ser analisado no contexto das ações e dos serviços existentes no SUS, não sendo possível limitá-lo por falta de previsão orçamentária. Admitir o contrário é distorcer o sentido da integralidade e relativizar um direito fundamental que é universal.

Isso não significa, porém, que se deva “dar tudo a todos” e “nem tudo que se pede” de forma indiscriminada e sem uma análise da real necessidade do caso concreto. Na questão da judicialização da saúde, tem havido excessos de todos os envolvidos na questão: pacientes, médicos, advogados, promotores, procuradores e juízes, o que pode ser bem evidenciado quando analisamos o caso dos medicamentos. O abuso dos petiçãoários (representantes dos interesses do paciente em juízo) pode ser evidenciado nos pedidos de uma

⁶⁷⁹ TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 287.

condenação genérica e perene, ou seja, que o Poder Público forneça este e “qualquer outro medicamento que o autor vier a precisar no presente e no futuro”.⁶⁸⁰ O abuso dos juízes é constatado no deferimento de liminares sem a análise de dados fáticos (exames, diagnóstico da doença, relatórios de evolução, etc.). Os excessos dos médicos podem ser observados na utilização de medicamentos recentemente lançados pelos laboratórios, sem uma devida análise da real necessidade deles para o caso concreto. Os excessos dos pacientes podem ser observados no uso *incontinenti* da ação judicial, sem antes tentar a solução do caso através da via administrativa (quando a urgência do caso permitir).

Continuamos afirmando que, uma vez detectada a necessidade real de determinado procedimento para que o atendimento integral seja dado ao paciente, aquele procedimento constitui-se no mínimo existencial do direito à saúde no caso concreto. Em outras palavras, pode-se dizer que integralidade da assistência é a mais concreta expressão do mínimo existencial em relação ao direito à saúde no caso concreto. Sem atendimento integral das necessidades do paciente, não há concretização do mínimo existencial do seu direito.

Sendo a integralidade a expressão do mínimo existencial do direito à saúde, pode-se dizer que ela é um direito garantido pela Constituição Federal, estando também fundamentada no valor fonte do ordenamento, que é o valor incondicionado da pessoa humana, considerado como modelo ético-supremo por Miguel Reale.⁶⁸¹ Nesse sentido, ele comunga das ideias do professor Comparato, para quem o paradigma da pessoa humana “reúne em si a totalidade dos valores: ela é o supremo critério axiológico a orientar a vida de cada um de nós.”⁶⁸²

A interpretação das normas constitucionais relativas à saúde, feita com base nas diretrizes da interpretação estrutural defendida por Reale,⁶⁸³ nos permite analisar eticamente os modelos da experiência jurídica. Assim, se a unidade do sistema é dada pela referência à fonte de todos os valores que é a pessoa humana, então as interpretações das normas relativas à saúde devem levar em conta esse valor. Quando o artigo 196 da Constituição Federal prevê o acesso aos serviços e ações de saúde tanto curativas quanto preventivas em todos os níveis

⁶⁸⁰ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Processo n.562.01.2010.002492-9 da 2ª Vara de Fazenda Pública de Santos.

⁶⁸¹ REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 114.

⁶⁸² COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 481. Com relação a estes valores é interessante apontar a hierarquia cuja ordem de importância seria para o doutrinador: i) a dignidade da pessoa humana; ii) a verdade, a justiça e o amor; iii) a liberdade, a igualdade, a segurança e a solidariedade. Id. *Ibid.*, p.509.

⁶⁸³ REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito*, cit., p. 111-112.

de atenção, ele está levando em conta o valor fonte de todos os outros que é a pessoa humana e suas necessidades de saúde.

Além disso, pela estrutura global do ordenamento, pode-se dizer que o direito à saúde está ligado ao direito à vida digna. A dignidade da pessoa humana é o princípio basilar de todos os direitos e garantias previstas no artigo 5º da Constituição e representa a diretriz de todo o nosso ordenamento. Assim, qualquer interpretação relativa ao direito à saúde deve ser coerente com a preservação do direito à vida digna.

A natureza histórico-concreta do ato interpretativo aponta que a universalidade de acesso aos serviços e a integralidade da atenção, tal como a concebemos hoje, está presente tanto na intenção do legislador quando na elaboração da norma, como nas exigências fáticas e axiológicas atuais.

A destinação ética do processo interpretativo e o valor principal do sistema nos permite interpretar a norma relativa à integralidade de assistência à saúde como uma norma garantidora de todos os tratamentos e intervenções que o paciente necessitar no caso concreto, em todos os níveis de atenção (desde a atenção básica até a alta complexidade) para recuperar e promover a saúde, ou, em outras palavras, para sobreviver com dignidade. Esse também é o posicionamento do Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS) que, ao se referir à integralidade do SUS, afirmou que “não se pode pretender a limitação de seus atendimentos a um pacote mínimo e básico de serviços de saúde”.⁶⁸⁴

Ainda sob a ótica realiana entendemos que tanto a criação de normas relativas à saúde quanto a sua interpretação e aplicação pelos tribunais expressam decisões objetivantes do Poder, e que estas serão tanto mais legítimas se concretizarem os valores da sociedade democrática e, em especial, o valor da dignidade da pessoa humana.⁶⁸⁵ Sob o prisma da realizabilidade do valor, somos forçados a concluir que as normas constitucionais que tratam da universalidade e da integralidade do Sistema Único de Saúde não podem ser interpretadas como normas programáticas. Ao contrário, elas são fontes de direitos e obrigações e reclamam a realizabilidade dos valores que expressam.

⁶⁸⁴ CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE. Coleção Progestores. Para Entender a Gestão do SUS. *Média e alta complexidade no SUS*. Brasília, 2007. p. 14.

⁶⁸⁵ Vale lembrar aqui a hierarquia de valores apontada pelo Professor Comparato (nota 134). Ocorre que os resultados práticos de uma decisão, quer seja ela judicial, legislativa ou política, nunca serão uniformemente bons ou maus para todos. Para que a decisão seja eticamente justificável, é preciso sopesar os seus efeitos em função de uma hierarquia de valores, cuja ordem de importância para o Professor Comparato é: i) a dignidade da pessoa humana; ii) a verdade, a justiça e o amor; iii) a liberdade, a igualdade, a segurança e a solidariedade.

Se o valor fonte – a dignidade da pessoa humana – é o valor a ser realizado, e se ele não se esgota no momento de sua realização na prática, então é sempre possível reivindicar mais e mais dignidade no tocante aos procedimentos relativos à saúde. Ousamos dizer que a inexauribilidade do valor na teoria realiana pode fundamentar a concessão pelo Judiciário do custeio com tratamentos e serviços diagnósticos de doenças órfãs ou negligenciadas, inclusive o uso de drogas experimentais que, se não podem promover a cura, ao menos trazem mais dignidade aos pacientes que sofrem. Enquanto expressão da justiça, esse posicionamento parece se enquadrar como uma “conjetura plausível”.⁶⁸⁶

Este trabalho pretende chamar a atenção para o fato de que a análise da integralidade da atenção no contexto do SUS, realizada sob o prisma do mínimo social e da teoria tridimensional do direito, pode ser de grande valia na identificação do núcleo essencial do direito à saúde discutido em juízo.

6.2. Universalidade: democratização dos serviços de saúde

No contexto da consolidação do SUS, o cuidado integral da saúde está associado com outros dois princípios do sistema: universalidade e equidade. Juntos, eles formam o tripé que embasou o Movimento da Reforma Sanitária na batalha por cidadania, justiça e democracia quando da criação do Sistema Único de Saúde.⁶⁸⁷

Antes da criação do SUS, não havia no Brasil nenhuma preocupação com a socialização das ações de saúde. Existia uma certa separação do cuidado em dois sistemas: um preventivo, de responsabilidade da Saúde Pública, e outro sistema de atenção clínica, manejado preferencialmente pela iniciativa privada. Prevalecia na saúde o modelo liberal – privatista, no qual a assistência individual ou o atendimento clínico eram oferecidos, de preferência por prestadores privados, ainda quando houvesse a intermediação de seguros saúde ou de sistema da previdência do Estado (como o INAMPS, por exemplo). Já ao Estado cabia primordialmente responsabilizar-se pelos problemas de saúde com repercussão ou interesse coletivo.⁶⁸⁸

⁶⁸⁶ LAFER, Celso. A importância do Valor Justiça na Reflexão de Miguel Reale. In: LAFER, Celso, FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio (Coord.). *Direito, política, filosofia e poesia: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale no seu octogésimo aniversário*. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 238.

⁶⁸⁷ CECILIO, Luiz Carlos de Oliveira. As necessidades de saúde como conceito estruturante na luta pela integralidade e equidade na atenção à saúde. In: PINHEIRO, Roseni; MATTOS, Ruben Araújo (Org.). *Os sentidos da integralidade na atenção e no cuidado à saúde*. Rio de Janeiro: IMS-UERJ, 2001. p. 113-115.

⁶⁸⁸ CAMPOS, Gastão Wagner de Sousa. SUS entre a tradição dos sistemas nacionais e o modo liberal-privado para organizar o cuidado à saúde. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 12, p. 1.871, 2007. Suplemento.

Antes da Reforma Sanitária, a população brasileira, no tocante à assistência, poderia ser dividida em três categorias: i) a que podia pagar pelos serviços; ii) a que tinha direito à assistência do INAMPS; iii) a que não tinha nenhum direito e vivia da caridade das entidades filantrópicas.⁶⁸⁹ Era preciso pensar a implantação de um sistema que atendesse às necessidades de todos os cidadãos e não apenas daqueles que podiam pagar ou que contribuía para a Previdência.

Já mencionamos que muitos fatores influenciaram na criação do Sistema Único de Saúde, como: i) a crise de financiamento do modelo de assistência médica; ii) a mobilização política dos trabalhadores em saúde, dos centros universitários congregados num movimento chamado de Reforma Sanitária.⁶⁹⁰ Influenciados por esses fatores, os constituintes acabaram por prever, no artigo 196 da CF/1988, a universalidade de cobertura dos serviços e das ações de saúde.

Analisando-se a criação do SUS sob a ótica da teoria tridimensional do direito de Reale, pode-se constatar a atuação do Poder constituinte no momento da nomogênese.⁶⁹¹ A complexidade fática que antecedeu a criação do SUS estava assim delineada: os serviços públicos (ambulatorial e hospitalar) de saúde eram ofertados pelo INAMPS apenas para os contribuintes da Previdência. A grande parcela da população que não possuía emprego formal tinha de contar com a benemerência das entidades filantrópicas, com os poucos serviços ofertados pelos estados e pelos municípios ou tinha que pagar pelos serviços de saúde.

Por outro lado, com a recente redemocratização do país, muitos valores estavam em evidência como, por exemplo: o da igualdade entre as pessoas, o do respeito à dignidade da pessoa humana, o da participação popular na discussão sobre que políticas públicas atendem às suas necessidades. Enfim, eram novos tempos, nos quais a concretização dos direitos sociais (dentre eles, o direito à saúde) era reivindicada pela sociedade democrática.

Foi nesse momento de tensão entre o complexo fático e o complexo axiológico acima mencionados, que o Poder constituinte optou por objetivar o artigo 196 e todos os demais relativos à saúde no texto constitucional. Se analisarmos a universalidade e a integralidade da assistência previstas no SUS, sob a perspectiva da dialética de implicação e polaridade, podemos identificar a dinâmica do processo apontada por Reale: um fato social se

⁶⁸⁹ SOUZA, Renilson Rehem. O Sistema Público de Saúde Brasileiro. In: NEGRI, Barjas; VIANA, Ana Luiza D'Ávila (Org.). *O Sistema Único de Saúde em dez anos de desafio*. São Paulo: Sobravime / Cealag, 2002. p. 446.

⁶⁹⁰ PAIM, Jairnilson Silva. *Reforma sanitária brasileira: contribuição para a compreensão e crítica*. Salvador: EDUFBA; Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2008. p. 154-155.

⁶⁹¹ REALE, Miguel. *Pluralismo, liberdade*. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura, 1998. p. 225.

liga a um valor para se expressar através de uma norma legal que atende às relações que devem existir entre os dois elementos.⁶⁹²

Esta tese discute a universalidade de acesso como expressão do mínimo essencial em relação ao direito à saúde. Se o atendimento integral é necessário para a concretização das prestações mínimas em saúde, o acesso universal às ações e aos serviços de saúde constitui uma condição *sine qua non* para a realização da integralidade do sistema.

O acesso universal e igualitário ao sistema de saúde, com a abolição de qualquer discriminação, mostra que a Reforma Sanitária assumiu a igualdade como valor e ousou formular um modelo de ética e de justiça social baseado na solidariedade. O artigo 196 da Constituição Federal é a tradução desse ideal igualitário.

Assim, se o modelo ético-jurídico é o valor incondicionado da pessoa humana e se cada homem é um ente intangível, então o absoluto primado da pessoa humana só é concebível em razão de igual valor conferido às demais pessoas.⁶⁹³ Foi com base nessa igualdade que se concebeu a igualdade de acesso aos serviços de saúde.

É importante apontar, entretanto, que não se trata aqui da igualdade simples mas sim da igualdade complexa defendida por Walzer, na qual o que se pretende é o não predomínio de qualquer dos princípios de justiça distributiva: o livre intercâmbio, o merecimento e a necessidade. Pois, como os bens sociais têm significados distintos, é possível a utilização de qualquer um dos três princípios, de acordo com a particularidade do bem em questão.

A teoria de Walzer nos permite pensar a igualdade não como homogeneidade, mas como igualdade complexa, que supõe necessariamente a diversidade. Aplicada à questão da saúde, ela nos faz refletir sobre a particularidade do bem em questão. Assim é que, em termos de SUS, o acesso universal e igualitário pressupõe também a diversidade decorrente de necessidades diferentes. A preocupação com a igualdade material faz com que a universalidade e a integralidade passem a ser “um objetivo a ser perseguido através de ações e políticas públicas”.⁶⁹⁴

⁶⁹² REALE, Miguel. *Pluralismo, liberdade*. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura, 1998. p. 236.

⁶⁹³ REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 114.

⁶⁹⁴ SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p. 144.

Resta, portanto, ultrapassada a ideologia liberal que, fortalecida pelo capitalismo, concebe a sociedade como um mercado onde todos competem entre si e fingem ser iguais, como aponta o professor Comparato:⁶⁹⁵

Em nome da isonomia ou igualdade meramente formal dos concorrentes perante a lei, faz-se de conta que todos – ricos e pobres, fortes e fracos, sujeitos ou não ao preconceito da inferioridade – podem participar, numa postulada igualdade absoluta da condição social, da grande competição da vida, na qual deve ser premiado o concorrente mais capaz.

Se a preocupação com a igualdade material já era grande no Estado Social do início do século XX, com mais razão ela é o ideal a ser atingido dentro de um Estado Democrático de Direito, que tenha um fim ético e não apenas uma função eficaz, isto é, “um Estado em que se assentam os fundamentos racionais dos direitos universais do homem enquanto homem”.⁶⁹⁶

Em face do contexto da situação da saúde anterior a 1988, torna-se, portanto, compreensível a criação de um sistema de saúde que atendesse a todos e não apenas aos contribuintes do INAMPS, que se preocupasse com as demandas de todas as regiões do Brasil e não apenas com aquelas dos centros mais abastados que concentravam a maior parte dos serviços de saúde.⁶⁹⁷

Embora a universalidade sofra críticas e venha a ser tida como utópica, demagógica e geradora de expectativas inalcançáveis para os cidadãos,⁶⁹⁸ este trabalho defende a posição de que o acesso universal aos serviços e ações de saúde dentro do SUS é a expressão do direito ao mínimo social em relação à saúde, devendo ser efetivado sempre atrelado à integralidade da atenção em cada caso concreto.

Os debates que antecederam a criação do SUS tiveram como pano de fundo a questão social e o binômio “focalização e universalização”. Numa sociedade como a brasileira, marcada pela desigualdade social e pela pouca distribuição de renda, a reforma da saúde passava inexoravelmente pela forma como a sociedade pretendia se organizar e fazer

⁶⁹⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 570-571.

⁶⁹⁶ SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia da justiça em Hegel*. São Paulo: Edições Loyola, 1996. p. 501.

⁶⁹⁷ As desigualdades regionais eram imensas no que diz respeito a equipamentos e serviços diagnósticos, leitos hospitalares e repasse de verbas do governo federal. Ver SOUZA, Renilson Rehem. O financiamento federal do SUS: mitos e verdades. In: NEGRI, Barjas; VIANA, Ana Luiza D'Ávila (Org.). *O Sistema Único de Saúde em dez anos de desafio*. São Paulo: Sobravime / Cealag, 2002. p. 412.

⁶⁹⁸ Lobo Torres critica e lamenta que em nosso país tenhamos feito interpretações equivocadas do mínimo social e da necessidade de maximização dos direitos sociais, o que, para ele, resultou na completa confusão das garantias desses direitos na Constituição de 1988. TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 287.

frente a essas desigualdades. A discussão se desdobrou em duas vertentes:⁶⁹⁹ uma primeira que, ao tratar da questão da pobreza, das desigualdades sociais e das políticas sociais setoriais, possuía como núcleo principal a preocupação com o desafio de definir instrumentos de mensuração precisos, para poder posteriormente formular políticas e programas com o objetivo de atingir seu público alvo – os pobres ou os extremamente pobres – com menor custo e maior eficiência operacional. A outra vertente, que enfatizava a dimensão da cidadania e da conquista dos direitos sociais procurava acentuar o caráter público das políticas públicas de corte social, o que implicava concebê-las também na sua dimensão política de construção de sujeitos sociais.

A primeira vertente, baseada na focalização, propunha privilegiar os mais carentes, uma vez que se defendia a tese de que o Estado não contava com recursos para atender a todos. A segunda vertente era baseada na universalização dos direitos sociais e propunha a organização do Estado e formas de regulação que traduzissem a responsabilidade do Estado na garantia a todos os cidadãos de acesso aos bens de consumo coletivo, independentemente da sua situação no mercado.⁷⁰⁰

A reforma do setor saúde, especialmente na América Latina, passava pelo mesmo embate ideológico entre o modelo focalista, que defendia a concentração de recursos públicos nos segmentos mais pobres da população, investindo-se recursos técnicos para a sua identificação precisa e o modelo universalista, que defendia o acesso aos bens públicos essenciais como um direito do cidadão, independentemente de sua situação social, sem qualquer forma de discriminação, seja ela positiva ou negativa e, nesse caso, a saúde era vista como um direito de responsabilidade do Estado, devendo, portanto, ser financiada com recursos provenientes dos orçamentos públicos das distintas esferas de governo.

Para Amélia Cohn, “a questão da universalização e da focalização no SUS apresenta especificidades que as tornam desatualizadas no caso da saúde, mais especificamente a partir das conquistas setoriais que têm como linha mestra as teses defendidas desde meados da década de 1970 pelo Movimento da Reforma Sanitária”.⁷⁰¹

Para a autora, no caso brasileiro, o binômio não se apresenta como polaridade excludente e a polêmica se traduz numa falsa questão. Isso ocorre porque, no seu entender, a

⁶⁹⁹ COHN, Amélia. O SUS e o direito à saúde: universalização e focalização nas políticas de saúde. In: LIMA, Nísia Trindade (Org.). *Saúde e democracia: história e perspectivas do SUS*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2005. p. 391

⁷⁰⁰ Id. *Ibid.*, p. 392.

⁷⁰¹ COHN, Amélia. O SUS e o direito à saúde: universalização e focalização nas políticas de saúde. In: LIMA, Nísia Trindade (Org.). *Saúde e democracia: história e perspectivas do SUS*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2005. p. 392.

focalização foi utilizada como estratégia de implantação da universalização da saúde como um direito. No caso da saúde, houve um processo de focalização de políticas e programas específicos, que se traduzem em ações de saúde com o objetivo de atender às necessidades de grupos sociais específicos, com características específicas, demandando cuidados de acordo com estas especificidades como são, por exemplo, os casos da gravidez na adolescência e saúde do idoso, mas que são regidos pela diretriz da universalidade do direito.⁷⁰² Assim, iguais a estas, existem outras áreas estratégicas, refletidas em políticas específicas para orientar o processo de programação: 1) saúde da criança e do adolescente; 2) saúde da mulher; 3) saúde do adulto; 4) saúde bucal; 5) saúde da pessoa com deficiência; 6) saúde mental; 7) saúde do trabalhador; 8) urgências; 9) meningites; 10) dengue; 11) hepatites virais; 12) DST/AIDS, todas exemplos de políticas setoriais focalizadas, mas regidas pela diretriz da universalidade.

De qualquer forma, polêmicas à parte, não há como negar que a reforma do sistema de saúde brasileiro defendeu o acesso aos bens públicos essenciais como um direito do cidadão, independentemente de sua situação social, sem qualquer forma de discriminação. Sob essa ótica, a saúde é vista como direito do cidadão e responsabilidade do Estado e deve ser financiada com recursos provenientes dos orçamentos públicos das distintas esferas de governo.⁷⁰³

Se analisamos o direito à saúde como um direito do cidadão e dever do Estado, nos obrigamos a considerar a democratização dos serviços de saúde e a garantir o acesso de todos às instituições prestadoras de cuidados médicos, de acordo com os critérios de regionalização e hierarquização em escala de complexidade crescente.

Ao se referir à questão da universalidade, Carlos Botazzo afirma que ela “significa que todo cidadão, independente de sua inserção social no processo produtivo, nível de ingresso financeiro, filiação político-partidária, crença religiosa, sexo, idade ou etnia, terá seu direito à saúde garantido e preservado pelo Estado”.⁷⁰⁴

Assim como ele, Lenir Santos também concorda que não há como negar que a saúde é direito de todo cidadão brasileiro, que deve ser efetivado independentemente de sua

⁷⁰² COHN, Amelia. O SUS e o direito à saúde: universalização e focalização nas políticas de saúde. In: LIMA, Nísia Trindade (Org.). *Saúde e democracia: história e perspectivas do SUS*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2005. p. 395.

⁷⁰³ Id. *Ibid.*, p. 393.

⁷⁰⁴ BOTAZZO, Carlos. Democracia, participação popular e programas comunitários. In: FLEURY, Sonia; AMARANTE, Paulo; BAHIA, Ligia (Org.). *Saúde em debate: fundamentos da reforma sanitária*. Rio de Janeiro: Cebes, 2008. p. 144.

condição social.⁷⁰⁵ Para ela, a universalidade do acesso é uma decorrência natural do novo conceito de saúde e não pode mais ter a característica de um seguro social a ser satisfeito mediante contribuição especial do cidadão para a previdência e assistência social.⁷⁰⁶

Por essa razão, causa espanto a recente edição do Decreto de n. 7.508 de 28 de junho de 2011,⁷⁰⁷ que veio para regulamentar a Lei 8080/90. O decreto, que dispõe sobre a organização do SUS, a assistência à saúde e à articulação interfederativa, possui alguns artigos que ferem perigosamente a universalidade já assentada na teoria e na prática do sistema de saúde.

Ao se referir à assistência farmacêutica, o art. 28 inexplicavelmente restringe o acesso do cidadão ao medicamento, em total desacordo com a universalidade prevista no art. 196 da Constituição Federal e no art. 7 da Lei 8080/90.

O art. 28 impõe a existência de quatro condições que devem estar presentes concomitantemente para que seja efetivado o acesso:

Art. 28 O acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica pressupõe cumulativamente:

- I- estar o usuário assistido por ações e serviços de saúde do SUS;
- II- ter o medicamento sido prescrito por profissional de saúde, no exercício regular de suas funções no SUS;
- III- estar a prescrição em conformidade com a RENAME e os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas ou com a relação específica complementar estadual, distrital ou municipal de medicamentos; e
- IV- ter a dispensação ocorrido em unidades indicadas pela direção do SUS.

Em primeiro lugar, há de se apontar que isso contraria o espírito da lei e da Constituição que, conforme afirmado no início deste capítulo, têm na universalidade de acesso um dos pilares do sistema. Não há como se admitir que, apenas por não estar sendo atendido dentro do SUS, o indivíduo perca o direito de acesso às ações e serviços públicos de saúde fornecidos pelo sistema. A vingar tal raciocínio, estaríamos a criar uma discriminação

⁷⁰⁵ CARVALHO, Guido Ivan; SANTOS, Lenir. *Sistema Único de Saúde: comentários à Lei Orgânica da Saúde*. 4. ed. Campinas: Editora da Unicamp, 2006. p. 42.

⁷⁰⁶ Id. *Ibid.*, p.63.

⁷⁰⁷ BRASIL. Ministério da Saúde. *Decreto 7508/2011*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/D7508.htm>. Acesso em: 20 out. 2011.

com relação aos cidadãos que, a despeito de terem contribuído para o financiamento do sistema, estariam dele alijados, não por uma questão de etnia, sexo, condição social ou econômica, mas pelo simples fato de terem tido a liberdade de escolher o profissional médico para acompanhar o seu processo singular de saúde-doença.

Se a saúde é um direito de todo cidadão “independente de sua inserção social no processo produtivo, nível de ingresso financeiro, filiação político-partidária, crença religiosa, sexo, idade ou etnia”⁷⁰⁸ seria ilógico, para não dizer vergonhosamente despótico, obrigar-se quem quer que seja a integrar o sistema público de saúde como pré-requisito para o acesso a seus serviços.

O SUS é um sistema mantido pela sociedade para uso de todos os cidadãos. Portanto, equivocada é a posição de que “o usuário potencial do SUS, que optou pela assistência sob uma relação jurídica de direito privado, não é titular de pretensões subjetivas em relação ao sistema público de saúde naquele tratamento”.⁷⁰⁹ Defender a tese de que a universalidade de acesso só é devida ao usuário do SUS é uma conclusão que contraria toda a lógica do sistema estabelecido pela Constituição de 1988. A obrigação constitucional atribuída ao Estado é definida em relação a todos os cidadãos e não apenas àqueles que são atendidos nos serviços públicos de saúde.

Em segundo lugar, há de se notar que é no mínimo curiosa, para não dizer casuística, a edição de um Decreto para regulamentar uma Lei depois de 21 anos do início de sua vigência, especialmente quando este diploma vem para restringir um direito amplamente assegurado na Lei que lhe é hierarquicamente superior (Lei n. 8.080/90) e na Constituição Federal.

Ainda que se considere que a Lei n. 8080/90 passou a incluir restrições ao acesso de medicamentos,⁷¹⁰ no capítulo VIII (Da Assistência Terapêutica e da Incorporação de Tecnologia em Saúde), a partir de 29 de outubro de 2011,⁷¹¹ ainda assim não seria possível

⁷⁰⁸ BOTAZZO, Carlos. Democracia, participação popular e programas comunitários. In: FLEURY, Sonia; AMARANTE, Paulo; BAHIA, Ligia (Org.). *Saúde em debate*: fundamentos da reforma sanitária. Rio de Janeiro: Cebes, 2008. p. 144.

⁷⁰⁹ WEICHERT, Marlon Alberto. O direito à saúde e o princípio da integralidade. In: SANTOS, Lenir (Org.). *Direito da saúde no Brasil*. Campinas: Saberes Editora, 2010. p. 107.

⁷¹⁰ O novo capítulo estipula que, para o medicamento ser fornecido pelo Poder Público, ele faça parte das listas oficiais de medicamentos ou de protocolos clínicos e que seja registrado na ANVISA. Introduzido pela Lei 12401/11. BRASIL. *Lei n. 12.401 de 28 de abril de 2011*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12401.htm>. Acesso em 06: set. 2011.

⁷¹¹ Este capítulo foi inserido pela Lei 12 401 de 28 de abril de 2011, mas a lei só entrou em vigor 180 dias após a sua publicação no Diário Oficial (que ocorreu em 29/4/11). BRASIL. *Lei n. 12.401 de 28 de abril de 2011*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12401.html>. Acesso em: 06 set. 2011.

admitir a restrição pois, em nosso entender, continuaríamos diante de dispositivos (tanto no Decreto quanto na Lei) que contrariam a universalidade de acesso e a integralidade da atenção previstas na Constituição Federal.

Em terceiro lugar, a exigência de que o medicamento pertença às listas oficiais ou a protocolos clínicos também é descabida, porque fere outra base importantíssima do sistema: a garantia da integralidade da atenção, fato já mencionado quando estudamos as ações sobre medicamentos. Naquela ocasião, já afirmávamos a posição de que, uma vez detectada a necessidade de determinado medicamento, no caso concreto, e, constituindo ele o mínimo existencial do direito à saúde do paciente, tornava-se irrelevante o fato de o medicamento estar ou não incluído nas relações oficiais de medicamentos.

O fato do Decreto exigir para fornecimento de medicamentos pelo SUS, que estes tenham sido prescritos pelo SUS, além de ferir o princípio da igualdade também suscita algumas questões como: não poderia implicar em desperdício do recurso público, na medida em que estaríamos diante de duplicidade de serviços (duplicidade de consultas do paciente do convênio, que passaria a ter de ser atendido no serviços públicos para obter o medicamento)? Sem falar no perigo do adiamento do início do tratamento, na medida em que o paciente teria de passar novamente em consulta e exames já realizados no segmento privado.

Estas são questões operacionais que também devem ser consideradas, ao lado do fato de que tal exigência, antes de mais nada, fere o princípio da liberdade de escolha do profissional médico responsável pela condução do tratamento e do cuidado médico. Essa liberdade é uma das razões pelas quais entendemos que a relação médico-paciente não pode ser resumida em uma mera relação de consumo. Na medida em que ela engloba uma inter-relação pessoal e profissional com múltiplos aspectos: medicação, apoio psicológico, orientação e suporte com relação a aspectos como hábitos saudáveis de vida, lazer, trabalho, angústias e outros problemas socioeconômicos e culturais que podem ser determinantes no aparecimento e tratamento da doença, pode-se dizer que a relação médico-paciente é juridicamente uma relação “*sui generis*” fundamentada no encontro de uma confiança (do paciente) com uma consciência (do médico).

Esse relacionamento estreito entre os profissionais de saúde e o paciente é reconhecido pelo SUS quando preconiza no serviço de saúde a humanização do atendimento, o vínculo e o acolhimento do paciente e a sua ligação com a equipe de referência, na qual sempre deve existir um profissional responsável a quem ele pode se dirigir durante as intercorrências e que vai se responsabilizar pela monitorização de seu tratamento e dos encaminhamentos a especialistas e internações.

Por estas razões é que entendemos que submeter o fornecimento do medicamento à presença das quatro condições legais estabelecidas pelo art. 28 do Decreto n. 7.508/11, significa negar, ao mesmo tempo, a universalidade de acesso e a integralidade da atenção que, como já demonstramos, são a expressão do mínimo existencial do Sistema Único de Saúde e do caso concreto.

O mesmo tipo de crítica fazemos à Lei n. 1.2401/11, que altera a Lei n. 8.080/90, incluindo o capítulo VIII que dispõe sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde.⁷¹²

O artigo 19-M, inciso I, se refere à integralidade da assistência terapêutica e também apresenta restrições, que entendemos inconstitucionais:

Art.19-M A assistência terapêutica integral a que se refere a alínea *d* do inciso I do art. 6º consiste em:

I- dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado ou, na falta do protocolo, em conformidade com o disposto no art. 19-P;

O artigo 19-P, por sua vez, continua estabelecendo restrições ao dispor:

Art.19-P. Na falta de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, a dispensação será realizada:

I- com base nas relações de medicamentos instituídas pelo gestor federal do SUS, observadas as competências estabelecidas nesta Lei, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Tripartite

II- - no âmbito de cada estado ou Distrito federal, de forma suplementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores estaduais do SUS, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Bipartite.

III- No âmbito de cada município, de forma suplementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores municipais do SUS, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada no Conselho Municipal de Saúde.

O mesmo se diz a respeito do artigo 19-T, que estabelece as seguintes vedações:

Art. 19-T.São vedados, em todas as esferas de gestão do SUS:

⁷¹² BRASIL. Lei n. 12.401 de 28 de abril de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12401.htm> Acesso em: 06 set. 2011.

- I- o pagamento, o ressarcimento, ou o reembolso de medicamento, produto e procedimento clínico ou cirúrgico experimental, ou de uso não autorizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária-ANVISA;
- II- a dispensação, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento e produto nacional ou importado, sem registro na ANVISA.

A exigência de estar o medicamento previsto em protocolos também se afigura descabida, entre outras razões, porque tais protocolos, ao padronizarem condutas com base na generalidade dos sintomas e diagnósticos de determinadas doenças, não contemplam a singularidade e diversidade do caso particular. Nesse sentido, o próprio Ministério da Saúde reconhece a diversidade dentro do mesmo diagnóstico. O diagnóstico de uma doença sempre parte de um princípio universalizante, generalizável para todos, ou seja, supõe alguma regularidade e produz uma igualdade que é apenas parcialmente verdadeira, por exemplo: um alcoolista é um alcoolista e um hipertenso é um hipertenso. Mas isso pode levar à suposição de que basta o diagnóstico para definir todo o tratamento para aquela pessoa. Entretanto, como já dizia um velho ditado: “cada caso é um caso”. E esta consideração pode mudar, ao menos em parte, a conduta dos profissionais de saúde. Por exemplo, se a pessoa com hipertensão é deprimida ou não, se está isolada, se está desempregada ou não, tudo isso interfere no desenvolvimento da doença. O diagnóstico pressupõe uma certa regularidade, uma repetição. Mas para que se realize uma clínica adequada, é preciso saber, além do que o sujeito apresenta de igual, o que ele apresenta de diferente, de singular, inclusive, um conjunto de sinais e sintomas que somente nele se expressam de determinado modo.⁷¹³

Os protocolos clínicos e terapêuticos foram e estão sendo desenvolvidos atrelados ao programa de medicamentos excepcionais, que se inserem na política de assistência farmacêutica de alto custo, na garantia do financiamento, na distribuição gratuita de medicamentos e na ampliação do acesso da população a estes medicamentos.⁷¹⁴

O Programa de Medicamentos Excepcionais inclui medicamentos de uso ambulatorial continuado para o tratamento de doenças crônicas, muitas vezes com duração

⁷¹³ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Núcleo Técnico da Política Nacional de Humanização. *Clínica ampliada, equipe de referência e projeto terapêutico singular*. Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Núcleo Técnico da Política Nacional de Humanização. 2. ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2007. (Série B. Textos Básicos de Saúde).

⁷¹⁴ Eles deram origem a um livro do Ministério da Saúde que pode ser acessado pelo sítio eletrônico do Ministério da Saúde. BRASIL. Ministério da Saúde. Protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas. v. 2. Brasília: Ministério da Saúde, 2010. Disponível em: <http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/protocolos_clinicos_diretrizes_terapeuticas_v2.pdf>. Acesso em: 20 out. 2011.

por toda a vida, que se tornam inacessíveis para a maioria da população, quer pelo alto custo do medicamento quer pelo custo total do tratamento.⁷¹⁵ O Estado procura assegurar a dispensação de medicamentos considerados essenciais e prioritários do ponto de vista de saúde pública, promovendo seu uso racional e seguro.

Esses protocolos têm o objetivo de estabelecer claramente os critérios de diagnóstico de cada doença, o tratamento preconizado com os medicamentos disponíveis nas respectivas doses corretas, os mecanismos de controle, o acompanhamento e a verificação de resultados, e a racionalização da prescrição e do fornecimento dos medicamentos. Observando ética e, tecnicamente, a prescrição médica, os protocolos têm também o objetivo de criar mecanismos para a garantia da prescrição segura e eficaz. Eles também pretendem incorporar conceitos e definições atuais de atenção farmacêutica. Esta baseia-se na provisão responsável do tratamento farmacológico, com o propósito de alcançar resultados concretos que melhorem a qualidade de vida do paciente, prática que implica a cooperação do profissional farmacêutico com o paciente e outros profissionais mediante desenho, execução e monitorização de um plano terapêutico. Supõe três funções primordiais: identificação de problemas relacionados a medicamentos (PRM) potenciais e reais; resolver PRM reais; prevenir PRM potenciais.⁷¹⁶

Ocorre que a criação dos Protocolos para Medicamentos Excepcionais, que, segundo o Ministério da Saúde, envolveu um processo democrático de participação de todos os envolvidos na questão (usuários do SUS, técnicos do governo, associações de profissionais, entre outros) não foi, em nosso entender, avaliada e nem avalizada pelo Conselho Nacional de Saúde e tampouco pela Conferência Nacional de Saúde, que são os foros adequados para a tomada de decisões sobre políticas de saúde (dentre elas a política de medicamentos e de assistência farmacêutica)⁷¹⁷

⁷¹⁵ BRASIL. Ministério da Saúde. *Programa de medicamentos excepcionais*. Disponível em: <http://www.opas.org.br/medicamentos/docs/pcdt/04_programa.pdf>. Acesso em: 20 out. 2011.

⁷¹⁶ PICON, Paulo Dornelles; BELTRAME Alberto. *Protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas*. Disponível em: <http://www.opas.org.br/medicamentos/docs/pcdt/05_protocolos.pdf>. Acesso em: 20 out. 2011.

⁷¹⁷ O processo envolveu a formação de uma equipe de trabalho, que contou com médicos, professores universitários com formação em farmacologia clínica e epidemiologia, farmacêuticos e um serviço de apoio. Foi feita revisão da literatura. O Ministério relata ter tido o apoio da Organização Pan-Americana de Saúde – OPAS, o Conselho Nacional dos Secretários de Saúde – CONASS, os Coordenadores de Assistência Farmacêutica dos Estados, o Hospital de Clínicas de Porto Alegre – HCPA, o Centro de Estudo e Pesquisa em Saúde Coletiva – CEPESC, do Rio de Janeiro, diversas sociedades médicas, médicos, gestores de saúde, usuários do SUS e a própria indústria farmacêutica. E que, na construção dos protocolos, houve a preocupação de fundamentar as condutas adotadas na melhor evidência científica disponível. Também há menção pelo Ministério de que os protocolos foram elaborados de forma participativa e democrática. No início de cada processo, a equipe constituída pelo Ministério elaborou as primeiras versões dos textos dos protocolos. Cada texto, então, foi analisado por médicos consultores. A partir daí, a versão reavaliada pelos consultores foi submetida à Comissão de Assessoria Farmacêutica da Secretaria de Assistência à Saúde para

Como se percebe, a formação da comissão que elaborou o protocolo já se mostra tendenciosa. Além disso, não está clara de que maneira se deu a participação dos usuários e da indústria farmacêutica. O texto final foi elaborado por técnicos do governo. A publicidade foi dada pela publicação no Diário Oficial, o que, por si só, coloca a dúvida de qual foi a extensão da publicidade atingida na sociedade (que não tem o costume de ler o Diário Oficial da União). Quem efetivamente discutiu o texto? Quais foram as sugestões acatadas e aquelas rechaçadas “porque não tinham fundamento ou apresentavam uma perspectiva puramente comercial”?

O que se percebe é que o texto foi concluído após uma pretensa discussão democrática, que pode até ter existido, porém, o que se critica é que o fórum adequado para a discussão de um tema de política pública tão importante deveria ter sido o do Conselho Nacional de Saúde e a Conferência Nacional de Saúde. Além disso, há de se indagar: quais são, e porque não foi dada publicidade aos resultados dos estudos sobre o impacto financeiro de cada um dos protocolos?

Importante salientar que a edição de protocolos foi muito lenta. Em 2002, apenas um protocolo foi editado; em 2006, tivemos quatro; em 2007, apenas um; em 2009, foram cinco, e, só agora em 2010, é que o processo foi acelerado, de tal forma que, em 2010, tivemos a publicação de 44 protocolos (alguns são protocolos já existentes e republicados)

discussão com seus técnicos nos estados, sendo, só então, publicada no Diário Oficial da União em consulta pública nacional por um período de, pelo menos, 60 dias. Relatam que as consultas públicas a que foram submetidos os protocolos se constituíram em verdadeiro sucesso. Que elas promoveram uma ampla discussão de cada protocolo e possibilitaram a participação efetiva da comunidade técnico-científica, de sociedades médicas, de profissionais de saúde, de gestores do Sistema Único de Saúde, de usuários e da própria indústria farmacêutica. Mencionam ter recebido centenas de correspondências com críticas, elogios e, principalmente, valiosas contribuições e sugestões para o aprimoramento dos textos originais publicados. Especial atenção foi dada às sugestões apresentadas pelos usuários do SUS que, sempre que tecnicamente corretas e feitas com o intuito de melhorar a qualidade de vida dos pacientes e facilitar seu acesso aos medicamentos, foram aceitas pelo Ministério e incorporadas ao texto final. Concluído o período da consulta pública, estabeleceu-se, na Secretaria de Assistência à Saúde, um processo de reedição dos textos. Avaliadas as sugestões apresentadas, descartadas aquelas sem adequada fundamentação científica e, algumas vezes, as apresentadas com uma perspectiva puramente comercial, as contribuições fundamentadas na literatura científica foram incorporadas ao texto final do protocolo que, finalmente, foi publicado sob forma de Portaria da Secretaria de Assistência à Saúde no Diário Oficial da União. Além disso, à Secretaria de Assistência à Saúde coube a importante tarefa de avaliação do impacto financeiro de cada decisão sobre a nova tecnologia acrescentada aos processos de diagnóstico e tratamento gerados pelos protocolos. Relatam também terem estudado os custos e o impacto real dos tratamentos na saúde dos usuários, medidas de qualidade de vida, entre outras. Que a equipe de trabalho preocupou-se, também, com a criação de uma assessoria de custo-efetividade. Para alguns protocolos, foi possível propor uma avaliação de custo-efetividade com dados nacionais; para outros, baseamo-nos em literatura internacional e os cálculos gerados foram usados como estimativa. Para outros, ainda, foram propostas iniciativas e projetos de estudos futuros que incluam avaliação de custo-efetividade. PICON, Paulo Dornelles; BELTRAME, Alberto. *Protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas*. Disponível em: <http://www.opas.org.br/medicamentos/docs/pcdt/05_protocolos.pdf>. Acesso em: 20 out. 2011.

através das diversas Portarias.⁷¹⁸ A produção acelerada de protocolos veio certamente para subsidiar a aplicação da Lei 12401/11 e do Decreto 7508/11, aprovados em 2011.

Não bastasse isso, ainda temos de levar em conta que o processo de atualização dos protocolos para a inclusão de novos medicamentos pode ser extremamente demorado. Além disso, há de se ressaltar que eles não são receitas, mas apenas recomendações, pois devem levar em conta a singularidade do paciente e a peculiaridade de cada caso.⁷¹⁹

Como se percebe, a existência de poucos protocolos clínicos⁷²⁰ não contempla casos que, frequentemente, são discutidos em juízo e tampouco as doenças órfãs, que, por uma exigência de justiça, também devem ser cobertas pelo SUS. Também não atendem, muitas vezes, às singularidades do caso particular. Por todo o exposto, torna-se difícil afirmar que as diretrizes e protocolos são as únicas fontes para sabermos o que é a integralidade dentro do Sistema Único de Saúde. E, há de se ressaltar que é necessário “colocar os próprios protocolos em análise, pois eles, por serem construídos muitas vezes por consenso científico, estão aí como ferramentas, e não como receitas”.⁷²¹

O que interessa neles é que o cuidador possa perguntar que tipo de problema eles tentam resolver e refletir se as soluções propostas se adéquam às realidades. Ou seja, transformar cada protocolo em uma ferramenta, e não em uma doutrina, é a chave para o manejo das relações intercessoras que produzem o cuidado.

Por todas as razões acima mencionadas é que se afigura temerária a tentativa do Decreto 7508/11 e da Lei 12 401/11 em atrelar o fornecimento dos medicamentos à existência de protocolos clínicos, uma vez que o direito ao atendimento integral do paciente não pode ser limitado por protocolos clínicos ou listas de medicamentos.

⁷¹⁸ BRASIL. Ministério da Saúde. *Protocolos clínicos*. Portarias publicadas. Disponível em: <<http://www.saude.ms.gov.br/controle/ShowFile.php?id=57299>>. Acesso em: 28 out. 2011.

⁷¹⁹ MALTA, Debora Carvalho; MERHY, Emerson Elias. O percurso da linha de cuidado sob a perspectiva das doenças crônicas não transmissíveis. *Interface: Comunicação, Saúde, Educação*, Botucatu, v. 14, n. 34, p. 593-605, jul./set. 2010.

⁷²⁰ Interessante notar que no 1º volume do livro publicado, existem protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas para 33 doenças. Atualmente, possuímos protocolos para 54 doenças. A lista de medicamentos excepcionais prevista na Portaria MS/GM de n. 2981 de 26/11/2009 (e alterada pela Portaria MS/GM n. 3439) prevê alguns princípios ativos, divididos em diversas listas: Grupo 1ª – medicamentos de aquisição centralizada no Ministério da Saúde; Grupo 1B – medicamentos financiados com transferência de recursos financeiros pelo Ministério da Saúde; Grupo 3 – medicamentos cuja dispensação é de responsabilidade do município e do Distrito Federal. BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria 2981 MS/GM de 26 de novembro de 2009*. Disponível em: <<http://www.saude.mt.gov.br/upload/legislacao/2981-%5B3050-120110-SES-MT%5D.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2011.

⁷²¹ MALTA, Debora Carvalho; MERHY, Emerson Elias. O percurso da linha de cuidado sob a perspectiva das doenças crônicas não transmissíveis. *Interface: Comunicação, Saúde, Educação*, Botucatu, v. 14, n. 34, p. 593-605, jul./set. 2010.

Ao comentar a nova lei, Claudia Fernanda de Oliveira Pereira aponta que ela não pode ser aceita sem contestação. Assim, diz ela, “em linhas gerais, deve ser privilegiado o tratamento ofertado pelo SUS, conclusão que não afasta a possibilidade do Poder Judiciário ou da própria Administração decidir dispensar, em razão da condição específica de saúde de um dado paciente, outra prestação sanitária”.⁷²²

A exigência de que o medicamento esteja nos protocolos clínicos, nas listas oficiais e registrado na ANVISA, trazida pela nova lei, também representa uma afronta à universalidade de acesso e à integralidade da atenção e já foi por nós analisada quando discutimos as ações judiciais. De qualquer forma, cabe lembrar aqui o fato de que, assim como um Decreto não pode extrapolar o conteúdo da Lei que veio regulamentar, tampouco pode uma Lei restringir direito assegurado amplamente em nível constitucional.

Mas, ainda que a integralidade da atenção e a universalidade de acesso não tivessem previsão constitucional, caberia argumentar, como o faz Fábio Konder Comparato, que nenhuma lei pode ser contrária à dignidade humana. Para o autor, nenhuma lei ou até mesmo a Constituição de um país pode estabelecer posições contrárias aos direitos humanos. Nesse sentido, assinala que “no tocante aos regimes políticos em que se admite o sufrágio popular, a maioria não tem legitimidade para tomar decisões flagrantemente contrárias à dignidade humana”.⁷²³

Uma outra questão relativa à universalidade do SUS diz respeito à posição defendida por Ricardo Lobo Torres, com a qual não concordamos. Para ele, “o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde, assegurado no art. 196 da Constituição, transformado em gratuito pela legislação infraconstitucional, é utópico e gera expectativas inalcançáveis para os cidadãos”.⁷²⁴ O autor critica que em nosso país tenhamos feito interpretações equivocadas do mínimo social e da necessidade de maximização dos direitos sociais, o que, no seu entender, resultou na completa confusão das garantias desses direitos na Constituição de 1988.

Para esse autor, existiriam duas situações bem definidas e distintas: a saúde preventiva tratada como direito fundamental pelo art. 196 da Constituição Federal, cujo acesso deveria ser universal e igualitário, e a saúde curativa, definida como direito social pelo

⁷²² PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. *A nova Lei 12 401/11: o que muda na assistência sanitária?* Disponível em: <http://www.google.com/search?hl=en&q=Idisa+O+que+muda+na+assistencia+sanitaria&rlz=1I7SKPB_pt-BR>. Acesso em: 26 out. 2011.

⁷²³ COMPARATO, Fábio Konder. *Rumo à justiça*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 276.

⁷²⁴ TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 287.

art. 6º do mesmo diploma legal, cujo acesso deveria ser analisado a partir de critérios elaborados pela teoria da justiça.⁷²⁵

A confusão feita em nosso país, ao importar a teoria alemã, no entender do referido autor, reside em definir-se a saúde curativa como um direito fundamental e como tal assegurar o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde, por força do art. 196 CF.⁷²⁶ Para ele, o correto seria entender que as prestações de medicina curativa estariam compreendidas no âmbito dos direitos sociais do art. 6º da Constituição Federal (do máximo social).

Discordamos veementemente dessa posição. Em primeiro lugar, porque, ao incluir as ações e prestações de serviço curativas (como, por exemplo, consultas, exames e tratamento do diabetes) dentro do máximo social e as ações e serviços preventivos de saúde dentro do mínimo existencial, o autor assume uma posição de dicotomia entre medicina preventiva e curativa, que não mais se coaduna com o conceito ampliado de saúde incorporado pelo SUS na organização e funcionamento do sistema. Em outras palavras, não existe mais essa dicotomia, mas, mesmo que se admitisse a existência do binômio cura-prevenção, o que esta tese acentua é que o mínimo existencial do caso concreto pode se referir tanto às ações na prevenção da doença (preventiva) quanto ao seu tratamento (curativa).

Ao paciente diabético, com dificuldade de controle da glicemia, tanto os exercícios físicos e a reeducação alimentar (ações de prevenção) como a insulina (ação curativa) podem se constituir no mínimo existencial para a obtenção de qualidade de vida. Dentro das ações previstas na linha de cuidado, o paciente tem direito à atenção integral. Apenas fornecer kits e medicamentos não satisfaz o direito ao mínimo existencial do paciente diabético. Em outras palavras, a integralidade da atenção, contemplada no cronograma de ações da linha de cuidado, é, no caso concreto, expressão do mínimo existencial do seu direito à saúde.

Como se percebe, o acesso universal às ações e serviços de saúde é condição básica para que o indivíduo obtenha um atendimento integral dentro do sistema, razão pela qual reafirmamos a posição defendida anteriormente, de que a universalidade é a expressão do mínimo existencial do direito à saúde e, como tal, deve ser garantida pelo Estado. Resta, contudo, indagar se o Poder Público vem conseguindo efetivar esse mínimo existencial do

⁷²⁵ TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 287.

⁷²⁶ Id. *Ibid.*, p. 287.

direito à saúde dentro do Sistema Único de Saúde. E, caso isso não ocorra, que recursos terá o cidadão para efetivar o seu direito.

6.2.1 Avanços do SUS: reflexos da universalidade

Como apontam Paulo Roberto do Nascimento e Fabíola Zioni, os princípios da universalidade e da integralidade, além de constituírem um desafio institucional, financeiro, político e social, expressam também a decisão da sociedade de implementar direitos universais. Por essa razão, os autores defendem a tese de que o SUS pode ser caracterizado como um observatório sobre a efetivação de tais direitos.⁷²⁷

Apesar de concordarmos com a afirmação de Sonia Fleury de que a implantação do modelo universal e igualitário defendido pelo SUS ainda não se completou e que o sistema continua com algumas iniquidades reproduzindo as desigualdades sociais da sociedade brasileira,⁷²⁸ também pensamos que o SUS pode ser um observatório sobre o processo lento e gradual da efetivação do direito à saúde em nosso país. Se o dever do Estado em garantir o acesso universal aos serviços de saúde e a integralidade da atenção era algo inimaginável antes da Constituição Federal de 1988, após a criação do SUS esse dever passou a se materializar, e o que se percebeu foi uma expansão da cobertura dos serviços de saúde a partir de então.

Em 2002, o Centro de Estudos Augusto Leopoldo Ayosa Galvão (Cealag) do Departamento de Medicina Social da Faculdade de Ciências Médicas da Santa Casa de São Paulo (com o apoio do Ministério da Saúde) e a Sociedade Brasileira de Vigilância de Medicamentos (Sobravime) realizaram uma série de estudos sobre a implantação do SUS, que resultou no livro “O Sistema Único de Saúde em dez anos de desafio”.⁷²⁹ A série de artigos elaborados nos dá uma ideia de como ocorreu a expansão dos serviços de saúde do SUS em todo o Brasil nos primeiros anos de sua existência.

Como o objetivo desta tese é analisar o mínimo existencial do direito à saúde e não realizar uma análise detalhada do Sistema Único de Saúde, utilizaremos alguns dados obtidos naquela pesquisa com o intuito de exemplificar como a universalidade e a integralidade da atenção foram sendo materializadas com a implantação do sistema.

⁷²⁷ NASCIMENTO, Paulo Roberto do; ZIONI, Fabíola. O Sistema Único de Saúde como observatório de direitos universais: uma reflexão a partir das Ciências Sociais. *Interface: Comunicação, Saúde, Educação*, Botucatu, v. 14, n. 32, p. 199-205, jan./mar. 2010.

⁷²⁸ FLEURY, Sonia. Revisitando “a questão democrática na área da saúde”: quase 30 anos depois. *Saúde em Debate*, Rio de Janeiro, v. 33, n. 81, p. 162, jan./abr. 2009.

⁷²⁹ NEGRI, Barjas; VIANA, Ana Luiza D'Ávila (Org.). *O Sistema Único de Saúde em dez anos de desafio*. São Paulo: Sobravime / Cealag, 2002.

Em 2001, após 13 anos de sua criação pela Constituição Federal, o sistema já contava com uma rede ambulatorial constituída por 56.642 unidades e realizava, em média, 350 milhões de atendimentos por ano. Essa assistência estendia-se desde a atenção básica até os atendimentos em ambulatórios de alta complexidade. No mesmo ano, foram realizadas aproximadamente 250 milhões de consultas, sendo 165 milhões em atenção básica e 85 milhões em especialistas. Foram realizados 200 milhões de exames laboratoriais, 6 milhões de ultrassonografias, 79 milhões de atendimento de alta complexidade, como tomografias, exames hemodinâmicos, ressonância magnética, sessões de hemodiálise, sessões de quimioterapia e radioterapia para tratamento de câncer.⁷³⁰

No mesmo ano de 2001 existiam no país 6.493 hospitais (públicos, filantrópicos e particulares) com um total de 487.058 leitos, onde eram realizadas um milhão de internações por mês, perfazendo 12,5 milhões de internações por ano. O Ministério da Saúde gastava cerca de R\$ 10,5 bilhões por ano para custear atendimentos em ambulatórios de média e alta complexidade e em hospitais, e R\$ 3 bilhões por ano na atenção básica.⁷³¹

A evolução do processo de descentralização mostra que o número de municípios recebendo recursos de fundo de saúde (Ministério) a fundo de saúde (municipal) passou de 144 municípios em 1997 a 5.516 em 2001.⁷³² Já com relação aos estados, a evolução foi bem mais lenta, o que mostra a resistência dos estados a se habilitarem no sistema. Em 1997, nenhum estado recebia recursos de fundo de saúde (Ministério) a fundo de saúde (estadual) e, em 2001, apenas 12 estados da federação estavam habilitados no sistema e recebendo tais recursos.⁷³³

Mas o que dá uma boa dimensão da evolução do sistema de saúde é a comparação do percentual da população residente nos municípios que recebem recursos de fundo de saúde a fundo de saúde, que passou de 17,3%, em 1997, para 99,90%, em 2001. Além disso, também houve um sensível aumento no percentual dos recursos de assistência transferidos de

⁷³⁰ SOUZA, Renilson Rehem. O sistema público de saúde brasileiro. In: NEGRI, Barjas; VIANA, Ana Luiza D'Ávila (Org.). *O Sistema Único de Saúde em dez anos de desafio*. São Paulo: Sobravime / Cealag, 2002. p. 448-449.

⁷³¹ Id. *Ibid.*, p. 449.

⁷³² Dentre estes 5516 municípios, a grande maioria estava, em 2001, habilitada na gestão plena da atenção básica (89%), enquanto apenas 10,14% estava habilitada na gestão plena do sistema municipal. SOUZA, Renilson Rehem. O sistema público de saúde brasileiro In: NEGRI, Barjas; VIANA, Ana Luiza D'Ávila (Org.). *O Sistema Único de Saúde em dez anos de desafio*. São Paulo: Sobravime; Cealag, 2002. p. 451.

⁷³³ Dentre os 12 Estados habilitados, cinco estavam habilitados na gestão avançada do sistema estadual e sete na gestão plena do sistema estadual. Enquanto a grande maioria dos Estados (55,6%) ainda não se encontrava habilitada. SOUZA, Renilson Rehem. O sistema público de saúde brasileiro In: NEGRI, Barjas; VIANA, Ana Luiza D'Ávila (Org.). *O Sistema Único de Saúde em dez anos de desafio*. São Paulo: Sobravime; Cealag, 2002. p. 456.

fundo de saúde (Ministério) a fundo de saúde (município), que evoluiu de 24,1%, em 1997, para 66,90%, em 2001.⁷³⁴

Após 1997, os recursos transferidos pelo Ministério da Saúde para estados e municípios passaram a ser divididos para serem aplicados em ações e serviços, da seguinte forma: recursos para a atenção básica (PAB fixo e variável); recursos para a Vigilância Epidemiológica e Controle de Doenças; recursos para a Assistência Médica de Média Complexidade e recursos para a Assistência Médica de Alta Complexidade.

A evolução dos gastos federais com a atenção básica também demonstra a expansão de cobertura do sistema. Se, em 1997, o governo federal gastava com PAB fixo a quantia de R\$ 1.410 milhões; com o Programa de Saúde da Família (PSF) e Programa de Agentes Comunitários (PAC), a quantia de R\$ 111 milhões; com carências nutritivas e bolsa alimento, R\$ 32 milhões; com farmácia básica/hipertensão/diabetes nenhum recurso; com vacina e vacinação, R\$ 139 milhões e no controle de endemias, R\$ 89 milhões, os gastos saltaram, em 2001, para: R\$ 1.790 milhões (PAB fixo); R\$ 968 milhões (PSF e PAC); R\$ 170 milhões (carências nutritivas/bolsa alimento); R\$ 168 milhões (farmácia básica); R\$ 332 milhões (vacina e vacinação) e R\$ 780 milhões (controle de endemias).⁷³⁵

O número de equipes de saúde da família e o aumento da população assistida por esse programa também são indicadores da expansão do SUS. Em maio de 2002, o Brasil já contava com 15.201 equipes de Saúde da Família, distribuídas da seguinte forma: 40,7% na região Nordeste; 29,4% na região Sudeste; 14% na região Sul; 8,7% na região Centro Oeste; e 7,2% na região Norte. O percentual de habitantes assistidos por região é de 40,7% na região Nordeste; 29,7% no Sudeste; 13,8% na região Sul; 8,6% no Centro Oeste; e 7,2% na região Norte.⁷³⁶ Os números mostram que, após sete anos da implantação do Programa de Saúde da Família (criado em 1994), o SUS já havia conseguido atingir a cobertura de 29% da população brasileira. Embora demonstre avanço, esse percentual ainda estava longe do objetivo, que era de cobrir 80% da população brasileira.

Com a criação do SUS, novas diretrizes em termos de prevenção e controle do câncer foram estabelecidas. Atribui-se ao Instituto Nacional do Câncer (Inca) o papel de instância técnica para assistir o Ministro da Saúde na formulação da política nacional de prevenção, diagnóstico e tratamento do câncer – Política Nacional de Prevenção e Controle do

⁷³⁴ SOUZA, Renilson Rehem. O sistema público de saúde brasileiro In: NEGRI, Barjas; VIANA, Ana Luiza D'Ávila (Org.). *O Sistema Único de Saúde em dez anos de desafio*. São Paulo: Sobravime; Cealag, 2002. p. 451.

⁷³⁵ Id. *Ibid.*, p. 232.

⁷³⁶ Id. *Ibid.*, p. 233.

Câncer (PNPCC). Passa-se a investir nas Secretarias Estaduais de Saúde (através de convênios), para que elas desenvolvam programas de registro de câncer (base de hospital e base populacional), de controle do tabagismo e de controle do câncer de colo de útero e de mama, os dois últimos estruturados nas Secretarias Municipais de Saúde.⁷³⁷

Todo esse esforço propiciou um aumento do número de exames preventivos de câncer de colo de útero (exame de Papanicolau), que estava ao redor de 6,3 milhões de exames, em 1997, e passou, em 2001, a 8,6 milhões de exames realizados.⁷³⁸

No que se refere ao transplante de medula óssea, o Ministério da Saúde delegou ao Inca a responsabilidade pela sua regulação técnica e a administração no país. Em 1999, foi aberto no instituto o Registro Nacional de Doadores Voluntários de Medula Óssea (Redome), e o número de doadores foi elevado de 902 para 20.561 pessoas em 2001. Em 2001, havia 23 centros de transplante de medula óssea cadastrados no SUS, cuja produção para o sistema foi de 706 transplantes⁷³⁹.

Entre os anos de 1997 e 2001, o gasto anual com sessões de quimioterapia pagas pelo SUS apresentou um aumento de 85,32%. O número de sessões também aumentou em cerca de 66,59% no mesmo período. Com relação aos gastos com radioterapia, o aumento foi de 25,45%. Já o gasto anual com cirurgias oncológicas sofreu aumento de 79,56%, acompanhando o aumento de 89,14% no número de cirurgias.⁷⁴⁰

Como o paciente com câncer necessita de um conjunto de ações para que o tratamento seja adequado, foi organizada uma rede de serviços hierarquizada e regionalizada, como uma estratégia para garantir a ampliação do acesso dos pacientes aos serviços e a integralidade da atenção. Foram criados os Centros de Alta Complexidade em Oncologia (Cacon),⁷⁴¹ que oferecem assistência integral aos pacientes com câncer, atuando na área de prevenção, identificação precoce, diagnóstico e tratamento. Em 2001, o SUS possuía 254 serviços que prestavam assistência oncológica, dentre eles, 153 Cacons. Entretanto, apesar dos avanços na assistência oncológica, a distribuição regional dos serviços oncológicos no

⁷³⁷ KLIGERMAN, Jacob. A política nacional de prevenção e controle do câncer. In: NEGRI, Barjas; VIANA, Ana Luiza D'Ávila (Org.). *O Sistema Único de Saúde em dez anos de desafio*. São Paulo: Sobravime / Cealag, 2002. p. 163.

⁷³⁸ Id. *Ibid.*, p. 170.

⁷³⁹ Id. *Ibid.*, p.170.

⁷⁴⁰ MARQUES, Carla Pintas. Projeto expande: novo modelo para a oncologia. In: NEGRI, Barjas; VIANA, Ana Luiza D'Ávila (Org.). *O Sistema Único de Saúde em dez anos de desafio*. São Paulo: Sobravime / Cealag, 2002. p. 178.

⁷⁴¹ Estes centros foram criados através de Portaria do Ministério da Saúde. BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria de n. 3.535 de 2 de setembro de 1998*. Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/sas/portarias/port98/GM/GM-3535.html>>. Acesso em: 20 set. 2011.

SUS encontrava-se, ainda em 2001, muito concentrada na região Sudeste e Sul, o que denotava as desigualdades regionais. Como a previsão de casos de câncer no mesmo ano estava ao redor de 305.330 casos, o Ministério da Saúde investiu num projeto de Expansão da Assistência Oncológica (Expande), pois a rede de serviços era insuficiente face à demanda dos casos.⁷⁴²

O SUS, através da descentralização das ações de saúde, criou o substrato para a realização de políticas públicas capazes de atender às necessidades da população, permitindo a introdução das ações do programa DST/AIDS (Doenças sexualmente transmissíveis/Síndrome da Imunodeficiência Adquirida), o que permitiu, no período de 1997 a 2001, uma melhora no diagnóstico das Doenças Sexualmente Transmissíveis de 28,3% para 92,8%, e o tratamento dessas doenças também aumentou de 29% para 94%.⁷⁴³

Em um estudo mais recente, Silvio Fernandes da Silva mostra que o sistema público de saúde foi responsável, em 2007, por 11,3 milhões de internações hospitalares; 619 milhões de consultas médicas; 211 mil cirurgias cardíacas; 9,9 milhões de procedimentos de terapia renal substitutiva (sendo 97% das diálises realizadas no SUS); e 12 mil transplantes de órgãos (sendo 80% dos transplantes realizados pelo SUS).⁷⁴⁴

Embora estes números sejam uma forma indireta de mensurar a expansão da cobertura dos serviços, não há como negar que houve um grande avanço no acesso aos serviços públicos de saúde. Mas, a despeito desse avanço, muitos ainda têm o seu direito à saúde não satisfeito e, por essa razão, acabam recorrendo ao Poder Judiciário para vê-lo efetivado. Apesar das inúmeras críticas feitas à atuação do Judiciário nesses casos, ele parece ser o último recurso daqueles que precisam concretizar o mínimo existencial do direito à saúde. Passaremos, então, a analisar o papel do Judiciário na questão da judicialização da saúde.

6.3. O Poder Judiciário e a garantia do mínimo social

Como aponta José Eduardo Faria, é inegável a existência de um conflito entre os Poderes da República na atualidade. O Executivo, incapaz de formular e executar políticas públicas, é condenado a fazê-lo pelo Judiciário. Muitos dos atos do Executivo são

⁷⁴² MARQUES, Carla Pintas. Projeto expande: novo modelo para a oncologia. In: NEGRI, Barjas; VIANA, Ana Luiza D'Ávila (Org.). *O Sistema Único de Saúde em dez anos de desafio*. São Paulo: Sobravime / Cealag, 2002. p. 181.

⁷⁴³ BASSO, Cáritas Relva. O programa de DST/AIDS no SUS. In: NEGRI, Barjas; VIANA, Ana Luiza D'Ávila (Org.). *O Sistema Único de Saúde em dez anos de desafio*. São Paulo: Sobravime / Cealag, 2002. p. 150.

⁷⁴⁴ SILVA, Silvio Fernandes da. Sistema Único de Saúde 20 anos: avanços e dilemas de um processo em construção. *Saúde em debate*, Rio de Janeiro, v. 33, n. 81, p. 41, jan./abr. 2009.

considerados inconstitucionais. Por sua vez, o Legislativo também é criticado pelo Judiciário por criar leis sociais que dependem da dinâmica do processo político e das conveniências dos governos. Enquanto isso, o Executivo tenta desqualificar a autoridade judicial e aponta o perigo que suas decisões causam à democracia brasileira e à estabilidade das instituições.⁷⁴⁵

Nesse cenário é que se coloca a discussão da legitimidade do juiz para decidir questões relativas ao direito à saúde. A principal questão que atrai o foco de análise é aquela que nos coloca o desafio de responder: “como efetivar no Brasil os direitos sociais, sem a atuação de um Poder Judiciário quando ocorrer lesão aos direitos fundamentais sociais?”.

Pretender conservar o princípio da separação dos Poderes com a finalidade de utilizá-lo como justificativa para impedir a concretização dos direitos sociais é inaceitável,⁷⁴⁶ o que não significa que ele deva ser descartado, mas sim reinterpretado no contexto de um Estado Social. Nesse Estado, além de se buscar a não concentração do poder, o que se pretende é também a realização dos direitos fundamentais de segunda e outras dimensões, com a finalidade de se assegurar a igualdade substancial entre os cidadãos.⁷⁴⁷

Existem muitas objeções à atuação do Poder Judiciário nas questões relativas à saúde, por essa razão, faremos uma reflexão sobre elas, para depois analisarmos a legitimidade do magistrado para identificar o núcleo essencial do direito à saúde.

6.3.1. Óbices à atuação do Poder Judiciário

Uma das críticas que se faz à atuação do Judiciário é o fato de que, ao decidir as questões relativas à saúde, ele está agindo fora do âmbito de competência do sistema jurídico e atuando como formulador de políticas públicas, competência esta que encontra-se no âmbito do sistema político.

Nesse sentido é a crítica de Fernando Facury Scaff, quando pontua que, com suas sentenças aditivas, o Judiciário vem suprir lacunas do Legislativo, e acaba por implementar “políticas muitas vezes ao arrepio do que determina a lei – veículo adequado para a sua criação – e ao arrepio das regulamentações administrativas –veículos adequados para sua implementação”.⁷⁴⁸ Entretanto, se política é “a coordenação dos meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização do objetivos

⁷⁴⁵ FARIA, José Eduardo. As transformações do Judiciário em face de suas responsabilidades sociais. In: FARIA, J. E. (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 1. ed., 5. tir. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 64.

⁷⁴⁶ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 64.

⁷⁴⁷ CANELA JÚNIOR, Osvaldo. Controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 72.

⁷⁴⁸ SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 136.

socialmente relevantes e politicamente determinados”,⁷⁴⁹ não nos parece possível a defesa dessa tese, uma vez que o juiz, ao deferir o pedido, está, quando muito, suprindo a omissão da política pública e não legislando.

Para Campilongo, a separação entre os sistemas político e jurídico, cada qual atuando em sua função específica, é condição *sine qua non* para a existência de uma democracia constitucional. Por isso, toda vez que o Judiciário extrapola seu campo de atuação e desrespeita o princípio da separação dos Poderes, está colocando em perigo a democracia.⁷⁵⁰ A questão da separação dos Poderes será por nós analisada mais adiante, mas por ora, vale a pena concordar com Loewenstein de que “o princípio da necessária separação de funções estatais e sua distribuição entre diferentes detentores, nem é essencial para o exercício do poder político, nem apresenta uma verdade evidente e válida para todo o tempo”.⁷⁵¹ Para o autor, o princípio esteve determinado pelo tempo e pelas circunstâncias como uma proposta ideológica do liberalismo político contra o absolutismo monolítico da monarquia no século XVII e XVIII.

Faria pondera que o Judiciário está exorbitando em suas prerrogativas ao interferir no processo legislativo e ao bloquear políticas formuladas por órgãos representativos eleitos democraticamente e conseqüentemente levando à judicialização da vida administrativa e econômica.⁷⁵²

Uma das razões que fundamentam as críticas ao Judiciário reside no “déficit democrático dos magistrados, que não sendo eleitos, incorreriam em verdadeiro arbítrio ao controlar as atividades políticas.”⁷⁵³ Isto ocorre porque a prerrogativa de formular e executar políticas públicas de saúde é competência atribuída pela Constituição à União, estados e municípios⁷⁵⁴ e não ao Judiciário. A questão da soberania popular e da representação dessa soberania pelos membros do Legislativo eleitos democraticamente também será objeto de análise mais aprofundada. Por ora, nos parece suficiente indagar com Fábio Konder Comparato “quem, em sã consciência, pode afirmar que, nas eleições que compuseram o

⁷⁴⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari. As políticas públicas e o direito administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, v. 13, p. 135-136, 1996.

⁷⁵⁰ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 82.

⁷⁵¹ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de La Constitución*. Traducción Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1970. p. 56.

⁷⁵² FARIA, José Eduardo. O sistema brasileiro de Justiça: experiência recente e futuros desafios. *Revista de Estudos Avançados*, São Paulo, v. 18, n. 51, p. 103-125, 2004.

⁷⁵³ DELDUQUE, M. C; MARQUES, S. B.; ROMERO, L. C. A saúde precisa de juízes epidemiologistas. *Saúde em Debate*, Rio de Janeiro, v. 33, n. 81, p. 84, jan./abr. 2009.

⁷⁵⁴ DALLARI, Sueli Gandolfi. Competência municipal em matéria de saúde. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 22, n. 92, p. 172-177, 1989.

Congresso autor da Constituição, o povo brasileiro delegou conscientemente aos deputados e senadores o exercício do Poder constituinte?” O autor ainda completa, na mesma linha de raciocínio: “Ainda que o tivesse feito, desprezando com isso as severas advertências de Rousseau, teria esta delegação representado a aprovação prévia do texto composto pelos parlamentares?”⁷⁵⁵

A questão subjacente ao déficit democrático do Judiciário é de que seria ilegítimo, numa democracia, que a interpretação e a decisão de questões referentes às políticas de saúde estabelecidas na Constituição e leis infraconstitucionais ficassem a cargo do Poder Judiciário, cujos membros não foram eleitos pelo povo soberano. Critica-se, portanto, o fato de que estaríamos dando aos juízes a prerrogativa de interpretar em caráter definitivo a vontade popular, e de se admitir que juízes não eleitos derrubem as leis aprovadas pelo povo.⁷⁵⁶ Mas não seria esta a função precípua do Poder Judiciário: a de interpretar em última instância a letra da lei?

Outra questão levantada pelos trabalhos realizados é o fato de os juízes não considerarem em suas decisões a política pública de saúde e as dimensões técnicas envolvidas no caso, construídas essencialmente em bases infralegais.⁷⁵⁷ A falta de análise das políticas de saúde pelos magistrados já havia sido apontada por Marques e Dallari em estudo realizado sobre a assistência farmacêutica. Em suas conclusões, as autoras assinalam que “quando a decisão jurídica não considera as políticas públicas, formalizadas juridicamente, corre o risco de atuar fora dos limites estruturais do sistema jurídico”.⁷⁵⁸ Mas será que, de fato, as políticas públicas estão sendo desconsideradas nas decisões favoráveis aos pacientes? Ou seria possível afirmar que as decisões levaram em conta a política do SUS enquanto sistema de saúde?

Outra objeção que se faz é o fato de que as decisões judiciais tomadas no âmbito da microjustiça podem potencialmente comprometer o orçamento, na medida em que, ao exceder os limites estruturais do sistema jurídico passam, na prática, a alocar recursos,

⁷⁵⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *Rumo à Justiça*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 260-270.

⁷⁵⁶ Esta questão é analisada na tese de doutoramento de Marcos Barbosa Pinto. O autor responde basicamente com dois argumentos: o primeiro é de que “deve existir uma legitimidade democrática da própria Constituição; vale dizer, que o povo de algum modo deve tê-la aceito”; o segundo é de que o Judiciário exerce funções politicamente indispensáveis (solução de conflitos e preservação de direitos individuais) numa democracia, funções estas que não podem ser desempenhadas nem pelo Legislativo e nem pelo Executivo. PINTO, Marcos Barbosa. *Jurisdição Constitucional e Democracia*. 2008. 260p. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 230-234.

⁷⁵⁷ DELDUQUE, M. C; MARQUES, S. B.; ROMERO, L. C. A saúde precisa de juízes epidemiologistas. *Saúde em Debate*, Rio de Janeiro, v. 33, n. 81, p. 86, jan./abr. 2009.

⁷⁵⁸ MARQUES, S. B.; DALLARI, S. G. Garantia do direito à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 41, n. 1, p. 101-107, 2007.

determinando de que maneira eles devem ser gastos.⁷⁵⁹ Sobre esta questão já nos detivemos no capítulo sobre a Reserva do Possível, mas é bom lembrar a farsa democrática orçamentária que permite que, logo após a sua aprovação, as verbas previstas no orçamento possam ser contingenciadas por ato unilateral e imotivado do Poder Executivo, o que, na prática, corresponde também a uma alocação de recursos contra a qual não se vê qualquer insurgência.

Por fim, argumenta-se que a satisfação do direito individual pode, muitas vezes, atingir e prejudicar o direito à saúde da coletividade, ou seja, de que a decisão judicial seria potencializadora de um conflito entre direito individual e o direito coletivo à saúde.⁷⁶⁰ Também sobre esta questão já fizemos uma reflexão, mostrando que, a princípio, quanto mais satisfeito estiver o direito coletivo à saúde, menos demandas individuais serão ajuizadas.

Todas as objeções mencionadas acima podem ser enfrentadas se tivermos em conta: 1) os objetivos do Estado brasileiro expressos na Constituição Federal; 2) as políticas públicas do SUS e o juízo de constitucionalidade; e 3) a redefinição do dogma da separação dos Poderes com o advento do Estado Social.

O direito social à saúde depende da tomada de decisões coletivas pelo sistema político, que são por sua vez formalizadas e implementadas por meio da elaboração de políticas públicas e da prestação de serviços público. Nesse sentido, é primordial a existência de tais políticas entendidas como “programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”.⁷⁶¹

Estas políticas ou, em outras palavras, o programa de ação governamental constituído de um conjunto de medidas articuladas visando realizar objetivos de ordem pública ou concretizar um direito, no entender de Bucci, se exteriorizam através de disposições constitucionais, legais e infralegais. Assim, ao analisarmos a Constituição Federal, a Lei 8080/90 (Lei Orgânica da Saúde), a Lei 9656/98 (planos de saúde), as Portarias e Resoluções do Ministério da Saúde e da ANVISA, e todos os outros dispositivos normativos

⁷⁵⁹ AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha*: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 41.

⁷⁶⁰ Quem tiver a sorte de obter uma decisão favorável, terá o privilégio de ser atendido em detrimento de tantos outros que não tiveram a oportunidade e a sorte de obter a decisão judicial. Cf. LOPES, José Reinaldo Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado social de direitos. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 1. ed., 5. tir. Malheiros, 2010. p. 131.

⁷⁶¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. As políticas públicas e o direito administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, v. 13, p. 135-136, 1996.

relativos à saúde, temos de ter em mente que eles são instrumentos para a concretização dos fins do Estado.

6.3.2. A concretização dos direitos humanos: um objetivo do Estado brasileiro

O Estado estabelece, na Constituição, os seus objetivos e direciona toda a intervenção humana, por meio dos diversos órgãos e suas atribuições, para a sua realização, em uma gama de atividades. De acordo com os parâmetros traçados pela Constituição Federal, o Estado brasileiro estabeleceu objetivos claros, todos inseridos no artigo 3º:⁷⁶²

Art.3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I- construir uma sociedade livre, justa e solidária
- II- garantir o desenvolvimento nacional
- III- erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV- promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação

Como notou Osvaldo Canela Júnior, todos os verbos utilizados são indicativos da conduta pró-ativa do Estado: construir, garantir, erradicar, reduzir e promover. O sentido de realização é evidente, constituindo componente primordial para a compreensão das chamadas políticas públicas.⁷⁶³

Qualquer política pública deve estar vocacionada para fazer acontecer os objetivos fundamentais da República indicados no artigo acima mencionado, e estas indicações “já constituem indicações de políticas públicas, sequer havendo liberdade de ação política para os Poderes Públicos desprezarem tais fundamentos”.⁷⁶⁴

Dentre os objetivos do Estado brasileiro está alcançar a igualdade substancial, e ela só será alcançada pela efetivação dos direitos fundamentais,⁷⁶⁵ o que não pode ser atingido de forma aleatória; por essa razão, a Constituição cria os núcleos constitucionais de irradiação dos direitos fundamentais sociais, que comandam a prática de todos os atos estatais. O

⁷⁶² BRASIL. *Constituição Federal*. Vade Mecum. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 29.

⁷⁶³ CANELA JÚNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 57.

⁷⁶⁴ OHLWEILER, Leonel Pires. Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do estado democrático de direito. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 296.

⁷⁶⁵ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. O controle judicial de políticas públicas. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). *Temas fundamentais de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 1, p. 47-49.

objetivo desses núcleos é a realização dos direitos fundamentais e as políticas públicas são o seu veículo material.⁷⁶⁶

Dessa forma, as políticas públicas estão vinculadas aos núcleos constitucionais de irradiação. Se houver desvio da matriz constitucional, será necessário um realinhamento de condutas, que também será devido se, porventura, ocorrer uma alteração indevida do núcleo constitucional de irradiação por emenda constitucional, o que se dará mediante o controle de constitucionalidade.⁷⁶⁷

Nenhuma política pode violar os direitos fundamentais, pois, se o fizer, estará transgredindo os próprios objetivos do Estado. Esta diretiva ficou estabelecida no art.60, §4º, II e IV da Constituição Federal, “ao estabelecer que os direitos fundamentais constituem cláusula pétrea, o constituinte originário delimitou claramente o âmbito de liberdade criativa em matéria de políticas públicas”.⁷⁶⁸

Importante lembrar, então, que os juízes, no exercício da função jurisdicional, devem se orientar pelos objetivos fundamentais do Estado brasileiro previstos no art. 3º da Constituição Federal de 1988.⁷⁶⁹ Ou seja, o Judiciário, como uma das formas de expressão do poder estatal, está obrigado a agir para a consecução dos fins do Estado. E, por estar vinculado ao comando do art. 3º da Constituição Federal, deve adotar o sistema ético de referência ali contido, o que faz com que a efetivação dos direitos sociais seja seu compromisso ético de maior relevância.

Mas, mesmo que o direito à saúde não tivesse *status constitucional*, ainda assim, como aponta Fábio Konder Comparato, o que está em jogo na questão da concretização do direito à saúde é que a Constituição “não se sobrepõe nem aos direitos humanos vigentes no meio social, embora por ela não acolhidos, nem ao direito internacional”.⁷⁷⁰

Como bem relembra Comparato, ao analisar o pensamento de Rousseau, “toda lei, e pois, por extensão, toda Constituição, contrária à vontade geral enquanto princípio supremo de moralidade, é nula e sem nenhuma força vinculante”.⁷⁷¹ Nesse sentido, é importante salientar que, em razão da “soberania não ser atributo do povo propriamente dito, mas do

⁷⁶⁶ CANELA JÚNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 58.

⁷⁶⁷ Sobre a possibilidade do controle de inconstitucionalidade das normas constitucionais, cf. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Bonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva; Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Público, 2007. p. 977-981.

⁷⁶⁸ CANELA JÚNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 58.

⁷⁶⁹ COMPARATO, Fábio Konder. O papel do juiz na efetivação dos direitos humanos. In: DIREITOS humanos: visões contemporâneas. São Paulo: Associação Juízes para a Democracia, 2001. p. 29.

⁷⁷⁰ COMPARATO, Fábio Konder. *Rumo à Justiça*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 266.

⁷⁷¹ Id. *Ibid.*, p. 268.

princípio ético supremo, denominado vontade geral”,⁷⁷² os princípios éticos consubstanciados nos direitos humanos estão acima de qualquer poder político, econômico ou cultural. Ora se assim é, nenhuma lei ou até mesmo a Constituição de um país pode estabelecer posições contrárias aos direitos humanos.

Isto posto, a primeira conclusão extraída desta reflexão é de que, em defesa da democracia, precisamos defender o fortalecimento das instituições democráticas e, em especial, a existência de um Poder Judiciário comprometido com a concretização dos objetivos do Estado Democrático de Direito.⁷⁷³

Logo, uma vez estabelecido pelo art. 196 da Constituição Federal que a saúde é um direito garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco e da doença e de outros agravos, duas consequências são inevitáveis, como apontam Delduque e colaboradoras:⁷⁷⁴

Duas consequências inevitáveis decorrem da leitura de tais dispositivos constitucionais: a confirmação inequívoca de que a saúde é um direito de todos os cidadãos brasileiros, o qual pode ser exercido perante o Poder Judiciário, em caso de lesão ou ameaça de lesão; e o papel estratégico do Estado, como implementador de políticas públicas e prestador de serviços públicos de saúde, voltados à efetivação deste direito social.

O desafio que se coloca aos estudiosos do tema é determinar qual o papel do Judiciário em relação a tais políticas, e qual o limite de sua atuação em relação a elas.

6.3.3. As políticas públicas do SUS: juízo de constitucionalidade

Quanto à questão das sentenças não levarem em conta a política pública de saúde como fundamento da decisão, há de se fazer uma reflexão do caso sob o ângulo da política de saúde do SUS.

Em estudo realizado a respeito do discurso dos atores das demandas judiciais por Dallari e Marques, já mencionado por nós, percebe-se que os argumentos utilizados pelos juízes estão restritos ao reconhecimento do direito constitucional à saúde independente de políticas orçamentárias; à aplicabilidade imediata das normas constitucionais relativas à saúde; à legitimidade do judiciário para julgar essas questões sem ofender o princípio da separação dos Poderes; e às questões fáticas, como a existência da doença e a necessidade do medicamento. De fato, não há qualquer menção à política de saúde implementada pelo Estado

⁷⁷² Id. *Ibid.*, p. 276.

⁷⁷³ COMPARATO, Fábio Konder. O papel do juiz na efetivação dos direitos humanos. In: DIREITOS humanos: visões contemporâneas. São Paulo: Associação Juízes para a Democracia, 2001. p. 29.

⁷⁷⁴ DELDUQUE, M. C.; MARQUES, S. B.; ROMERO, L. C. A saúde precisa de juízes epidemiologistas. *Saúde em Debate*, Rio de Janeiro, v. 33, n. 81, p. 81, jan./abr. 2009.

brasileiro, como também não há menção à realização de prova pericial, nem à discussão sobre a necessidade do tratamento com aquele medicamento ou sobre a possibilidade de utilização de um substituinte terapêutico (o trabalho não objetivava analisar as provas do processo). Nesse sentido, pode-se concluir que faltou ao Judiciário motivar a sua decisão tanto nas políticas públicas de saúde quanto nos fatos técnicos relevantes atrelados à causa, ficando a motivação restrita apenas a argumentos doutrinários e teóricos do direito à vida e do direito à saúde.

Porém, apesar de as políticas de saúde não terem sido expressamente apontadas na motivação, não se pode dizer que elas foram desprezadas no momento tomada da decisão. Ao contrário, na maioria das sentenças, ao deferir o pedido, o que se buscou foi atender, ao menos em tese, aos dois pilares de sustentação da política do Sistema Único de Saúde, que são: a universalidade de acesso a ações e serviços e a integralidade da atenção à saúde. Diz-se em tese, porque, como apontamos acima, faltou realizar a discussão das circunstâncias fáticas sobre a necessidade ou não do medicamento pleiteado. Mas, mesmo assim, não se pode dizer que houve a desconsideração das políticas de saúde. É que, em se tratando de políticas públicas de saúde, há de se considerar o Sistema Público de Saúde com a sua universalidade de acesso, integralidade da atenção em conjunto com as múltiplas políticas setoriais elaboradas ao longo dos anos de sua existência (Política do Idoso, da Criança e do Adolescente, Política Nacional do Câncer, Política Nacional de Humanização do Parto, Política de Assistência Farmacêutica, Política Nacional de Medicamentos, Política Nacional de Atenção Básica, entre outras).

Se as políticas públicas são o meio através do qual o Estado realiza os seus objetivos; se o objetivo primordial do Estado brasileiro é a concretização dos direitos humanos e se a política de saúde é uma programação de atos e serviços a serem disponibilizados pelo Estado para a satisfação dos direitos humanos (dentre eles, do direito à saúde), então este conjunto articulado de atos e serviços, representado pelas múltiplas políticas setoriais do setor saúde, como aquelas mencionadas no parágrafo anterior, só pode ser interpretado em sua relação com o sistema de saúde nacional.

O que se quer afirmar é que a Política de Medicamentos não tem sentido fora do contexto da Política do SUS como um todo. Ou seja, a concessão de medicamento não constante da Relação Nacional de Medicamentos ou da Relação de Medicamentos de Dispensação Excepcional, estudada no capítulo sobre as ações judiciais, está de acordo com as regras de universalidade e de integralidade da atenção que regulam as ações dentro do sistema, e que são a expressão jurídica da política nacional de saúde. Naquela ocasião, já

havíamos enfatizado que a necessidade de padronização de medicamentos na rede pública é uma medida necessária para a organização de compras em larga escala pelo Poder Público e que as listas oficiais refletem uma gama de diversos medicamentos nas mais variadas especialidades médicas, de modo a contemplar o tratamento das doenças. Isso não impede porém que, diante de uma infecção refratária ao tratamento por antibióticos convencionais, o gestor adquira o antibiótico mais recente e potente que se encontra fora da relação oficial de medicamentos. Ao agir dessa forma, estará ele atuando de acordo com a política de saúde, na qual está prevista a universalidade de acesso e a integralidade da atenção e de maneira alguma estará agindo contra a Política Nacional de Medicamentos.

Na verdade, pode-se afirmar que, entre as duas políticas (a Política do SUS e a Política Nacional de Medicamentos (e entre todas as demais políticas setoriais dentro da área da saúde), existe uma relação de unicidade, indissolubilidade e complementaridade. Daí não ser possível a interpretação isolada da Portaria que instituiu a Política Nacional de Medicamentos, sem que seja ela cotejada com a Política do SUS, cuja expressão jurídica se deu inicialmente com os artigos 196 (que prevê o acesso universal e igualitário a ações e serviços de saúde) e 198 da Constituição Federal de 1988 (que prevê a integralidade da atenção) e com o princípio ético supremo representado pelos direitos humanos que está “acima de qualquer poder político, econômico ou cultural”.⁷⁷⁵ Assim, qualquer política pública de saúde (veiculada pela Constituição, pela Lei ou por Portarias Ministeriais) que se desvie da sua finalidade – a concretização do direito à saúde, não pode prevalecer uma vez que eivada de inconstitucionalidade.

Importante salientar que, quando falamos da complementaridade, unicidade e indissociabilidade das políticas do setor da saúde, estamos incluindo todas as políticas da área da saúde, tanto aquelas do sistema público de saúde quanto aquelas do setor privado da saúde. Isso é possível porque concebemos as políticas públicas como “a coordenação dos meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”.⁷⁷⁶ Se assim é, mais uma razão para fortalecer a tese por nós defendida de que em decorrência da relevância pública dos serviços de saúde suplementar, também se deve aplicar a esse segmento a universalidade de acesso e a integralidade da atenção no âmbito de sua clientela. Ou seja, em nosso entender, a Lei 9656/98, bem como as resoluções da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS)

⁷⁷⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *Rumo à justiça*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 276.

⁷⁷⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. As políticas públicas e o direito administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, v. 13, p. 134-144, 1996.

devem ser interpretadas em relação ao sistema de saúde como um todo, à Política de Integralidade e Universalidade do SUS e ao objetivo perseguido pela execução das políticas públicas de saúde, que constitui a concretização dos direitos humanos.

6.3.3.1. A discricionariedade administrativa

Um dos argumentos utilizados pela Administração Pública contra a atuação do Poder Judiciário nas questões relativas à saúde é a discricionariedade administrativa. Para alguns, isso significa que caberia ao Poder Executivo o juízo discricionário sobre quais direitos sociais realizar, quando o fazer e de que modo. Esse é, de certa forma, um dos fundamentos que está por trás da argumentação de Canotilho, quando o autor, apesar de afirmar que o indivíduo tem um direito a prestações existenciais mínimas perante os poderes públicos, nega-lhe o direito de ação, isto é, o direito de exigir os modos e as formas de proteção desse direito através de ação judicial ou procedimento administrativo. Nesse sentido, afirma o doutrinador:⁷⁷⁷

Acresce que o facto de se reconhecer um direito à vida como direito positivo a prestações existenciais mínimas, tendo como destinatários os poderes públicos, não significa impor como o Estado deve, *prima facie*, densificar este direito.

Entende ele que a escolha dos meios, isto é, de como a prestação deve ser realizada para a garantia do direito à vida, ficaria dependente de uma certa discricionariedade do legislador e dos administradores, ainda que esta maneira seja sempre condicionada por determinantes constitucionais heterônomos.⁷⁷⁸ Esta tese caminha em sentido contrário a essa posição, como analisaremos mais adiante.

No Estado de Direito, a atividade do Executivo se desenvolve em nível infralegal e está subordinada às normas legais e aos comandos constitucionais de aplicação direta. Nesse sentido é a posição de Celso Antonio Bandeira de Mello, ao ponderar que a função administrativa é exercida dentro de uma estrutura e regime hierárquicos, através de comportamentos infralegais ou, excepcionalmente, infraconstitucionais, todos submissos ao controle de legalidade pelo Poder Judiciário.⁷⁷⁹

Os agentes da administração pública estão vinculados à lei, devendo respeitar as proibições estipuladas e agir com relação às obrigações atribuídas ao Estado pelos comandos

⁷⁷⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudo sobre direitos fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora; 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 59.

⁷⁷⁸ Id. *Ibid.*, p. 58.

⁷⁷⁹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 35-36.

legais. Uma vez declarados os direitos e estabelecidos os deveres a eles correlatos, “não cabe ao Executivo decidir quanto ao seu cumprimento ou não, sob pena de grave violação das noções e princípios que escudam o Estado de Direito, além da completa subversão da tripartição de funções, apanágio do regime democrático”.⁷⁸⁰

Pode-se dizer que a tripartição de funções, salvo em raríssimas exceções (edição e medidas provisórias, por exemplo), limita o Executivo à função de dar cumprimento às disposições constitucionais e legais que orientam a atividade administrativa.⁷⁸¹ No âmbito de sua atividade administrativa, “existe, quando muito, uma ‘oportunidade relativa’ na ponderação de meios para a obtenção de fins legais, mas nunca uma escolha de fins”.⁷⁸² A atividade administrativa ou será vinculada (a lei determina de maneira hermética como o ato administrativo deve se realizar) ou será discricionária, concedendo-se ao administrador uma pequena margem de escolha, isto é, a eleição dos meios que, a seu juízo, sejam adequados para a consecução dos fins determinados pela lei.

Para Celso Antonio Bandeira de Mello, discricionariedade é “a margem de ‘liberdade’ que remanesce ao administrador público para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal”.⁷⁸³

Ocorre que, no que se refere ao direito à saúde e às políticas públicas de saúde, dada a peculiaridade do bem em questão, as coisas não ocorrem completamente dessa maneira, ou seja, a discricionariedade do administrador é bem reduzida. Isso ocorre porque as políticas de saúde são fortemente influenciadas pela atuação dos Conselhos de Saúde e pelas decisões das Conferências de Saúde realizadas periodicamente. Assim, se o Executivo está obrigado a acatar e incluir em seu plano de saúde as diretrizes, metas e objetivo apontados pelos Conselhos de Saúde⁷⁸⁴ e pelas Conferências de Saúde,⁷⁸⁵ não se pode dizer que o poder discricionário do administrador (gestor da saúde) permaneça nos moldes como é

⁷⁸⁰ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009. p. 200.

⁷⁸¹ Id. *Ibid.*, p. 201.

⁷⁸² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1982. p. 237.

⁷⁸³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 916.

⁷⁸⁴ BRASIL. Ministério da Saúde. *Resolução n. 333/2003*. Conselho Nacional de Saúde. Disponível em: < http://conselho.saude.gov.br/14cns/docs/resolucao_333.pdf >. Acesso em: 15 set. 2011.

⁷⁸⁵ CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE. *Para entender a gestão do SUS*. Brasília: CONASS, 2003. p. 54-60.

classicamente caracterizado pelo Direito Administrativo. Em relação ao SUS, as decisões sobre investimentos em ações e serviços de saúde que são essenciais ao sistema refletem escolhas compartilhadas entre o gestor e a sociedade civil, representada nos Conselhos de Saúde e nas Conferências de Saúde.

Além disso, pode-se dizer que essa discricionariedade é quase nula quando for o caso de satisfação do mínimo existencial do direito à saúde no caso de cada paciente. Isso é assim porque a escolha da ação, ou serviço de saúde indicado em cada caso, será fruto de uma decisão técnica do profissional de saúde que assiste o paciente e não do administrador (do Secretário de Saúde – gestor do sistema).

Por isso, diante de uma norma constitucional de eficácia plena e aplicabilidade imediata, como aquela que atribui a todos os indivíduos o direito público subjetivo à saúde e ao Estado o dever de adotar medidas concretas para satisfazer esse direito, não há liberdade para o administrador escolher se vai ou não prestar o serviço público necessário para a satisfação deste direito.⁷⁸⁶ Assim, se porventura o Executivo apresentar um comportamento administrativo intolerável e em desacordo com a ordem jurídica, especialmente no que diz respeito ao seu alcance finalístico, então, a última palavra no caso só pode ser dada pelo Judiciário.⁷⁸⁷ A questão polêmica que se coloca diz respeito à possibilidade do controle judicial das políticas públicas de saúde, tema que passaremos a analisar.

6.3.3.2 O controle judicial das políticas públicas

O tema referente às políticas públicas está relacionado com o pressuposto de uma atividade do Estado para a promoção do desenvolvimento econômico, social e político e, para isso, é preciso haver uma ação governamental, planejada e legitimada democraticamente, pois o “desenvolvimento é condição necessária para a realização do bem estar social”.⁷⁸⁸ O fundamento das políticas públicas está na própria existência dos direitos sociais constitucionalmente positivados e cuja concretização depende das prestações positivas do Estado.⁷⁸⁹

Como já assinalado anteriormente, a efetivação dos direitos fundamentais é um dos objetivos a ser atingido, por isso, todas as condutas desenvolvidas pelas formas de

⁷⁸⁶ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009. p. 202.

⁷⁸⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 919.

⁷⁸⁸ BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 51.

⁷⁸⁹ SANTOS, Marília Lourido dos. Políticas públicas (econômicas) e controle. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 40, n. 158, p. 265-278, abr./jun. 2003.

expressão do poder estatal devem procurar a efetivação destes direitos. As políticas públicas são, pois, a forma do Estado cumprir espontaneamente as obrigações assumidas, tanto em âmbito nacional quanto internacional.

Deve-se ter como o *a priori* das políticas públicas a concepção da Constituição dirigente, no sentido de um grande pacto político e social que estabelece um conjunto de indicações formais servindo de fundo às ações governamentais.⁷⁹⁰ Nesse sentido, aponta Bercovici: “A Constituição Dirigente não estabelece uma linha única de atuação para a política, reduzindo a direção política à execução dos preceitos constitucionais, ou seja, substituindo a política. Pelo contrário, ela procura, antes de mais nada estabelecer um fundamento constitucional para a política. (...) Cabe ao governo selecionar e especificar sua atuação a partir dos fins constitucionais, indicando os meios ou instrumentos adequados para a sua realização”.⁷⁹¹

Para atingir as suas finalidades, o Estado Social deve realizar atividades de acordo com as políticas públicas, estas entendidas como programas de ação que buscam o bem comum, o interesse público. Por isso, entende Vidal Serrano Nunes Júnior, que a discussão principal não se dá com relação à discricionariedade propriamente dita, mas sim quanto ao nível de vinculação do Legislativo e do Executivo frente às normas programáticas.⁷⁹²

Embora essas normas programáticas, em regra, sejam dotadas de baixa densidade, limitando-se a uma determinação fluida de fins e permitindo uma maior liberdade de conformação legislativa e administrativa para a sua concretização, elas obrigam e vinculam todos os órgãos e autoridades públicas, o que se dá por conta da força normativa da Constituição.

Mesmo sem estabelecer um dever direto, certo e imediato de agir, elas veiculam “uma proibição de omissão, o que sempre lhe confere justiciabilidade, quando menos, para proibir que políticas públicas e direitos que materializam venham a retroceder”.⁷⁹³

No Estado Democrático de Direito, o controle de políticas públicas significa, em outras palavras, a delimitação do campo de ação para o agente público. Para Leonel Pires

⁷⁹⁰ OHLWEILER, Leonel Pires. Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito. In: TORRES, Ricardo Lobo Torres. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios da natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 292.

⁷⁹¹ BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento*, cit., p. 58-59.

⁷⁹² NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009. p. 205.

⁷⁹³ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009. p. 206.

Ohlweiler, o controle jurisdicional das políticas públicas abarca dois âmbitos das ações governamentais: formal e material. No âmbito formal, cabe ao Judiciário garantir que as políticas públicas adotem uma processualidade capaz de salvaguardar a legitimidade democrática.⁷⁹⁴ Já com relação ao controle material, cabe ao juiz fazer o controle de ponderação dos bens, direitos e interesses envolvidos na construção de políticas públicas. O resultado da ponderação realizada poderá ser revisto a partir de um conjunto de critérios jurídicos de caráter constitucional.⁷⁹⁵

O controle de constitucionalidade do ato administrativo e do conjunto de ações governamentais é possível porque o agente público está obrigado a materializar os objetivos e finalidades constitucionalmente previstos. Isso é aquilo que se pode chamar de “a cláusula vinculante do Estado Social” para o processo de construção de políticas públicas.⁷⁹⁶

Nesse sentido, pode-se dizer, como Ada Pellegrini Grinover, que “o juiz brasileiro não tem como se colocar fora do sistema e contra as finalidades do Estado, nem a justiça sofre frequente distorção em razão de sua politização”.⁷⁹⁷

A missão atribuída ao Poder Judiciário de “guarda da Constituição” exige repensar o exercício da atividade jurisdicional. Controlar políticas públicas exige muito mais do que ser um juiz “boca da lei”. É necessário que o magistrado seja um agente público preocupado com os destinos de toda uma comunidade. Um juiz capaz de dar-se conta do conjunto de mazelas que assola a sociedade, das desigualdades e dos férteis campos de patrimonialismo que pululam no Brasil.⁷⁹⁸

⁷⁹⁴ OHLWEILER, Leonel Pires. Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito. In: TORRES, Ricardo Lobo Torres. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios da natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 303.

⁷⁹⁵ OHLWEILER, Leonel Pires. Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito. In: TORRES, Ricardo Lobo Torres. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios da natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 303-304.

⁷⁹⁶ “Estado social equivale, pues, a un mandato expreso de configuración de la sociedad en orden a hacer realidad La libertad y igualdad de los individuos; un mandato que no se agota en esta formulación genérica, sino que se desarrolla pormenorizadamente en los artículos integrantes Del Capítulo 3º, Del Título I, con mandatos y directivas explícitas a los poderes públicos de intervención y promoción en El ámbito de La familia, el trabajo, la seguridad social, la emigración, la salud, la cultura, El medio ambiente, El patrimonio histórico y cultural, la vivienda, la juventud, los disminuidos físicos y psíquicos, la tercera edad y los consumidores” PASTOR, Juan Alfonso Santamaria. *Principios de derecho administrativo*. 3. ed. Madrid: Editorial, Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 2000. v. 1, p. 108.

⁷⁹⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. A responsabilidade do juiz brasileiro. In: _____. *Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques*. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 22.

⁷⁹⁸ OHLWEILER, Leonel Pires. *Políticas públicas e controle jurisdicional*, cit., p.307.

O controle judicial das políticas públicas na área da saúde é essencial para a efetivação do direito à saúde, especialmente no Brasil, onde o controle social dessas políticas é, por vezes, prejudicado porque, como aponta Ana Paula de Barcellos: “Em condições de pobreza extrema ou miserabilidade, e na ausência de níveis básicos de educação e informação, a autonomia do indivíduo para avaliar, refletir e participar conscientemente do processo democrático estará amplamente prejudicada”.⁷⁹⁹ Como aponta a autora, na ausência do controle social, a gestão dessas políticas tende a ser marcada pela corrupção, pela ineficiência e pelo clientelismo. E isso faz com que os recursos públicos sejam gastos, mas sem que haja uma melhoria do *status* geral dos direitos humanos na sociedade.

Algumas formas de controle podem resultar em maior ou menor intervenção do Judiciário na esfera própria dos outros Poderes. Segundo Ana Paula de Barcellos, existem pelo menos cinco objetos que podem ser alvo do controle judicial. São eles: i) a fixação de metas e prioridades por parte do Poder Público em matéria de direitos fundamentais; ii) o resultado final esperado das políticas públicas em determinado setor; iii) a quantidade de recursos a ser investida em políticas públicas vinculadas à realização de direitos fundamentais; iv) o atingimento ou não das metas fixadas pelo próprio Poder Público; v) a eficiência mínima na aplicação de recursos destinados a determinada finalidade.⁸⁰⁰

Se analisarmos as políticas públicas na área da saúde, podemos dizer que os Poderes Públicos estão obrigados a incluir em suas previsões orçamentárias rubricas capazes de custear as ações e serviços de saúde da população, o que significa prever verbas para custear os serviços de saúde. Portanto, se essas verbas não estiverem previstas no orçamento, poderá o juiz determinar que elas sejam incluídas no orçamento.

A despeito da previsão orçamentária, se constatarmos que, em uma determinada localidade, não existem serviços de saúde (Unidades Básicas, Serviços Diagnósticos, vagas hospitalares, entre outros), então estaremos diante da possibilidade de exigir em juízo esses bens, uma vez que as políticas de saúde não tiveram o resultado esperado. Nesse caso, poderia o juiz determinar de forma específica o oferecimento de tais serviços.

⁷⁹⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 109.

⁸⁰⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 116.

Assim, com relação ao programa de tuberculose, vemos que os pacientes têm direito subjetivo ao fornecimento gratuito do medicamento necessário à doença. Do ponto de vista do Poder Público, o fornecimento de tais medicamentos constitui uma meta necessária de sua política de saúde para o setor. Sua não inclusão no orçamento poderá ensejar controle específico. E se os medicamentos não forem oferecidos à população, o controle do resultado final consistiria na possibilidade do juiz determinar ao Poder Público o oferecimento obrigatório dos medicamentos referidos.⁸⁰¹

Outro objeto passível de controle judicial é a quantidade de recursos investida na promoção dos direitos fundamentais. Em relação à saúde, a EC 29/2000 definiu os percentuais a serem investidos por cada ente da Federação, assim, se esse percentual não for observado, caberia o controle judicial. Importante ressaltar que esse é um percentual mínimo e nada impede que haja um investimento maior e que existam outros parâmetros aferíveis para o investimento em saúde que não aqueles determinados na Emenda referida. Nesse sentido, bastante proveitosa é a sugestão de Ana Paula de Barcellos acerca da possibilidade da construção teórica de outros parâmetros, como imaginar, por exemplo, relações de prioridade exigíveis entre diferentes tipos de gastos do Poder Público. Assim, diz ela, “pode ser juridicamente consistente sustentar que os gastos com publicidade não poderão ser superiores aos investimentos com educação ou saúde, uma vez que necessidades importantes de tais áreas sofram com carência de recursos, ou que gastos públicos com eventos culturais não possam ultrapassar ou representar mais do que determinada fração daqueles com educação fundamental e média”.⁸⁰² É claro que parâmetros diversos daqueles previstos constitucionalmente exigirão um maior esforço de justificação por parte do magistrado, mas esse é um campo aberto a possibilidades no que tange às discussões acerca da judicialização da saúde.

A verificação do atingimento ou não das metas estabelecidas pelo Poder Público para as suas políticas públicas constitui outro objeto de controle judicial. De início, há de se apontar que esse é um controle difícil de ser feito, uma vez que as metas a serem atingidas muitas vezes não estão claras. Nesse sentido aponta Ana Paula de Barcellos, ao comentar o

⁸⁰¹ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 118.

⁸⁰² BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 119.

plano de governo: “...esse documento contém tradicionalmente apenas peça retórica de propaganda política, da qual como regra não é possível extrair qualquer meta tangível”⁸⁰³ no que diz respeito às políticas que o Governo pretende implementar. O mesmo acontece com relação aos planos plurianuais e às leis orçamentárias.⁸⁰⁴ Isso, porém, não ocorre com as metas do SUS.

Em termos do Sistema Único de Saúde, as metas de cada ente da Federação podem ser objetivamente identificadas nos planos de saúde elaborados pelo município, pelo estado e pelo governo federal. A capacidade instalada e a cobertura dos serviços oferecidos à população de um determinado território podem ser objetivamente quantificadas através da análise das Programações Pactuadas Integradas (PPI) realizadas numa determinada região de saúde. O resultado das políticas públicas de saúde também pode ser obtido pelo acompanhamento dos índices de saúde da região. Por isso é que a discussão sobre metas, resultados e eficiência das políticas de saúde deve se realizar no caso concreto analisando-se o contexto do Sistema Nacional de Saúde.

Por fim, o quinto objeto de controle jurisdicional é a eficiência mínima de utilização dos recursos públicos investidos nas políticas relacionadas com direitos fundamentais. O controle aqui tem como objeto apenas o que se fez com os recursos públicos destinados a determinada área. A eficiência é um dever geral da Administração e pressupõe o emprego de meios disponíveis para obter os melhores resultados possíveis para o interesse público. Embora se saiba que os meios disponíveis não se resumem a recursos financeiros, o controle da eficiência mínima das políticas públicas envolverá, sobretudo, o aspecto da economicidade (a relação custo-benefício sob uma perspectiva financeira), de modo a verificar o emprego adequado dos recursos no contexto das políticas públicas direcionadas à realização dos direitos fundamentais.⁸⁰⁵

Também com relação à eficiência, há necessidade de se aferir a capacidade de resolução dos serviços de saúde no atendimento das necessidades da população. Ou seja,

⁸⁰³ Meta tangível corresponde à descrição de uma realidade concreta, palpável e observável. Assim, investir uma quantidade “x” de recursos em determinada área não constitui uma meta tangível. Metas tangíveis seriam, por exemplo, na área da saúde, a contratação de “z” médicos, a construção de “y” hospitais, o fornecimento de “z” doses de remédios.

⁸⁰⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 121.

⁸⁰⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 124.

eficiência também pressupõe a qualidade do serviço e não apenas a quantidade de recursos e de serviços disponibilizados pelo sistema. Embora a qualidade seja um parâmetro difícil de se obter, a evolução dos índices de saúde e de qualidade de vida podem nos ajudar a medi-la de forma indireta.

Para Fábio Konder Comparato, não há porque negar a possibilidade do juízo de constitucionalidade dessas políticas públicas, pois ele significa uma oportunidade de realizar-se o confronto de tais políticas com os objetivos constitucionalmente vinculantes da atividade do governo e com as regras que estruturam o desenvolvimento dessa atividade. No primeiro caso, estaria, por exemplo, uma política econômica voltada apenas para a estabilidade monetária que se mostrasse incompatível com as normas-objetivo da Constituição, especialmente com aquela relacionada à busca do pleno emprego (art. 170, VIII). No segundo caso, estaria uma política municipal de saúde pública desligada do Sistema Único de Saúde imposto pelo art. 196 e seguintes da Constituição.⁸⁰⁶

A inconstitucionalidade de uma política, no entender do referido autor, pode ocorrer não apenas em razão da sua finalidade, mas também pelos efeitos dos meios e instrumentos escolhidos para a sua realização. É o que aconteceria se uma política agrícola governamental instituísse um incentivo para a manutenção dos latifúndios improdutivos, afrontando o espírito da Reforma Agrária inserto no art. 187, § 2º da Constituição Federal.

Pode haver também inconstitucionalidade por omissão, o que ocorreria, por exemplo, quando o Estado não fornecesse serviços de atenção básica, de média e alta complexidade à população. Nesse caso, o juiz teria legitimidade para identificar o núcleo essencial do direito à saúde, especialmente quando o legislador e o administrador fossem omissos e incapazes de satisfazer o direito ao mínimo existencial, posição já afirmada pelo Ministro Celso de Mello durante a votação no Supremo Tribunal Federal da ADPF 45 MC/DF.⁸⁰⁷

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário e nas desta Suprema Corte, em especial, a atribuição de formular e implementar políticas públicas, pois nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos

⁸⁰⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *Rumo à Justiça*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 297.

⁸⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF45 MC/DF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/pesquisarPeticaoInicial.asp>>. Acesso em: 7 jul. 2010.

individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdos programáticos.

É verdade que o Ministro Celso de Mello faz a ressalva de que devemos sempre levar em conta a reserva do possível, especialmente quando falamos em efetivação e implementação dos direitos de segunda geração, o que significa a verificação da presença concomitante dos dois termos do binômio: razoabilidade da pretensão, deduzida em face do Poder Público e a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Mas, por outro lado, não hesita em afirmar que, se o Executivo e o Legislativo agirem de forma a comprometer a eficácia dos direitos sociais:⁸⁰⁸

...aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado, e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.

6.3.3.3. Mecanismo processual para exercer o juízo de constitucionalidade de políticas públicas

Uma vez estabelecida a possibilidade do juízo de constitucionalidade das políticas públicas de saúde pelo Judiciário, abre-se então a discussão doutrinária de que mecanismos processuais seriam os mais adequados para a sua realização: a demanda individual, o processo coletivo, o controle concentrado de constitucionalidade?

As decisões tomadas nos processos individuais são criticadas quer porque podem potencialmente criar injustiças com relação a outras pessoas portadoras da mesma necessidade de saúde,⁸⁰⁹ como por causarem desequilíbrio no orçamento⁸¹⁰ e impedirem a realização de outras políticas de saúde. Entretanto, o que se nota é que, via de regra, esses são argumentos abstratos e retóricos sem comprovação no caso concreto. Ou seja, não se documenta em juízo a veracidade de tais afirmações.

⁸⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF45 MC/DF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/pesquisarPeticaoInicial.asp>>. Acesso em: 7 jul. 2010.

⁸⁰⁹ Quem tiver a sorte de obter uma decisão favorável terá o privilégio de ser atendido em detrimento de tantos outros que não tiveram a oportunidade e a sorte de obter a decisão judicial. LOPES, José Reinaldo Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado Social de Direitos. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 131.

⁸¹⁰ As decisões judiciais tomadas no âmbito da micro-justiça podem potencialmente comprometer o orçamento, na medida em que, ao exceder os limites estruturais do sistema jurídico, passam, na prática, a alocar recursos, determinando de que maneira eles devem ser gastos. AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha*: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 16-17.

Outra crítica que se faz aos meios individuais de defesa dos interesses é a de que eles fragmentam decisões que, a rigor, deveriam atingir toda uma política.⁸¹¹ Novamente, há de se notar a fragilidade dessa argumentação sem contextualizá-la no caso concreto analisado em juízo. Pois não se pode dizer que, ao condenar o Estado a disponibilizar o acesso a uma mamografia ou a fornecer uma insulina importada a um paciente, estaria o juiz a “fragmentar decisões que deveriam atingir toda uma política”. Na verdade, no caso da mamografia, o que o juiz está efetivando é um direito previsto na Política Nacional de Câncer (que tem, dentre os seus objetivos, a prevenção e o diagnóstico e tratamento precoces do câncer de mama). Da mesma forma, no caso da insulina, o juiz está efetivando o direito previsto na Política Nacional ao Portador de Doença Renal,⁸¹² que tem como um dos seus objetivos o controle dos pacientes diabéticos e hipertensos na tentativa de evitar o aparecimento de insuficiência renal grave com a conseqüente necessidade de realização de diálises e transplante renal.

Fernando Facury Scaff critica as demandas individuais relativas à saúde apontando que elas de maneira alguma implementam o direito social previsto na Constituição, pois “o exercício de um direito social que gera benefícios apenas a um indivíduo ou a um pequeno grupo não foi aplicado de forma adequada”.⁸¹³ O autor entende que esse é um erro praticado por quem confunde o sentido do que é um direito social, tratando-o como um direito que possa ser fruído de forma individual ou coletiva, e não pelo conjunto dos cidadãos que dele necessitem.

Para José Reinaldo de Lima Lopes, os direitos sociais, mesmo concebidos como direitos subjetivos, não são iguais aos direitos individuais porque sua fruição é feita de maneira distinta, na medida em que “tal direito só se exerce em partilha com outros da mesma espécie”.⁸¹⁴ Eles teriam como característica principal o fato de que não são fruíveis ou exequíveis individualmente, o que não quer dizer que juridicamente não possam, em determinadas circunstâncias, serem exigidos como se exigem individualmente outros direitos subjetivos. São direitos que dependem, para sua eficácia, de uma ação concreta do Estado e

⁸¹¹ LOPES, José Reinaldo Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado Social de Direitos. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 134.

⁸¹² BRASIL. Ministério da Saúde. *Política Nacional ao Portador de Doença Renal*. Disponível em: <<http://www.nefrologiaonline.com.br/noticias/PoliticaNacional.doc>>. Acesso em: 06 set. 2011.

⁸¹³ SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 137.

⁸¹⁴ LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 129-130.

não simplesmente de uma possibilidade de agir em juízo. O autor acha difícil identificar em relação aos direitos sociais qual a ação cabível para a sua defesa, quem é o seu titular e quem é o devedor obrigado. Por isso, entende ele, que existe dificuldade de lidar com eles utilizando-se uma dogmática do século XIX, dificuldade que surge todas as vezes em que se tenta defender com instrumentos individuais um direito social.⁸¹⁵

Dessa forma, os direitos sociais só poderiam ser compreendidos a partir de uma perspectiva social e pública, não individual e nem corporativa. As demandas populares por políticas públicas compensatórias e sociais colocam em questão o processo global de apropriação das riquezas e dos benefícios sociais de modo geral. Por essa razão é que, para José Reinaldo de Lima Lopes, torna-se difícil resolver por via judicial demandas que são coletivas.⁸¹⁶

Contra as posições acima mencionadas, desde logo, se há de objetar que o direito à saúde, enquanto direito social, pode e deve ser analisado em duas dimensões: a individual e a coletiva, ambas presentes no Sistema Único de Saúde. Assim, o direito à saúde de uma determinada população pode ser analisado dentro do sistema formado por uma rede de serviços de atenção à saúde, regionalizados e hierarquizados. Dizemos, então, que existe um direito de todos os municípios a terem acesso aos serviços de atenção básica, média e alta complexidade, o que lhes permitirá obter a integralidade da atenção à saúde de que necessitam. Neste sentido, os serviços da Unidade Básica de Saúde, do Laboratório Público e do Hospital Público da região são passíveis de fruição por todos os municípios, e representam a dimensão coletiva do direito à saúde. Entretanto, quando um determinado paciente é internado e recebe cuidados específicos para o seu agravo, estamos diante do direito à saúde, cuja fruição é feita individualmente. Ou seja, o “social” do direito à saúde diz respeito à existência do sistema de saúde com os serviços e ações disponibilizadas para toda a população, e não à forma de fruição do direito. Em outras palavras, a fruição individual do direito à saúde de um paciente que recebe um transplante renal não retira deste direito a sua natureza de um direito social.

Nesse sentido, pertinente é a observação de Ana Paula de Barcellos, para quem o controle do resultado esperado das políticas públicas sempre poderá se dar no âmbito das

⁸¹⁵ LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 129-130.

⁸¹⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 1. ed., 5. tir. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 139.

ações individuais. Assim, o indivíduo não atendido com relação a um serviço ou prestação no âmbito da saúde poderá postular seu atendimento individualmente, sem prejuízo da discussão em ação coletiva, de modo a assegurar o oferecimento do bem a todos os indivíduos que dele necessitem. Para ela, as ações individuais são um espaço importante de exercício da cidadania no âmbito de um Estado de Direito.⁸¹⁷

Com relação a pretensões individuais relativas ao direito à saúde, Gustavo Amaral defende a tese de que “não cabe ao magistrado fazer a mediação fato-norma, seja pela subsunção ou pela concreção”,⁸¹⁸ sendo-lhe permitido apenas o controle do discurso, o controle das condutas adotadas por aqueles que ocupam função executiva e legislativa. Assim, haveria duas fases de cognição: na primeira delas, o juiz deve projetar o conteúdo da pretensão positiva do particular, contrastando o teor da pretensão com a realidade fática, verificando se há uma violação potencial. Se houver, o magistrado passa, então, a analisar as razões dadas pelo Estado para suas escolhas, fazendo a ponderação entre o grau de essencialidade da pretensão e o grau da excepcionalidade da situação concreta, que poderá justificar ou não a escolha.⁸¹⁹ O autor preconiza que, na primeira fase, o juiz deverá aplicar todos os métodos de interpretação, a pré-compreensão, a ponderação de valores, enquanto que, na segunda fase, ele fará uma ponderação específica, que não é uma ponderação de valores ou de princípios, mas “uma ponderação entre valores, princípios e regras, de um lado, e um quadro fático conjuntural, para daí extrair não a decisão, mas o parâmetro de avaliação das escolhas estatais”.⁸²⁰ Dessa forma, a decisão judicial para o indivíduo seria sempre circunstancial e não para a generalidade dos casos.

Temos dúvida se seria possível a ponderação entre as grandezas diferentes apontadas pelo referido autor. Quer nos parecer que a ponderação desigual a que ele se refere pode muito bem ser entendida como a subsunção do complexo fático às normas em sentido lato. Ademais, o modelo de cognição sugerido por ele parece consoante com o que defendemos nesta tese, ou seja, que o direito à saúde pleiteado deve ser analisado no contexto fático do Sistema Único de Saúde.

⁸¹⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 130-131.

⁸¹⁸ AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 115.

⁸¹⁹ Id. *Ibid.*, p. 115.

⁸²⁰ Id. *Ibid.*, p. 116.

Com todo o respeito pelas posições dos autores acima mencionados, entendemos perfeitamente possível o ajuizamento das demandas individuais nas quais os autores pleiteiem o seu direito subjetivo à saúde. Nosso trabalho defende a tese de que o direito à saúde, enquanto direito social fundamental, é também um direito a um mínimo vital e, por esta razão, as normas que o veiculam expressam um direito subjetivo definitivo vinculante⁸²¹ passível de proteção judicial cada vez em que for violado.

O ajuizamento de ações individuais para a satisfação do direito à saúde é perfeitamente possível e desejável toda vez que houver ofensa ao direito fundamental em questão. Entretanto, esse não é o único mecanismo processual para a satisfação do direito à saúde.

Oswaldo Canela Júnior defende a tese de que o melhor instrumento para essa análise é a ação coletiva.⁸²² A doutrina vem reconhecendo que o objeto das ações coletivas encontra-se inadmissivelmente restringido e defende a sua ampliação.⁸²³ Especialmente com relação à ação civil pública, pretende-se ampliar o seu objeto a partir do exame dos interesses coletivos e difusos consagrados na Lei n. 7347/85 justificando-se, inclusive, a legitimidade do Ministério Público para agir nesses casos. A ampliação do objeto da ação civil pública permitiria então a implementação dos direitos fundamentais.⁸²⁴ A ausência de previsão no art. 1º da Lei da Ação Civil Pública, dos direitos fundamentais como objeto da ação coletiva, não afasta o cabimento da ação para a sua proteção, pois aplica-se no caso o princípio da não resistência instrumental à efetivação dos direitos fundamentais sociais.⁸²⁵

Além disso, como aponta Ada Pellegrini Grinover, a técnica processual deve ser revista para servir as finalidades jurídica, política e social do processo, o que irá gerar

⁸²¹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción Carlos Bernal Pulido. 2. ed Madrid: Centro de Estudios políticos y constitucionales, 2007. p. 445.

⁸²² CANELA JÚNIOR, Oswaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 123.

⁸²³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *Ação civil pública: Lei 7.347/1985-15 anos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 751 et seq.

⁸²⁴ ALONSO JÚNIOR, Hamilton. A ampliação do objeto das ações civis públicas na implementação dos direitos fundamentais. In: MILARÉ, Édís. *Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 207-219.

⁸²⁵ Segundo este princípio defendido por Oswaldo Canela Júnior em sua tese de doutoramento, “nenhuma política pública, oriunda do Poder Legislativo ou Executivo, poderá se converter, comissiva ou omissivamente, em instrumento de resistência à efetivação dos direitos fundamentais”. Se assim é, “a inexistência de mecanismos processuais igualmente não poderá ser fundamento para a não efetivação dos direitos fundamentais. Com decorrência lógica do princípio, o magistrado está autorizado, no exame de alegada lesão a direito fundamental, a adaptar as normas processuais subconstitucionais, permitindo a mais ampla cognição da matéria” CANELA JÚNIOR, Oswaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 136.

mudanças tanto funcionais quanto estruturais no processo.⁸²⁶ Sob esta ótica, os direitos fundamentais sociais, e dentre eles o direito à saúde, preencheriam as duas notas dos interesses difusos destacados por Ada Pellegrini Grinover, como: a titularidade de uma série indeterminada de sujeitos e a indivisibilidade do bem coletivo.⁸²⁷

Vidal Serrano Nunes Júnior aponta que a evolução dos ordenamentos jurídicos, no sentido de reconhecerem a existência de direitos da coletividade, gera reflexos no âmbito das normas que fixam diretrizes, programas ou finalidades ao Estado. Embora, para alguns, essas normas não criem um direito subjetivo ao indivíduo, elas veiculam comandos ao Estado que são de interesse de toda a comunidade. Trata-se, no caso, da existência de um interesse difuso, um direito da comunidade, protegido através de uma norma programática, cujo descumprimento pode ser discutido judicialmente através de uma ação civil pública.⁸²⁸

Sendo assim, não haveria razão para a doutrina rejeitar a tese de que direitos subjetivos constitucionalmente garantidos pudessem ser concedidos através da ação civil pública, pois “a prevalecer o impasse, estaríamos a aceitar que é possível a existência de um direito material, estabelecido na mais importante norma do Estado, sem qualquer instrumento processual para a sua realização, o que é inadmissível do ponto de vista lógico e, sobretudo, ético”.⁸²⁹

Assim, uma vez que constitui dever do Judiciário permitir a discussão democrática sobre a violação dos direitos fundamentais sociais⁸³⁰ e, diante do princípio da inafastabilidade da jurisdição, o processo coletivo também pode ser um instrumento adequado para a satisfação do direito à saúde porque permite a produção de provimento jurisdicional com alcance social.⁸³¹ No Estado de bem-estar social, o Poder Judiciário deve participar ativamente do processo democrático e isso se dá através do processo coletivo com a efetivação dos direitos fundamentais indispensáveis para a consecução dos objetivos do

⁸²⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. Mudanças estruturais no processo civil brasileiro. *Revista IOB de Direito Civil e processual Civil*, Porto Alegre, ano 8, n. 44, p. 55, nov./dez. 2006.

⁸²⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. (Coord.). A problemática dos interesses difusos. In: _____. *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984. p. 31.

⁸²⁸ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009. p. 209-210.

⁸²⁹ CANELA JÚNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 129.

⁸³⁰ Dentro desta perspectiva pondera Dalmo de Abreu Dallari: “Se alguém tiver um direito desrespeitado, pode pedir proteção aos juízes e tribunais, seja quem for o culpado pelo desrespeito. Assim, também quando existir dúvida sobre algum direito, se ele existe ou não, ou a quem ele pertence, é o Poder Judiciário que deve desfazer a dúvida”. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. 2. Ed. São Paulo: Moderna, 2004. p. 96-99.

⁸³¹ A necessidade de implementação de instrumentos processuais “sensíveis e breves, que amparem e protejam de maneira eficaz os direitos do homem” já era de há muito apontada. FIX-ZAMUDIO, Hector. *La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*. México: Civitas, 1982. p. 57-59.

Estado. O processo coletivo é, assim, o instrumento institucional para a efetivação dos direitos sociais fundamentais.

Oswaldo Canela Júnior pondera que, nesses casos, o objeto do processo coletivo seria “os direitos fundamentais, ou a pretensão relativa aos bens da vida por ele protegidos” e não propriamente as políticas públicas. Estas últimas só seriam alvo de cognição do juízo, na medida em que representassem violação aos direitos fundamentais sociais.⁸³² Para ele, o Judiciário tem uma atribuição constitucional residual em matéria de políticas públicas, de tal forma que não pode interferir indistintamente nas políticas desenvolvidas pelos outros poderes, a não ser “no caso de omissão ou de contrariedade com os núcleos constitucionais de irradiação é que o Poder Judiciário intervém nas políticas públicas”.⁸³³

Uma vez ajuizada a demanda coletiva, Oswaldo Canela Júnior propõe que o Judiciário realize a análise das políticas públicas em duas fases distintas. A primeira apreciação seria feita na fase declaratória do direito fundamental violado e a segunda, na fase de cumprimento da sentença. Assim, a lesão a direitos fundamentais deve ser constatada e efetivamente declarada por meio do provimento jurisdicional, mesmo que a sua exequibilidade protraia-se no tempo. Reconhece-se, assim, a existência de limitações à atuação do Poder Judiciário no controle de políticas públicas na fase de cumprimento da sentença e nos casos de tutelas de urgência,⁸³⁴ mas essas seriam limitações à efetivação dos direitos fundamentais e não ao seu reconhecimento judicial.⁸³⁵

Para Canela Júnior, esta análise em duas fases distintas é relevante pois, na fase de declaração do direito fundamental violado as políticas públicas serão analisadas exclusivamente sob o ângulo da adequação aos fins constitucionais violados. Se a finalidade era a satisfação espontânea do direito à saúde, as políticas públicas serão examinadas neste viés e segundo os parâmetros contidos nos núcleos de irradiação. Uma vez constatado que elas são inadequadas ou omissas, deverão ser realinhadas e corrigidas por meio do provimento jurisdicional. Já na fase de cumprimento da sentença, novos parâmetros deverão ser observados pelo juiz, de maneira que o início da prática dos atos de realinhamento coercitivo das políticas públicas deve respeitar os limites temporais que forem necessários para a efetivação do provimento jurisdicional.

⁸³² CANELA JÚNIOR, Oswaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 131.

⁸³³ Id. *Ibid.*, p. 148.

⁸³⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. Controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 33, n. 164, p. 16, out. 2008.

⁸³⁵ CANELA JÚNIOR, Oswaldo. *op. cit.*, p. 149.

Embora não concordemos inteiramente com essa tese, uma vez que entendemos ser o direito à saúde um direito subjetivo ao mínimo existencial de aplicabilidade imediata, ela nos parece uma maneira criativa e inovadora de abordar a questão do direito à saúde. Isso porque ela nos permite afirmar a existência do direito social fundamental e obter do Estado-juíz o reconhecimento desse direito violado, em vez de argumentarmos que se trata de um direito *prima facie*, cuja concretização depende de condições fáticas e jurídicas, ou de direito previsto em normas programáticas, também denominadas normas de princípio programático, não passíveis de aplicabilidade imediata. Ou seja, pela proposta do referido autor, o direito à saúde e a omissão do Estado seriam reconhecidos pelo juiz, porém sua exigibilidade seria protraída no tempo. Em outras palavras, estaríamos diante do conhecido ditado utilizado pelos devedores ditos de boa-fé: “Devo, não nego, pago quando puder.” Embora tal posição já represente um avanço em relação àquela que simplesmente nega a existência de um direito subjetivo vinculante, ela não pode ser admitida, pois não se coaduna com um Estado Democrático de Direito.

Para Ana Paula de Barcellos, as decisões proferidas no âmbito de processos coletivos (como, por exemplo, as ações civis públicas) ou no contexto das ações abstratas, de controle objetivo da constitucionalidade, produzem efeitos muito mais abrangentes. A discussão nesses tipos de ação permitem, na opinião da autora, um exame do contexto geral de políticas públicas (a “macrojustiça”) uma vez que os legitimados ativos terão melhores condições de trazer elementos aos autos e discuti-los. Além disso, a discussão em sede coletiva ou abstrata favorece a isonomia, evitando as distorções que os processos individuais podem gerar na distribuição de bens dentro da sociedade.⁸³⁶

O manejo das ações coletivas, em especial da ação civil pública, não só é possível como também apresenta vantagens em se tratando do direito fundamental à saúde. Entretanto, Fábio Konder Comparato levanta a hipótese de que as políticas públicas deveriam ser discutidas através de uma ação direta de inconstitucionalidade.⁸³⁷ Para ele, seria necessária uma reforma constitucional para a introdução de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade de políticas, que ele vê como o instrumento processual ideal para a discussão das políticas públicas. Pelo fato de as políticas públicas serem sempre decididas e executadas no nível mais elevado da instância governamental e se estenderem por toda a Administração, necessitando,

⁸³⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 129.

⁸³⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *Rumo à Justiça*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 298-299.

às vezes, de leis para a expressão de seus objetivos, não haveria razão para se permitir o controle difuso da constitucionalidade dessas políticas de maneira incidental durante o julgamento de uma lide particular.

Por esta razão, o referido autor defende a tese do controle concentrado de constitucionalidade das políticas públicas perante o órgão judiciário colocado em nível mais elevado, em cada unidade da Federação (Tribunal de Justiça do Estado) e perante o Superior Tribunal de Justiça, em se tratando de políticas federais. Propõe também o alargamento da legitimidade ativa para a propositura da ação, de maneira a permitir que além de órgãos estatais, como o Ministério Público e as mesas diretoras das câmaras legislativas, também possam ajuizar a ação os partidos políticos (ainda que não representados no órgão legislativo), sindicatos, entidades de classe e quaisquer outras entidades não governamentais, reconhecidas de utilidade pública. Já o polo passivo da ação seria ocupado pelo chefe do Poder Executivo, uma vez que as políticas públicas são sempre decididas e realizadas por ele.

Para Comparato, os efeitos políticos de uma decisão judicial de inconstitucionalidade atingiria todas as leis e atos normativos executórios, envolvidos no programa de ação governamental, com efeito invalidante *ex-nunc*, a fim de se preservar todos os atos e contratos concluídos antes do trânsito em julgado da decisão e impedir o caos na Administração Pública. Além disso, sugere o autor que a sentença, além do efeito desconstitutivo, tenha uma natureza injuntiva ou mandamental, pois seria muito útil que o Judiciário tivesse competência para impedir preventivamente a realização de políticas públicas inconstitucionais.

A discussão do direito à saúde e das políticas públicas de saúde pode se realizar através de vários tipos de ações: a ação individual, a ação coletiva e a ação direta de inconstitucionalidade. Na ação individual, as políticas de saúde serão alvo da cognição, na medida em que representem a violação do direito fundamental, porém o objeto da ação será sempre o bem da vida pleiteado para a satisfação do direito.⁸³⁸ Nas ações coletivas, as políticas de saúde podem ser alvo da cognição do juízo, nos moldes apresentados por Ana Paula de Barcellos,⁸³⁹ mas o juízo de constitucionalidade sobre elas continua sendo realizado de maneira incidental e servirá apenas como fundamentação para a concessão do bem da vida

⁸³⁸ CANELA JÚNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 151.

⁸³⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 116.

pleiteado na ação. Na ação direta de inconstitucionalidade, a análise das políticas públicas se transforma em objeto da ação.

De qualquer maneira, em qualquer das modalidades de ação, o Poder Judiciário poderá sempre formular juízo a respeito das políticas públicas de saúde e conceder o bem da vida necessário para a satisfação do direito à saúde.

A atuação do Judiciário, nesses casos, é frequentemente criticada, por várias razões, em especial, pela ofensa ao princípio da separação de poderes que, em nosso entender, já não pode mais ser sustentado num Estado Democrático de Direito, como veremos a seguir.

6.3.4. Estado Social: redefinição do princípio da separação dos Poderes

A separação dos Poderes é um princípio que, para Nuno Piçarra, admite várias interpretações tais como: i) a designação das funções do Estado; ii) a designação dos Poderes, isto é, dos órgãos públicos que desempenham as funções típicas; iii) a designação do princípio segundo o qual cada um desses órgãos exerce funções próprias e distintas entre si, sob a égide de três cláusulas: I- independência e harmonia entre os poderes; II- a indelegabilidade de funções; III- e a inacumulabilidade de funções; iiiii) designação do princípio, oriundo do sistema de peso e contrapesos, segundo o qual o controle do poder de um órgão sobre o outro é exercido para anular ou impedir a perfeição dos atos por este último praticados, quer cobrando eventuais omissões, quer promovendo a responsabilidade recíproca.⁸⁴⁰

Em qualquer dos seus significados, para muitos, a atuação do Judiciário nas questões relativas ao direito à saúde fere o princípio constitucional da separação dos Poderes e coloca em risco a democracia, na medida em que o princípio da separação dos Poderes, interpretado à luz do chamado Estado Liberal impõe uma neutralização do Poder Judiciário em relação aos fins do Estado.

A doutrina da separação dos Poderes de Montesquieu é analisada por Marcello Caetano, que assim resume a ideia do tema discutido:⁸⁴¹

Assim, cada Poder tem a faculdade de estatuir sobre matérias de sua competência, decidindo como julgar melhor (*faculté de statuer*) e deve também possuir a faculdade de impedir que os outros Poderes pratiquem atos contrários ao Direito ou ao equilíbrio institucional, paralisando a ação deles quando exorbitem ou anulando os seus atos ilegais (*faculté d'empêcher*).

No Estado Liberal, o objetivo da teoria da separação dos poderes era o de evitar a concentração do poder estatal, a fim de que os direitos fundamentais de primeira dimensão

⁸⁴⁰ PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1989. p. 12.

⁸⁴¹ CAETANO, Marcello. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 1, p. 236.

fossem assegurados. O que se temia era o acúmulo de poder nas mãos de um único soberano. Esse temor é bem caracterizado por John Jay, ao afirmar “que a acumulação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário nas mãos de um só indivíduo, ou de uma só corporação, seja efeito de conquista ou de eleição, constitui necessariamente a tirania”.⁸⁴²

Na França, a clássica teoria da separação dos Poderes também serviu para refrear a contínua interferência da realeza nas decisões dos juízes. Essa interferência indevida não poderia ser tolerada num momento histórico no qual os direitos e as liberdades individuais estavam em plena afirmação.⁸⁴³ As injustiças nas decisões e o arbítrio dos órgãos judiciários constituíram motivos determinantes para a concepção do Poder Judiciário como um apêndice do Poder Legislativo.⁸⁴⁴ A classificação dos Poderes estatais no Estado Liberal fundava-se na supremacia da lei sobre todas as outras manifestações da atividade estatal, o que colocava o Legislativo como o Poder Supremo, enquanto o Executivo e o Judiciário eram meros intérpretes da lei.⁸⁴⁵

A teoria de Montesquieu foi reformulada nos EUA e incorporou o sistema de freios e contrapesos. Dessa maneira, os Poderes eram repartidos e equilibrados entre os órgãos, permitindo que, além das funções que lhes eram próprias, eles também pudessem atuar em outras sempre que fosse necessário para limitar o Poder. Tornava-se possível a limitação do Poder pelo Poder e a fiscalização de um Poder pelo outro para evitar usurpações recíprocas.⁸⁴⁶ Dessa forma, em vez de confiarem cada função a um órgão especializado, os americanos fracionaram as funções e estabeleceram a colaboração forçada de vários órgãos no exercício de cada uma.⁸⁴⁷

Nessa concepção, a separação dos Poderes não exigia que o Legislativo, o Executivo e o Judiciário fossem inteiramente desvinculados uns dos outros, o que se

⁸⁴² JAY, John. Exame e explicação do princípio da separação dos poderes. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James. JAY, John. *O Federalista*. Tradução Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003. p. 298.

⁸⁴³ CANELA JÚNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 68.

⁸⁴⁴ RENOUX, Theiry. *Le conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire: l'élaboration d'un droit constitutionnel juridictionnel*. Paris: Economica, 1984. p. 259-260.

⁸⁴⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *Rumo à justiça*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 291.

⁸⁴⁶ JAY, John. Continuação do mesmo assunto. Exame dos meios de pôr em prática o princípio de que se trata. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Tradução Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003. p. 305.

⁸⁴⁷ CAETANO, Marcello. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 1, p. 238.

pretendia, na realidade, era a vinculação e interpenetração entre eles, de maneira a permitir que cada um dos Poderes obtivesse o controle constitucional sobre os demais.⁸⁴⁸

Como se percebe, a tripartição de funções não estabelece campos estanques de atuação, impedindo de forma absoluta a intromissão de um Poder sobre o outro. Ao contrário, através do sistema de freios e contrapesos, o controle de um Poder sobre o outro não só é admitido como é salutar para a preservação do Estado de Direito.⁸⁴⁹

Com relação ao sistema de freios e contrapesos, interessante é a posição de John Jay que considera “que é da maior importância em uma república não apenas defender a sociedade contra a opressão dos seus governantes, mas também evitar que uma parte dela exerça opressão sobre a outra”.⁸⁵⁰ Para o autor, o poder democrático seria uma desgraça dada a ambição humana que ele considera descontrolada. Por isso, ele não fala em democracia, mas sim em um poder republicano, o qual, através de um sistema de freios e contrapesos, protegeria a minoria contra a maioria detentora do poder.⁸⁵¹

Pode-se dizer que o modelo do constitucionalismo liberal, preocupa-se em proteger o indivíduo da ingerência do Estado, não se preocupando em carrear ao Estado qualquer orientação finalística em termos de ação governamental. Porém, essa concepção liberal se altera diante do fenômeno da Revolução Industrial, cuja expansão tecnológica permitiu a produção e o consumo em massa, bem como a integração global da informação.⁸⁵² A concentração de riqueza gerou bolsões de miséria nas classes desfavorecidas e era um terreno fértil para o crescimento de ideais totalitários. A reação a esse estado de coisas foi a adoção, em âmbito mundial, de um novo sistema ético de referência, baseado na proteção intransigente dos direitos humanos. O compromisso dos Estados não se limitou apenas à garantia formal dos direitos humanos de primeira dimensão, mas buscou também proteger direitos de outras dimensões com a finalidade de promover a igualdade material entre os cidadãos. Essa igualdade material pressupõe também a diversidade decorrente de necessidades diferentes.

⁸⁴⁸ BERCOVICI, Gilberto. O controle externo do judiciário e a soberania popular. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesus Lora. *Reforma do judiciário: analisada e comentada: emenda constitucional 45/2004*. São Paulo: Editora Método, 2005. p. 185-191.

⁸⁴⁹ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de posituação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009. p. 199.

⁸⁵⁰ JAY, John. Continuação do mesmo assunto. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Tradução Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003. p. 319-320.

⁸⁵¹ JAY, John. Continuação do mesmo assunto. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Tradução Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003. p. 319-320.

⁸⁵² COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 86, n. 737, p. 15-16, mar. 1997.

Como se percebe, a transição entre o Estado Liberal e o Estado Social promove alteração tanto na concepção do Estado quanto no estabelecimento de suas finalidades.⁸⁵³ Se a tarefa do Estado Liberal é propiciar condições de segurança física e jurídica à vida individual, o Estado Social passou a buscar a realização de objetivos pré-determinados, o que exige a reorganização da atividade estatal, em função das finalidades coletivas. O Estado Social é o Estado dirigente que, além de fazer leis, dirige a coletividade para alcançar as metas predeterminadas. A lei no Estado dirigente “perde a majestade de meio de expressão da soberania popular para se tornar mero instrumento de governo”⁸⁵⁴ A maioria delas se insere no quadro das políticas governamentais, com a finalidade não de declarar direitos e deveres em situações jurídicas permanentes, mas a solução de questões de conjuntura, ou o direcionamento, por meio de incentivos ou desincentivos, das atividades privadas, especialmente no âmbito empresarial.

O objetivo a ser atingido passa a ser a progressiva instituição de condições básicas para o alcance da igualdade social entre grupos, classes e regiões. Para a realização do compromisso ético de promover a igualdade entre os cidadãos, faz-se necessária a elaboração de programas de atuação para que os direitos sociais, como o direito à saúde, à educação, ao trabalho, à habitação, entre outros, sejam efetivados.⁸⁵⁵ O dirigismo estatal característico do Estado Social implica o estabelecimento de funções específicas aos poderes públicos para a consecução de metas predeterminadas pela coletividade.⁸⁵⁶

O Estado Social assume compromissos de realização social e vincula as formas de expressão de seus poderes à consecução dos seus fins. Torna-se necessária, então, uma redefinição do dogma da separação dos poderes com a finalidade de se desenhar um modelo institucional que garanta a reformulação da distribuição funcional dos poderes e um sistema eficaz de freios e contrapesos. Pode-se afirmar que, no Estado Social, a separação dos Poderes, como técnica de limitação do poder, sofre correções e o sistema de freios e contrapesos foi uma correção essencial.⁸⁵⁷

No Estado Social, que se preocupa em realizar as finalidades coletivas, o critério classificatório das funções e, portanto, dos Poderes estatais, pode ser o das políticas públicas ou programas de ação governamental. Por essa razão, Loewenstein propõe uma nova tripartição dos Poderes: a *policy determination*, *policy execution* e *policy control*. Os Poderes

⁸⁵³ COMPARATO, Fábio Konder. *Rumo à Justiça*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 289-295.

⁸⁵⁴ COMPARATO, Fábio Konder. *Rumo à Justiça*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 295.

⁸⁵⁵ CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Access to justice: a world survey*. Milano: Giuffrè, 1978. v. 1, p. 6-9.

⁸⁵⁶ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 64.

⁸⁵⁷ Id. *Ibid.*, p. 74.

são, assim, reorganizados de acordo com a sua função. Para ele, a separação dos poderes “não é nada mais que o reconhecimento de que, por uma parte, o Estado tem que cumprir determinadas funções – o problema técnico da divisão do trabalho – e que, por outra, os destinatários do poder saem beneficiados se essas funções são realizadas por diferentes órgãos: a liberdade é o objetivo ideológico da teoria da separação dos Poderes”.⁸⁵⁸

Como aponta Tércio Sampaio Ferraz Júnior, o valor fundamental da teoria da separação dos Poderes de Montesquieu era a proteção da liberdade civil. Nessa concepção, a proteção da liberdade era sempre individual, enquanto liberdade negativa, de não impedimento, sendo para isso necessária a neutralização do Judiciário. No Estado Social, tal núcleo valorativo continua a ser protegido, mas de maneira diversa. A proteção da liberdade, então, pressupõe uma atividade pró-ativa do Estado, que garanta o exercício de uma liberdade “fática” por parte dos cidadãos. Em outras palavras, para o referido autor, “o Estado Social trouxe o problema da liberdade positiva participativa, que não é um princípio a ser defendido, mas a ser realizado. Com a liberdade positiva, o direito à igualdade se transforma num direito a tornar-se igual nas condições de acesso à plena cidadania”.⁸⁵⁹ Diante disso, ele conclui, que não se pode mais admitir o Judiciário como um Poder “nulo e repetidor da lei”.

Essa também é a posição expressa por Paulo Bonavides, ao afirmar que a “liberdade contra o Estado é uma ideia morta”.⁸⁶⁰ Para o autor, era preciso alcançar a liberdade no Estado e, para tanto, o princípio clássico da separação dos Poderes se mostra obsoleto, na medida em que impede a passagem do humano ao social. Isso seria alcançado, na opinião dele, com a adoção do sistema parlamentarista, que remove a pretensa incomunicabilidade dos poderes, que impõe a supremacia do Legislativo e constitui ordem qualitativamente superior de organização política do Estado.

Diante de nossa realidade atual, dos escândalos, da troca de favores, da corrupção e barganha política noticiadas nos últimos 20 anos de redemocratização do país, afigura-se temerária a defesa de um Legislativo tão fortalecido como defende Paulo Bonavides, mas concordamos com ele, quando afirma que o Executivo não pode utilizar-se do princípio da separação dos Poderes para justificar as ações. Nesse sentido, torna-se atual a afirmação do autor com relação ao princípio da separação dos Poderes: “Urge, pois, repudiá-lo como

⁸⁵⁸ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de La Constitución*. Tradução Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1970. p. 55.

⁸⁵⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? *Revista da USP*, São Paulo, v. 21, p. 12-21, mar./maio, 1994.

⁸⁶⁰ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 86.

dogma, quando o presidencialismo, acobertado pela Constituição, dele se serve para cultivar, de fato, a hipertrofia do Executivo”.⁸⁶¹

Por fim, há de se enfrentar a questão do déficit democrático dos juízes para decidir questões de políticas públicas uma vez que não foram eleitos pelo povo. Critica-se o fato de que pertenceria aos juízes a prerrogativa de interpretar em caráter definitivo a vontade popular, e de se admitir que juízes não eleitos derrubem as leis aprovadas pelo povo.

A questão sobre a legitimidade do sistema político representativo é ínsita no argumento utilizado para criticar a judicialização da saúde. Entretanto, para Rousseau, o povo jamais foi titular da soberania, mas apenas seu intérprete. Ele criticava o sistema representativo porque a soberania não pode ser representada, pela mesma razão que não pode ser alienada: ela consiste essencialmente na vontade geral e a vontade não se representa de forma alguma: ela é a mesma, ou é outra; não há meio-termo.⁸⁶²

Analisando o conceito de soberania no pensamento de Rousseau, Fábio Konder Comparato⁸⁶³ entende que soberania era, para Rousseau, o princípio ético-político supremo denominado vontade geral. Essa seria, então, a razão pela qual Rousseau sempre rejeitou a legitimidade do sistema político representativo, atribuindo ao povo não a titularidade da soberania, mas apenas a prerrogativa de interpretar e exprimir esse supremo princípio da moralidade. Pouco importa se o povo errasse ao desempenhar essa função, porque a vontade geral permaneceria sempre a mesma, inabalável.

Importante lembrar a formulação de Comparato de que, em razão da soberania não ser atributo do povo propriamente dito, mas do princípio ético supremo, denominado vontade geral, esses princípios éticos consubstanciados nos direitos humanos estão acima de qualquer poder político, econômico ou cultural.⁸⁶⁴ Nesse sentido, ponderara o autor que no tocante aos regimes políticos em que se admite o sufrágio popular, a maioria não tem legitimidade para tomar decisões flagrantemente contrárias à dignidade humana. Em outras palavras, ainda que admitíssemos ser o povo soberano em uma democracia, nunca teria ele o poder de se colocar acima dos grandes princípios éticos que fundamentam o sistema jurídico.

Ou seja, de tudo que foi dito acima, resta-nos a conclusão de que, em primeiro lugar, é bastante discutível a titularidade da soberania pelo povo. Além disso, há de se indagar

⁸⁶¹ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 88.

⁸⁶² ROUSSEAU, Jean Jacques. *O contrato social*. Tradução Antônio de P. Machado. Rio de Janeiro: Editora Tecnoprint S.A, [1987. p .43-44.

⁸⁶³ COMPARATO, Fábio Konder. *Rumo à Justiça*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 268-270.

⁸⁶⁴ Id. *Ibid.*, p. 276.

com Fábio Konder Comparato se na democracia o que podemos atribuir ao povo é um *status* simbólico de soberano ou de “um autêntico soberano de opereta”.⁸⁶⁵

Em consequência, também é frágil a assunção de que o povo tenha transferido essa soberania aos membros do parlamento eleitos pelo voto direto (uma vez que ninguém transfere o que não possui). Sendo assim, tanto o Legislativo quanto o Judiciário não são de fato representantes do povo soberano. Logo, sob este aspecto não haveria porque exigir-se do Judiciário um *plus* democrático que tampouco o Parlamento possui. Nesse sentido, concordamos com Comparato que o “Judiciário não é e nem pode ser representante do povo. Ele situa-se numa situação intermediária entre o povo e o soberano, a fim de impedir que haja qualquer abuso de mandato”.⁸⁶⁶ Por isso que, para agir, o Judiciário precisa ter asseguradas as garantias institucionais da magistratura (vitaliciedade e inamovibilidade).

Um outro aspecto importante, apontado pelo referido autor, e que, em nosso entender, destrói o óbice de déficit democrático dos magistrados, é que, ainda que as leis votadas no Parlamento e a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte expressem a vontade da maioria, e de certa forma, das forças dominantes na sociedade, elas serão nulas se ferirem os princípios éticos consubstanciados nos direitos humanos.

Sendo assim, pensamos que, quando houver qualquer ofensa a esses direitos, o Poder Judiciário estaria não só legitimado, como teria o dever de atuar para a satisfação do direito identificando o mínimo existencial do direito à saúde no caso concreto.

6.3.5. Legitimidade do Judiciário para identificar o mínimo social do direito à saúde

A identificação do mínimo existencial do direito à saúde é tarefa árdua, porém, possível. Nossa próxima reflexão será sobre a maneira de realizar essa identificação e a quem compete a tarefa.

Como vimos, o acesso universal a ações e serviços de saúde e a integralidade da atenção prestada pelo Estado representam o mínimo existencial do sistema nacional de saúde. Daí porque qualquer reflexão a respeito da judicialização da saúde deve necessariamente ser feita com base nessas regras do sistema. Assim, na discussão do caso concreto, há de se buscar quais os serviços de saúde e quais ações se fazem necessárias para que o paciente e ou a coletividade possam fruir de um estado de saúde e de uma qualidade de vida compatíveis com as condições mínimas de uma existência digna.

⁸⁶⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *Rumo à Justiça*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 274.

⁸⁶⁶ Id. *Ibid.*, p. 279.

O que se defende, nesta tese, é a possibilidade de haver um mínimo existencial do direito à saúde, tanto em nível individual quanto em nível do sistema de saúde. E, em consequência, ambos os direitos podem ser reivindicados perante o gestor público de saúde e perante o Poder Judiciário.

Como vimos, o Sistema Único de Saúde exige a formação de uma rede de serviços, regionalizada, que seja capaz de atender à população de um determinado território, assegurando aos usuários o acesso a serviços de saúde em todos os níveis de atenção (atenção básica, média complexidade e alta complexidade). A formação das regiões de saúde teve como principal objetivo assegurar a integralidade da atenção até mesmo para os municípios de cidades que não possuem serviços de média e alta complexidade. As Programações Pactuadas Integradas (PPI) são elementos essenciais para organizar o fluxo de acesso aos serviços de média e alta complexidade por parte desses pequenos municípios.⁸⁶⁷ Assim, qualquer deficiência nessa regulação ou em qualquer ponto do sistema, que impossibilite a universalidade de acesso e o atendimento integral do munícipe, pode ser apontada como lesão ao mínimo existencial do sistema.

Com o intuito de exemplificar essa questão no contexto do SUS, tomaremos como exemplo o Município de Bertioga, no litoral do Estado de São Paulo e a sua inserção na Programação Pactuada entre os municípios da região de saúde da Baixada Santista. Todas as análises terão como base os parâmetros de cobertura de serviços estipulados na Portaria 1101/GM de 12 de junho de 2002.⁸⁶⁸

Bertioga é um pequeno município que faz parte da Região da Baixada Santista (criada pelo Plano Diretor de Regionalização do Estado de São Paulo)⁸⁶⁹. A Região da Baixada é composta por nove municípios (Bertioga, Guarujá, Cubatão, Santos, São Vicente,

⁸⁶⁷ O exemplo de Bertioga será dado para que se possa entender a importância de dados da PPI e dos parâmetros de cobertura assistencial fornecidos pelo Ministério quando se pretende discutir a universalidade e a integralidade do sistema no SUS. Não é possível discutir o direito à saúde apenas com base no mínimo existencial, na dignidade da pessoa humana e na reserva do possível sem levar em conta as peculiaridades do caso concreto que permitem a identificação de responsabilidades dos gestores: a) com relação à regulação dos serviços de média e alta complexidade (responsabilidade preponderante do gestor estadual). Assim, seria o caso de se comprovar em juízo a existência e a eficiência de um Complexo Regulador gerido pelo Estado que seja capaz de regular os leitos disponíveis, a agenda de consultas especializadas, a realização de exames, o encaminhamento dos pacientes a serviços localizados em outros municípios e outros estados; b) com relação às Programações Pactuadas Integradas (PPI) (responsabilidade do município de referência, do estado e do município referenciado: exigir a comprovação de quantos são os procedimentos pactuados em relação a cada município, e a verificação se eles estão estimados em número suficiente à necessidade da população e se estes parâmetros estão sendo cumpridos).

⁸⁶⁸ BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria 1101/GM de 2002*. Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2002/Gm/GM-1101.htm>>. Acesso em: 20 out. 2010.

⁸⁶⁹ SÃO PAULO (Estado). *Plano Diretor de Regionalização*. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/pdr_sp.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2011.

Praia Grande, Mongaguá, Itanhaém, Peruíbe), tendo como município polo⁸⁷⁰ a cidade de Santos. Bertioiga possui 47.645 habitantes, um hospital municipal com 46 leitos, três aparelhos de ultrassonografia e seis estabelecimentos públicos de saúde.

Na PPI, foi pactuado que os pacientes de Bertioiga poderiam realizar, em Santos, 218 consultas/ano com médicos oncologistas. Porém, utilizando-se o parâmetro da Portaria 1101/GM de 2002, percebemos que o número de consultas oncológicas necessárias seria de 285,87 consultas/ano (valor acima daquele pactuado).⁸⁷¹

No mesmo instrumento de Pactuação Programada Integrada (PPI), foi fixado que os munícipes de Bertioiga têm direito de realizar 59 exames de ecocardiograma e 361 testes ergométricos na cidade de Santos. Porém, esses números também estão subestimados se levarmos em conta os parâmetros da Portaria 1101/GM de 2002, que utiliza como base de cálculo o número de consultas cardíacas realizadas no município. Segundo a PPI, Bertioiga prevê a realização de 2800 consultas com cardiologistas. Com relação ao ecocardiograma, o cálculo do número de exames necessários se faz com base de 13% do total de consultas cardiológicas, o que revela a necessidade de 364 exames/ano. Com relação ao teste ergométrico, o cálculo é feito com base em 19% de consultas cardiológicas, o que revela necessidade de 532 exames por ano.⁸⁷²

Por este exemplo, pode-se perceber que o número de exames pactuados de ecocardiograma, de teste ergométrico e o número de consultas oncológicas é insuficiente face à necessidade e que, por isso, alguns munícipes de Bertioiga não terão garantidos o acesso universal e a integralidade da atenção a que têm direito. Ou seja, nem o município e tampouco o estado estão cumprindo as obrigações previstas na Constituição e na legislação infraconstitucional, no que diz respeito à universalidade e integralidade do sistema.

Pode-se afirmar, então, diante do caso concreto, que o sistema de saúde de Bertioiga carece do mínimo existencial em relação ao acesso aos serviços e exames acima mencionados, bem como quanto à integralidade da atenção a seus munícipes.

Se realizarmos a análise, não em relação ao sistema, mas em relação a um determinado paciente residente em Bertioiga, podemos também identificar o mínimo existencial. Assim, pode ocorrer que um determinado munícipe de Bertioiga, portador de

⁸⁷⁰ Município polo é aquele que, de acordo com a definição da estratégia da regionalização de cada estado, apresenta papel de referência para outros municípios, em qualquer nível de atenção.

⁸⁷¹ Este valor levou em conta o total de consultas calculado segundo a fórmula: população total x 2 consultas/hab/ano. Se a população de Bertioiga é de 47.645 habitantes, então o número total de consultas será de 95 290. Logo, o número de consultas oncológicas estimadas será de 285,87 consultas/ano. (0,3% do total).

⁸⁷² BRASIL. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. *Portaria 1101/GM de 12 de junho de 2002*. Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2002/Gm/GM-1101.htm>>. Acesso em: 20 out. 2010.

insuficiência cardíaca grave, necessite realizar um dos exames acima mencionados (ergométrico, ecocardiograma) para o diagnóstico ou controle de sua doença. Nesse caso, o acesso a tal serviço de média complexidade se constitui no mínimo existencial do caso concreto. Da mesma forma, a consulta com um oncologista (serviços de média complexidade) pode ser o mínimo existencial do direito à saúde de um munícipe de Bertioga portador de câncer do pulmão.

Como se percebe, o mínimo existencial, quer seja do sistema de saúde quer seja do paciente individual, não tem previsão em abstrato nas normas jurídicas relativas à saúde, mas pode ser identificado diante das particularidades do caso concreto.

A dificuldade da identificação do núcleo essencial do direito à saúde é, no entender de José Joaquim Gomes Canotilho, o principal problema na judicialização da saúde. Para o autor, uma vez que o mínimo social do direito à saúde não está e nem poderia estar determinado e especificado nas normas constitucionais, torna-se difícil a determinação do núcleo essencial desses direitos, liberdades e garantias.⁸⁷³

Diante dessa dificuldade, coloca-se a questão de como fazer para se identificar o núcleo essencial do direito à saúde. Em nosso entender, a resposta passa pela análise do caso concreto no contexto do SUS. Ou seja, não se trata de identificar as prestações mínimas no plano teórico ou abstrato, mas sim de analisar as circunstâncias fáticas de cada caso. Uma tarefa a ser desenvolvida no plano do real e não no plano teórico.

Desta constatação nasce outra indagação, que envolve a questão a respeito de quem teria legitimidade para fazer essa análise e identificar o núcleo essencial do direito. Seria o legislador ordinário? O agente administrativo? O juiz? Para Canotilho, essa análise ficaria a cargo do legislador e dos administradores, que teriam certa discricionariedade na escolha dos meios para a realização das prestações essenciais.⁸⁷⁴

Para nós, a identificação do mínimo existencial do direito à saúde pode ser feita por vários agentes: pelo legislador, pelo administrador, pelos participantes dos Conselhos de Saúde e das Conferências de Saúde, pelo médico assistente do paciente e, quando qualquer um deles falhar na identificação do mínimo existencial, caberá ao Judiciário, uma vez provocado, apontar o núcleo essencial do direito à saúde no caso concreto, para que o direito à saúde seja satisfeito.

⁸⁷³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudo sobre direitos fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora; 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 262.

⁸⁷⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudo sobre direitos fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora; 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 59.

Este trabalho afirma que o direito à saúde, enquanto direito ao mínimo existencial, é um direito subjetivo, originário e definitivo, que se deve efetivar em cada caso concreto na prestação necessária para a sua garantia. Concordamos que, a princípio, a escolha da prestação de saúde necessária para a satisfação do mínimo existencial do sistema de saúde pertence ao legislador ordinário e ao administrador, não sem a forte influência dos Conselhos de Saúde⁸⁷⁵ e das Conferências de Saúde. Porém, quando ambos são omissos e negam a efetivação do direito ao mínimo social, caberá ao Poder Judiciário identificar o núcleo essencial do direito à saúde e a prestação necessária para a sua satisfação, com a finalidade de compelir o Estado a prestar os serviços e a realizar as ações necessárias no caso concreto.

Também entendemos que, com relação ao mínimo existencial do direito à saúde de um determinado paciente, a escolha da prestação necessária para a sua satisfação pertence, a princípio, ao seu médico assistente, não sem a efetiva participação do próprio paciente, que deverá anuir ao tratamento pela assinatura do termo de consentimento informado. Porém, isso não significa que a escolha do médico não possa ser discutida em juízo e que a simples receita seja “soberana” no sentido da identificação do direito ao mínimo existencial do direito à saúde no caso concreto.

Por essa razão, apesar da afirmação de que “o Judiciário não é o único e nem mesmo o melhor intérprete quando a afirmação de direitos envolve decisões alocativas”⁸⁷⁶, pensamos que ele ainda é a última opção do cidadão para ver satisfeito o seu direito fundamental à saúde.

Felizmente, a posição dos Tribunais Superiores tem sido no sentido de afirmar o direito ao mínimo existencial. Examinando alguns julgados mais significativos, constatamos essa posição, como no voto do Ministro Celso de Mello, no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 393.175, ao afirmar:⁸⁷⁷

Tal como pude enfatizar em decisão por mim proferida no exercício da presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet.1246/SC), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República art. 5º, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que

⁸⁷⁵ BRASIL. Ministério da Saúde. *Resolução n. 333/2003*. Conselho Nacional de Saúde. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/ultimas_noticias/2005/resolucao333.htm>. Acesso em: 15 set. 2011.

⁸⁷⁶ AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 177.

⁸⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 393175-0-Rio Grande do Sul. Relator Ministro Celso de Mello, julgamento 12/12/2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo414.htm#transcricao1>>. Acesso em: 20 out. 2010.

razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas.

Por tudo isso, há de se analisar, com mais cuidado, a constante afirmativa de que não há verbas para a satisfação do direito à saúde e que o paciente que bate às portas do Judiciário é apenas titular de um direito *prima facie* perante o Estado. Toda vez que ocorrer a violação do direito à saúde por omissão do Estado, caberá ao Judiciário identificar, no caso concreto, o mínimo existencial e satisfazer o direito. Nesse sentido foi a decisão do Ministro Celso de Mello na ADPF 45 MC/DF.⁸⁷⁸

Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, moradia ou alimentação. Nem a doutrina ou a jurisprudência tem percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social. Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas de direitos social como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais.

Esta tese defende a posição de que o juiz possui legitimidade para identificar o núcleo essencial do direito à saúde, especialmente quando o legislador e o administrador forem omissos e incapazes de satisfazer o direito ao mínimo existencial.

Além disso, busca-se enfatizar que o fato de o mínimo social estar indeterminado nas normas constitucionais não lhe retira o caráter de essencialidade e inalienabilidade.⁸⁷⁹ Entendemos que este mínimo existencial do direito à saúde pode ser fundamentado tanto no argumento de liberdade concebida, em termos de liberdade jurídica e de liberdade fática,⁸⁸⁰ como no argumento da necessidade de condições dignas de existência e, ainda, no valor-fonte de todo o ordenamento, que é a pessoa humana. Assim, se por um lado a liberdade pressupõe a concretização dos direitos sociais, por outro lado, também estes direitos pressupõem o direito à liberdade. Existe uma relação de complementaridade entre os direitos de liberdade e os direitos sociais. Nesse sentido, lúcida é a lição de Isaiah Berlin:⁸⁸¹

O que é a liberdade para aqueles que não podem fazer uso dela, porque não têm condições adequadas para o uso da liberdade? Propiciar direitos ou

⁸⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF45 MC/DF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/petcaoInicia/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=45&processo=45>>. Acesso em: 07 jul. 2010.

⁸⁷⁹ TORRES, Ricardo Lobo(Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 266.

⁸⁸⁰ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Traducción Carlos Bernal Pulido. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios politicos y constitucionales, 2007. p. 447.

⁸⁸¹ BERLIN, Isaiah. *Quatro ensaios sobre a liberdade*. Tradução Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1981. p. 138.

salvaguardas contra a intervenção do Estado para homens que mal têm o que vestir, que são analfabetos, subnutridos e doentes, é o mesmo que caçar de sua condição. Estes homens precisam de instrução e de cuidados médicos antes de poderem entender ou utilizar uma liberdade mais ampla.

Apesar do pessimismo manifestado por Fábio Konder Comparato, ao apontar que “uma das tendências manifestas do regime político brasileiro, nessa fase de recrudescimento do poder oligárquico contra as novas pressões democratizantes, consiste em reduzir o âmbito do exame judicial dos atos de governo ou, o que é pior, em associar o Judiciário à atividade política do governo”⁸⁸², acreditamos no papel criativo e reformulador de seus membros, bem como na sua atuação com responsabilidade social. Daí porque concordamos com o autor que as garantias de independência da magistratura, a responsabilização funcional dos magistrados e a ruptura dos vínculos que ligam os juízes das cortes superiores ao Presidente da República são fatores de aprimoramento das instituições que devem ser perseguidos pela sociedade muito mais do que “a busca de uma imaginária pureza democrática”.⁸⁸³

Por fim, resta lembrar a importante influência do Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais. Na visão de José Reinaldo de Lima Lopes, “o Judiciário, provocado adequadamente, pode ser um poderoso instrumento de formação do políticas públicas”⁸⁸⁴. Diríamos, entretanto, que, na verdade, longe de serem formuladores de políticas de saúde, os magistrados podem ser indutores de novas formulações das políticas públicas de saúde.

Um exemplo disso é o caso da previdência social mencionado pelo referido autor. Não fossem as ações judiciais dos cidadãos reivindicando em massa seus direitos, não teríamos avançado e conseguido conquistas salariais para os aposentados. Isso ocorre porque o debate judicial sempre permite o avanço da democracia ao discutir temas relevantes. Nós ainda lembraríamos o caso dos medicamentos antirretrovirais para o tratamento da AIDS, que acabaram sendo fornecidos pelo Estado, após inúmeras demandas judiciais, e que ensejaram também a edição de uma lei específica⁸⁸⁵.

Os exemplos acima mencionados mostram aspectos positivos da judicialização da saúde, na medida em que ela permite a discussão das questões de saúde, de maneira séria, aprofundada, responsável e comprometida com o valor fonte de todo o ordenamento, que é o valor da pessoa.

⁸⁸² COMPARATO, Fábio Konder. *Rumo à Justiça*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 300.

⁸⁸³ Id. *Ibid.*, p. 281.

⁸⁸⁴ LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 136.

⁸⁸⁵ BRASIL. Senado Federal. *Lei 9313 de 13 de novembro de 1996*. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/index.jsp?action=LegislacaoTextual>>. Acesso em: 20 out. 2011.

Entendemos que o Poder Judiciário pode e deve atuar, quando provocado, no sentido de definir o mínimo existencial em saúde do caso concreto. Para tanto, poderá recorrer a parâmetros estabelecidos em Portarias do Ministério, pois elas dão sentido e concretude ao mandamento constitucional referente à integralidade, assim como os protocolos e diretrizes terapêuticas. Mas isso não quer dizer que estes instrumentos sejam os únicos a determinar o mínimo existencial do caso concreto, uma vez que muito dos casos se referem a situações não previstas em Portarias ou Protocolos. Além disso, há de se considerar que tais protocolos podem estar desatualizados ou inadequados face à evolução científica. Nessas situações, como o juiz não possui o conhecimento técnico necessário, certamente terá de contar com a assistência isenta de profissionais de saúde, como auxiliares técnicos, o que faz da Câmara Técnica sugerida pela Resolução 31/2010 do Conselho Nacional de Justiça, uma peça-chave nas demandas relativas à saúde.⁸⁸⁶

É bem verdade que a implementação dessas Câmaras Técnicas traz consigo algumas dificuldades, como: quem formará as Câmaras? Poder-se-ia celebrar convênios com as Secretarias de Saúde, sendo elas partes (rés) nas ações judiciais? Haverá isenção dos profissionais que comporão as Câmaras? (Estarão eles submetidos à influência do Estado e dos laboratórios farmacêuticos?) Como garantir a isenção? Quem custeará as Câmaras? Que subsídios técnicos serão considerados: os referentes à efetividade e à pertinência do tratamento prescrito, ou também aqueles que dizem respeito a custos?

Estas são indagações difíceis de serem respondidas e envolvem questões operacionais para que a atuação do Judiciário, no tocante ao mínimo existencial do direito à saúde, possa ser mais efetiva. Elas envolvem também uma séria de abordagens e discussões que devem se desenvolver entre todos os atores envolvidos na judicialização da saúde, e que, por si só, podem se constituir em objeto de estudos futuros. Por ora, nos arriscamos a fazer algumas sugestões para iniciar futuras discussões.

Com relação aos componentes da Comissão, entendemos prudente que sejam profissionais das várias áreas da saúde (médicos, farmacêuticos, nutrólogos, fisioterapeutas, epidemiologistas, entre outros) que venham a integrar o quadro do Poder Judiciário através de concurso público (no qual se aferirá o conhecimento técnico específico e o conhecimento sobre a estrutura, funcionamento e gestão do Sistema Único de Saúde, bem como conhecimentos básicos sobre a realização de perícias judiciais), e que se submetam

⁸⁸⁶ Através desta recomendação, o CNJ recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando subsidiar os magistrados e os demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde.

constantemente a jornadas e congressos de atualização. O custeio por parte do Poder Público e a inclusão desses peritos nos quadros do Poder Judiciário podem contribuir para uma maior isenção dos profissionais na realização das perícias.

Ressaltamos, contudo, que tais questões, pela sua importância, merecem ser decididas através de um amplo processo de discussão democrática, que deve envolver todos os instrumentos de participação popular: desde a audiência pública, a discussão dos Conselhos e Conferências de Saúde e projetos de lei de iniciativa popular. Talvez, assim, fugíssemos da crítica feita por Comparato, que, ao se referir à soberania popular, compara o povo a um “soberano de opereta”.

7. CONCLUSÃO

O estudo do SUS e de sua lógica de funcionamento nos permitiu comprovar que a integralidade da atenção e a universalidade são regras do sistema e constituem a expressão do mínimo existencial do sistema de saúde. Como tal, devem ser aplicadas no caso concreto para a satisfação do direito ao mínimo existencial do caso particular. Da mesma forma, restou confirmada a tese de que, em se tratando de saúde, o Poder Judiciário não só pode, como deve agir, identificando o mínimo existencial do direito à saúde toda vez que este for violado.

A concepção de saúde que inspirou a criação do Sistema Único de Saúde se afastou do conceito negativo de saúde como “ausência de doença” e passou a encarar o processo saúde – doença, valorizando nele os fatores condicionantes da saúde. Assim, ao lado da determinação genética das condições de saúde reconheceu-se a importância de fatores sociais determinantes da saúde tanto físicos e ambientais quanto psicossociais. A saúde atrelada à qualidade de vida passa a exigir políticas públicas que extrapolem o setor da saúde e atuem em todos os demais fatores condicionantes. Além disso, o conceito ampliado de saúde enfatiza a necessidade de ações e serviços de prevenção de doenças tanto quanto as ações de promoção da saúde, de recuperação de sequelas e ações curativas, todas elas previstas no Sistema Único de Saúde.

O funcionamento do sistema em vários níveis de atenção à saúde: os serviços de atenção básica; os serviços média complexidade (como por exemplo as consultas com especialistas) e os de alta complexidade (como por exemplo os exames de ressonância magnética e a internação hospitalar) nos faz compreender que, para que esta rede de serviços seja eficiente, é preciso garantir que as pessoas que entrem no sistema (através do atendimento nas Unidades Básicas de Saúde, Unidades de Saúde da Família e Unidades de Pronto Atendimento) tenham acesso aos demais níveis de atenção à saúde existentes no sistema. A lógica que permite o bom funcionamento do sistema pressupõe o acesso universal a todas as ações e serviços de saúde, a atenção integral do paciente e a hierarquização dos serviços, de modo que o acesso aos níveis de média e alta complexidade do sistema seja feito de forma racional. Daí a importância da hierarquização dos serviços, estabelecendo-se a porta de entrada ao sistema e o encaminhamento do paciente aos demais níveis de atenção.

Para garantir a integralidade da atenção e o acesso universal às ações e serviços do sistema, organiza-se uma rede de serviços regionalizada, descentralizada e hierarquizada. A construção dessa rede é uma estratégia indispensável e nos permite criar múltiplas respostas para o enfrentamento do processo saúde-doença, o que pressupõe o atendimento integral do

paciente, desde o atendimento nas Unidades Básicas de Saúde, até a realização de exames e internação, se forem necessários, e o desenvolvimento de ações na prevenção de doenças, na promoção da saúde, na recuperação de sequelas.

Diante da ausência de serviços de média e alta complexidade em vários municípios de pequeno porte, o SUS estrategicamente implantou o plano de regionalização, a fim de reunir em determinadas regiões os serviços necessários ao atendimento integral do paciente.⁸⁸⁷ Daí a importância (reafirmada na Portaria GM/MS n. 399/2006, que estabeleceu o Pacto pela Saúde 2006)⁸⁸⁸ do Plano Diretor de Regionalização (PDR),⁸⁸⁹ do Plano Diretor de Investimento (PDI) e da Programação Pactuada Integrada (PPI),⁸⁹⁰ todos instrumentos de regionalização, que asseguram aos munícipes de uma determinada região o acesso aos serviços do SUS em qualquer nível de complexidade localizados em outros municípios, que possuam estes serviços.

A análise da integralidade da atenção e da universalidade de acesso dentro do SUS nos permitiu comprovar a tese de que elas são a concretização do mínimo existencial do sistema e do caso concreto.

Embora a prevenção seja fundamental para evitar grande parte das doenças, e o SUS tenha como prioridade serviços e atividades preventivas, não há como negar o fato de que, uma vez desenvolvida a doença a integralidade da atenção prevista no sistema obriga o Estado a fornecer todos os recursos que estiverem a seu alcance para a recuperação da saúde de um indivíduo, desde o atendimento ambulatorial até os transplantes mais complexos.⁸⁹¹

⁸⁸⁷ Após a implantação do SUS, muitos municípios pequenos sentiram dificuldades na realização dos procedimentos de maior complexidade. Alguns criaram serviços autônomos sem articulação regional e sem observar a economia de escala, o que resultou em serviços mal dimensionados para as necessidades da população, que acabaram por se tornar ociosos, custosos e inviáveis técnica e financeiramente. CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE. *Assistência de média e alta complexidade no SUS*. Brasília: CONASS, 2007. p. 20.

⁸⁸⁸ BRASIL. *Portaria 399/2006*. Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2006/GM/GM-399.htm>>. Acesso em: 16 jul.2011.

⁸⁸⁹ O Plano define áreas geográficas (módulos) nos quais se dão as pactuações e planejamento do fluxo entre os gestores (estadual e municipais daquela região), garantindo que a população daquela região tenha acesso aos serviços de maior complexidade do sistema.

⁸⁹⁰ O estado e os municípios de determinada região calculam, com base em parâmetros de cobertura de serviços (que estimam as necessidades de atendimento a uma determinada população, em um determinado período, previamente estabelecido) e em parâmetros de concentração (que projetam a quantidade de ações ou procedimentos necessários para uma população alvo e são expressos em quantidade per capita), previstos na Portaria 1101/GM, de 12 de junho de 2002, estabelecem o número de procedimentos necessários para cada município da região e pactuam a garantia de acesso segundo essas necessidades. BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Regulação, Avaliação e Controle de Sistemas. *Diretrizes para a programação pactuada e integrada da assistência à saúde*. Brasília: Ministério da Saúde, 2006. p. 24.

⁸⁹¹ Fernando Aith enfatiza que “Todos os procedimentos terapêuticos reconhecidos pela ciência e autorizados pelas autoridades sanitárias competentes devem ser disponibilizados para a proteção da saúde da população”.

O SUS, pensado enquanto um sistema (composto por elementos e regras),⁸⁹² está estruturado como uma rede regionalizada e hierarquizada de serviços, de maneira a garantir ao indivíduo e à coletividade a proteção, a promoção, o tratamento dos agravos e a reabilitação de sequelas, de acordo com as necessidades de cada um e em todos os níveis de atenção. Nesta perspectiva de sistema, pode-se dizer que ele é composto por vários elementos como, por exemplo: as Unidades Básicas, os Serviços de Diagnóstico e Tratamento (SADTs), os Hospitais, os profissionais de saúde, os prestadores de serviço, os gestores em cada nível do governo, que precisam estar “dispostos e arrumados” segundo determinadas regras para que possam constituir o sistema que denominamos SUS. A organização entre os elementos do sistema permite que ele funcione ordenadamente e de acordo com as regras do próprio sistema. Podemos dizer que o sistema, para se sustentar, tem de obedecer às regras da descentralização, regionalização e hierarquização dos serviços de saúde, bem como às regras da integralidade da assistência, da universalidade de acesso e da participação popular no planejamento e na fiscalização das ações de saúde. Dizemos regras porque, parafraseando Dworkin, elas são aplicadas ao sistema à maneira de tudo ou nada, sem escolha,⁸⁹³ sob pena de os elementos do sistema acima mencionados ficarem dispostos de maneira caótica e desarticulada. Isso, aliás, é o que acontecia antes da criação do SUS.

Vista sob o ângulo do sistema, a integralidade pode ser caracterizada como o mínimo existencial para o funcionamento do sistema, sob pena de, na sua ausência, nos depararmos com algo que não pode ser caracterizado como o Sistema Único de Saúde. Assim, se por um lado admitimos, em relação aos direitos sociais, a existência de um mínimo existencial, ou seja um direito a condições mínimas de existência digna, por outro lado, ao estudarmos o SUS, somos obrigados a admitir que a integralidade da atenção, juntamente com as outras regras mencionadas, constituem o mínimo existencial do Sistema Único de Saúde.

O direito ao atendimento integral corresponde não só à integralidade concebida como modo de organização de ações articuladas de prevenção e cura, voltadas aos indivíduos e coletivos⁸⁹⁴ mas também compreende a visão holística do paciente e a garantia de

AITH, Fernando. Perspectivas do Direito Sanitário no Brasil: as garantias jurídicas do direito à saúde e os desafios de sua efetivação. In: SANTOS, Lenir (Org.). *Direito da saúde no Brasil*. Campinas: Saberes Editora, 2010. p. 212-213.

⁸⁹² FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e determinação*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 1994. p. 174-175.

⁸⁹³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39.

⁸⁹⁴ KEHRIG, Ruth Terezinha. *Integralidade da atenção à saúde: suas expressões na organização tecnológica do trabalho em serviços locais de saúde*. 2001. 393 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 57-59.

continuidade da atenção nos distintos níveis de complexidade do sistema.⁸⁹⁵ O funcionamento do SUS torna a integralidade, em qualquer dos aspectos mencionados acima, uma regra essencial para a existência e manutenção do próprio Sistema Único de Saúde e como tal não pode ser limitada ou suprimida. Que sistema seria esse, se, depois de realizar o atendimento de um paciente com infarto agudo do miocárdio no Pronto Socorro, não lhe garantisse o acesso a uma vaga de UTI durante o monitoramento da crise?

Se a integralidade é o mínimo existencial do sistema de saúde, podemos também dizer o mesmo, se nossa perspectiva for o caso concreto. Assim, se uma mulher atendida pelo ginecologista na Unidade Básica de Saúde (atenção básica) descobre a existência de um nódulo mamário, deve ter garantido o seu acesso aos serviços de média complexidade para realizar uma ultrassonografia de mama. E, uma vez confirmado o diagnóstico, deve ter seu tratamento assegurado pelo sistema, o que significa ter acesso a toda a tecnologia capaz de combater a doença (cirurgia, quimioterapia e radioterapia). Defendemos a posição de que, uma vez detectada a necessidade real de determinado procedimento para que o atendimento integral seja dado ao paciente, aquele procedimento constitui-se no mínimo existencial do direito à saúde. Sem atendimento integral das necessidades do paciente, não há concretização do mínimo existencial do seu direito.

O atendimento integral pressupõe o acesso universal a ações e serviços de saúde dentro do SUS, por esta razão concordamos com Luiz Carlos de Oliveira Cecílio com relação ao fato de ela não existir isolada dentro do sistema. Como aponta o autor, existe uma relação indissociável entre a integralidade, a universalidade, e a equidade dentro do SUS.⁸⁹⁶ O que significa dizer que só é possível garantir o atendimento integral ao usuário do SUS se este tiver o acesso igualitário e universal aos serviços de saúde de que necessita. Para o autor, essa relação é tão necessária que não seria possível pensar em qualquer uma delas sem a presença da outra. Assim, a integralidade, universalidade e equidade formariam o que ele denomina de “tríplice signo da Reforma Sanitária”.⁸⁹⁷ Esta é a razão pela qual entendemos que a

⁸⁹⁵ PAIM, Jairnilson Silva. *Atenção à Saúde no Brasil*. In: _____. *Desafios para a saúde coletiva no século XXI*. Salvador: Editora da UFBA, 2006. p. 11-47.

⁸⁹⁶ CECILIO, Luiz Carlos de Oliveira. As necessidades de saúde como conceito estruturante na luta pela integralidade e equidade na atenção à saúde. In: PINHEIRO, Roseni; MATTOS, Ruben Araujo de (Org.). *Os sentidos da integralidade na atenção e no cuidado*. Rio de Janeiro: UERJ/IMS/ABRASCO, 2001. p. 113-115.

⁸⁹⁷ CECILIO, Luiz Carlos de Oliveira. As necessidades de saúde como conceito estruturante na luta pela integralidade e equidade na atenção à saúde. In: PINHEIRO, Roseni; MATTOS, Ruben Araujo de (Org.). *Os sentidos da integralidade na atenção e no cuidado*. Rio de Janeiro: UERJ/IMS/ABRASCO, 2001. p. 113-115.

universalidade de acesso também pode ser considerada como a expressão do mínimo existencial do Sistema Único de Saúde.

Como ficou demonstrado, o acesso universal a ações e serviços de saúde e a integralidade da atenção representam o mínimo existencial do sistema nacional de saúde. Daí porque qualquer reflexão a respeito da judicialização da saúde deve necessariamente ser feita com base nessas regras do sistema. Assim, na discussão do caso concreto, há de se buscar quais os serviços de saúde e quais ações se fazem necessárias para que o paciente e ou a coletividade possam fruir de um estado de saúde e de uma qualidade de vida compatíveis com as condições mínimas de uma existência digna.

O que se está a propor, nesta tese, é a possibilidade de haver um mínimo existencial do direito à saúde, tanto em nível individual quanto em nível do sistema de saúde. E, em consequência, ambos os direitos podem ser reivindicados perante o gestor público de saúde e perante o Poder Judiciário.

O Sistema Único de Saúde exige a formação de uma rede de serviços, regionalizada, que seja capaz de atender à população de um determinado território, assegurando aos usuários o acesso a serviços de saúde em todos os níveis de atenção (atenção básica, média complexidade e alta complexidade). A formação das regiões de saúde teve como principal objetivo assegurar a integralidade da atenção até mesmo para os munícipes de cidades que não possuem serviços de média e alta complexidade. As Programações Pactuadas Integradas (PPI) são elementos essenciais para organizar o fluxo de acesso aos serviços de média e alta complexidade por parte desses pequenos municípios.⁸⁹⁸ Assim, qualquer deficiência nessa regulação ou em qualquer ponto do sistema, que impossibilite a universalidade de acesso e o atendimento integral do munícipe, pode ser apontada como lesão ao mínimo existencial do sistema.

Com o intuito de exemplificar essa questão no contexto do SUS, utilizamos como exemplo o Município de Bertiooga, no litoral do Estado de São Paulo e a sua inserção na

⁸⁹⁸ O exemplo de Bertiooga será dado para que se possa entender a importância de dados da PPI e dos parâmetros de cobertura assistencial fornecidos pelo Ministério quando se pretende discutir a universalidade e a integralidade do sistema no SUS. Não é possível discutir o direito à saúde apenas com base no mínimo existencial, na dignidade da pessoa humana e na reserva do possível sem levar em conta as peculiaridades do caso concreto que permitem a identificação de responsabilidades dos gestores: a) com relação à regulação dos serviços de média e alta complexidade (responsabilidade preponderante do gestor estadual). Assim, seria o caso de se comprovar em juízo a existência e a eficiência de um Complexo Regulador gerido pelo Estado que seja capaz de regular os leitos disponíveis, a agenda de consultas especializadas, a realização de exames, o encaminhamento dos pacientes a serviços localizados em outros municípios e outros estados; b) com relação às Programações Pactuadas Integradas (PPI) (responsabilidade do município de referência, do estado e do município referenciado: exigir a comprovação de quantos são os procedimentos pactuados em relação a cada município, e a verificação se eles estão estimados em número suficiente à necessidade da população e se estes parâmetros estão sendo cumpridos).

Pactuação Programada Integrada entre os municípios da região de saúde da Baixada Santista. Na PPI, foi pactuado que os pacientes de Bertioga poderiam realizar, em Santos, 218 consultas/ano com médicos oncologistas (número bem abaixo do que as 285,87 consultas/ano que seriam necessárias de acordo com o parâmetro da Portaria 1101/GM de 2002).⁸⁹⁹ No mesmo instrumento de Pactuação (PPI), foi fixado que os municípios de Bertioga têm direito de realizar 59 exames de ecocardiograma e 361 testes ergométricos na cidade de Santos. Porém, esses números também estão subestimados se levarmos em conta que será necessária a realização de 364 exames de ecocardiograma /ano e de 532 testes ergométricos.⁹⁰⁰

Por este exemplo, pode-se perceber que o número de exames pactuados de ecocardiograma, de teste ergométrico e o número de consultas oncológicas é insuficiente face à necessidade e que, por isso, alguns municípios de Bertioga não terão garantidos o acesso universal e a integralidade da atenção a que têm direito. Ou seja, nem o município e tampouco o estado estão cumprindo as obrigações previstas na Constituição e na legislação infraconstitucional, no que diz respeito à universalidade e integralidade do sistema.

Pode-se afirmar, então, diante do caso concreto, que o sistema de saúde de Bertioga carece do mínimo existencial em relação ao acesso aos serviços e exames acima mencionados, bem como quanto à integralidade da atenção a seus municípios.

Se realizarmos a análise, não em relação ao sistema, mas em relação a um determinado paciente residente em Bertioga, podemos também identificar o mínimo existencial. Assim, pode ocorrer que um determinado munícipe de Bertioga, portador de insuficiência cardíaca grave, necessite realizar um dos exames acima mencionados (ergométrico, ecocardiograma) para o diagnóstico ou controle de sua doença. Nesse caso, o acesso a tal serviço de média complexidade se constitui no mínimo existencial do caso concreto. Da mesma forma, a consulta com um oncologista (serviços de média complexidade) pode ser o mínimo existencial do direito à saúde de um munícipe de Bertioga portador de câncer do pulmão.

⁸⁹⁹ Este valor levou em conta o total de consultas calculado segundo a fórmula: população total x 2 consultas/hab/ano. Se a população de Bertioga é de 47.645 habitantes, então o número total de consultas será de 95 290. Logo, o número de consultas oncológicas estimadas será de 285,87 consultas/ano. (0,3% do total).

⁹⁰⁰ A Portaria 1101/GM de 2002, utiliza como base de cálculo o número de consultas cardíacas realizadas no município. Segundo a PPI, Bertioga prevê a realização de 2800 consultas com cardiologistas. Com relação ao ecocardiograma, o cálculo do número de exames necessários se faz com base de 13% do total de consultas cardiológicas, o que revela a necessidade de 364 exames/ano. Com relação ao teste ergométrico, o cálculo é feito com base em 19% de consultas cardiológicas, o que revela necessidade de 532 exames por ano.⁹⁰⁰ BRASIL.Ministério da Saúde. *Portaria 1101/GM de 2002*. Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2002/Gm/GM-1101.htm>>. Acesso em: 20 out. 2010.

Como se percebe, o mínimo existencial, quer seja do sistema de saúde quer seja do paciente individual, não tem previsão em abstrato nas normas jurídicas relativas à saúde, mas pode ser identificado diante das particularidades do caso concreto.

O que se reafirma nesta tese é que não é possível discutir o direito à saúde apenas com base no mínimo existencial, na dignidade da pessoa humana e na reserva do possível, sem levar em conta as peculiaridades do caso concreto, que permitem, como no exemplo de Bertioga, a identificação de responsabilidades dos gestores:

- a) com relação à regulação dos serviços de média e alta complexidade, a responsabilidade é preponderante do gestor estadual. Assim, seria o caso de se comprovar em juízo a existência e a eficiência de um Complexo Regulador gerido pelo Estado, que seja capaz de regular os leitos disponíveis, a agenda de consultas especializadas, a realização de exames, o encaminhamento dos pacientes a serviços localizados em outros municípios e outros estados;
- b) com relação às Programações Pactuadas Integradas (PPI)⁹⁰¹, a responsabilidade é do município de referência, do estado e do município referenciado, que devem exigir a comprovação de quantos são os procedimentos pactuados em relação a cada município, e a verificação se eles estão estimados em número suficiente à necessidade da população e se esses parâmetros estão sendo cumpridos.⁹⁰²

No SUS, a descentralização da gestão, a participação da comunidade e a ênfase na municipalização aproximam o cidadão das instâncias deliberativas e tornam mais fácil a influência da sociedade na fixação de metas dos planos de saúde e na fiscalização da execução das políticas de saúde. Para permitir que as decisões sobre políticas de saúde sejam mais adequadas à comunidade local e que haja participação popular no planejamento das ações e serviços e na execução destas políticas, a gestão do sistema foi descentralizada estabelecendo-se uma direção única em cada uma das esferas de governo (Município, Estado e União) e foram instaurados dois fóruns deliberativos: os Conselhos de Saúde e as Conferências de Saúde.

Os Conselhos Saúde são órgãos permanentes que formulam estratégias, controlam a execução das políticas que são realizadas pelas instâncias executivas (Ministério da Saúde, secretarias estaduais e municipais de Saúde) do SUS, e que têm como uma de suas competências a obrigação de convocar e estruturar a Comissão Organizadora das

⁹⁰¹ Os dados podem ser obtidos no site da Secretaria Estadual de Saúde: <<http://www.saude.sp.gov.br/ppi>>.

⁹⁰² O município referenciado se comprometeu a realizar os procedimentos de média e alta complexidade e esta responsabilidade está estabelecida no Termo de Compromisso. SÃO PAULO (Estado). *Plano diretor de regionalização*. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/pdr_sp.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2011.

Conferências de Saúde.⁹⁰³ As Conferências de Saúde são convocadas a cada quatro anos com a representação dos vários segmentos sociais, a fim de avaliar a situação de saúde e propor diretrizes para a formulação de políticas de saúde em cada um dos níveis do sistema⁹⁰⁴, que serão posteriormente acatadas pelo Executivo quando da formulação do plano de saúde.

O conhecimento da forma de gestão do SUS aponta para outros dados que podem e devem ser exibidos em juízo quando se discute o direito à saúde e para a identificação do mínimo existencial do caso concreto. Assim, de extrema importância é a exibição do plano de saúde com as políticas públicas de saúde, os objetivos e metas estabelecidas para que se possa aferir se elas estão sendo cumpridas e se, de alguma forma, existe omissão do gestor com relação à questão discutida em juízo. Da mesma forma será importante a exibição do orçamento da saúde com a identificação dos gastos previstos e das despesas realizadas, a fim de constatar se elas estão de acordo com as metas estabelecidas no plano de saúde e se o problema discutido no caso concreto pode ser imputado à omissão do Executivo. Além disto, a peça orçamentária permitirá comprovar se o Poder Público está cumprindo o percentual mínimo exigido para o investimento em saúde.

Quando se discute em juízo o direito: à internação na UTI, à realização de uma mamografia ou consulta com especialista, à realização de quimioterapia ou radioterapia e outras questões relativas às ações e serviços de saúde locais, também se deve exigir, a comprovação da estrutura física e dos recursos humanos existentes no sistema de saúde da região, como o número de Unidades Básicas de Saúde, de Unidades de Saúde da Família, de aparelhos diagnósticos, de leitos hospitalares, de médicos em suas respectivas especialidades, todos dados úteis para comprovar se a estrutura do SUS local está organizada de acordo com os parâmetros do Ministério da Saúde (Portaria 1101/GM de 12 de junho de 2002)⁹⁰⁵ e para a identificação do mínimo existencial do sistema local e do caso em particular.

Por fim, há de se ressaltar que na identificação do mínimo existencial do direito à saúde, é essencial a análise de dados concretos. Não é mais possível a aceitação passiva da

⁹⁰³ CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. *Resolução 33/92*. Disponível em: <http://www.mp.ba.gov.br/atuacao/cidadania/gesau/legislacao/temas/controle/resolucao_CNS_333.pdf>. Acesso em: 10 out. 2010.

⁹⁰⁴ O papel atribuído às Conferências de Saúde pela nova legislação é o de se constituir em uma instância deliberativa em relação às políticas de saúde. Esse é um papel bem diverso daquele atribuído quando da sua institucionalização em 1937 através da Lei 378, quando as Conferências tinham o papel de promover o intercâmbio de informações e, por meio destas, propiciar ao governo federal o controle das ações realizadas no âmbito estadual e regular o fluxo de recursos financeiro. SCOREL, Sarah; BLOCH, Renata Arruda de. As Conferências Nacionais de Saúde na construção do SUS. In: LIMA, Nísia Trindade (Org.) *Saúde e democracia: história e perspectivas do SUS*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2005. p. 84.

⁹⁰⁵ Um exemplo da utilidade destes dados pode ser constatado quando mostramos a situação dos leitos hospitalares no Município de Santos no item 4.1.

alegação da falta de recursos por parte do Poder Público e tampouco a simples afirmação da necessidade por parte do autor da ação, sem que tais fatos sejam comprovados em juízo.

A defesa baseada na reserva do possível tem se transformado numa falácia especialmente quando temos consciência de que o mesmo Executivo que alega falta de recursos no orçamento é aquele que deixa de recolher ao setor saúde um montante significativo,⁹⁰⁶ uma vez que parte dos impostos e das contribuições sociais—que deveria ser paga pelas famílias, empregadores, indústrias farmacêuticas e hospitais filantrópicos pode ser abatida do total do imposto a pagar. Tal renúncia fiscal adquire relevância quando o próprio Estado alega em sua defesa a falta de verbas para a não concretização do direito à saúde.

Também se deve atentar para o fato de o Executivo ter o poder de não utilizar o dinheiro arrecadado para determinada dotação orçamentária sem que seja necessária qualquer motivação para isso, o que acaba tendo a “consequência de deixar no limbo uma parcela da receita pública”.⁹⁰⁷ O resultado é que as prioridades definidas no processo deliberativo do orçamento são redesenhadas por ato unilateral da Administração. Quanto da verba inicialmente prevista para cada item do orçamento deixou de ser utilizado para o fim a que destinava? Quanto foi contingenciado por ato unilateral do Executivo e passou a fazer parte “do limbo”? São questões a serem respondidas no caso concreto, especialmente quando um dos entes da Federação está em juízo contestando a ação e esquivando-se de satisfazer o direito à saúde sob a alegação de que não há recursos e nem lei orçamentária que preveja aquela despesa. A análise dessas questões concretas em vez de discussões teóricas a respeito da escassez de recursos certamente irá auxiliar o julgamento do caso.

O alegado impacto das condenações judiciais nas finanças públicas, apesar de ser uma alegação frequente do Poder Público, também deve ser contextualizado no caso concreto, para que deixe de ser uma simples tese e passe a demonstrar valores reais. Isto é necessário por várias razões: i) primeiro, porque aparentemente o tal impacto não parece ser tão significativo, pelo menos é o que revela um dos poucos estudos que relacionou as despesas totais não financeiras consolidadas dos três entes de governo⁹⁰⁸ com as despesas judiciais. O

⁹⁰⁶ No ano de 2008, por exemplo o total de renúncia do Estado foi de R\$ 8.903.632.069,00. SANTOS, Isabela Soares. *O Mix público-privado no sistema de saúde brasileiro: elementos para uma regulação da cobertura* duplicada. 2009, 186 f. Tese (Doutorado) – Escola de Saúde Pública Sergio Arouca, Rio de Janeiro. p. 112.

⁹⁰⁷ SANTOS, Isabela Soares. *O Mix público-privado no sistema de saúde brasileiro: elementos para uma regulação da cobertura* duplicada. 2009, 186 f. Tese (Doutorado) – Escola de Saúde Pública Sergio Arouca, Rio de Janeiro.

⁹⁰⁸ Por “Despesas totais não financeiras” entendam-se as despesas totais excluídas e aquelas resultantes de pagamento de juros e amortização da dívida pública de natureza financeira (GND 2 e 6, respectivamente). BITTENCOURT, Fernando Moutinho Ramalho; GRAÇA, Luis Otavio Barroso. Decisões judiciais e orçamento público no Brasil: aproximação empírica a uma relação emergente. In: SARLET, Ingo Wolfgang;

trabalho constatou que as despesas judiciais interferem menos no orçamento do que as emendas introduzidas pelos parlamentares. Enquanto o impacto médio das sentenças judiciais no orçamento foi de 1,82% no período de 2003 a 2006, as emendas parlamentares causaram um impacto de 2,96%; ii) segundo, porque o mesmo estudo reconhece o fato de que a mensuração do impacto das sentenças judiciais no orçamento público é ainda um dado incipiente e pouco estudado,⁹⁰⁹ quer porque existe dificuldade na coleta dos dados pois as fontes primárias de consulta são diferentes e heterogêneas,⁹¹⁰ quer porque a maioria das despesas contabilizadas refere-se a pagamento de pessoal e dívidas configuradas como tais, pouco restando de registro de qualquer outra obrigação de fazer, a exemplo da obrigação imposta por sentenças judiciais ao poder público de custear tratamentos de saúde não previstos nas políticas de saúde pública.⁹¹¹ Ora, se os gastos com as ações judiciais não estão devidamente quantificados como é possível aceitar a justificativa do impacto sobre o orçamento decorrente das sentenças aditivas, frequentemente alegada pelo Poder Público para negar a efetivação do direito fundamental à saúde?

Por fim, o mais curioso é que, apesar da propalada falta de recursos, as sentenças judiciais acabam sendo cumpridas. Tal fato aponta para a necessidade que a alegação da falta de recursos seja comprovada documentalmente em juízo. E mais, que o Executivo comprove onde “concretamente” deixou de investir para atender ao determinado na sentença judicial⁹¹², e de onde retirou o dinheiro para realizar as despesas com as sentenças judiciais. Neste

TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 217.

⁹⁰⁹ “No entanto, não encontramos estudos que enfocassem um dos elementos fáticos centrais desse campo: o impacto direto da ação judicial sobre os recursos comuns da coletividade reunidos no orçamento público.” BITTENCOURT, Fernando Moutinho Ramalho; GRAÇA, Luis Otavio Barroso. *Decisões judiciais e orçamento público no Brasil: aproximação empírica a uma relação emergente*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 193-194.

⁹¹⁰ Fontes: i) o SIAFI, sistema informatizado que gera a execução orçamentária, financeira e contábil do governo federal para os dados relativos ao orçamento da União; e ii) a consolidação das contas públicas dos entes subnacionais realizada pela Secretaria do Tesouro Nacional em cumprimento ao artigo 51 da Lei de Responsabilidade Fiscal, para as informações das finanças públicas estaduais e municipais. Essa dicotomia de fontes traz uma grande alteração no grau de detalhamento e de acessibilidade dos dados. Enquanto a fonte de dados federais permite uma melhor informação, os dados municipais e estaduais são recolhidos de um conjunto heterogêneo de milhares de fontes (o que corresponde a praticamente um sistema informatizado diferente para cada ente subnacional, totalizando mais de cinco mil fontes primárias distintas). BITTENCOURT, Fernando Moutinho Ramalho; GRAÇA, Luis Otavio Barroso. *Decisões judiciais e orçamento público no Brasil: aproximação empírica a uma relação emergente*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 201.

⁹¹¹ Id. *Ibid.*, p. 205.

⁹¹² “O espaço para argumentos puramente formais ou etéreos, como separação de poderes, mérito do ato administrativo, prevalência do interesse público são de pouco valor prático”. AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 183.

sentido, pertinente é a observação de Gustavo Amaral e Danielle Melo no sentido de que parece “impressionante que, mesmo após anos de ativismo judicial quanto a medicamentos, não sejam conhecidos estudos que apontem de onde vieram os recursos para a compra”.⁹¹³

Esta é uma das razões pelas quais a discussão da judicialização da saúde, especialmente quando faz a análise do orçamento da saúde, deve levar em conta a estrutura e o funcionamento do SUS concreto na região do litígio, bem como as metas estabelecidas no plano de saúde municipal e estadual para aferir a adequação dos investimentos e identificar possíveis omissões do Poder Público na concretização da política de saúde estabelecida no Plano de Saúde elaborado nos vários níveis de governo.

Concordamos que há de se regulamentar a forma como o Judiciário em suas decisões possa intervir de forma cogente na alocação de verbas, quando se fizer necessário. Também entendemos que a questão orçamentária não é uma questão menor e que precisamos reforçar mecanismos de participação da sociedade na elaboração e no controle da execução do orçamento. Mas não podemos limitar a questão da judicialização ao tema da reserva do possível, no sentido de que ela se transforme em mera alegação do Poder Público para justificar a negação do direito à saúde.

O conhecimento do SUS também nos ajudou a enfrentar a alegada ilegitimidade do Poder Judiciário para decidir sobre questões de políticas de saúde. A participação popular nas decisões sobre políticas de saúde e na fiscalização da execução das mesmas políticas, que se dá nos Conselhos e nas Conferências de Saúde, nos permitiu apontar que, em se tratando de saúde, a discricionariedade do administrador em escolher os meios de implementação das políticas está mitigada na medida em que as decisões tomadas nestes fóruns devem ser acatadas.

Ainda em se tratando do direito à saúde do caso particular, mostramos que a escolha dos meios para a satisfação desse direito também está fortemente influenciada pela decisão técnica do médico que assiste o paciente, profissional que, em razão do ofício, presume-se estar mais capacitado a identificar o mínimo existencial do direito à saúde no caso concreto.

⁹¹³ AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 95. Neste sentido, indaga o doutrinador: “Será que os remédios fornecidos por força de decisão judicial foram obtidos graciosamente pelo Estado? Será que foram adquiridos por compra emergencial? Será que os preços obtidos foram os melhores? Não tendo havido aquisição gratuita, de onde vieram os recursos? De outros setores? De redução de gastos com propaganda? Ou será que vieram da não execução de prioridades no próprio setor de saúde, como sugere a reportagem do Valor Econômico do dia 16 de agosto de 2007?”

Ou seja, no que diz respeito à saúde, dada a peculiaridade do bem em questão, e do sistema de saúde nacional, a discricionariedade do administrador já se encontra bastante mitigada, o que por si só enfraquece o argumento daqueles que pretendem enxergá-la como óbice à atuação do Judiciário. Isso ocorre porque as políticas são fortemente influenciadas pela atuação dos Conselhos de Saúde e pelas decisões das Conferências de Saúde. Logo, se o Executivo está obrigado a acatar e incluir em seu plano de saúde as diretrizes, metas e objetivos apontados pelos Conselhos de Saúde,⁹¹⁴ não se pode dizer que o poder discricionário do administrador (gestor de saúde) permaneça nos moldes como é classicamente caracterizado pelo Direito Administrativo. Essa discricionariedade mitigada vale também quando se trata de identificar tanto o mínimo existencial do sistema de saúde quanto o mínimo existencial do direito à saúde no caso concreto.

Com relação à alegada ofensa ao princípio da separação de Poderes, entendemos que esse princípio deve ser reinterpretado à luz do Estado Social. Se as políticas públicas são o meio através do qual o Estado realiza os seus objetivos e, se um destes objetivos é a concretização dos direitos humanos, podemos afirmar que qualquer política pública de saúde deve estar vocacionada para fazer acontecer os fins da República, não havendo, portanto liberdade de ação política para os Poderes Públicos desprezarem tais objetivos.⁹¹⁵ Logo, mais uma razão para se defender a posição de que o Poder Judiciário possui legitimidade para formular juízo de constitucionalidade sobre políticas públicas de saúde. Diante, pois, da omissão do Executivo e do Legislativo no tocante ao direito à saúde, a atuação do Poder Judiciário não só é permitida como também é necessária, pois este Poder deve atuar para a consecução dos fins do Estado.

Com relação ao déficit democrático dos juízes para decidir questões de políticas públicas, uma vez que não foram eleitos pelo povo, concordamos com Fábio Konder Comparato de que é bastante discutível a titularidade da soberania pelo povo, que possui apenas o *status* simbólico de um soberano de opereta.⁹¹⁶ Em consequência, também é frágil a assunção de que o povo tenha transferido essa soberania aos membros do Parlamento eleitos pelo voto direto (uma vez que ninguém transfere o que não possui). Sendo assim, tanto o Legislativo quanto o Judiciário não são de fato representantes do povo soberano. Logo, sob

⁹¹⁴ BRASIL. Ministério da Saúde. *Resolução n. 333/2003*. Conselho Nacional de Saúde. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/ultimas_noticias/2005/resolucao333.htm>. Acesso em: 15 set. 2011.

⁹¹⁵ OHLWEILER, Leonel Pires. Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito. In: TORRES, Ricardo Lobo Torres. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios da natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM Luciano Benetti (organizadores). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 296.

⁹¹⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *Rumo à Justiça*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 274.

este aspecto, não haveria porque se exigir do Judiciário um *plus* democrático que tampouco o Parlamento possui.

Sendo assim, sempre que houver qualquer ofensa ao direito à saúde, o Poder Judiciário estaria não só legitimado como teria o dever de atuar para a satisfação desse direito, identificando no caso concreto o mínimo existencial do direito à saúde. Pode-se dizer que, em alguns casos, o Poder Judiciário é a última opção do cidadão para ver satisfeito o seu direito fundamental à saúde.⁹¹⁷ Porém, para a identificação do mínimo existencial do caso concreto, o magistrado necessitará de apoio técnico e da assistência isenta de profissionais de saúde que irão atuar como auxiliares do juízo. Nesse sentido, essencial é a formação da Câmara Técnica sugerida pela Resolução 31/2010 do Conselho Nacional de Justiça, pois ela será uma peça chave nas demandas relativas à saúde.

Importante reforçar a afirmação inicial de que esta tese não pretende advogar que se “dê tudo a todos” e tampouco que se dê “tudo o que se pede” de forma indiscriminada. Quando estudamos as demandas por medicamentos, apontamos os excessos cometidos por todos os atores das demandas judiciais: partes, advogados, promotores, juízes e médicos. Enfatizamos a necessidade da discussão e da análise dos fatos que originaram a demanda. Entretanto, uma vez identificado o núcleo do mínimo existencial do direito à saúde no caso concreto, entendemos que torna-se imperiosa a satisfação do direito pleiteado.

A análise do direito à saúde no âmbito do SUS nos permitiu atingir o objetivo da tese no sentido de demonstrar que a discussão do direito à saúde no contexto do SUS auxilia a identificação do mínimo existencial tanto do sistema como do caso particular. Porém, o estudo do tema nos fez refletir sobre algumas questões que consideramos importantes na discussão da judicialização da saúde e que serão por nós analisadas em futuros trabalhos. São elas: i) a possibilidade de aplicação da regra da integralidade da atenção e da universalidade de acesso ao segmento de Saúde Suplementar (item 4.2.3); a possibilidade de ressarcimento ao SUS pelo fornecimento de medicamentos a portadores de planos de saúde (item 4.2.2.2); a terceirização dos serviços públicos de saúde (4.2.5); os excessos nas ações sobre medicamentos (5.7).

Por fim, vale lembrar a importante influência do Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais como indutor de novas formulações das políticas públicas de saúde. Não fossem as ações judiciais dos cidadãos reivindicando em massa seus direitos previdenciários, não teríamos avançado e conseguido conquistas salariais para os aposentados. O mesmo

⁹¹⁷ STF-Recurso Extraordinário n. 393175-0-Rio Grande do Sul. Relator Ministro Celso de Mello, julgamento 12/12/2006.

ocorreu com os medicamentos antirretrovirais para o tratamento da AIDS, que acabaram sendo fornecidos pelo Estado, após inúmeras demandas judiciais, e ensejaram também a edição de uma lei específica. Isso ocorre porque o debate judicial sempre permite o avanço da democracia ao discutir temas relevantes. Ao trazermos à discussão a análise do mínimo existencial do direito à saúde no contexto do SUS, pretendemos contribuir para democratizar o debate sobre a judicialização da saúde.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

ACIOLE, Giovanni Gurgel. *A saúde no Brasil: cartografias do público e do privado*. São Paulo: Hucitec; Campinas: Sindicato dos Médicos de Campinas e Região, 2006.

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA (ANVISA). *Apresentação*. Disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br/institucional/anvisa/apresentação.htm>>. Acesso em: 12 jul.2011.

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA (ANVISA). *Como a ANVISA avalia o registro de medicamentos novos no Brasil*. Disponível em: <http://www.anvisa.gov.br/medicamentos/registro/registro_novos.htm>. Acesso em: 12 jul. 2011.

AGUIAR, Adriano Amaral de. *A psiquiatria no divã: entre as ciências da vida e a medicalização da existência*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004.

AITH, Fernando. Perspectivas do Direito Sanitário no Brasil: as garantias jurídicas do direito à saúde e os desafios de sua efetivação. In: SANTOS, Lenir (Org.). *Direito da saúde no Brasil*. Campinas: Saberes Editora, 2010. p. 183-238.

ALBUQUERQUE, Ceres et al. A situação atual do mercado de saúde suplementar no Brasil e apontamentos para o futuro. *Ciência e Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 5, p. 1.421-1.430, set./out. 2008.

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Traducción Carlos Bernal Pulido. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios políticos y constitucionales, 2007.

ALMEIDA FILHO, Naomar. O conceito de saúde: ponto cego da epidemiologia? *Revista Brasileira de Epidemiologia*, São Paulo, v. 3, n. 1-3, p. 4-20, dez. 2000.

ALONSO JÚNIOR, Hamilton. A ampliação do objeto das ações civis públicas na implementação dos direitos fundamentais. In: MILARÉ, Édís. *Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 207-219.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 79-100.

AMORA, Dimi. Após um ano, ANS volta a cobrar planos por uso do SUS. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 27 jun. 2011. Cotidiano, C1 e C3.

ANAND, Sudhir; HANSON, Kara Disability-Adjusted years: a critical review. *Journal of Health Economics*, v. 16, p. 685-702, 1997.

ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os Direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1983.

ANDREAZZI, M. F. S.; OCKÉ-REIS, C. O. Renúncia da arrecadação fiscal: subsídios para discussão e formulação de uma política pública. *Physis*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 3, p. 521-544, 2007.

ARAÚJO, Luis Alberto David. O conceito de “relevância pública” na Constituição de 1988. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 90-97, 2004.

ARNAU, J. P.; LAPORTE, J. R. Promoção do uso racional de medicamentos e preparação de guias farmacêuticos. In: LAPORTE, J.R.; TORGNONI, G (Ed.). *Epidemiologia do medicamento: princípios gerais*. São Paulo: Hucitec-ABRASCO, 1989. p. 57-74.

AROUCA, Antonio Sergio. *O dilema preventivista: contribuição para a compreensão e crítica da medicina preventiva*. São Paulo: Rio de Janeiro: UNESP/FIOCRUZ, 2003

ASHTON, John. *Healthy cities*. Milton Keynes:Open University Press,1993.

AUQUIER, P.; SEMEONI, M. C.; MENDIZABAL, H. Approches théoriques et méthodologiques de la qualité de vie liée à la santé. *Revue Prevenir*, v. 33, n. 1, p. 77-86, 1997.

BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO. *Brasil: governança no sistema único de saúde: melhorando a qualidade do gasto público e gestão de recursos*. Relatório n. 36607-BR. Brasília: BID, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 101-132.

BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang(Org.) *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 117-121.

BASSO, Cáritas Relva, O Programa de DST/AIDS no SUS. In: NEGRI, Barjas; VIANA, Ana Luiza D`Ávila (Org.). *O sistema único de saúde em dez anos de desafio*. São Paulo: Sobravime / Cealag, 2002. p. 135-162.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo:Malheiros, 2005.

_____. O controle externo do judiciário e a soberania popular. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesus Lora. *Reforma do judiciário: analisada e comentada:emenda constitucional 45/2004*. São Paulo: Editora Metodo, 2005. p. 185-191.

BERLIN, Isaiah. *Quatro ensaios sobre a liberdade*. Tradução Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1981.

BITTENCOURT, Fernando Moutinho Ramalho; GRAÇA, Luis Otavio Barroso. Decisões judiciais e orçamento público no Brasil: aproximação empírica a uma relação emergente. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 193-236.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*.Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier / Campus, 2004.

BOITEUX, Elza Antonia Pereira Cunha; BOITEUX, Fernando Netto. *Poluição eletromagnética e meio ambiente*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

- BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BOORSE, Christopher. Health as a theoretical concept. *Philosophy of Science*, Chicago, v. 44, n. 4, p. 542-573, dec. 1977.
- BOTAZZO, Carlos. Democracia, Participação Popular e Programas Comunitários. In: FLEURY, Sonia; AMARANTE, Paulo; BAHIA, Ligia (Org.). *Saúde em debate: fundamentos da reforma sanitária*. Rio de Janeiro: Cebes, 2008. p. 144-148.
- BRASIL. *Constituição federal*. Vade Mecum RT. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental na Reclamação 3034-2*. Voto-Vista do Ministro Eros Grau. disponível em: <<http://www.stf.gov/noticias>>. Acesso em: 10 out. 2008.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *Audiência pública sobre o SUS*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTesto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>>. Acesso em: 12 jan. 2011.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *ADI 1923*. Ministro relator Carlos Britto. Julgamento da liminar em 01/08/2007. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/pesquisarPeticaoInicial.asp>>. Acesso em: 10 jul. 2011.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *ADI 1931 MC/DF*. Ministro relator Maurício Corrêa. Julgamento em 21/08/2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ADI-MC.SCLA.+E+1931.NUME.&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 10 jul. 2011.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF45 MC/DF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=saúde&processo=45>>. Acesso em: 07 jul. 2010
- _____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 393175-0-Rio Grande do Sul*. Relator Ministro Celso de Mello, julgamento 12/12/2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia.asp?s1=%28393175%2ENUME%2E+OU+393175%2EACMS%2E%29+%28%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORL%2E+OU+28%CELSO+DE+MELLO%29%2ENORV%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORA%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2EACMS%2E%29%28%40JULG+%3E%3D+20061210%29%28%40JULG+%3C%3D+20061230%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 20 mar. 2010.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 577.836/SC*. 1ª Turma, Relator Ministro Luiz Fux, julgamento 21/10/2004. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%28Resp+577836%29+E+%28%22LUIZ+FUX%22%29.min.&b=ACOR>. Acesso em: 15 mar. 2010.
- BRENNAN, Troyen A.; HAVIGHURST, Clark C.; BLUMSTEIN, James F. *Health care law and policy: readings, notes, and questions*. Whashington: West Group, 1998.
- BRESCIANI, Carlo. Il concetto di giustizia distributiva e il problema della ripartizione equa delle risorse in sanità. In: _____. *Ética risorse e conomiche e sanità, a cura di Carlo Bresciani*. 1. ed. Milão: Giuffrè, 1998.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. As políticas públicas e o direito administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, v. 13, p. 134-144, 1996.

BUSS, Paulo Marchiori. Promoção da saúde e qualidade de vida. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 163-177, 2000.

CAETANO, Marcello. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 175-186.

CAMARGO FERRAZ, A. A. M; BENJAMIN, A. H. V. O conceito de “relevância pública” na Constituição Federal. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 77-89, 2004.

CAMARGO JR, Kenneth Rochel de. As muitas vozes da integralidade. In: PINHEIRO, R.; MATTOS, R. A. de (Org.). *Os sentidos da Integralidade na atenção e no cuidado*. Rio de Janeiro: UERJ/IMS/ABRASCO, 2001. p. 11-15.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do judiciário: um enquadramento teórico. In FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 1. ed. 5. tir. São Paulo: Malheiros, 2010.

CAMPOS, Carlos Eduardo Aguilera. O desafio da integralidade segundo as perspectivas da vigilância da saúde e da saúde da família. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 569-584, 2003.

CAMPOS, Gastão Wagner de Sousa. SUS entre a tradição dos sistemas nacionais e o modo liberal-privado para organizar o cuidado à saúde. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 12, p. 1.865-1.874, 2007. Suplemento.

CAMPOS, Gastão Wagner de Sousa; AMARAL, Márcia Aparecida do. A clínica ampliada e compartilhada, a gestão democrática e redes de atenção como referenciais teórico-operacionais para a reforma do hospital. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro v. 12, n. 4, p. 849-859, jul. /ago. 2007.

CANELA JÚNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Metodologia “fuzzi” y camaleones normativos en la problemática actual de los derechos económicos, sociales e culturales. *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, ano 3, n. 6, p. 35-50, 1998.

_____. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contribuição para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

_____. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

_____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003 .

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Access to justice: a world survey*. Milano: Giuffrè, 1978. v. 1, p. 6-9.

CARVALHO, Antonio Ivo. Conselhos de saúde, responsabilidade pública e cidadania: a reforma sanitária como Reforma do Estado. In: FLEURY, S. (Org.) *Saúde e democracia: a luta do Cebes*. São Paulo: Lemos, 1997. p. 93-112.

CARVALHO, Gilson. *Gasto com saúde no Brasil em 2006*. Disponível em: <http://www.ibsaude.org.br/admin/noticias/120/14_ArtigoInformacoessobregastosemsaudeI.pdf>. Acesso em: 10 maio 2007.

CARVALHO, Gilson. A inconstitucional administração pós-constitucional do SUS através de normas operacionais. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p. 435-444, 2001.

_____. Financiamento federal para a saúde no Brasil, 2000-2009. In: SANTOS, Lenir (Org.). *Direito da saúde no Brasil*. Campinas: Saberes Editora, 2010. p. 281-307.

CARVALHO, Guido Ivan; SANTOS, Lenir. *Sistema único de saúde: comentários à lei orgânica da saúde*. 4. ed. Campinas: Editora da Unicamp, 2006.

CECILIO, L. C. O. As necessidades de saúde como conceito estruturante na luta pela integralidade e equidade na atenção à saúde. In: PINHEIRO, Roseni; MATTOS, Ruben Araújo de (Org.). *Os sentidos da integralidade na atenção e no cuidado*. Rio de Janeiro: UERJ/IMS/ABRASCO, 2001. p. 113-126.

CEVASCO, Maria Elisa Burgos Pereira Silva. A máquina de moer oposições. *Veredas*, Rio de Janeiro, v. 4, p. 37-39, 1999.

CHIEFI, Ana Luiza; BARATA, Rita de Cássia Barradas. Ações judiciais: estratégia da indústria farmacêutica para introdução de novos medicamentos. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 44, n. 3, p. 421-429, 2010.

COGGON, D.; ROSE, G.; Barker, D. J. P. *Epidemiology for the uninitiated*. fifth edition: Breinigsville, PA USA: BMJ Books, 2003.

COHN, Amelia. O SUS e o direito à saúde: universalização e focalização nas políticas de saúde. In: LIMA, Nísia Trindade et al. *Saúde e democracia: história e perspectivas do SUS*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2005. p. 385-405.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 86, n. 737, p. 11-22, mar. 1997.

_____. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. *Rumo à justiça*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. O papel do juiz na efetivação dos direitos humanos. In: DIREITOS Humanos: visões contemporâneas. São Paulo: Associação Juizes para a Democracia, 2001, p. 15-29.

_____. *Povo, democracia e imaginação criadora*. Disponível em: <<http://www.escoladegoverno.org.br/artigo/65-povodemocraciainmaginacao>>. Acesso em: 17 jun. 2011.

CONFALONIERI, Ulisses E. C.; MARINHO, Diana P. Mudança climática global e saúde: perspectivas para o Brasil. *Multiciência*, Campinas, n. 8, p. 48-64, maio 2007.

CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA DO ESPÍRITO SANTO. *Avaliação da droga infantil para AIDS*. Disponível em: <http://www.crfes.org.br/noticias_droga_infantil_aids.htm>. Acesso em : 12 maio 2011.

CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE. *Atenção primária e promoção de saúde*. Brasília: CONASS, 2007.

_____. Coleção Progestores – Para Entender a Gestão do SUS. *Média e alta complexidade no SUS*. Brasília: CONASS, 2007.

_____. *Para entender a gestão do SUS*. Brasília: CONASS, 2003.

CONSELHO NACIONAL DOS SECRETÁRIOS MUNICIPAIS DE SAÚDE (CONASEMS). *Nota jurídica n. 014*. Disponível em: < <http://www.conasems.org.br/site/index.php/juridico/notas-juridicas> >. Acesso em: 24 ago. 2010.

CORNÉLIO, Renata Reis. *A formulação da decisão no nível estratégico de uma organização pública: um estudo sobre o processo decisório na SMS-RJ*. 1999. 131 p. Dissertação (Mestrado) – Fundação Oswaldo Cruz, Escola Nacional de Saúde Pública, Rio de Janeiro.

CUTLER, David M. *Health Care and Public Sector*. Workin Paper n. 8802. NBER: February 2002. Disponível em: <<http://www.nber.org/papers/w8802>>. Acessado em: 7 nov. 2006.

CUTLER, David M.; GRIBER, Jonathan. Does public insurance crowd out private insurance? Working Paper n. 5082 NBER: April 1995. Disponível em: <<http://www.nber.org/papers/w5082>>. Acessado em: 7 nov. 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. A seguridade social e a revisão constitucional. In: O DIREITO Sanitário na Constituição brasileira de 1988: normatividade, garantias e seguridade social. Brasília: Organização Pan-Americana de Saúde, 1994. p. 25-33 (Série Direito e Saúde n. 4).

_____. *Direitos humanos e cidadania*. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Saúde: Direito Constitucional de Relevância Pública. In: DALLARI, Sueli Gandolfi. *O conceito constitucional de relevância pública*. Brasília Organização Pan-Americana da Saúde, 1992. p. 41.

_____. A violação dos direitos econômicos, sociais e culturais e seu impacto no exercício dos direitos civis e políticos. In: ENCONTRO BRASILEIRO DE DIREITOS HUMANOS, 1º., 1999, São Paulo. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria-Geral do Estado, 2001. p. 69-84.(Série Eventos, 8).

DALLARI, Sueli Gandolfi. Competência municipal em matéria de saúde. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 22, n. 92, p. 172-177, 1989.

_____. Direito à saúde: responsabilidade e garantias. In: ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. *O direito sanitário na constituição brasileira de 1988: Normatividade, garantias e seguridade social*. Brasília: OPAS, 1994. p. 7-14.(Série Direito e Saúde, n. 4).

DELDUQUE, M. C; MARQUES, S. B.; ROMERO, L. C. A saúde precisa de juízes epidemiologistas. *Saúde em debate*, Rio de Janeiro, v. 33, n. 81, p. 80-87, jan./abr. 2009.

DESCARTES, René. *Discurso do método*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

DURAND, D.; BLEY, D. Editorial. *Revue Prevenir*, v. 33, p. 3-6, 1997.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos à sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY (EPA). *Environment, health, and a focus on children, office of children`s protection and environmental education*. Disponível em: <[http://yosemite.epa.gov/ochnp/ochpweb.nsf/content/2008_highlights.htm/\\$file/OCHP_2008_Highlights_508.pdf](http://yosemite.epa.gov/ochnp/ochpweb.nsf/content/2008_highlights.htm/$file/OCHP_2008_Highlights_508.pdf)>. Acesso em: 08 jul. 2011.

ESCOREL, Sarah. *Reviravolta na saúde: origem e articulação do movimento sanitário*. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 1998.

ESCOREL, Sarah; BLOCH, Renata Arruda de. As conferências nacionais de saúde na construção do SUS. In: LIMA, Nísia Trindade (Org.). *Saúde e democracia: história e perspectivas do SUS*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2005. p. 83-120.

ESCOREL, Sarah; NASCIMENTO, Dilene Raimundo; EDLER, Flavio Coelho. As origens da reforma sanitária e do SUS. In: LIMA, Nisia Trindade (Org.). *Saúde e democracia: história e perspectiva do SUS*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2005. p. 59-84.

ESPADA, João Carlos. *Direitos sociais de cidadania*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1997.

FANTI, Fabíola. *Políticas de saúde em juízo: um estudo sobre o Município de São Paulo*. 2009. 105 p. Tese (Doutorado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo.

FARAH, Marta Ferreira Santos. Gestão pública e cidadania: iniciativas inovadoras na administração subnacional no Brasil. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 31, n. 4, p. 126-156, 1996.

FARIA, José Eduardo. O sistema brasileiro de Justiça: experiência recente e futuros desafios. *Revista de Estudos Avançados*, São Paulo, v. 18, n. 51, p. 103-125, 2004.

FARIA, José Eduardo. As transformações do judiciário em face de suas responsabilidades sociais. In: FARIA, J. E. (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 1. ed. 5. tir. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 52-67.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? *Revista da USP*, São Paulo, v. 21, p. 12-21, mar./maio, 1994.

_____. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1994.

FEUERWERKER, Laura. Modelos tecnoassistenciais, gestão e organização do trabalho em saúde: nada é indiferente no processo de luta para a consolidação do SUS. *Interface: Comunicação, Saúde, Educação*, Botucatu, v. 9, n. 18, p. 489-506, set./dez. 2005.

FINATTI, Deise Barbieri; VECHINI, Priscila Garbin. *O perfil de gastos destinados ao cumprimento de determinações judiciais no município de Campinas*. Disponível em: <http://2009.campinas.sp.gov.br/saude/biblioteca/XXIV_Congresso_de_Secretarios_Municipais_de_Saude_do_Estado_SP/Complexidadedaatencaobasica/O_Perfil_dos_gastos_Deise.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2011.

FIX-ZAMUDIO, Hector. *La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*. México: Civitas, 1982.

FLEURY, Sonia. Revisitando “a questão democrática na área da saúde”: quase 30 anos depois. *Saúde em Debate*, Rio de Janeiro, v. 33, n. 81, p. 156-164, jan./abr. 2009.

FLEURY-TEIXEIRA, Paulo. Uma introdução conceitual à determinação da saúde. *Saúde em Debate*, Rio de Janeiro, v. 33, n. 83, p. 380-396, set./dez. 2009.

FRANCO, Túlio Batista; MAGALHÃES JÚNIOR, Helvécio Miranda. Integralidade na assistência à saúde: a organização das linhas de cuidado. In: MEHRY, Emerson Elias. (Org.).

O trabalho em saúde: olhando e experienciando o SUS no cotidiano. 2. ed. São Paulo: HUCITEC, 2004.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. O controle judicial de políticas públicas. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). *Temas fundamentais de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 1, p. 47-49.

FRONSTIN, P. *Worker`s health insurance: trends, issues, and options to expand coverage*. employment benefit research institute. March, 2006. Disponível em: <http://www.cmf.org/usr_doc/Fronstin_workershtins_908.pdf>. Acessado em: 23 out.2010.

GALDINO, Flávio. *Introdução a teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

GIANCHELLO, A. L. Health outcomes research in Hispanics/Latinos. *Journal of Medical Systems*, v. 21, n. 5, p. 235-254, 1996.

GOUVEIA, Helga Geremias; LOPES, Maria Helena Baena de Moraes. Diagnósticos de enfermagem e problemas colaborativos mais comuns na gestação de risco. *Revista Latino-Americana de Enfermagem*, Ribeirão Preto, v. 12, n. 2, p. 175-182, mar./abr. 2004.

GRAU, Eros Roberto. O conceito de “relevância pública” na Constituição de 1988. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 69-76, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A responsabilidade do juiz brasileiro. In: _____. *Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques*. São Paulo: Saraiva, 1982.

_____. A problemática dos interesses difusos. In: _____. *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984.

_____. Controle de políticas públicas pelo Poder judiciário. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 33, n. 164, p. 9-28, out. 2008.

_____. Mudanças estruturais no processo civil brasileiro. *Revista IOB de Direito Civil e processual Civil*, Porto Alegre, ano 8, n. 44, p. 35-55, nov./dez. 2006.

GUTIERREZ, M. et al. Perfil descritivo-situacional del sector de la promoción y educación em salute: Colombia. In: AROYO, H.V.; CERQUEIRA, M. T. (Ed.). *La promoción de la salud y la educación para la salud em America Latina: um analisis sectorial*. Puerto Rico: Editorial de la Universidad de Puerto Rico, 1996.

HABERLE, Peter. *La garantia del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Traducción de Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson-Constitucional, 2003.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2.

HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

HEALY, David. *The antidepressant era*. Cambridge / Londres: Harvard University Press, 1997.

HEIMANN, Luiza Sterman; MENDONÇA, Maria Helena. A trajetória da atenção básica em saúde e do programa de saúde da família no SUS: uma busca de identidade. In: LIMA, Nísia Trindade (Org.). *Saúde e democracia: história e perspectivas do SUS*. 20. ed. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2005. p. 481-500.

Hipócrates. *Conhecer, Cuidar, Amar*. Seleção de textos e apresentação de Jean Salem. Tradução: Dunia Marino Silva. São Paulo: Landy, 2002.

HOLMES, Stephen, SUNSTEIN, Cass. R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W.W. Norton and Company, 1999.

JACOBS Peter Christian; MATOS, Ediriomar Peixoto. Estudo exploratório dos atendimentos em unidade de emergência em Salvador-Bahia. *Revista da Associação Médica Brasileira*, v. 51, n. 6, p. 348-353, 2005.

JATENE, Adib. Pronunciamento em 29 abril 2009. In: AUDIÊNCIA PÚBLICA SOBRE O SUS NO STF, 2009, Brasília. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr_Adib_Jatene.pdf>. Acesso em: 02 out. 2010.

JAY, John. Continuação do mesmo assunto. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James. JAY, John. *O federalista*. Tradução Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003. p. 317-322.

_____. Continuação do mesmo assunto. Exame dos meios de pôr em prática o princípio de que se trata. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Tradução Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003. p. 305-309.

JAY, John. Exame e explicação do princípio da separação dos poderes. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Tradução Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003. p. 298-304.

KASEKER, Camila. Para onde está sendo desviado o dinheiro da saúde. *Revista da APM*, São Paulo, n. 605, p. 14-16, out. 2009.

KEHRIG, Ruth Terezinha. Integralidade da atenção à saúde: suas expressões na organização tecnológica do trabalho em serviços locais de saúde. 2001. 393 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, São Paulo.

KESSLER, David A. et. al. Therapeutic-class wars – drug promotion in a competitive marketplace. *The New England Journal of Medicine*, v. 331, n. 20, p. 1350-1355, nov. 1994.

KLIGERMAN, Jacob. A política nacional de prevenção e controle do câncer. In: NEGRI, Barjas; VIANA, Ana Luiza D`Ávila (Org.). *O sistema único de saúde em dez anos de desafio*. São Paulo: Sobravime; Cealag, 2002. p. 163-174.

KONDRO, W. Drug spending tops U\$ 25 billion. *CMAJ*, v. 176, n. 13, p. 1.816, 2007.

KORNIS, George E. M; BRAGA, Maria Helena. Os marcos legais das políticas de medicamentos no Brasil Contemporâneo (1990-2006). *Rev. APS*, v. 11, n. 1, p. 85-89, jan./mar. 2008.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

_____. Realização dos direitos Fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação de serviços públicos. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 36, n. 144, p. 239-260, out/dez. 1999. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/545>>. Acesso em: 20 set. 2010.

LABRA, Maria Eliana. Conselhos de Saúde: dilemas, avanços e desafios. In: LIMA, Nísia Trindade (Org.). *Saúde e democracia: história e perspectivas do SUS*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2005. p. 353-384.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hanna Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

- LAFER, Celso. A importância do valor justiça na reflexão de Miguel Reale. In: LAFER, Celso; FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio (Coord.). *Direito, política, filosofia e poesia: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale no seu octogésimo aniversário*. São Paulo: Saraiva 1992. p. 229-240.
- LALONDE, Marc. *A new perspective on the health of Canadians: a working document*. Ottawa: Government of Canada, 1974. Disponível em: <<http://www.hc-sc.gc.ca/hcs-sss/pubs/system-regime/1974-lalonde/index-eng.php#int>>. Acesso em: 10 jul. 2010.
- LAMBERT - FAIVRE, Yvonne. *Droit des Assurances*. 11. ed. Paris: Dalloz, 2001.
- LEAL, Rogério Gesta. *Estado, administração pública e sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- LEAVELL, Hugh Rodman; CLARK, E. Gurney. *Medicina preventiva*. São Paulo: Mc-Graw-Hill, 1976.
- LEE JR, Robert; JOHNSON, Ronald. *Public budgeting systems*. 8th ed. Sudbury Mass: Jones and Bartlett Publishers, 1998.
- LEWANDOWSKI, Ricardo. Prefácio. In: SABBAG, Cesar de Moraes. *Orçamento e desenvolvimento*. Campinas: Millennium, 2007.
- LOPES, José Reinaldo Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado Social de Direitos. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 1. ed. 5. tir. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 113-143.
- LOPES, Luciane Cruz et al. Uso racional de medicamentos antineoplásicos e ações judiciais no Estado de São Paulo. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 44, n. 4, p. 620-628, 2010.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de La Constitución*. Traducción Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1970.
- MACDONALD, S. Increased drug spending is creating funding crisis, report says. *British Medical Journal*, v. 326, n. 7.391, p. 667, 2003.
- MALERBI, D. A.; FRANCO, L. J. Multicenter study of the prevalence of diabetes mellitus and impaired glucose tolerance in the urban brazilian population aged 30-69 years. *Diabetes Care*, v. 15, n. 11, p. 1.509-1.516, 1992.
- MALTA, Debora Carvalho; MERHY, Emerson Elias. O percurso da linha de cuidado sob a perspectiva das doenças crônicas não transmissíveis. *Interface-Comunicação, Saúde, Educação*, Botucatu, v. 14, n. 34, p. 593-605, jul./set. 2010.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *Ação civil pública: Lei 7.347/1985-15 anos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 753-798.
- MARSHALL, Thomas Humphrey. *Cidadania, classe social e status*. Tradução Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar Ed., 1967.
- MARQUES, Carla Pintas. Projeto expande: novo modelo para a oncologia. In: NEGRI, Barjas; VIANA, Ana Luiza D'Ávila (Org.). *O sistema único de saúde em dez anos de desafio*. São Paulo: Sobravime; Cealag, 2002. p. 175-186.
- MARQUES, Sílvia Badim; DALLARI, Sueli Gandolfi. A garantia do direito à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 41, n. 1, p. 101-107, 2007.

MARQUES, Silvia Badim. A garantia do direito social à assistência farmacêutica: o papel do sistema jurídico e do sistema político. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 7, n. 1/2/3, p. 195-217, 2006.

MARSHALL, Thomas Humphrey. *Cidadania, classe social e status*. Tradução Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar Ed., 1967.

MATUS, Carlos. *Política, planificação e governo*. 2. ed. Brasília: IPEA, 1993. p. 297-554.

MCKEOWN, Thomas. *The role of medicine dream, mirage, or nemesis?* Oxford: Basil Blackwell Publisher Ltd., 1979.

MEADOWS, Donella H.; MEADOWS, Dennis L.; RONDERS, Jorgen. *Limites do crescimento: um relatório para o projeto do Clube de Roma sobre um dilema da humanidade*. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1978.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. *Revista de Direito Público*, ano XIV, n. 57/58, p. 233-256, jan./jun. 1981.

MELLO, Carlos Gentile; CARRARA, Douglas. *Saúde oficial, medicina popular*. Rio de Janeiro: Marco Zero, 1982.

MENDES, Áquilas; MARQUES, Rosa Maria. The financing of SUS in a scenario of financialization. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 3, p. 841-850, mar./jun. 2009.

MENDES, Eugenio Vilaça. O processo social na distritalização da saúde. In: _____. (Org.). *O distrito sanitário. O processo social de mudança nas práticas sanitárias do sistema único de saúde*. São Paulo/Rio de Janeiro: Hucitec/Abrasco, 1993. p. 149-150.

MENDES, Rosilda; BÓGUS, Claudia Maria; AKERMAN, Marco. Agendas urbanas intersetoriais em quatro cidades de São Paulo. *Saúde e Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 1, p. 47-55, jan./abr. 2004.

MENDONÇA, Eduardo. Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas públicas. In: In: SARLET, Ingo; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 373-412.

MENICUCCI, Telma Maria Gonçalves. *Público e privado na política de assistência à saúde no Brasil: atores, processos e trajetórias*. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2007. p. 118.

MERHY, Emerson Elias. *Apostando em projetos terapêuticos cuidadores: desafios para a mudança da escola médica*. Disponível em: <<http://www.uff.br/saudecoletiva/professores/merhy/artigos-07.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2011.

MERQUIOR, José Guilherme. *A natureza do processo*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982.

MESQUITA, Maria Angélica Fonseca de. A regulação da assistência suplementar à saúde. In: MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Regulação & Saúde: estrutura, evolução e perspectiva da assistência médica suplementar*. Rio de Janeiro: ANS, 2002. p. 66-132.

MESSEDER, Ana Márcia; OSÓRIO DE CASTRO, Claudia Garcia Serpa; LUIZA, Vera Lucia. Mandados judiciais como ferramenta para garantia do acesso a medicamentos no setor público: a experiência do Estado do Rio de Janeiro. *Caderno de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 525-534, mar./abr. 2005.

MINAYO, Maria Cecília de Souza et al. Qualidade de vida e saúde: um debate necessário. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 7-18, 2000.

MONTEIRO, Carlos Augusto. A desnutrição e o planejamento econômico-social. In: FLEURY, S; BAHIA, L.; AMARANTE, P (Org.). *Saúde em debate: fundamentos da reforma sanitária*. Rio de Janeiro: Cebes, 2008. p. 29-38.

MONTONE, Januário. *Planos de saúde: passado e futuro*. Rio de Janeiro: Medbook, 2009. p. 49.

MOREIRA, Marcelo Rasga. Municipal health councils of Brazil: a debate on the democratization of health in the twenty years of de UHS. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 3, p. 795-805, maio/jun. 2009.

MOYNIHAN, R; HEATH, I; HENRY, D. Selling sickness: the pharmaceutical industry and disease mongering. *British Medical Journal*, v. 324, n. 7.342, p. 886-891, 2002.

MOYNIHAN, Ray. Drug spending in North America rose by 11% in 2003. *British Medical Journal*, v. 328, n. 7.442, p. 727, march 2004.

MURRAY, Cristhopher L. Quantifying the burden of disease: the technical basis for disability-adjusted life years. *Bull World Health Organization*, v.7 2, p. 429-445, 1994.

_____. Rethinking DALYs. In: MURRAY, Cristopher L.; LOPEZ, Alan D. (Ed.). *The global burden of disease: a comprehensive assessment of mortality and disability from diseases, injuries, and risk factors in 1990 and projected to 2020*. Boston: Harvard School of Public Health, 1996. p. 1-98.

NASCIMENTO, Paulo Roberto do; ZIONI, Fabíola. O sistema único de saúde como observatório de direitos universais: uma reflexão a partir das Ciências Sociais. *Interface Comunicação Saúde Educação*, v. 14, n. 32, p. 199-205, jan./mar. 2010.

NATIONS UNIS. Programme des Nations Unis pour l`environnement(UNEP). *Déclaration finale de la Conférence des nations Unies sur l`environnement*. Disponível em: <<http://www.unep.org/DocumentsMultilingual/Default.asp?DocumentID=97&ArticleID=1503&l=fr>>. Acesso em: 20 jul. 2011.

NEGRI, Barjas; VIANA, Ana Luiza D`Ávila (Org.). *O Sistema Único de Saúde em dez anos de desafio*. São Paulo: Sobravime/Cealag, 2002.

NOVAES, Humberto de Moraes. *Ações integradas nos sistemas locais de saúde – SILOS*. São Paulo: PROAHSA/Livraria Pioneira e Editora, 1990.

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

OCKÉ-REIS, Carlos Octávio; SANTOS, Fausto Pereira. *Texto para discussão 1.637. Mensuração dos gastos tributários em saúde – 2003-2006*. (IPEA). Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/tds/td_1637.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2011.

OCKÉ-REIS, Carlos Octávio; SOPHIA, Daniela Carvalho. Uma crítica à privatização do sistema de saúde brasileiro: pela constituição de um modelo de proteção social público de atenção à saúde. *Saúde em Debate*, Rio de Janeiro, v. 33, n. 81, p. 72-79, jan./abr. 2009.

OHLWEILER, Leonel Pires. Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do estado democrático de direito. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 289-310.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Relatório do Índice de Desenvolvimento humano*. Disponível em: <http://hdr.undp.org/en/media/HDR_20072008_PT_indicators.pdf>. Acesso em: 20 out. 2009.

ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD (OPAS). *La salud en las Americas*. v.1. 1998. Disponível em: <<http://www.paho.org/Spanish/DD/PUB/SEA1998.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2010.

ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ. *D'Alma-Ata à l'an 2000: réflexions à la mi-parcours*. Genève: Organisation Mondiale de la santé, 1990.

ORGANIZACION MUNDIAL DE LA SALUD (OMS). Sub-sanar las desigualdades em uma generación: alcanzar la equidad sanitaria actuando sobre los determinantes sociales de la salud. Comisión sobre los determinantes sociales de la salud: informe final. OMS: Ginebra, 2008. Disponível em: <http://whqlibdoc.who.int/publications/2009/9789243563701_spa.pdf>. Acesso em: 9 jul. 2010.

ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD. Prefácio. In: OPAS. *Procedimientos para la investigacion de enfermedades transmitidas por el agua*. Washington-DC: 1980. p. vii.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Proposal for a taxonomy of health insurance*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/24/52/31916207.pdf>>. Acesso em: 05 ago. 2011.

_____. *Private health insurance in OECD countries*. The OECD project. Disponível em: <<http://www.oecd.org/health/insurance>>. Acesso em: 15 maio 2007.

PAIM, Jairnilson Silva. Atenção à saúde no Brasil. In: _____. *Desafios para a saúde coletiva no século XXI*. Salvador: Editora da UFBA, 2006. p. 11-47.

_____. *Reforma sanitária brasileira: contribuição para a compreensão e crítica*. Salvador: EDUFBA; Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2008. p. 154-155.

_____. *Saúde política e reforma sanitária*. Salvador: CEPS-ISC, 2002.

_____. Uma análise sobre o processo da reforma sanitária. *Saúde em Debate*, Rio de Janeiro, v. 33, n. 81, p. 27-37, jan./abr. 2009.

PAN AMERICAN HEALTH ORGANIZATION. *Renewing primary health care in the America*. Washington, DC: PAHO, 2007.

PASTOR, Juan Alfonso Santamaria. *Principios de derecho administrativo*. 3. ed. Madrid: Editorial, Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 2000. v. 1.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. *Curso de derechos fundamentales*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

_____. Los derechos economicos, sociales y culturales: su genesis y su concepto. *Derechos y Libertades*: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, ano 3, n. 6, p. 15-34, 1998.

PEPE, Vera Lúcia Edais et al. Caracterização de demandas judiciais de fornecimento de medicamentos essenciais no Estado do Rio de Janeiro, Brasil. *Caderno de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 26, n. 3, p. 461-471, mar. 2010.

PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. *A nova Lei 12 401/11: o que muda na assistência sanitária?* Disponível em: <http://www.google.com/search?hl=en&q=Idisa+O+que+muda+na+assistencia+sanitaria&rlz=1I7SKPB_pt-BR>. Acesso em: 26 out. 2011.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. Madrid: Tecnos, 1984.

_____. *Los derechos fundamentales*. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2007.

PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1989.

PICON, Paulo Dornelles; BELTRAME Alberto. *Protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas*. Disponível em: <http://www.opas.org.br/medicamentos/docs/pcdt/05_protocolos.pdf>. Acesso em: 20 out. 2011.

PIGNARRE, Philippe. *O que é o medicamento? Um objeto estranho entre ciência, mercado e sociedade*. Tradução Paulo Neves. Rio de Janeiro: Editora 34, 1999.

PINHEIRO, Roseni. As práticas do cotidiano na relação oferta e demanda dos serviços de saúde: um campo de estudo e construção da integralidade. In: PINHEIRO, R; MATTOS, R. A de (Org.). *Os sentidos da integralidade na atenção e no cuidado*. Rio de Janeiro: UERJ/IMS/ABRASCO, 2001. p. 65-112.

PINHEIRO, Roseni et al. Integrality in the population's health care programs. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, p. 343-349, mar./apr. 2007.

PIRES, Maria Raquel Gomes Maia e cols. Oferta e demanda por média complexidade/SUS: relação com atenção básica. *Ciência e Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 15 (Supl. 1), p. 109-119, 2010.

PINTO, Marcos Barbosa. *Jurisdição Constitucional e Democracia*. 2008. 260p. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

PORTO, S. SANTOS, I. S.; UGÁ, M. A. D. A utilização dos serviços de saúde por sistema de financiamento. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 11, n. 4, p. 895-910, 2006.

QUEIROZ, Cristina. Direitos fundamentais sociais: questões interpretativas e limites da justiciabilidade. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 165-216.

REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. *Pluralismo, liberdade*. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura, 1998.

REIS, Otávia Míriam Lima Santiago. *O ressarcimento ao SUS pelas operadoras de planos de saúde: uma abordagem acerca do fundamento jurídico da cobrança*. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/portal/upload/biblioteca/Mono_Ressarcimento%20otica%20juridica%20-%20Otavia_Reis.pdf>. Acesso em: 28 out. 2011.

RENOUX, Thierry. *Le conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire: l'elaboration d'un droit constitutionnel juridictionnel*. Paris: Economica, 1984.

RIGHI, Liane Beatriz. *A PNH, o trabalho em rede e os processos de regionalização da saúde*. Brasília: Ministério da Saúde, 2009.

RIGHETTI, Sabine. *Cidades saudáveis*. Notícias BR do Brasil. Disponível em: <cienciaecultura.bvs.br/pdf/cic/.../a04v56n2.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2011.

RODRIGUES, Paulo Henrique; SANTOS, Isabela Soares. *Saúde e cidadania: uma visão histórica e comparada do SUS*. São Paulo: Ateneu, 2008.

RODRIGUEZ, M.; STOYANOVA, A. The effect of private insurance access on the choice of GP/Specialist and public/private provider in Spain. *Health Economics*, v. 13, n. 7, p. 689-703, 2004.

RONCALLI, Ângelo Giuseppe; LIMA, Kenio Costa et al. Impacto do programa de saúde da família sobre indicadores de saúde da criança em municípios de grande porte da região Nordeste do Brasil. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 3, p. 713-724, jul./set. 2006.

ROSEN, George. *Uma história da saúde pública*. Tradução de Marcos Fernandes da Silva Moreira com a colaboração de José Ruben de Alcântara Bonfim. São Paulo: Editora HUCITEC, 2006.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *O contrato social*. Tradução Antônio de P. Machado. Rio de Janeiro: Editora Tecnoprint, [1987].

SABBAG, Cesar de Moraes. *Orçamento e desenvolvimento*. Campinas: Millennium, 2007.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia da justiça em Hegel*. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

SALTMAN, R. B. Social health insurance in perspective: the challenge of sustaining stability. In: *Social health insurance systems in western Europe*. Saltman, R. B.; Busse, R; Figueira, J. (Ed.). England Open University Press, 2004. Disponível em: <http://www.who.int/health_financing/documents/shi_w_europe.pdf>. Acesso em: 14 maio 2009.

SAMBIASE, Ana Gabriela Filippi. Aspectos legais da Emenda Constitucional n. 29/00. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 4, p. 63-74, mar. 2003.

SANTOS, I. S.; UGÁ, M. A. D.; PORTO, S. M. O mix público-privado no sistema de saúde brasileiro: financiamento, oferta e utilização de serviços de saúde. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 5, p. 1.431-1.440, 2008.

SANTOS, Isabela Soares. *O mix público-privado no sistema de saúde brasileiro: elementos para uma regulação da cobertura duplicada*. 2009. 186 f. Tese (Doutorado) – Escola de Saúde Pública Sergio Arouca, Rio de Janeiro.

SANTOS, Lenir. Direito à saúde e sistema único de saúde: conceito e atribuições. O que são ações e serviços de saúde. In: SANTOS, Lenir (Org.). *Direito da saúde no Brasil*. Campinas: Saberes Editora, 2010. p. 145-179.

SANTOS, Marília Lourido dos. Políticas públicas (econômicas) e controle. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 40, n. 158, p. 265-278, abr./jun. 2003.

SANTOS, Nelson Rodrigues. A reforma sanitária e o sistema único de saúde: tendências e desafios após 20 anos. *Saúde em Debate*, Rio de Janeiro, v. 33, n. 81, p. 13-26, jan./abr. 2009.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Sexta Câmara De Direito Público. *Apelação Cível com revisão n. 729.063-5/0-00*. Julgada em 2 de junho de 2008, relator Sidney Romano dos Reis.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Processo n.562.01.2010.002492-9 da 2ª Vara de Fazenda Pública de Santos.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo; TIMM, Luciano Benetti. (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 13-50.

SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1998.

SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

_____. *A ponderação na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000.

SCAFF, Fernando Campos. *Direito à saúde no âmbito privado: contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCAFF, Fernando Facury. Controle Público e Social da Atividade Econômica. In: ANAIS DA XVII CONFERÊNCIA NACIONAL DA OAB, v. I, 1999, p. 925-941.

_____. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 133-154.

SCHWABE, Jurgen (Org.). *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Tradução de Beatriz Hennig e Leonardo Martins. Montevideo: Fundação Konrad Adenauer, 2005.

SCLIAR, Moacyr. História do conceito de saúde. *Physis*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 1, p. 29-41, 2007.

SCOTTI, Ricardo F. *Informações sobre a NOB-96: um novo modelo de gestão do SUS*. Disponível em: <<http://datasus.gov.br/cns/temas/NOB96/nob-info.html>>. Acesso em: 17 mar. 2008.

SHAH, Chandrakant.P. *Public health and preventive medicine in Canada*. 5th ed. Toronto: Elsevier Saunders, 2003.

SIGERIST, Henry E. *A history of medicine: primitive and archaic medicine*. New York: Oxford University Press, 1987. v. 1.

SILVA, Guilherme Rodrigues da. Origens da medicina preventiva como disciplina de ensino médico. *Revista do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 28, n. 2, p. 31-35, 1973.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, abr. 2002.

SILVA, Silvio Fernandes da. Sistema único de saúde 20 anos: avanços e dilemas de um processo em construção. *Saúde em Debate*, Rio de Janeiro, v. 33, n. 81, p. 38-46, jan./abr. 2009.

SOUZA, Heloiza Machado de. Saúde da família: desafios e conquistas. In: NEGRI, Barjas; VIANA, Ana Luiza D`Ávila (Org.). *O sistema único de Saúde em dez anos de desafio*. São Paulo: Sobravime / Cealag, 2002. p. 221-240.

SOUZA, Renilson Rehem. O financiamento federal do SUS: mitos e verdades. In: NEGRI, Barjas; VIANA, Ana Luiza D'Ávila (Org.). *O Sistema Único de Saúde em dez anos de desafio*. São Paulo: Sobravime / Cealag, 2002. p. 411-432.

_____. O sistema público de saúde brasileiro. In: NEGRI, Barjas; VIANA, Ana Luiza D'Ávila (Org.). *O sistema único de Saúde em dez anos de desafio*. São Paulo: Sobravime / Cealag, 2002. p. 441-469.

SPERANDIO, Ana Maria Girotti. Caminho para a construção coletiva de ambientes saudáveis. São Paulo- Brasil. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 3, p. 643-654, 2004.

STONE, Geoffrey R. Individual rights and majoritarianism: the Supreme Court in transition. *Cato policy analysis*, n. 51, March 29, 1985. Disponível em: <<https://store.cato.org/pubs/pas/pa051.html>>. Acesso em: 28 out. 2011.

THE WORLD HEALTH ORGANIZATION QUALITY OF LIFE ASSESSMENT.(WHOQOL) Group 1995. Position paper from the World Health Organization. *Social Science and Medicine*, v. 41, n. 10, p. 1.403-1.409, 1995.

TEIXEIRA, Carmen Fontes. Formulação e implementação de políticas públicas saudáveis: desafios para o planejamento e gestão das ações de promoção da saúde nas cidades. *Saúde e Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 1, p. 37-46, jan./abr. 2004.

TEIXEIRA, Marcus Zulian. *A natureza imaterial do homem*. São Paulo: Editorial Petrus, 2000.

TEIXEIRA, Ricardo Rodrigues. *As redes de trabalho afetivo e a contribuição da saúde para a emergência de uma outra concepção de público*. Disponível em: <<http://www.corposem.org/rizoma/redeafetiva.htm>>. Acesso em: 09 set. 2009.

TEIXEIRA, S. As ciências sociais em saúde no Brasil. In: NUNES, E. D. (Org.). *As ciências sociais em saúde na América Latina: tendências e perspectivas*. Brasília: OPAS, 1985. p. 87-109.

TERRIS, Milton. *Conceptos de la promoción de la salud: dualidades de la teoría de salud pública*. In: OPAS. *Promoción de la salud: una antología*. Washington, DC: OPAS, 1996. p. 1-10.

TESTA, Mario. Atenção primária (ou primitiva) de Saúde. In: _____. *Pensar em saúde*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1992. p. 160-174.

TORCHIA, Luisa (Coord.). *Welfare e federalismo*. Bologna: Il Mulino, 2005.

TORQUATO, M. T. C. G et al. Prevalence of diabetes mellitus and impaired glucose tolerance in the urban population aged 30-69 years: Ribeirão Preto (São Paulo) Brazil. *São Paulo Medical Journal*, v. 121, n. 6, p. 224-30, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios da natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 63-78.

TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 243-342.

_____. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 177, p. 29-49, jul./set. 1989.

_____. *O orçamento na constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

_____. *Tratado de direito constitucional e financeiro*. Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 3.

_____. A jusfundamentalidade dos direitos sociais. In: BINENBOJM, Gustavo (Coord.). *Direitos fundamentais*. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 12, p. 349-374, 2003.

TORRES, Silvia Faber. Direitos prestacionais, reserva do possível e ponderação: breves considerações e críticas. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. (Org.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 769-792.

TRETTEL, Daniela Batalha. *Planos de saúde na visão do STJ e STF*. São Paulo: Editora Verbatim, 2010.

UGÁ, M. A. D.; SANTOS, I. S. An analysis of equity in Brazilian health system financing. *Health Affairs*, v. 26, n. 4, p. 1.017-1.028, 2007.

UGÁ, Maria Alicia D; MARQUES, Rosa Maria. O financiamento do SUS: trajetória, contexto e constrangimentos. In: LIMA, Nisia Trindade (Org.). *Saúde e democracia: história e perspectiva do SUS*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2005. p. 193-233.

UGÁ, M.A.D. et. al. Hospitais filantrópicos e a operação de planos de saúde próprios no Brasil. *Revista de Saúde Pública*, v.41, n.1, p.116-123. 2007.

UNITED NATIONS. (UNEP) UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME. *Perspectivas del medio ambiente mundial GEO4: medio ambiente para el desarrollo*. Nairobi, 2007. Disponível em: <<http://www.unep.org/geo/geo4.asp>>. Acesso em: 10 jul. 2010.

UNITED NATIONS. *Our common future*. Genebra: 1987. Report of the World Commission on Environment and Development. Disponível em: <<http://www.un-documents.net/wced-ocf.htm>>. Acesso em: 20 jul. 2011.

_____. *Rio declaration on environment and development*. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/conf151/aconf15126-1annex1.htm>>. Acesso em: 10 jul. 2011.

USA. *Social security medcare*. Disponível em: <<http://www.ssa.gov/multilanguage/Portuguese/10043-PE.pdf>>. Acesso em: 03 mar. 2011.

VAITSMAN, Jeni. Saúde, cultura e necessidades. In: FLEURY, S. (Org.). *Saúde: coletiva? Questionando a onipotência do social*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1992. p. 157-173.

VAN HOOFF, G. H. J. The legal nature of economic, social and cultural rights: a rebuttal of some traditional views. In: ALSTON, P.; TOMASEVSKI, K. (Ed.). *The right to food*. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1984. p. 97-110.

VERAS, Renata Meira; TRAVERSO-YÉPEZ, Martha. Social determinants of health and preterm birth trends in Brazil and Canada. In: FLEURY, S; BAHIA, L.; AMARANTE, P. (Org.). *Saúde em debate: fundamentos da reforma sanitária*. Rio de Janeiro: Cebes, 2008. p. 429-442.

VIANA, Ana Luiza d'Ávila. Descentralização no SUS: efeitos da NOB-SUS 01-96. In: NEGRI, Barjas; VIANA, Ana Luiza D'Ávila (Org.). *O sistema único de Saúde em dez anos de desafio*. São Paulo: Sobravime / Cealag, 2002. p. 471-488.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

VIEIRA, Fabíola Sulpino. Ações judiciais e direito à saúde: reflexão sobre a observância aos princípios do SUS. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 42, n. 2, p. 365-369, 2008.

_____. Gasto do Ministério da Saúde com medicamentos: tendência dos programas de 2002 a 2007. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 43, n. 4 p. 674-81, 2009.

VIEIRA, Fabíola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 41, n. 2, p. 214-222, 2007.

WANG, Daniel. *Poder judiciário e a participação democrática nas políticas de saúde*. 2009. 218 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

WEICHERT, Marlon Alberto. O direito à saúde e o princípio da integralidade. In: SANTOS, Lenir (Org.). *Direito da saúde no Brasil*. Campinas: Saberes Editora, 2010. p. 101-142.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). 1986, Ottawa Charter on Health Promotion (WHO 1st HP Conference). Disponível em: <<http://www.opas.org.br/promocao/uploadArq/Ottawa.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2011.

_____. *Preventing disease through healthy environments: towards an estimate of the environmental burden of disease*. Genebra, 2006. Disponível em: <http://www.who.int/quantifying_ehimpacts_publications/preventingdisease/en/index.html>. Acesso em: 10 jul. 2011.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). *Constitution of the world health organization*. Basic documents, forty-fifth edition, suplement, october 2006. Disponível em: <http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf>. Acesso em: 9 set. 2009.

WILLIAMS, Alan. QUALY and ethics: a health economist's perspective. *Social Science and Medicine*, Hesligton, v. 43, n. 3, p. 1795-1804, 1996.

_____. The importance of quality life in policy decision. In: WALKER, S; ROSSER, R. (Ed.). *Quality of life: assessment and application*. Dordrecht: MTP, 1993. p. 427-439.

_____. The nature, meaning and measurement of health and illness: an economic viewpoint. *Social Science and Medicine*, v. 20, p. 1.023-1.027, 1985.

ZAGREBELSKI, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Traducción de Marina Gascón. 8. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2008.

ZARIFIAN, Édouard. *Le prix du bien-être*. Paris: Odile Jacob, 1996.

ZARIFIAN, Édouard. De la clinique à la prescription. *Psychiatrie Française*, Paris, n. special, p.18-24, 1994.

LEGISLAÇÃO(Leis ,Portarias, Resoluções)

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (ANS). *Resolução Normativa 211 de 11 de janeiro de 2010*. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/texto_lei_pdf.php?id=1575>. Acesso em: 04 ago. 2011.

_____. *Resolução Normativa 253 de 05 de maio de 2011*. Disponível em: <http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/saudelegis/ans/2011/res0253_05_05_2011.html>. Acesso em: 07 ago. 2011.

_____. *Resolução Normativa 262 de 01 de agosto de 2011*. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/texto_lei.php?id=1786>. Acesso em: 06 ago. 2011.

BRASIL. *Decreto 1508 de 28 de junho de 2011*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/D7508.htm>. Acesso em: 12 jul. 2011.

_____. *Emenda Constitucional 29 de 13 de setembro de 2000*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc29.htm>. Acesso em: 12 jul. 2011.

_____. *Lei 6360 de 23 de setembro de 1976*. Disponível em: <http://anvisa.gov.br/legis/consolidada/lei_6360_76.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2010.

_____. *Lei 8080 de 19 de setembro de 1990. Lei Orgânica da Saúde. 1990*. Disponível em: <<http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/lei8080.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2010.

_____. *Lei 8142 de 28 de dezembro de 1990*. Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1990/8142.htm>>. Acesso em: 01 mar. 2011.

_____. *Lei 9313 de 13 de novembro de 1996*. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/index.jsp?action=LegislacaoTextual>>. Acesso em: 12 jul. 2011.

_____. *Lei 9961 de 28 de janeiro de 2000*. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/52770506/Lei-9961-2000>>. Acesso em 20 nov. 2011.

_____. *Lei Complementar 101 de 4 de maio de 2000*. Disponível em : <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em: 20 jul. 2011.

_____. *Lei 12401 de 28 de abril de 2011*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12401.htm>. Acesso em: 06 set. 2011.

_____. Ministério da Saúde. Média Complexidade. Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2005/GM/GM-486.htm>> Acesso em: 25 set. 2009.

_____. Ministério da Saúde. *Norma Operacional da Assistência à Saúde. NOAS-SUS01/2001*. Disponível em: <http://www.ucg.br/ucg/institutos/nepss/arq_doc/noas_sus2001.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2008.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria 3.535/GM de 2 de setembro de 1998*. Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/sas/portarias/port98/GM/GM-3535.html>>. Acesso em: 20 set. 2011.

_____. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. *Portaria 627/GM de 26 de abril de 2001*. Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2001/GM/GM-627.htm>>. Acesso em: 25 set. 2009.

_____. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. *Portaria 1101/GM de 12 de junho de 2002*. Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2002/Gm/GM-1101.htm>>. Acesso em: 20 out. 2010.

_____. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. *Portaria 968/MS/SAS de 11 de dezembro de 2002*. Disponível em: <http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/saudelegis/sas/2002/prt0968_11_12_2002.html>. Acesso em: 25 set. 2009.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria 2023/GM de 23 de setembro de 2004*. Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2004/GM/GM-2023.htm>>. Acesso em: 20 out. 2010.

_____. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. *Portaria 486/GM de 31 de março de 2005*. Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2005/GM/GM-486.htm>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

_____. Ministério da Saúde. *Portaria 399/GM de 22 de fevereiro de 2006*. Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2006/GM/GM-399.htm>>. Acesso em: 16 jul. 2011

_____. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. *Portaria n. 648/GM de 28 de março de 2006*. Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2006/GM/GM-648.htm>>. Acesso em: 20 mar 2007.

_____. Ministério da Saúde. *Portaria 204/GM de 29 de janeiro de 2007*. Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2007/GM/GM-204.htm>>. Acesso em: 12 maio 2011.

_____. Ministério da Saúde. *Portaria 2981/GM/MS de 26 de novembro de 2009*. Disponível em: <<http://www.saude.mt.gov.br/upload/legislacao/2981-%5B3050-120110-SES-MT%5D.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2011.

_____. Câmara Federal. *Projeto de Lei da Câmara 4178/2004*. Disponível em: <<http://www.escoladegoverno.org.br/artigos/65-povodemocraciainmaginacao>>. Acesso em: 23. jun. 2011.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei da Câmara 89/2007*. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=8340>. Acesso em: 23. jun. 2011.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado 121/2007*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=100929&tp=1>>. Acesso :em 10 jan. 2012.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado 156/2007*. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=80388>. Acesso :em 23 jun. 2011.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Recomendação n. 31 de 30 de março de 2010. Disponível em: <<http://www.rnpd.org.br/download/pdf/rec31.pdf>>. Acesso em: 12 maio 2011.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. *Resolução 33/1992*. Disponível em: <http://www.mp.ba.gov.br/atuacao/cidadania/gesau/legislacao/temas/controle/resolucao_CNS_333.pdf>. Acesso em: 10 out. 2010.

_____. *Resolução 322/2003*. Disponível em: <http://www.sgc.goias.gov.br/upload/links/arq_493_resolucao322.pdf>. Acesso em: 25 ago.2010.

_____. Resolução n. 333/2003. Conselho Nacional de Saúde. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/14cns/docs/resolucao_333.pdf>. Acesso em : 15 set.2011.

SÃO PAULO (Estado). *Lei 864 de 4 de junho de 1998*. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei%20complementar/1998/lei%20complementar%20n.846,%20de%2004.06.1998.htm>> Acesso em: 30 set. 2009.

_____. *Lei 1095 de 18 de setembro de 2009*. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei%20complementar/2009/lei%20complementar%20n.1.095,%20de%2018.09.2009.htm>> Acesso em: 30 set. 2009.

_____. *Lei 1130 de 27 de dezembro de 2010*. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei%20complementar/2010/lei%20complementar%20n.1.130,%20de%2027.12.2010.htm>> Acesso em: 30 set. 2009.

DOCUMENTOS OFICIAIS

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (ANS). *Cobrança da ANS - Informações da ANS*. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/index.php/a-ans/sala-de-noticias-ans/integracao-com-o-sus/317-ressarcimento-ao-sus>>. Acesso em: 06 ago 2011.

_____. *Informações de Saúde Suplementar*. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Perfil_setor/Caderno_informacao_saude_suplementar/2011_mes06_caderno_informacao.pdf>. Acesso em: 06 ago. 2011.

_____. *Informações da Saúde Suplementar*. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/index.php/a-ans/sala-de-noticias-ans/numeros-do-setor/533-dados-do-setor-atualizados>>. Acesso em: 06 ago. 2011.

_____. *Manual eletrônico de Ressarcimento*. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/portal/site/perfil_operadoras/ressarcimento/pdf/manual.pdf>. Acesso em: 7 ago. 2011.

_____. *Prazo para ressarcimento ao SUS - Informações da ANS*. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/index.php/a-ans/sala-de-noticias-ans/integracao-com-o-sus/317-ressarcimento-ao-sus>>. Acesso em: 06 ago. 2011.

_____. *Ressarcimento ao SUS - Informações da ANS*. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/index.php/a-ans/sala-de-noticias-ans/integracao-com-o-sus/317-ressarcimento-ao-sus>>. Acesso em: 06 ago. 2011.

BRASIL. *Ministério da saúde*. Secretaria de Atenção à Saúde. Núcleo Técnico da Política Nacional de Humanização. *Clínica ampliada, equipe de referência e projeto terapêutico singular* / Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Núcleo Técnico da Política Nacional de Humanização. 2. ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2007.

_____. Ministério da Saúde. *CNES*. Disponível em: <http://cnes.datasus.gov.br/Index.asp?home=1> Acesso em :10 jan.2010.

_____. Sala de Situação em Saúde. *CNES/DATASUS/MS*. Competência: março de 2011. Disponível em: <http://189.28.128.178/sage/>. Acesso em: 18 jul. 2011.

_____. Ministério da Saúde. *Dados Municipais. SIOPS*. Disponível em: <http://www2.datasus.gov.br/.DATASUS/index.php?area=0301&VObj=http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/deftohtm.exe?recsus/cnv/rs>. Acesso em: 16 jul. 2011.

_____. Ministério da Saúde. *Datasus: informações financeiras*. Disponível em: <http://www2.datasus.gov.br/DATASUS/index.php?area=3>. Acesso em: 16 jul. 2011.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Regulação, Avaliação e Controle de Sistemas. *Diretrizes para a programação pactuada e integrada da assistência à saúde*. Brasília: Ministério da Saúde, 2006.

_____. Sala de Situação em Saúde- *Gestão. Transferência fundo a fundo*. Disponível em: <http://189.28.128.178/sage/>. Acesso em: 18 jul. 2011.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria Executiva. *Nota técnica XX/2010*. Disponível em: <http://siops.datasus.gov.br/Documentacao/NT19-2010/NT%2019%20-%20Análise%20dos%20BGE%202008%20doc%20001.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2011

_____. Ministério da Saúde. *O programa de medicamentos excepcionais*. Disponível em: http://dtr2001.saude.gov.br/sas/dsra/protocolos/04_programa.pdf. Acesso em: 08 jun. 2011.

_____. Ministério da Saúde. *O SUS de A a Z: garantindo saúde nos municípios*. 3. ed. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2009.

_____. Ministério da saúde. *O SUS de A a Z: Conferência Municipal de Saúde*. Disponível em: http://dtr2004.saude.gov.br/susdeaz/tópicos/topico_det.php?co_topico=323&letra=C. Acesso em: 01 mar. 2011.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Básica. *Política Nacional de Atenção Básica*. Brasília: Ministério da Saúde, 2006.

_____. Ministério da Saúde. *Política de Atenção Básica*. Disponível em: http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_nacional_atencao_basica_2006. Acesso em: 25 set. 2009.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Básica. *Política nacional de atenção básica*. Brasília: Ministério da Saúde, 2006.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. Política Nacional de Medicamentos. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 34, n. 2, p. 206-209, abr. 2000.

_____. Ministério da Saúde. *Política Nacional ao Portador de Doença Renal*. Disponível em: <http://www.nefrologiaonline.com.br/noticias/PoliticaNacional.doc>. Acesso em: 06 set. 2011.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. *Política Nacional de Humanização da Atenção e Gestão do SUS*. Acolhimento de Classificação de Risco nos Serviços de Urgência / Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Política Nacional de Humanização da Atenção e Gestão do SUS. Brasília: Ministério da Saúde, 2009.

_____. *Portal Saúde* - MS/SIOPS/SPO/SE/FNS/IBGE. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/PORTAL/SAUDE/PROFISSIONAL/AREA.CFM?ID_AREA=1671>. Acesso em : 18 jul. 2011.

_____. Ministério da Saúde. *Programa de Medicamentos Excepcionais*. Disponível em: <http://www.opas.org.br/medicamentos/docs/pcdt/04_programa.pdf>. Acesso em: 20 out. 2011.

_____. Ministério da Saúde. Projeto Promoção da Saúde. *Promoção da saúde*: Carta de Ottawa, Declaração de Adelaide, Declaração de Jacarta, Declaração de Santa Fé de Bogotá, Declaração de Sundsvall. Brasília: Ministério da Saúde, 2001. p. 19-48.

_____. Ministério da Saúde. *Protocolos Clínicos e diretrizes terapêuticas*. v.2. Brasília: Ministério da Saúde, 2010. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicações/protocolos_clinicos_diretrizes_terapeuticas_v2.pdf>. Acesso em: 20 out. 2011.

_____. Ministério da Saúde. *Protocolos clínicos -Portarias publicadas*. Disponível em: <<http://www.saude.ms.gov.br/control/ShowFile.php?id=57299>>. Acesso em: 28 out. 2011.

_____. Ministério da Saúde. Gerência de Assistência Farmacêutica. *Relação Nacional de Medicamentos Essenciais: RENAME-2000*. Brasília: Ministério da Saúde, Secretaria de Políticas Públicas, 2000. Disponível em: <<http://www.fef.br/biblioteca/arquivos/data/rename1.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2011.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. Departamento de Atenção Básica. Gerência Técnica de Assistência Farmacêutica. *Relação Nacional de Medicamentos Essenciais RENAME/Secretaria de Políticas de Saúde, Departamento de Atenção Básica, Gerência Técnica de Assistência Farmacêutica*. 3. ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2002. Disponível em: <<http://dc398.4shared.com/doc/G-twMIaP/preview.html>>. Acesso em: 10 jul. 2011.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. *Relação nacional de medicamentos essenciais: RENAME/Ministério da Saúde, Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos, Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos*. 5. ed. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2007. p. 15. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicações/07_0516_M.pdf> Acesso em: 10 jul. 2011.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. *Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME/Ministério da Saúde, Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos – Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2008. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/rename_2008.pdf>. Acesso em: 11 set. 2011.*

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. *Relação nacional de medicamentos essenciais: RENAME/Ministério da Saúde, Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos, Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos*. 7. ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2010. Disponível em: <<http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/rename2010final.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2011.

BRASIL.Ministério da Saúde. Sala de Situação. *Regionalização. Adesão ao Pacto*. Disponível em: <<http://189.28.128.178/sage/>>. Acesso em: 22 jul. 2011.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Assistência à Saúde. Departamento de Descentralização da gestão da Assistência. *Regionalização da Assistência à Saúde: aprofundando a descentralização com equidade no acesso*. Norma Operacional da Assistência à Saúde: NOAS-SUS 01-02. Brasília: Ministério da Saúde, 2002.

_____.Ministério da Saúde. *Sala de Situação em Saúde*. Disponível em: <<http://189.28.128.178/sage/>>.Acesso em: 18 jul. 2011.

_____. Ministério da Saúde.*SIOPS/DATASUS*. Disponível em: <http://siops.datasus.gov.br/Documentacao/Dados_RIPSA-2008.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2011.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria da Economia da Saúde e Desenvolvimento. *SIOPS*. Disponível em: <<http://siops.datasus.gov.br/Documentacao/SIOPS%20geral.pdf>>. Acesso em: 17 jul. 2011.

_____. Ministério da Saúde.*SIOPS*. Disponível em: <<http://siops.datasus.gov.br/evolpercEC29.php>>. Acesso em: 17 jul. 2011.

_____. Ministério da Saúde. *Sistema de Informações sobre orçamentos públicos em saúde (SIOPS)*. Disponível em: <<http://siops.datasus.gov.br/siops.php>>. Acesso em: 16 jul. 2011.

SÃO PAULO (Estado). *AME*.Disponível em: <<http://www.saopaulo.sp.gov.br/spnoticias/lenoticia.php?id=85269>>. Acesso em: 16 jul. 2011.

_____. *Plano diretor de regionalização*. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/pdr_sp.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2011.

_____. *Programação Pactuada Integrada/PPI no Estado de São Paulo-2007-2008*. Disponível em: <http://www.saude.sp.gov.br/content/gestor_projetos_plano_estadual.mmp>. Acesso em: 09 maio 2011.