



Credenciamento: Portaria Nº 597/2017 de 5/5/2017, D.O.U de 8/5/2017

SIMONE STEFANI SIGNORI

**O CONTROLE EXERCIDO PELO PODER JUDICIÁRIO PARA EVITAR FRAUDES:
DECISÕES NAS AÇÕES AJUIZADAS COM PEDIDO DE TUTELA DO DIREITO
SOCIAL À SAÚDE**

CANOAS, 2017

SIMONE STEFANI SIGNORI

**O CONTROLE EXERCIDO PELO PODER JUDICIÁRIO PARA EVITAR FRAUDES:
DECISÕES NAS AÇÕES AJUIZADAS COM PEDIDO DE TUTELA DO DIREITO
SOCIAL À SAÚDE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito e Sociedade da Universidade LaSalle, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Diógenes Vicente Hassan Ribeiro

Co-orientadora: Prof. Dra. Selma Rodrigues Petterle

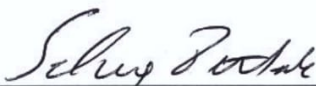
CANOAS, 2017

Programa de Pós-Graduação em Direito

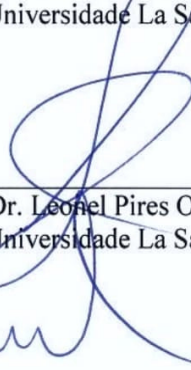
BANCA EXAMINADORA



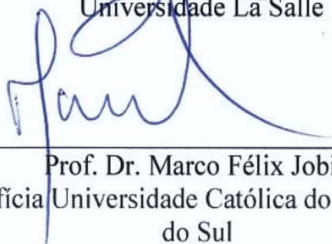
Prof. Dr. Diógenes Vicente Hassan Ribeiro
Universidade La Salle, Orientador e Presidente
da Banca



Prof.ª Dr.ª Selma Rodrigues Petterle
Universidade La Salle



Prof. Dr. Leonel Pires Olhweiler
Universidade La Salle



Prof. Dr. Marco Félix Jobim
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande
do Sul

Área de Concentração: Direito e Sociedade

Curso: Mestrado Acadêmico em Direito

Canoas, 30 de junho de 2017.

Dedico este trabalho ao meu esposo, João Alécio Poletto, pelo apoio e compreensão, à minha filha, Maria Eduarda; assim como, à minha mãe, Solange Stefani, que é a maior incentivadora do meu estudo, e a que sempre apoiou a minha escolha pelo mestrado.

AGRADECIMENTOS

A Deus, que todos os dias me deu forças para nunca desistir.

Agradeço ao meu orientador, Prof. Dr. Diógenes Vicente Hassan Ribeiro, por seu apoio e amizade, além de sua dedicação, competência e especial atenção nas revisões e sugestões, fatores fundamentais para a conclusão desse trabalho.

Agradeço a minha coorientadora, Prof. Dra. Selma Rodrigues Petterle, pelas brilhantes sugestões para a minha pesquisa, com indicação de livros e auxílio na determinação da metodologia da pesquisa jurídica.

Agradeço ao Prof. Dr. Leonel Pires Ohlweiler, pelos sábios comentários realizados na minha banca de qualificação e pelas sugestões pertinentes, que ajudaram na finalização do trabalho.

Agradeço ao Prof. Dr. Marco Félix Jobim, pela disponibilidade em compor a banca avaliadora deste trabalho, com sugestões sempre pertinentes e críticas construtivas.

Agradeço, também, à Universidade Lasalle e ao Programa de Mestrado em Direito e Sociedade, pela apresentação de um projeto de pesquisa diferenciado, com a proposta de realizar pesquisa empírica, tornando-o um programa inovador e desafiador para os pesquisadores.

Agradeço a todos os Professores do corpo docente do Mestrado em Direito e Sociedade da Universidade Lasalle, por terem contribuído para a minha formação.

Agradeço aos meus colegas de Mestrado, pelo companheirismo que tiveram em nossa turma desde o início dessa jornada.

Agradeço aos meus pais, Solange e Adilar, pelo constante apoio e incentivo na carreira acadêmica.

Agradeço ao meu esposo, João Alécio Poletto, e minha filha Maria Eduarda, pela força ao longo da realização deste trabalho. Assim como, pela compreensão nos momentos de ausência, para que este trabalho pudesse ser realizado.

Agradeço à minha irmã Luciana e à minha madrinha Celina, pela constante motivação e apoio nessa jornada.

Agradeço à minha família e meus amigos, pelo apoio que me demonstraram.

*“Necessitamos sempre de ambicionar alguma coisa que,
alcançada, não nos torna sem ambição.”*

(Carlos Drummond de Andrade)

RESUMO

O presente trabalho aborda o direito fundamental à saúde, como um direito social e fundamental da pessoa humana. Entretanto, esse direito encontra dificuldades para sua efetivação, seja pela falta de orçamento, seja pela ausência de políticas públicas efetivas para assegurar tal direito, com evidentes repercussões jurídicas. A judicialização é preocupante, assim como a necessidade de racionalizar o problema. Paralelamente a isso, são deflagradas fraudes relacionadas às próteses e órteses médicas no Estado do Rio Grande do Sul, ocorridas na busca judicial desse direito fundamental. Diante dessa realidade, pesquisou-se sobre o controle a ser realizado pelo Poder Judiciário para evitar a ocorrência de fraudes, nas demandas de acesso à saúde. Nesse sentido, realizou-se uma pesquisa empírica, analisando 70 (setenta) processos, partindo da data em que foram deflagradas as fraudes (15/01/2015), coletando dados de 37 (trinta e sete) processos antes do marco temporal e 33 (trinta e três) processos após o marco temporal, a fim de verificar mudanças no entendimento dos magistrados. A pesquisa empírica escolheu uma vara com competência específica para demandas do direito à saúde, a fim de apurar em que medida o advento das fraudes das próteses e órteses médicas pode ter contribuído para um maior controle de fraudes, por parte do Judiciário. Não obstante, para que o juízo da 10ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Porto Alegre aplicasse critérios mais rigorosos, ou não, para a concessão da tutela de urgência, e como essa questão se desdobrou nos recursos apreciados no TJRS. A metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica e a pesquisa empírica, utilizando a análise de conteúdo com técnica de pesquisa. O estudo não elegeu um referencial teórico específico, realizando pesquisa bibliográfica abrangente, com base no problema do acesso à justiça. Com o fim da pesquisa, observou-se que a rigidez, na análise dos requisitos de uma tutela de urgência, já estava presente anteriormente ao marco temporal, demonstrando que o Poder Judiciário já vinha utilizando uma das formas de controle. Outras observações específicas foram feitas, porém sem quantificar quantos processos tiveram aumento de rigidez ou não, devido à análise de conteúdo, que coletou informações específicas de cada processo, evidenciando pontos que se repetem nos feitos.

Palavras-chave: Direito à saúde. Efetividade. Judicialização. Controle de fraudes.

ABSTRACT

The present work deals with the fundamental right to health, as a social and fundamental right of the human person, on the basis of the State and guaranteed by the Federal Constitution. However, the constitutional guarantee encounters difficulties for its effectiveness, either due to lack of budget, or lack of effective public policies to ensure such right, bringing legal repercussions. The judicialization is worrying, as is the need to rationalize the problem. Parallel to this, frauds related to prostheses and medical orthoses in the State of Rio Grande do Sul, occurred in the judicial search for this human right. Faced with this reality, we investigated the control to be carried out by the Judiciary to avoid the occurrence of fraud, in the demands of access to health. In this sense, an empirical investigation of 70 (seventy) cases was carried out, starting from the date on which the frauds were initiated (15/01/2015), collecting data from 37 (thirty seven) processes before the time frame and 33 (Thirty-three) cases after the time frame, in order to verify changes in the magistrates' understanding. A rod with specific competence for demands of the right to health was chosen in order to ascertain to what extent the advent of the frauds of the prostheses and medical orthoses could have contributed. However, in order for the judgment of the 10th District Court of the District of Porto Alegre to apply more rigorous criteria, or not, for the granting of urgency, and how this issue was deployed in the resources assessed in the TJRS. The methodology used was the literature review and the empirical research, using content analysis with research technique. The study did not choose a specific theoretical framework, carrying out comprehensive bibliographic research, based on the problem of access to justice. With the end of the research, it was observed that the rigidity, in the analysis of the requirements of a guardianship of urgency, was already present before the time frame, demonstrating that the Judiciary had already been using one of the forms of control. Other specific observations were made, but without quantifying how many processes had increased rigidity or not, due to content analysis, which collected information specific to each process, showing points that are repeated in the made.

Keywords: Right to health. Effectiveness. Judiciary. Fraud control.

LISTA DE SIGLAS

AC	Apelação Cível
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AgRg	Agravo Regimental
AI	Agravo de Instrumento
AME	Administração de Medicamentos do Estado
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Novo Código de Processo Civil de 2015
CPC/1973	Código de Processo Civil de 1973
CT	Câmara Técnica
DGITS	Departamento de Gestão e Incorporação de Tecnologias em Saúde
DMJ	Departamento Médico Judiciário
INAMPS	Antigo Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social
MBE	Medicina Baseada em Evidências
NAT's	Núcleos de Apoio Técnico do Poder Judiciário
NOAS	Norma Operacional de Assistência
OMS	Organização Mundial de Saúde
PCDT	Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas
PGE	Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul
REsp.	Recurso Especial
STA	Suspensão de Tutela Antecipada
SUS	Sistema Único de Saúde
TJRS	Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	DA PESQUISA EMPÍRICA REALIZADA.....	21
2.1	Da análise de conteúdo	33
2.2	Do confronto entre o Direito fundamental à saúde em relação às prerrogativas da Fazenda Pública	38
2.3	Da problemática da reversibilidade do provimento antecipatório, em face da Fazenda Pública.....	41
2.4	O Positivismo jurídico e a valorização da hermenêutica jurídica no Direito brasileiro concernente às demandas de acesso à saúde	44
2.5	A importância do intérprete, segundo Zygmunt Bauman	52
3	BREVE PERSPECTIVA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE NO DIREITO BRASILEIRO.....	55
3.1	Do Direito fundamental à saúde na Constituição Federal de 1988.....	55
3.2	O problema da efetivação do Direito à saúde no Brasil e a consequente judicialização	64
3.3	Do Sistema Único de Saúde (SUS) e a Legislação Infraconstitucional.....	80
3.4	Da aplicabilidade do direito fundamental à saúde	88
4	CONTROLE PROCESSUAL E ADMINISTRATIVO NAS DEMANDAS DE ACESSO À SAÚDE	95
4.1	Do controle exercido pelo Poder Judiciário	95
4.1.1	Da orientação do Conselho Nacional de Justiça: emissão de pareceres técnicos com base na saúde baseada em evidências	102
4.2	Das fraudes na aquisição das próteses, apuradas no estado do Rio Grande do Sul	118
4.3	Do Controle Exercido pela Secretaria Estadual da Saúde do Estado do Rio Grande do Sul.....	126
4.4	Do princípio da moralidade pública, como orientador dos poderes públicos.....	129
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	137
	REFERÊNCIAS	143
	APÊNDICE A – Quadro com o resultado da pesquisa empírica de processos.....	152

1 INTRODUÇÃO

O direito à saúde é um direito fundamental da pessoa humana consagrado na Constituição Federal de 1988 (artigos 6, 196 e seguintes). É corrente o papel do Estado na efetivação deste direito, em virtude da previsão de “dever” estabelecido no texto constitucional. Porém, muitas críticas são feitas sobre o desempenho desse dever, como as ponderações ao Sistema Único de Saúde, seja pelas escolhas de políticas públicas por parte do Poder Público, seja pelo debate sobre as ações judiciais pleiteando o fornecimento de remédios e a prestação de tratamento pelo Poder Público.

Após serem deflagradas as fraudes relacionadas às próteses e órteses no Estado do Rio Grande do Sul, paralelo ao crescente aumento da judicialização da saúde no TJRS, pretendeu-se pesquisar acerca das formas de controle, a serem realizadas por pelo Poder Judiciário, objetivando evitar a ocorrência de mais fraudes na seara da saúde.

O problema central a ser respondido foi compreender em que medida o escândalo das próteses pode ter contribuído, ou não, para que o juízo da 10ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Porto Alegre aplicasse critérios mais rigorosos; ou não, para a concessão da tutela de urgência, e como essa questão se desdobrou nos recursos apreciados no TJRS.

Como problemas específicos, a pesquisa empírica procurou dar respostas às seguintes indagações: 1) Como o juízo da 10ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Porto Alegre do TJRS, apreciou os pedidos de tutela de urgência após o marco temporal definido; trazendo como objetivo específico, a verificação se houve aumento de rigidez na apreciação dos pedidos; 2) Como o TJRS apreciou os recursos contra o deferimento e indeferimento do pedido de tutela de urgência, trazendo como objetivo específico analisar as decisões do TJRS nessa seara; 3) Saber o resultado da CPI da Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, a respeito das fraudes envolvendo as próteses e órteses médicas.

O objetivo geral do trabalho é analisar como ocorre o controle pelo Judiciário, mais especificadamente, na 10ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Porto Alegre do TJRS, a fim de evitar fraudes, nas demandas de acesso à saúde.

O primeiro capítulo procura demonstrar as reflexões da pesquisa empírica realizada, para revelar como esse juízo analisou os pedidos de tutela de urgência após o escândalo envolvendo próteses e órteses. A pesquisa empírica partiu do marco temporal, datado de 15/01/2015, época em que foram deflagradas as fraudes relacionadas às próteses e órteses médicas, no Estado do Rio Grande do Sul.

A metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica e a pesquisa empírica, com método hipotético-dedutivo quanto ao método de abordagem, histórico e comparativo quanto ao método de procedimento. No tocante ao método de interpretação jurídica, optou-se pelo método sistêmico e a técnica de pesquisa utilizada foi a análise de conteúdo.

A coleta de dados foi realizada pessoalmente, após pesquisa no sistema de busca do *site* do TJRS, utilizando determinados critérios de busca, bem como se reproduziu a cópia integral dos processos, a fim de catalogar os processos pesquisados.

A pesquisa empírica, em questão, faz a análise documental dos processos, trabalhando com a jurisprudência de forma a analisar se corrobora a hipótese defendida. Assim, a proposta da análise de conteúdo jurisprudencial visa trabalhar com a mensagem expressa na decisão em grau de recurso, como também da própria apreciação da tutela de urgência em 1º Grau, para evidenciar os indicadores que permitam inferir sobre outra realidade que não da mensagem literal, podendo responder a perguntas como:

- a) se a decisão que apreciou um pedido de tutela de urgência, para concessão de fornecimento de um medicamento/ tratamento foi mais cautelosa e exigente?
- b) em caso de evidências de aumento da rigidez, quais tipos de processos observou-se maior rigidez na concessão de uma tutela de urgência?
- c) que considerações podem ser feitas em cada caso?

Portanto, o estudo dos processos não se resume à descrição, mas a um procedimento intermediário que permite a passagem, explícita e controlada em referenciais teóricos, indo da descrição à interpretação. Os elementos da técnica permitem uma ponte entre a descrição pura, com o levantamento de dados

propriamente dito e as diferentes interpretações possíveis, conforme o marco teórico previamente definido.

Inicialmente, a pesquisa empírica coletou dados de 31 (trinta e um) processos que buscavam o fornecimento de medicamentos pelos entes públicos no TJRS, porém, posteriormente; surgiu a necessidade de ampliar o número de processos pesquisados, a fim de diminuir a disparidade de processos em cada fase, com a ampliação do marco temporal. Assim, estendeu-se a coleta de dados para 70 (setenta) processos, sendo 37 (trinta e sete) antes do marco temporal (15/01/2015) e 33 (trinta e três) processos após o marco temporal.

A ampliação deveu-se ao fato da limitação de processos ativos dentro dos parâmetros pesquisados no período. Logo, os processos catalogados antes do marco temporal abrangeram os processos que foram distribuídos nos meses de julho a dezembro de 2014, assim como os processos distribuídos nos meses de julho a setembro de 2015, após o marco temporal, com duas exceções. Oportunamente, percebeu-se a necessidade de aumentar ainda mais o período de pesquisa, antes e após o marco temporal, para que fossem contemplados alguns casos específicos de pedidos de fornecimento de próteses, finalizando assim a pesquisa empírica pretendida.

Por conseguinte, com base nos processos analisados na pesquisa, elaborou-se um quadro com as informações pertinentes dos 70 (setenta) processos estudados, catalogando os dados do processo, o nome das partes, do juiz e a qual juizado ele pertence, detalhes sobre a decisão interlocutória proferida; e, se houve interposição de recurso de Agravo de Instrumento ao 2º grau, bem como outras informações relevantes acerca dos processos.

A pesquisa empírica escolheu investigar apenas demandas distribuídas para a 10ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Porto Alegre, incluindo num segundo momento, o Juizado Especial da Fazenda Pública que pertence a essa vara. A razão da escolha deve-se ao fato dessa vara ter a competência absoluta para análise das demandas de saúde e meio ambiente. Em segundo lugar, a pesquisa teve o objetivo de restringir a análise do controle exercido pelo Poder Judiciário, a fim de evitar ocorrências de fraudes, delimitando assim, as consequências apenas num lugar específico.

Foram pesquisadas as palavras-chave “medicamentos (ou remédios)”, “antecipação de tutela” na ferramenta de pesquisa jurisprudencial disponível no

site do TJRS (<http://www.tjrs.jus.br/site/>). Nas opções de filtros disponíveis no sistema de busca, optou-se em escolher o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no campo Tribunal; e Agravo de Instrumento, no campo tipo de processo. Com o resultado da busca, restringiu-se ainda mais os recursos, escolhendo aqueles ajuizados em face do Poder Público (União Federal, Estados e Municípios), excluindo da pesquisa empírica, aquelas demandas propostas em face de planos de saúde, associações, ou contra seguros.

Após a qualificação do projeto desta dissertação de mestrado, devido às contribuições pertinentes por parte dos componentes da banca, elaborou-se uma nova tabulação da pesquisa empírica de julgados. Nessa senda, optou-se pela análise de conteúdo dos julgados, respondendo as seguintes perguntas, em cada demanda: 1) os dados do processo e a data da distribuição do feito; 2) o nome do julgador de 1º Grau e o juizado a qual pertence; 3) análise se a decisão que apreciou um pedido de tutela de urgência foi mais cautelosa e exigente, ou não; 4) em caso de aumento da rigidez na análise da tutela de urgência, descrição do tipo de demanda.

Dessa forma, o método aplicado consiste na análise de conteúdo dos processos juntamente com a pesquisa bibliográfica, com demonstração dos dados coletados e observações num quadro detalhado que está no apêndice. Assim, a análise de conteúdo foi feita através do método de análise por categorias temáticas.

A utilidade da pesquisa é mostrar se o julgador de 1º Grau mudou seus critérios, na análise dos requisitos da tutela de urgência numa demanda de acesso à saúde. Enfim, analisar se o magistrado ficou mais rígido e cauteloso, após o advento das fraudes relacionadas às próteses e às órteses, ou não, se manteve seus posicionamentos a respeito das necessárias exigências para a concessão do provimento antecipatório, em demandas similares.

No levantamento de dados dos 70 (setenta) processos judiciais, analisaram-se todas as movimentações processuais, desde a propositura da demanda até a última movimentação processual, com ênfase na análise do pedido de tutela de urgência e apreciação do recurso do agravo de instrumento.

No primeiro capítulo foram analisadas a problemática da reversibilidade do provimento antecipatório, o positivismo jurídico e a valorização da hermenêutica jurídica no direito brasileiro. Foi feito também um estudo da obra

de Bauman, “Legisladores e Intérpretes”, que evidencia a ascensão do intérprete na pós-modernidade, a qual se relaciona com o momento jurídico atual; inclusive nas demandas de acesso à saúde, em que a análise do julgador deve envolver não somente a literalidade da lei, mas também todos os outros aspectos sociais que permeiam a questão.

No segundo capítulo, aborda-se o direito fundamental à saúde na Constituição Federal de 1988, assim como o mínimo existencial, a teoria da reserva do possível e o princípio da separação dos poderes são brevemente analisados.

O direito à saúde integra o conceito de qualidade de vida, e, segundo Schwartz, a qualidade de vida faz parte da saúde, que, por sua vez, é um processo sistêmico. O direito está diretamente ligado à ideia de saúde, porque examina as normas que devem garantir ao cidadão o direito de levar uma vida saudável, que possa ter os benefícios que lhes são garantidos constitucionalmente, para conduzi-lo a uma qualidade de vida.¹

O conceito de saúde adotado nos documentos internacionais é bem amplo, alcançando desde a assistência médica até a constatação da necessidade do direito do Estado ao desenvolvimento.²

No âmbito nacional, o direito à saúde é resultado da constitucionalização, sendo um direito compreendido sob a ótica de um conjunto de prestações do Estado para com o cidadão, dentre outras acepções.³ Ocorre que, a redemocratização intensificou o debate no Brasil, mas o momento culminante do “movimento sanitarista” foi a Assembleia Constituinte, em que ocorreu a criação do Sistema Único de Saúde.

O artigo 196 da Constituição estabeleceu que a saúde é um direito de todos e determina que é um dever de Estado. Esse dispositivo também instituiu o acesso universal e igualitário a esse direito. Prevendo eventual omissão por parte do Poder Público na efetivação das normas constitucionais, a Constituição Federal estabeleceu institutos visando combater a inércia estatal, como a

¹ SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

² DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito sanitário**. São Paulo: Verbatim, 2010.

³ MARTINI, Sandra Regina. Saúde, direito e transformação social: um estudo sobre o direito à saúde no Rio Grande do Sul. In: MARTINI, Sandra Regina. Sistema da saúde e transformação social. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 49-66. p. 60.

aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.⁴

Cabe salientar que, o direito à saúde é um direito de segunda geração ou segunda dimensão, segundo Sarlet, e só foi consagrado nos textos constitucionais após a 2ª Guerra Mundial, como resposta às reivindicações das classes menos favorecidas. Além do mais, o direito à saúde é de suma importância, pois saúde está intrinsecamente relacionado com o direito à vida, enfim, está relacionado ao ser humano e aos direitos sociais. Por isso, a saúde deve ser prestada por políticas públicas adequadas do Estado.⁵

Por derradeiro, a grande quantidade de demandas judiciais no âmbito da saúde reflete a busca pela efetividade de um aspecto desse direito, ou seja, a busca dos meios materiais para seu alcance. Há deficiências e insuficiências do sistema de saúde, assim como o acesso a esse direito, através da via judicial.

Referente às demandas judiciais, na área da saúde, é necessário evidenciar o caso da Suspensão de Tutela Antecipada 91 do STF, que envolvia o fornecimento de medicamentos por parte do Estado de Alagoas. A partir desse julgamento, o Supremo Tribunal Federal reviu seu posicionamento, no que diz respeito à concessão de uma tutela de urgência do direito à saúde; passando a tratar sobre a limitação de recursos por parte do Estado e a necessidade de racionalização de gastos para o atendimento de um maior número de pessoas.

O Poder Judiciário detém uma grande responsabilidade para sanar as necessidades da população, possuindo alguns instrumentos na Constituição para tentar igualar o acesso à saúde, como o mandado de segurança, o mandado de injunção, entre outros. Entretanto, o tema da efetivação do direito à saúde demanda a racionalização do problema, como a elaboração de critérios e parâmetros que justifiquem e legitimem a atuação judicial, no campo dos medicamentos.⁶ Ademais, o excesso de judicialização põe em risco a

⁴ ROCHA, Eduardo Braga. **A justiciabilidade do direito fundamental à saúde no Brasil**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

⁵ Sarlet reconhece o direito fundamental à saúde como um direito de cunho prestacional. Trata-se de direito subjetivo a prestações a ser cobrado do Estado, pois exige a ação do Poder Público para sua efetivação.

⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. 2009. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal/conhecimento-juridico/artigos-juridicos/detalhe-122.htm>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos.

O Sistema Único de Saúde surge na Lei 6.229/75 e é consagrado na Constituição Federal de 1988, como sendo o responsável pelas ações e serviços de saúde, com uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo um sistema único, organizado sob as diretrizes da descentralização, atendimento integral, sem prejuízo dos assistenciais, com participação da comunidade. O SUS é um sistema público nacional, baseado no princípio da universalidade, a indicar que a assistência à saúde deve atender a toda a população. Ele pode ser entendido como uma “Política de Estado”, pois é a materialização de uma decisão adotada pelo Congresso Nacional no ano de 1988, na elaboração da chamada Constituição Cidadã, quando passou a considerar a saúde como um direito de cidadania a ser alcançado pelo Estado, o qual possui o dever legal.⁷

Há uma divergência doutrinária que relata que os direitos fundamentais são autoaplicáveis. Essa discussão surgiu em virtude de sempre se ter acreditado que as chamadas “normas programáticas” (aquelas responsáveis por disciplinar os direitos fundamentais que dependem da atuação do legislador para adquirir plena eficácia e efetividade) seriam dispositivos que apenas enunciam objetivos a serem atingidos pela ação futura dos Poderes Públicos. Apesar da divergência, a grande maioria da doutrina compreende que o direito à saúde é um direito fundamental social autoaplicável, e não uma norma de cunho meramente programático, gerando, conseqüentemente, para os administrados, o direito subjetivo de exigir do Estado prestações materiais no sentido de garantir o acesso universal e igualitário as ações e serviços públicos.⁸

O terceiro capítulo trata do controle processual e administrativo nas demandas de acesso à saúde, analisando por primeiro, o instituto da litigância de má-fé, posteriormente, passa-se a verificar a orientação do Conselho Nacional de Justiça nas demandas de acesso à saúde, com estudo breve sobre a emissão de pareceres técnicos com base na medicina baseada em evidências.

Passam-se, então, a analisar as Resoluções, Recomendações e Enunciados pertinentes ao tema do Conselho Nacional de Justiça, que objetivam

⁷ TEIXEIRA, C. F. **O SUS e a Vigilância da Saúde**. Proformar. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2003.

⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. atual. até a Emenda Constitucional 90 (15.09.2015). São Paulo: Malheiros, 2016.

traçar diretrizes, esclarecer e colaborar com os Tribunais, nas demandas que tratam sobre o direito fundamental à saúde.

Preocupado com a crescente judicialização da saúde e necessidade de prestar assessoria técnica aos magistrados que decidem diariamente pedidos de tutela de urgência na área do direito à saúde, bem como para evitar a ocorrência de fraudes, o CNJ propôs a criação de um sistema de pareceres técnicos elaborados por especialistas da área da saúde. Esse sistema de pareceres técnicos pretende auxiliar o magistrado que precisarem decidir sobre um pedido de medicamento encaminhado à Justiça. A criação desse banco ocorreu no Fórum Nacional do Poder Judiciário para a Saúde, ocasião em que ficou determinado que tais dados seriam geridos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Também, salienta-se a importância da Lei n.º 12.401/2011, no seu artigo 19-N que prevê criação dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) que objetivam racionalizar a prescrição e o fornecimento dos medicamentos disponíveis com as respectivas doses, assim como acompanhamento e verificação dos resultados. Os PCDT'S precisam ser construídos sobre bases sólidas e éticas, de forma participativa e democrática, inserindo-se nesse contexto a Medicina Baseada em Evidências (MBE), como fio condutor e balizador da construção dos PCDT.

A MBE é uma abordagem que utiliza as ferramentas da epidemiologia clínica, da estatística, da metodologia científica e de informática para trabalhar a pesquisa, o conhecimento e a atuação em saúde, com o objetivo de oferecer a melhor informação disponível para a tomada de decisões. A prática da MBE busca promover a integração da experiência clínica às melhores evidências científicas disponíveis, considerando a segurança nas intervenções e a ética na totalidade das ações.⁹

Cabe salientar que, a Comissão Nacional de Incorporação Tecnológica – CONITEC¹⁰ se baseia na Medicina Baseada em Evidências para

⁹ A Assistência Farmacêutica no SUS, Coleção Para Entender a Gestão do SUS, Vol. 7, Conselho Nacional de Secretários de Saúde – CONASS, Brasília, 2011, fl. 116.

¹⁰ A CONITEC foi criada pela Lei n.º 12.401/2011, que dispõe sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS. A comissão é assistida pelo Departamento de Gestão e Incorporação de Tecnologias em Saúde – DGITS, tendo como objetivo assessorar o Ministério da Saúde – MS nas atribuições

avaliação e incorporação de novos medicamentos à listagem do SUS, que farão parte da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME)¹¹, segundo critérios nacionais. A CONITEC é um órgão aliado do Judiciário, pois este conselho avalia a tecnologia que lhe é apresentada, após análise apresenta um relatório de recomendação a respeito, seguindo de uma decisão da secretaria, a qual é publicada posteriormente, através de uma portaria. Além de medicamentos, a CONITEC também aprova procedimentos, tratamentos, inclusive cirurgias, como se verificou recentemente.

Outro ponto que o terceiro capítulo trata é a análise do relatório final da CPI das próteses e medicamentos da Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, decorrente de uma reportagem jornalística que tornou público, a existência da chamada “máfia das próteses” no Estado do Rio Grande do Sul. O resultado são sugestões, recomendações e uma proposta de criação de lei à sociedade gaúcha e aos órgãos competentes.

Com base na orientação do CNJ, a Secretaria Estadual da Saúde do Estado do Rio Grande do Sul também realiza o controle, através do Comitê Estadual que editou uma cartilha, na qual apresenta termo de acordo celebrado entre todos os atores envolvidos com a saúde da aludida unidade da federação para um planejamento e gestão sistêmica.

Ainda, no último capítulo, estuda-se o princípio da moralidade administrativa, o qual orienta o poder público, suas premissas doutrinárias e a aplicabilidade também ao particular.

Enfim, introdutoriamente, é a abordagem pretendida, que possa trazer contribuições.

relativas à incorporação, exclusão ou alteração de tecnologias em saúde pelo SUS, assim como na constituição ou alteração de Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas – PCDT.

¹¹O Ministério da Saúde e o Conselho Nacional de Incorporação Tecnológica publicam uma listagem de medicamentos e insumos que são disponibilizados pelos SUS, chamada de Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME, sempre por meio do o Componente Básico da Assistência Farmacêutica, Componente Estratégico da Assistência Farmacêutica, Componente Especializado da Assistência Farmacêutica, além de determinado medicamentos de uso hospitalar.

2 DA PESQUISA EMPÍRICA REALIZADA

O problema de pesquisa partiu das fraudes envolvendo próteses e órteses médicas, deflagradas na reportagem do jornalista Giovani Grizotti e veiculada no programa Fantástico da Rede Globo, na data de 15.01.2015.

De acordo com a denúncia proposta pelo Ministério Público, que originou o Processo n.º 001/2.16.0045415-0 que tramita na 10ª Vara Criminal da Comarca de Porto Alegre, o esquema fraudulento iniciava com o encaminhamento de cirurgias de coluna, com a utilização de próteses e órteses médicas superfaturadas. Os médicos envolvidos indicavam advogados aos próprios pacientes, a fim de que os mesmos ingressassem com ações na Justiça solicitando a realização de procedimentos custeados pelo Poder Público. Assim, com a utilização de laudos forjados prescreviam a utilização de próteses produzidas pelas empresas beneficiadas na fraude obtendo vantagens econômicas.¹²

Como resultado das fraudes, 13 (treze) pessoas foram denunciadas, entre advogados, médicos e empresários, pelos crimes de organização criminosa, falsidade ideológica, e estelionatos consumados e tentados.

Com base no advento das fraudes relacionadas às próteses e órteses médicas no Estado do Rio Grande do Sul, passou-se a analisar como o Poder Judiciário pode realizar o controle de fraudes, quando acionado numa demanda de acesso à saúde.

Entretanto, o problema geral da presente pesquisa limitou-se a responder o seguinte questionamento: em que medida o escândalo das próteses e órteses médicas deflagrados no Estado do Rio Grande do Sul, pode ter contribuído ou não, para que o juízo da 10ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Porto Alegre aplicasse critérios mais rigorosos, para a concessão de uma tutela de urgência, e como essa questão se desdobrou nos recursos apreciados pelo TJRS.

Para tanto, partiu-se do marco temporal, que foi a data de 15/01/2015, ocasião em que foi deflagrada no Estado do Rio Grande do Sul, a existência de

¹²TJRS - Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/imprensa/noticias/?idNoticia=342096>>. Acesso em: 11 out. 2016.

inúmeras fraudes referentes à busca de concessão de próteses e órteses médicas pelo Judiciário.

Com base nos processos analisados na pesquisa, num primeiro momento elaborou-se um quadro, no qual se catalogou os dados do processo, o nome das partes, do juiz e a qual juizado ele pertence, como também detalhes sobre a decisão interlocutória proferida; se houve interposição de recurso de Agravo de Instrumento ao 2º grau, assim como outras informações relevantes acerca de cada processo.

Foram coletados dados de 70 (setenta) processos, sendo 37 (trinta e sete) antes do marco temporal (15/01/2015) e 33 (trinta e três) processos após o marco temporal. Os processos pesquisados antes do marco temporal abrangeram os processos distribuídos nos meses de julho a dezembro de 2014, por outro lado, os processos pesquisados após o marco temporal abrangeram os processos distribuídos nos meses de julho a setembro de 2015, com duas exceções apenas.

Referente às exceções referidas, as mesmas justificam-se para trazer proporcionalidade entre o número de processos distribuídos antes e após o marco temporal. Ademais, os dois processos que tiveram o marco temporal ampliado referem-se a processos distribuídos, nos meses de fevereiro e março de 2016 (itens 68 e 69 do quadro que está no apêndice) e foram apreciados pela mesma julgadora que analisou grande parte das demandas pesquisadas, oportunizando a verificação, se houve aumento no grau de rigidez da análise da tutela de urgência, após o advento das fraudes das próteses e órteses médicas.

A pesquisa empírica escolheu investigar apenas demandas distribuídas para a 10ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Porto Alegre, incluindo num segundo momento, o Juizado Especial da Fazenda Pública que pertence a essa vara.

A escolha da pesquisa numa vara específica se deu por dois motivos: primeiro, em decorrência da competência absoluta da vara escolhida, para análise das demandas de saúde e meio ambiente, excepcionando, os Juizados da Infância e da Juventude da Comarca de Porto Alegre e o Juizado Especial da Fazenda Pública - JEFAZ na Comarca de Porto Alegre. Em segundo lugar, a pesquisa empírica teve o objetivo de restringir a análise do controle exercido

pelo Judiciário, a fim de evitar ocorrências de fraudes, delimitando assim, as consequências apenas num lugar específico.

Para realizar a pesquisa, utilizou-se a ferramenta de pesquisa jurisprudencial disponível no *site* do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (<http://www.tjrs.jus.br/site/>) elencando-se as seguintes palavras chaves: medicamentos (ou remédios), antecipação de tutela, comarca de 1º Grau (Porto Alegre). Nas opções de filtros disponíveis no sistema de busca, optou-se em escolher o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no campo Tribunal; e Agravo de Instrumento, no campo tipo de processo.

Além disso, após a obtenção do resultado dessa busca, com base em todos os critérios já especificados, restringiu-se ainda mais os recursos, escolhendo aqueles ajuizados em face do Poder Público (União Federal, Estados e Municípios), excluindo da pesquisa empírica, aquelas demandas propostas em face de planos de saúde, associações, ou contra seguros.

Outra questão a ser evidenciada, diz respeito ao motivo das datas escolhidas na pesquisa empírica. Na verdade, o objetivo foi verificar se o julgador de 1º Grau mudou seus critérios na análise dos requisitos da tutela de urgência, se ficou mais rígido e cauteloso, após o advento das fraudes relacionadas às próteses e às órteses, ou não, se manteve seu entendimento a respeito das necessárias exigências para a concessão do provimento antecipatório, em demandas similares.

A nova tabulação da pesquisa empírica trouxe a análise de conteúdo, respondendo as seguintes perguntas, em cada demanda: 1) os dados do processo e a data da distribuição do feito; 2) o nome do julgador de 1º Grau e o juizado a qual pertence; 3) análise se a decisão que apreciou um pedido de tutela de urgência foi mais cautelosa e exigente, ou não; 4) em caso de aumento da rigidez na análise da tutela de urgência, descrição do tipo de demanda.

Com a finalização da pesquisa empírica verificou-se a preocupação da vara pesquisa, em diminuir o número de demandas judiciais que buscam assistência farmacêutica, provavelmente, em virtude da crescente judicialização de ações desse tipo no Estado do Rio Grande do Sul e no Brasil, como um todo. Isso é observado nos casos em que o magistrado consulta o sistema da farmácia da Secretaria Estadual da Saúde (AME), ou, o medicamento é dispensado pela Farmácia Básica Municipal e verifica a disponibilidade de medicamento similar,

determinando que o paciente retorne à secretaria para retirá-lo, finalizando dessa forma, mais uma demanda judicial.

Isso também se verifica, no teor dos despachos solicitando diligências por parte do Autor, que são proferidos no início das demandas, por ocasião da primeira análise de um pedido de tutela de urgência. Senão, veja-se um exemplo, observado nos autos do Processo n.º 001/1.14.0270626-0 que tramita na 10ª Vara da Fazenda Pública:¹³

[...] É breve relato. Inicialmente, em se tratando de prestações de saúde, o pedido deve sempre estar embasado em prescrição e laudo médicos, legíveis, recentes e com assinatura e carimbo do médico. Não obstante a urgência alegada, a inicial veio instruída com laudo médico contendo poucas informações acerca do quadro clínico da parte autora. Na verdade, para a realização de pedido de tal natureza, pela via judicial, necessária a instrução inicial com laudo médico esclarecedor, que informe o grau de evolução da doença, os respectivos CIDs, os tratamentos já realizados (informando medicamentos, posologia, períodos), os motivos que levaram à prescrição dos medicamentos postulados, a impossibilidade justificada de usos de outros medicamentos dispensados administrativamente pelo SUS (Estado e/ou Município) e as consequências caso não use a medicação postulada. Por sua vez, na prescrição médica os fármacos postulados devem constar pelo princípio ativo, de acordo com a Denominação Comum Brasileira (DCB), nos termos da Lei n.º 9.787/99. Ainda, esclareço que o provimento judicial justifica-se tão somente naqueles casos em que há demora excessiva na avaliação do pedido ou negativa de fornecimento do medicamento por parte do Estado e/ou Município, visto que importe que se mantenham as diretrizes administrativas estabelecidas no tocante aos requerimentos de tal natureza, sob pena de, caso estas não sejam observadas, haja um acúmulo desses pedidos no Poder Judiciário sem que os Entes Públicos sequer os tenham apreciado. Assim, considerando os fármacos hidroclorotiazida, levotiroxina sódica e omeprazol são dispensados pela Farmácia Básica do Município de Porto Alegre, se faz necessário que a parte autora acoste comprovante de negativa administrativa emitido pela referida Farmácia Municipal, bem como que requeira a inclusão do município no polo passivo, caso não obtenha os referidos fármacos administrativamente. Igualmente, considerando que o fármaco atorvastatina é dispensado pela Farmácia de Medicamentos Especiais do Estado, se faz necessário que a parte autora acoste comprovante de negativa administrativa emitido pela referida Farmácia do Estado. DIANTE DO EXPOSTO, a fim de possibilitar a apreciação do pedido de antecipação de tutela, no prazo de 10 (dez) dias, deverá a parte autora, na forma suprarreferida: 1) juntar receita e laudo médicos; 2) acostar comprovantes de negativa administrativa emitidos pela 'Farmácia de Medicamentos Especiais do Estado' e pela 'Farmácia Básica do Município'; 3) requerer a inclusão do Município de Porto Alegre no polo passivo, caso não obtenha administrativamente junto à Farmácia Básica Municipal os medicamentos de sua competência. Intime-se. Diligências Legais. Em 06/10/2014. Márcia Kern Papaleo, Juíza de Direito [...].

¹³ Observação feita, com base no quadro que está no apêndice deste trabalho e que resume a análise de conteúdo dos 70 (setenta) processos pesquisados.

Nessa senda, evidencia-se nos despachos, que na maioria das vezes, determinam a emenda da petição inicial, como por exemplo, nos autos do Processo n.º 001/1.14.0214714-8 que tramita na 10ª Vara da Fazenda Pública¹⁴, a fim de que o autor especifique os seus pedidos e arrole documentação complementar, principalmente, laudo médico complementar detalhado. No que diz respeito à documentação complementar, com frequência é solicitada a juntada de laudo médico detalhado, receituário médico bem claro, comprovante de residência, a fim de verificar se o paciente reside na cidade que busca o acesso ao fármaco.

Para demonstrar o alegado, transcreve-se parte do despacho determinando a emenda à inicial, nos autos do Processo n.º 001/1.14.0270626-0 que tramita na vara pesquisada:

[...] É breve o relato. Inicialmente, em se tratando de prestações de saúde, o pedido deve sempre estar embasado em prescrição e laudo médicos, legíveis, recentes e com assinatura e carimbo médico. Não obstante a urgência alegada, a inicial veio instruída com laudo médico contendo poucas informações acerca do quadro clínico da parte autora. Na verdade, para a realização de pedido de tal natureza, pela via judicial, necessária a instrução da inicial com laudo médico esclarecedor, que informe o grau de evolução das doenças, os respectivos CID's, os tratamentos já realizados (informando medicamentos, posologia, períodos), os motivos que levaram à prescrição dos medicamentos postulados, a impossibilidade justificada de uso de outros medicamentos dispensados administrativamente pelo SUS (Estado e/ou Município) e as consequências caso não use a medicação postulada. Por sua vez, na prescrição médica os fármacos postulados devem constar pelo princípio ativo, de acordo com a Denominação Comum Brasileira (DCB), nos termos da Lei n.º 9.787/99. Ainda, esclareço que o provimento judicial justifica-se tão somente naqueles casos em que há demora excessiva na avaliação do pedido ou negativa de fornecimento do medicamento por parte do Estado e/ou Município, visto que importante que se mantenham as diretrizes administrativas estabelecidas no tocante aos requerimentos de tal natureza, sob pena de, caso estas não sejam observadas, **haja acúmulo desses pedidos no Poder Judiciário sem que os Entes Públicos sequer os tenham apreciado** [...] (Proferido em 06/10/2014 pela Juíza Marcia Kern Papaleo).

¹⁴ Nesse caso específico, o magistrado solicitou a juntada de laudo médico complementar, no qual deveria vir esclarecido que medicamentos são disponibilizados pelo SUS para o tratamento da doença e o motivo pelo qual, a parte não poderia utilizá-los. Nesse mesmo despacho, o magistrado determinou a juntada de declaração de ausência de conflito de interesses, emitida pelo médico assistente, quanto à prescrição do fármaco (Data do despacho: 11/08/2014).

Em outro processo pesquisado, tombado sob o n.º 001/1.150060547-7 que tramita na 10ª Vara da Fazenda Pública, também se observou um rigor na análise dos requisitos da tutela antecipada. Senão veja-se:

[...] O provimento judicial justifica-se tão somente naqueles casos em que há demora excessiva na avaliação do pedido ou negativa de fornecimento do medicamento por parte do Estado e/ ou Município, visto que importante que se mantenham as diretrizes administrativas estabelecidas no tocante aos requerimentos de tal natureza, sob pena de, caso estas não sejam observadas, haja um acúmulo desses pedidos no Poder Judiciário sem que os Entes Públicos sequer os tenham apreciado [...] (Proferido em 16/04/2015 pela juíza Nadja Mara Zanella).

O Estado do Rio Grande do Sul, em suas contestações, tem salientado a importância da observância dos protocolos clínicos, conforme disciplinado no Artigo 19-N, Inciso II da Lei n.º 12.401/2011¹⁵, que possuem o objetivo de racionalizar a prescrição e o fornecimento dos medicamentos, além de estabelecer claramente os critérios de diagnóstico de cada doença, determinando o tratamento preconizado com os medicamentos disponíveis, as respectivas doses, os mecanismos de controle, o acompanhamento e a verificação de resultados. Além disso, os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) precisam ser construídos sobre bases sólidas e éticas, de forma participativa e democrática, se inserindo nesse contexto a Medicina Baseada em Evidências (MBE)¹⁶, como fio condutor e balizador da construção dos PCDT.

Outra questão a ser ressaltada, é que muitos pacientes vêm do interior do Estado do Rio Grande do Sul até a capital gaúcha buscar tratamento médico, diante da deficiência das unidades de saúde e hospitais do interior, ou mesmo, em virtude da cidade de Porto Alegre possuir atendimento médico de referência.

¹⁵ Artigo 19-N, Inciso II da Lei n.º 12.401/2011: “Para os efeitos do disposto, no art. 19-M, são adotadas as seguintes definições: II – Protocolo clínico e diretrizes terapêutica: documento que estabelece critérios para o diagnóstico da doença ou do agravo à saúde; o tratamento preconizado, com os medicamentos e demais produtos apropriados, quando couber; as posologias recomendadas; os mecanismos de controle clínico; e o acompanhamento e a verificação dos resultados terapêuticos, a serem seguidos pelos gestores do SUS”.

¹⁶ A MBE é uma abordagem que utiliza as ferramentas da epidemiologia clínica, da estatística, da metodologia científica e de informática para trabalhar a pesquisa, o conhecimento e a atuação em saúde, com o objetivo de oferecer a melhor informação disponível para a tomada de decisões. A prática da MBE busca promover a integração da experiência clínica às melhores evidências científicas disponíveis, considerando a segurança nas intervenções e a ética na totalidade das ações (A Assistência Farmacêutica no SUS, Coleção Para Entender a Gestão do SUS, Vol. 7, Conselho Nacional de Secretários de Saúde – CONASS, Brasília, 2011, fl. 116).

Quando essa situação se verifica, alguns pacientes também buscam o acesso à justiça, a fim de obterem assistência farmacêutica do Município de Porto Alegre e do próprio Estado do Rio Grande do Sul, na própria comarca de Porto Alegre. Por essa razão, tem-se verificado que a vara pesquisada passou a exigir a comprovação de residência dos autores (pacientes), quando figura no polo passivo o município de Porto Alegre. Por fim, a respeito dessa constatação, surge a indagação se existe algum projeto do TJRS, no sentido de disponibilizar esses dados estatísticos aos entes públicos, para fins de inserção de novas políticas públicas na área da saúde, de acordo com a demanda trazida ao Poder Judiciário.

Cabe destacar que na pesquisa empírica realizada, verifica-se o fato de que muitos pacientes pleitearem na via judicial, a concessão pelos entes públicos (União, Estados e Municípios) de fármacos ainda não autorizados pela ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária)¹⁷, ou mesmo, medicamentos que ainda não possuem comprovação científica de sua eficácia.

Um exemplo bem recorrente¹⁸, na vara pesquisada, é o caso do pedido de concessão de um novo tratamento para a doença Hepatite C, ou seja, a concessão das fórmulas Sofosbuvir e Simeprevir¹⁹, as quais segundo laudos médicos dos autores e do assistente técnico médico do Estado do Rio Grande do Sul são eficientes, em algumas situações. Enfim, nesses casos específicos, o critério considerado para fins de concessão do fornecimento do tratamento ou não, fica na avaliação do médico assistente ter prescrito a necessidade urgente, sob risco de vida, em virtude da ineficácia comprovada do tratamento disponível na lista do Sistema Único de Saúde (SUS). Ainda, nessas hipóteses, de acometimento do paciente pela Hepatite C, o magistrado tem prestado atenção, se o paciente apresenta evidências científicas que corroboram com a prescrição

¹⁷ Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Acesso aos medicamentos com registro na ANVISA. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/wps/content/Anvisa+Portal/Anvisa/Inicio/Medicamentos>> Acesso em: 08 dez. 2015.

¹⁸ Observação feita, com base no quadro que está no apêndice deste trabalho e que resume a análise de conteúdo dos 70 (setenta) processos pesquisados.

¹⁹ Esses dois medicamentos tiveram o registro deferido na ANVISA no início de 2015. Nesse sentido, a Secretaria Estadual da Saúde do Estado do Rio Grande do Sul já prevê. Disponível em: <[http://www.saude.rs.gov.br/upload/1442600526_novo%20hepatite%20\(1\).pdf](http://www.saude.rs.gov.br/upload/1442600526_novo%20hepatite%20(1).pdf)>. Acesso em: 08 dez. 2015. Já a lista de documentação necessária para solicitação da Hepatite C, sendo a Ribavirina 250Mg, e o Simeprevir 150 Mg., ambas para tratamento da Hepatite Viral Crônica, previsto na Portaria SCTIE/MS n.º 37, de 24 de julho de 2015.

médica. Isso é vislumbrado, nos casos em que já foi realizado transplante de fígado e o fornecimento de uma medicação importada de alto custo, como última alternativa para a manutenção da vida do paciente, através do fornecimento do fármaco Tafamidis.²⁰

Nesse sentido, destaca-se o Processo n.º 001/1.14.0163902-0 que tramita na 10ª Vara da Fazenda Pública, no qual pretendeu-se o fornecimento do fármaco Tafamidis. Transcreve-se parte da decisão interlocutória, que aprecia a situação excepcional:

[...] Assim, o fornecimento de medicação através da via judicial deve, necessariamente, restringir-se àqueles casos em que a medicação pretendida se apresentar como única alternativa do paciente. É, em razão deste convencimento, que tenho incentivado as partes a buscar preliminarmente a via administrativa e a comprovar a eficácia do medicamento postulado em relação ao que eventualmente já é fornecido pelo SUS para a patologia cujo tratamento é pretendido [...]. Para a concessão da tutela antecipada se faz imperioso que haja verossimilhança nas alegações da parte autora e, ainda, perigo de dano irreparável ou difícil reparação, no caso de indeferimento de seu pedido. No caso em apreço, resta suficientemente evidenciada nos autos a necessidade de utilização da medicação pela parte autora. Não obstante o medicamento não esteja registrado na ANVISA, os médicos assistentes, declaram expressamente ausência de conflito de interesses (fls. 90/92) e apresentou evidências científicas que corroboram a sua prescrição, já realizado transplante de fígado, sem resposta satisfatória, não há outra alternativa terapêutica para o caso do autor, que corre o risco de morte, caso não utilize o medicamento postulado [...] (Proferido em 14/07/2014 pela juíza Nadja Mara Zanella).

O fato do fármaco pleiteado pelo paciente estar na listagem dos medicamentos disponíveis pelo SUS, tem feito os magistrados da vara pesquisada encaminharem os pacientes a buscarem o fornecimento, na via administrativa. A possibilidade de consulta aos medicamentos disponíveis na Secretaria Estadual da Saúde, através da consulta ao AME (Administração de Medicamentos do Estado) que é uma central que se pode verificar se um medicamento, fornecido pelo Estado do Rio Grande do Sul está disponível em estoque. Em caso positivo, a tutela de urgência pretendida pelo autor deixa de ser apreciada e é proferido um despacho, encaminhando o paciente para solicitar o medicamento pretendido, primeiramente, na via administrativa. Essa consulta ao AME também é utilizada, por ocasião do pedido de bloqueio de valores, para aquisição do fármaco, após o descumprimento da determinação

²⁰ Observação feita, com base no quadro que está no apêndice deste trabalho e que resume a análise de conteúdo dos 70 (setenta) processos pesquisados.

judicial pelos entes públicos, como se verifica no despacho proferido, nos autos do Processo n.º 001/1.15.0092866-7 que tramita na 10ª Vara da Fazenda Pública. Nota-se:

[...] Inicialmente, verifico que, da decisão monocrática 70066178104, o Estado interpôs Agravo, 70066583352, o qual, à unanimidade, foi desprovido. Pois bem. **Considerando que, em consulta ao sistema AME, não há em estoque o medicamento sofosbuvir 400mg, viável a apreciação do pedido de bloqueio de valores das fls. 82/83.** No entanto, embora a parte autora tenha prestado esclarecimentos anteriormente requeridos, verifico que o prazo de validade do menor orçamento (fls. 84/85) está expirando, portanto, caberá à parte autora promover a atualização do referido orçamento, sob pena de indeferimento de bloqueio de valor complementar. Intime-se a parte autora com urgência. Oficie-se novamente à SES, nos moldes do despacho da fl. 88, parte final. Dil. Legais. [...] (Em 20/10/2015, Nadja Mara Zanella, Juíza de Direito).

Todavia, quando se verifica a ausência do fármaco em estoque, a tutela de urgência é deferida de plano, e, em caso de descumprimento da determinação judicial e, após a juntada de 03 (três) orçamentos do fármaco, tem sido deferido o bloqueio de valores na conta do Estado do Rio Grande do Sul. O mesmo não se verifica com o Município de Porto Alegre, provavelmente, por ser responsável pelas medicações básicas, ou, por não possuir um sistema de informação tão acessível pelo Judiciário gaúcho.²¹

Parece evidente que, o projeto da vara pesquisada é diminuir as ações judiciais e qualificar as demandas que tramitam, e que serão distribuídas no futuro, pois as decisões interlocutórias são claras aos autores, que primeiramente a instância administrativa precisa ser exaurida, para somente, num segundo momento, e caso haja necessidade razoável, o Poder Judiciário deve ser acionado.²² Essa questão é facilmente observada, nos autos da decisão interlocutória proferida no Processo n.º 001/1.15.0068892-5 que tramita na 10ª Vara da Fazenda Pública. Veja-se:

[...] Alegou ter diagnóstico de esclerose múltipla (CID-10 G35). Disse que, em razão de sua enfermidade, necessita fazer uso de medicamento natalizumabe 20mg/mL(inj), 15mL nos moldes da receita médica juntada. Relata que obteve deferimento administrativo do fármaco acima e vinha recebendo junto à Farmácia do Estado. Contudo,

²¹ Observação feita, com base no quadro que está no apêndice deste trabalho e que resume a análise de conteúdo dos 70 (setenta) processos pesquisados.

²² Observação feita, com base no quadro que está no apêndice deste trabalho e que resume a análise de conteúdo dos 70 (setenta) processos pesquisados.

teria ocorrido falta de estoque do medicamento nos meses de janeiro e março do corrente ano, fato este que a teria obrigado a contrair empréstimo.

Para aquisição do medicamento junto à rede provada de farmácias, conforme nota fiscal da fl. 33. Requereu, em sede antecipatória do mérito, o fornecimento pelo réu do fármaco acima referido, pelo tempo necessário para o seu tratamento, sob pena de sofrer sanções em caso de descumprimento, bem como requereu o ressarcimento do valor já gasto com a compra do medicamento. **É breve o relato. Decido. Inicialmente, observo em consulta ao Sistema de Administração de Medicamentos (fls. 37/38), efetuada nesta data, o que o fármaco natalizumabe consta como deferido administrativamente para a parte autora; há disponibilidade de estoque (fl. 38) junto à Farmácia de Medicamentos Especiais do Estado; e a autora efetuou a retirada do medicamento no dia 13/05/2015. Assim, tenho que, neste momento, não restaram preenchidos os requisitos mínimos para a concessão da tutela antecipada, haja vista que, estando o tratamento deferido e o fármaco disponível em estoque, não há risco de dano irreparável ou de difícil reparação, que justifique a concessão de medida liminar [...].** (Em 28/04/2015, Juíza Nadja Mara Zanella).

Nas demandas propostas pela Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, que buscam o fornecimento de fármacos, verifica-se o exaurimento da instância administrativa antes do ingresso da ação judicial. Além disso, nesses processos, também se observa a juntada da documentação detalhada, que vem sendo exigida pela vara pesquisa. Nota-se uma atuação conjunta, entre o Poder Judiciário, Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, com o objetivo de solucionar os conflitos na via extrajudicial, na maioria dos casos concretos apresentados.²³

A necessidade de exaurimento da instância administrativa, para fins de requerimento do acesso à saúde, pelo Poder Judiciário, é verificada na determinação de emenda à inicial, nos autos do Processo n.º 001/1.15.0059576-5 que tramita na 10ª Vara da Fazenda Pública. Observa-se parte desse despacho:

[...] O provimento judicial justifica-se tão somente naqueles casos em que há demora excessiva na avaliação do pedido ou negativa de fornecimento do medicamento por parte do Estado e/ou Município, visto que importante que se mantenham as diretrizes administrativas estabelecidas no tocante aos requerimentos de tal natureza, sob pena de, caso estas não sejam observadas, haja um acúmulo desses pedidos no Poder Judiciário sem que os Entes Públicos sequer tenham apreciado. Diante do exposto, deverá a parte autora, no prazo de dez (10) dias, juntar comprovantes de solicitação ou de negativa

²³ Observação feita, com base no quadro que está no apêndice deste trabalho e que resume a análise de conteúdo dos 70 (setenta) processos pesquisados.

administrativa do medicamento pleiteado. Constatei, também, que o documento juntado à fl. 17 não serve em princípio como comprovante de residência, visto que nele não há nome da parte autora. Outrossim, não encontrei cópia do Cartão Nacional de Saúde (CNS). Deverá, portanto, juntar cópia do comprovante de residência e do Cartão Nacional de Saúde – CNS, no mesmo prazo. Intime-se com urgência. (Em 10/04/2015, Juíza Nadja Mara Zanella). [...].

A Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul também vem colaborando, com a 10.^a Vara da Fazenda Pública de Porto Alegre, com a juntada de Pareceres Médicos sobre a doença em discussão e a atuação dos fármacos pleiteados. Inclusive, se a questão é de alta complexidade, os próprios magistrados que atuam na vara pesquisada têm pleiteado a juntada desses laudos pela PGE, conforme se verifica, por exemplo, nos autos do Processo n.º 001/1.14.0195981-5 que tramita na 10.^a Vara da Fazenda Pública.²⁴

Percebe-se nos processos analisados que, há uma necessidade de cooperação do Poder Judiciário com os órgãos públicos, para que, atuando conjuntamente possam diminuir o número de demandas judiciais, em virtude de um maior número de casos a serem solucionados na instância administrativa, principalmente na área pesquisada, que é a assistência farmacêutica.

Com base nas evidências coletadas pela pesquisa empírica, constatou-se que as decisões interlocutórias que concedem a tutela de urgência deixam claro, que houve o esgotamento da instância administrativa, que tal fármaco é devido ao paciente, e que o paciente possui sim, a necessidade urgente, que o medicamento seja ministrado, sob pena de colocar em risco a vida do paciente.²⁵

Nesse ponto, é possível observar a rigidez dos magistrados que atuam na vara pesquisada, quando apreciam o cumprimento dos requisitos para o deferimento de um pedido de tutela de urgência num caso concreto. Quanto a essa questão, com o início da pesquisa empírica, pode-se verificar que a rigidez existia mesmo antes do marco temporal de janeiro de 2015, ou seja, não se constatou uma mudança expressiva, após o advento das fraudes relacionadas às próteses e órteses médicas.

Diante de inúmeras demandas propostas na área da saúde e de inúmeros pedidos de concessão de tutela de urgência no início do processo,

²⁴ Observação feita, com base no quadro que está no apêndice deste trabalho e que resume a análise de conteúdo dos 70 (setenta) processos pesquisados.

²⁵ Observação feita, com base no quadro que está no apêndice deste trabalho e que resume a análise de conteúdo dos 70 (setenta) processos pesquisados.

antes da instrução processual, surge a pergunta se o Poder Público terá disponibilidade econômica para alcançar cada solicitação apresentada.

O Conselho Nacional de Justiça noticiou na data de 23.04.2015 a seguinte informação:

[...] A atuação do Comitê Estadual de Saúde do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS), nos últimos cinco anos, resultou na redução do estoque de aproximadamente 30 mil ações judiciais relacionadas a pedidos de medicamentos e tratamentos de saúde. O comitê conta com representantes de 18 entidades, que pertencem tanto ao sistema de Justiça quanto aos sistemas de saúde público e privado. A prática atende à Recomendação CNJ n.º 36, que orienta aos tribunais mais eficiência na solução das demandas que envolvem a assistência à saúde, e à Resolução CNJ n.º 107, que institui o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução dessas ações. [...]. De acordo com balanço realizado pelo CNJ em 2011, tramitavam à época, no Judiciário brasileiro, 240.980 processos judiciais, sendo que, no Rio Grande do Sul, o TJRS concentrava quase metade de todas as demandas do país: 113.953 ações judiciais sobre saúde. A partir do trabalho realizado pelo Comitê Estadual da Saúde coordenado pelo tribunal, foi possível reduzir as demandas sobre assistência à saúde para aproximadamente 82 mil processos que tramitam atualmente no Estado. [...].²⁶

De acordo com a notícia divulgada pelo Conselho Nacional de Justiça, o Comitê Estadual da Saúde do Rio Grande do Sul vem desempenhando bem a integração dos órgãos, principalmente o Ministério Público, a Procuradoria Estadual e o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no intuito de diminuir as demandas que tramitam no TJRS, referente à assistência à saúde.²⁷ A recomendação n.º 31 e a Resolução n.º 107 do Conselho Nacional de Justiça²⁸ direcionam o Judiciário para práticas como essas evidências no Rio Grande do Sul.

Ainda, no que se refere ao Comitê Estadual de Saúde do Rio Grande do Sul, nota-se que sua principal função é monitorar as ações propostas no Poder Judiciário na área da saúde, bem como acompanhar as ações da saúde que tramitam no TJRS, para detectar possíveis irregularidades. No início de 2015, o comitê percebeu uma série de ações envolvendo sempre os mesmos advogados

²⁶ CNJ – Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79186-tribunal-de-justica-consegue-reduzir-numero-de-acoes-com-demandas-de-saude>>. Acesso em: 05 dez. 2015.

²⁷ ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL – Secretaria Estadual da Saúde. Disponível em: <<http://www.saude.rs.gov.br>>. Acesso em: 05 dez. 2015.

²⁸ Essas orientações do CNJ serão analisadas, com maiores detalhes, no 3º capítulo, no ponto que trata da orientação do Conselho Nacional de Justiça.

e médicos, que pleiteavam a colocação de próteses em pacientes. O resultado foi a descoberta de uma máfia de médicos e fornecedores de próteses, revelada amplamente na mídia, que realizava cirurgias sem necessidade e desviava dinheiro público.²⁹

2.1 Da análise de conteúdo

A pesquisa empírica em comento utilizou a análise de conteúdo. Sobre a análise de conteúdo, é importante tecer algumas considerações.

Os processos judiciais são relevantes fontes de dados para a pesquisa jurídica de cunho científico, apesar de não ter tradição como fonte de pesquisa empírica. Nesse contexto, a análise de conteúdo surge como uma técnica de coleta de dados que possibilita compreender e evidenciar a enumeração das características do texto, e nem da interpretação, mas a um procedimento intermediário, que permite a passagem em referenciais teóricos, da descrição à interpretação. A pesquisa empírica separou os elementos de análise em categorias, os quais representaram uma ponte entre a descrição e as diferentes possíveis interpretações, considerando o marco temporal definido, no início do processo, para construção da comparação.

Importante destacar que a análise de conteúdo não é uma metodologia, mas sim uma técnica de coleta de dados. O processo de construção do pensamento científico é permeado por diversas fases, dentre elas a definição do problema, a hipótese, o marco teórico, a metodologia e nessa, a coleta de dados.

O problema geral definido, neste estudo, refere-se a saber em que medida o escândalo das próteses pode ter contribuído, ou não, para que o Juízo da vara pesquisada aplicasse critérios mais rigorosos, para a concessão de tutela de urgência, ou não, se manteve o mesmo entendimento a respeito; e, como essa questão se desdobrou nos recursos de Agravo de Instrumento apreciados pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Como problemas específicos, a pesquisa empírica procurou dar respostas às seguintes indagações: 1) Como o juízo da 10ª Vara da Fazenda

²⁹ CNJ – Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79186-tribunal-de-justica-consegue-reduzir-numero-de-acoas-com-demandas-de-saude>>. Acesso em: 05 dez. 2015.

Pública da Comarca de Porto Alegre apreciou os pedidos de tutela de urgência após o marco temporal definido; trazendo como objetivo específico a análise que houve aumento de rigidez, ou não, na apreciação dos pedidos; 2) Como o TJRS apreciou os recursos contra o deferimento e indeferimento do pedido de tutela de urgência, trazendo como objetivo específico analisar as decisões do TJRS nessa seara; 3) Saber o resultado do escândalo das próteses e órteses médicas, na CPI da Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul.

A análise de conteúdo surgiu no início do século XX nos Estados Unidos para estudar o material jornalístico, ocorrendo um impulso entre 1940 e 1950, quando os cientistas começaram a se interessar pelos símbolos políticos, tendo esse fato contribuído para seu desenvolvimento, entre 1950 e 1960, quando a análise de conteúdo estendeu-se para várias áreas.³⁰

Além disso, a técnica da análise de conteúdo existe há mais de meio século em diversos setores das ciências humanas, sendo anterior à análise do discurso. A definição da análise de conteúdo em 1943 era como sendo “A semântica estatística do discurso político”. Essa análise pode ser quantitativa e qualitativa. Existe uma diferença entre essas duas abordagens: na abordagem quantitativa se traça uma frequência das características que se repetem no conteúdo do texto. Na abordagem qualitativa se “Considera a presença ou a ausência de uma dada característica de conteúdo ou conjunto de características num determinado fragmento da mensagem”.³¹

Portanto, a maioria dos autores que analisam a técnica da análise de conteúdo, e, se referem a ela, como sendo uma técnica de pesquisa que trabalha com a palavra, permitindo de forma prática e objetiva produzir inferências do conteúdo da comunicação de um texto replicáveis ao seu contexto social. Na análise de conteúdo, o texto é um meio de expressão do sujeito, onde o analista busca categorizar as unidades de texto (palavras ou frases) que se repetem, inferindo uma expressão que as representem.³²

Na pesquisa empírica em tela, a análise de conteúdo foi feita através do método de análise por categorias temáticas. Ou seja, enumerou-se a ocorrência de um mesmo signo linguístico (palavra) que se repete com frequência, visando

³⁰ LIMA, M. A. D. S. Análise de conteúdo: estudo e aplicação. **Rev. Logos**, v. 1, p. 53-58, 1993.

³¹ LIMA, M. A. D. S. Análise de conteúdo: estudo e aplicação. **Rev. Logos**, v. 1, p. 53-58, 1993.

³² BAUER, Martin W. Análise de conteúdo clássica: uma revisão. **Pesquisa Qualitativa com Texto, Imagem e Som: um manual prático**, v. 3, p. 189-217, 2002.

constatar a pura existência de tal ou tal material linguístico. Mais especificadamente, a expressão “*determinação de emenda à inicial*” se repetiu em diversas demandas pesquisadas, demonstrando a necessidade de juntada de mais provas e evidências para possibilitar a análise da tutela de urgência pretendida naquele ou noutro caso.

Nessa senda, a análise por categorias temáticas tenta encontrar “*uma série de significações que o codificador detecta por meio de indicadores que lhe estão ligados*”. Codificar ou caracterizar um segmento é colocá-lo em uma das classes de equivalências definidas, a partir de significações, em função do julgamento do codificador. Assim, para o julgamento do codificador são necessárias qualidades psicológicas complementares como a fineza, a sensibilidade, a flexibilidade, para aprender o que importa.³³

A análise categorial é o tipo de análise mais antiga e na prática a mais utilizada. A mesma funciona por operações de desmembramento do texto em unidades, em categorias segundo reagrupamento analógico. A análise categorial poderá ser temática, construindo as categorias conforme os temas que emergem do texto. Para classificar os elementos em categorias é preciso identificar o que eles têm em comum, permitindo seu agrupamento; esse tipo de classificação é chamado de análise categorial.

A técnica da análise de conteúdo se compõe de três grandes etapas: 1) a pré-análise; 2) a exploração do material; 3) o tratamento dos resultados e interpretação. A primeira etapa seria a fase da organização, que pode utilizar vários procedimentos, tais como: leitura flutuante, hipóteses, objetivos e elaboração de indicadores que fundamentam a interpretação. Na segunda etapa, os dados são codificados a partir das unidades de registro. Na última etapa se faz a categorização, que consiste na classificação dos elementos segundo suas semelhanças e por diferenciação, com posterior reagrupamento, em função das características comuns. Portanto, a categorização faz parte da análise de conteúdo.³⁴

Enfim, a análise de conteúdo é sinônimo de análise de texto, como foi realizado na pesquisa empírica em questão, quando se estudou 70 (setenta)

³³ BAUER, Martin W. Análise de conteúdo clássica: uma revisão. **Pesquisa Qualitativa com Texto, Imagem e Som: um manual prático**, v. 3, p. 189-217, 2002.

³⁴ CAREGNATO, Rita Catalina Aquino; MUTTI, Regina. Pesquisa qualitativa: análise de discurso versus análise de conteúdo. **Texto Contexto Enferm.**, v. 15, n. 4, p. 679-84, 2006.

processos de uma vara específica sobre demandas de acesso à saúde movidas em face do Poder Público; separando as informações de cada demanda em categorias e realizando, tanto uma análise quantitativa quanto qualitativa.

A diferença entre análise do discurso e a análise de conteúdo é o modo de acesso ao objeto. A interpretação da análise de conteúdo poderá ser tanto quantitativa quanto qualitativa, enquanto na análise do discurso, a interpretação será somente qualitativa. A análise de conteúdo trabalha tradicionalmente com materiais textuais escritos, sendo dois os tipos de textos que podem ser trabalhados: os textos produzidos em pesquisa, através das transcrições de entrevista e dos protocolos de observação, e os textos já existentes, produzidos para outros fins, como textos de jornais.³⁵

A maior diferença entre as duas formas de análise é que a análise do discurso existe o *corpus* de arquivo e empírico. Quando se observa a análise do discurso material já existente como documentos, legislação, pronunciamentos em jornal, livros e outros, referem-se ao *corpus* de arquivo; se o material é construído especialmente para a pesquisa, como por exemplo, através de entrevista, refere-se ao *corpus* empírico, experimental. A maior diferença entre as duas formas de análise é que a análise do discurso trabalha com o sentido e não com o conteúdo; já a análise de conteúdo trabalha com o conteúdo, ou seja, com a materialidade linguística através das condições empíricas de texto, estabelecendo categorias para sua interpretação.

A análise de conteúdo fixa-se apenas no conteúdo do texto, sem fazer relações além desse, e espera compreender o pensamento do sujeito através do conteúdo expresso no texto, numa concepção transparente de linguagem. Na utilização da análise de conteúdo, o que é visada no texto é justamente uma série de significações que o codificador detecta por meio dos indicadores que lhe estão ligados.³⁶

A análise de conteúdo se insere nesse desdobramento da metodologia, mas especificadamente nas pesquisas de campo. Muito conhecida nas pesquisas feitas na comunicação social, na propaganda política e na psicologia,

³⁵ BAUER, Martin W. Análise de conteúdo clássica: uma revisão. **Pesquisa Qualitativa com Texto, Imagem e Som: um manual prático**, v. 3, p. 189-217, 2002.

³⁶ PÊCHEUX, M. Análise automática do discurso (AAD-69). In: GADET, F.; HAK, T. (Org.). **Por uma análise automática do discurso**: uma introdução à obra de Michel Pêcheux. 2. ed. Campinas: Unicamp, 1993. p. 61-105.

trata-se de uma técnica que busca expressar um significado e um sentido, extravasando a leitura real do texto analisado. Assim, há uma dupla tentativa de compreensão: compreender o sentido da comunicação (como se fosse o receptor normal), mas também e principalmente desviar o olhar para outra significação, outra mensagem através, ou ao lado da primeira mensagem, realçando um sentido que se encontra em segundo plano, atingindo outros significados, de natureza psicológica, sociológica, política, histórica, etc.³⁷

A aplicação da técnica da análise de conteúdo pode ser utilizada em *corpus* de documentos muito mais amplos. No caso, o objetivo é apenas buscar apontar a concretização da implementação em casos concretos na pesquisa em Direito, sem qualquer possibilidade de generalização ou conclusões de cunho teórico, apenas metodológico.

Parte-se da máxima de que os processos judiciais podem acrescer como fontes de dados para a pesquisa jurídica, mas desde que questões como o poder e a interpretação estejam envolvidas nas análises do material. A análise de conteúdo, que trabalha com a palavra, seja quantitativa ou qualitativamente, permite produzir inferências do conteúdo da comunicação desse importante documento da pesquisa jurídica.

Na fase de levantamento de dados, em que foram analisados 70 (setenta) processos judiciais, desde a propositura da demanda até o último andamento processual, com destaque para a análise do pedido de tutela de urgência e a apreciação do recurso de Agravo de Instrumento, quando houve, deparou-se com uma série de documentos cuja análise permitiu inferir sobre a problemática do controle de fraudes exercido pelo Poder Judiciário numa vara específica.³⁸

Vala assim descreve:

Ou seja, o material sujeito à análise de conteúdo é concebido como o resultado de uma rede complexa de condições de produção, cabendo ao analista contribuir com um modelo capaz de permitir inferências sobre uma ou várias dessas condições de produção. Trata-se da desmontagem de um discurso e da produção de um novo discurso e da produção de um novo discurso através de um processo de localização-atribuição de traços de significação, resultado de uma relação dinâmica

³⁷ BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. Lisboa: Ed. 70, 1979.

³⁸ Observação feita, com base no quadro que está no apêndice deste trabalho e que resume a análise de conteúdo dos 70 (setenta) processos pesquisados.

entre as condições de produção do discurso a analisar e as condições de produção da análise.³⁹

Bardin evidencia que a análise de conteúdo compreende um conjunto de técnicas de análise das comunicações, o que possibilita um amplo campo de aplicação, como discursos políticos, manuais escolares, entrevistas, novelas, etc.⁴⁰

No presente trabalho, utilizou-se a técnica de análise de processos, isto porque o domínio de análise de conteúdo é justamente o material e o conjunto das técnicas que permitem a explicitação e sistematização do conteúdo das mensagens e da expressão desse conteúdo.

Assim, a técnica da análise de conteúdo procura conhecer aquilo que está por trás das palavras sobre as quais se debruça, e não uma restrita “leitura do real”, que aceita o carácter provisório das hipóteses, que descreve os conteúdos, mas sim, no que esse poderá ensinar, após serem trabalhados com o quadro referencial específico do tema.⁴¹

[...] O analista é como um arqueólogo. Trabalha com vestígios. Mas, os *vestígios* são as manifestações de estados, de dados e de fenômenos. Há mais alguma coisa a descobrir por e graças a eles [...] o analista tira partido do tratamento das mensagens que manipula, para *inferir* (de maneira lógica) conhecimentos que extrapolem o conteúdo manifesto nas mensagens e que podem estar associados a outros elementos (como o emissor, suas condições de produção, seu meio abrangente, etc.). Tal como um detetive, o analista trabalha com índices cuidadosamente postos em evidência por procedimentos mais ou menos complexos.⁴² (*Grifos no original*).

2.2 Do confronto entre o Direito fundamental à saúde em relação às prerrogativas da Fazenda Pública

Primeiramente, cabe salientar que a expressão Fazenda Pública guarda intrínseca relação com a área da administração pública, que trata da gestão das finanças e da implementação de políticas públicas, inclusive para a promoção do

³⁹ VALA, 2003, p. 104.

⁴⁰ BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. Lisboa: Ed. 70, 1979.

⁴¹ FRANCO, Maria Laura P. B. **Análise do conteúdo**. Brasília: Líber Livro, 2007. (Série Pesquisa).

⁴² FRANCO, Maria Laura P. B. **Análise do conteúdo**. Brasília: Líber Livro, 2007. (Série Pesquisa). p. 29.

direito fundamental à saúde. Na verdade, essa expressão possui essa denominação como sinônimo de Estado em juízo, designando-se, desse modo, toda e qualquer pessoa jurídica de direito público que atua em ações judiciais, ainda que não se trate de matéria fiscal.

Com efeito, a Fazenda Pública revela-se como propulsora do interesse público, devendo atender aos cidadãos, na implementação de políticas públicas que visem a dar efetividade aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988. Dentre esses direitos fundamentais, evidencia-se o direito à saúde, devido sua intrínseca relação com o direito à vida.

Como direito fundamental da pessoa humana, o direito à saúde tem sido enquadrado como um direito social, elencado no catálogo dos direitos fundamentais de segunda dimensão (ou 2ª geração). Com base nessa classificação, é possível observar que o direito à saúde é um direito de defesa (negativos) e direito a prestações (positivos). Sarlet ainda evidencia que, os direitos fundamentais de segunda dimensão, onde está inserido o direito à saúde, foram embasados na doutrina francesa, revelando uma transição das liberdades formais abstratas, para as liberdades materiais concretas.⁴³

Por tais motivos, e pelo fato de estar o direito à saúde relacionado ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana, deve o Estado, através dos poderes que lhe são inerentes, por meio de um plano governamental adequado e eficiente, concretizar tal direito no ordenamento jurídico.

Segundo Asensi, o direito à saúde, enquanto direito fundamental no Brasil, se insere na categoria dos chamados direitos de titularidade difusa e coletiva. E, em virtude da natureza destes direitos, no Brasil, consolidou-se o que se comumente denomina de litigância de interesse público, não se limitando individualmente, mas se referindo à coletividade.⁴⁴

Para que a Fazenda Pública possa, contudo, atuar da melhor e mais ampla maneira possível, é preciso que se lhe confirmem condições necessárias e suficientes para tanto. Nesse ponto, não parece que o direito à saúde tem

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl. 3.tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 49;282-283.

⁴⁴ ASENSI, Felipe Dutra. **Direito à saúde**: práticas sociais reivindicatórias e sua efetivação. Curitiba: Juruá, 2013.

recebido a atenção necessária que o direito demandaria, tanto em implantação de políticas públicas, como em destinação de verbas suficientes.

Cabe salientar que a saúde se rege pelos princípios da universalidade e igualdade de acesso às ações e serviços; e como o instrumento de efetivação de tal direito está no SUS, por meio do qual o Poder Público cumpre seu dever na relação jurídica de saúde, que tem como polo ativo qualquer pessoa ou a comunidade, posto que o direito à promoção e proteção à saúde também é um direito coletivo. A questão em discussão é o descumprimento pelo Estado da obrigação constitucional prevista no artigo 6º e 196 da CF/88 e na legislação ordinária.

Dessa forma, como o Poder Legislativo e Executivo não conseguem tornar efetivo o direito à saúde no Brasil, seja por inércia, falta de planos governamentais eficientes, falta de legislação ordinária que lhe regule a desorganização na administração dos recursos financeiros existentes, para não falar em corrupção ou desvio de verbas. Cabe ao Poder Judiciário como órgão fiscalizador e garantidor das normas constitucionais que é, quando acionado pelos cidadãos prejudicados, efetivar tal direito por meio de ordem judicial, até porque não pode ele compactuar com o desrespeito à Constituição e à dignidade do cidadão brasileiro.

Além do mais, a proteção judicial é absolutamente indispensável para tornar efetiva a aplicabilidade e o respeito aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal e no ordenamento jurídico em geral. Sendo, portanto, sua proteção pelas autoridades públicas, a base de qualquer estado democrático de direito. O Poder Judiciário torna o direito palpável, efetivo ao cidadão, já que as políticas públicas dos entes políticos não possuem eficácia plena. Por isso, ainda os juízes mais receosos quanto à efetividade de tal norma devem levar em consideração a literalidade dos artigos 6, 196 e 197 da CF/1988⁴⁵, evitando

⁴⁵ Art. 6º da CF/1988. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. Art. 196 da CF/1988. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Artigo 197 da CF/1988. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

ponderações desnecessárias sobre falta de recursos, não comprovada pelo Estado, e a alegada invasão de competência dos demais poderes, pois esse tem competência para exercer o controle recíproco (freios e contrapesos).

Mesmo que se fale em falta de recursos, cabe lembrar que os governantes têm suas responsabilidades na efetivação das políticas públicas, e, de modo geral, a eles cabem as responsabilidades administrativas decorrentes de seus mandatos. Ao administrador cabe a otimização dos recursos existentes, o que não se admite é que esse se escuse de seus deveres, com essa simples alegação, nem sempre comprovada. Se recursos não existem, cabe a esse, dentro de suas responsabilidades que lhe são inerentes, programar planos de otimização e aproveitamento dos recursos existentes de melhor forma.

No Brasil, as estratégias institucionais de reivindicações de direitos, como o direito à saúde, passam predominantemente pela via formal dos Conselhos e Conferências de Saúde, de um lado, e pela via das instituições jurídicas, de outro. A experiência brasileira revela que o cenário de efetivação do direito à saúde encontra-se amplamente relacionado à própria construção social de concepções dos usuários a respeito das vias institucionais como privilegiadas no processo de reivindicações de direitos. Isso demonstra que, a oficialidade estatal se apresenta como estratégia frequente de resolução de conflitos e efetivação de direitos, revelando-se como oportunidades políticas de alta concorrência.⁴⁶

É notória a difícil conciliação entre o direito fundamental à saúde e a exigência de sua efetividade, em detrimento das prerrogativas inerentes à Fazenda Pública, a adoção de políticas públicas primordiais, a escassez de recursos e todas as dificuldades enfrentadas pelo Estado no cumprimento das prerrogativas estabelecidas no texto constitucional.

2.3 Da problemática da reversibilidade do provimento antecipatório, em face da Fazenda Pública

A Fazenda Pública possui prerrogativas previstas em lei, porém, no que diz respeito ao deferimento da tutela provisória pleiteada a um cidadão, em face

⁴⁶ ASENSI, Felipe Dutra. **Direito à saúde**: práticas sociais reivindicatórias e sua efetivação. Curitiba: Juruá, 2013. p. 54.

do poder público, referente ao direito fundamental à saúde, a proibição da irreversibilidade passa a ter uma análise com base na excepcionalidade da medida.

Por certo que, a disponibilização de serviço de saúde, através da concessão de uma liminar contra a Fazenda Pública, não afrontaria qualquer dispositivo das Leis n.º 8.437/1992 e 9.494/1997, pois, nessa hipótese a interpretação deve ser restritiva.

A não concessão da tutela provisória, para alcançar o direito à saúde, principalmente quando se tratar de medida emergencial, onde o perigo de vida é iminente, acabaria por violar a garantia constitucional estabelecida nos Artigos 6 e 196 da Carta Magna, os quais asseguram o acesso igualitário aos serviços de saúde.

Nesse sentido, evidencia-se uma jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que compartilha desse entendimento, de que a irreversibilidade do provimento jurisdicional nessa hipótese deve ser relativizada. Aliás, parece ter sido pacificado esse entendimento, devido ao grande número de julgados.⁴⁷

⁴⁷ [...] EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. MILITAR. REINTEGRAÇÃO. ADIDO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC, NÃO CONFIGURADA. ARTS. 475, 515, 558, 588, E 730 DO CPC; 5º DA LEI 4.348/64; 1º, § 4º, DA LEI 5.021/66; 28 DA LEI 9.868/99; 106, II, 108, I A VI, 94, VI, E 124 DA LEI 6.880/80; 34 DA LEI 4.375/64; 52, 139, §§ 2º E 4º, DO DECRETO 57.654/66. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. ART. 2º-B DA LEI 9.494/97. PRESSUPOSTOS. REEXAME. SÚMULA 07/STJ.

1. Constatado que a Corte regional empregou fundamentação adequada e suficiente para dirimir a controvérsia, dispensando, portanto, qualquer integração à compreensão do que fora por ela decidido, é de se afastar a alegada violação do art. 535 do CPC.

2. A agravante limitou-se a apresentar razões genéricas sobre a negativa de vigência aos arts. 475, 515, 558, 588, e 730 do CPC; 5º da Lei 4.348/64; 1º, § 4º, da Lei 5.021/66; 28 da Lei 9.868/99; 106, II, 108, I a VI, 94, VI, e 124 da Lei 6.880/80; 34 da Lei 4.375/64; 52, item 3, 139, §§ 2º e 4º, do Decreto 57.654/66, não logrando demonstrar de que maneira o acórdão recorrido os teria violado. Incidência da Súmula 284/STF.

3. Esta Corte tem jurisprudência uniforme acerca a impossibilidade da antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, nos casos em que o seu deferimento gere acréscimo ou extensão de vantagens a servidor público, nos moldes da vedação contida no art. 1º da Lei 9.494/97. No caso em análise, todavia, a tutela antecipada foi concedida para permitir a reintegração provisória do agravado ao Exército Brasileiro, na condição de adido, para fins de tratamento de saúde, ato que não se encontra inserido nas vedações elencadas no art. 2º-B da Lei 9.494/97.

4. A aferição da existência ou não de perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, na forma do art. 273, § 2º, do CPC, exige a reapreciação de fatos e provas valorados pelo Tribunal *a quo*, o que é vedado pela orientação firmada na Súmula 7/STJ.

5. Agravo regimental não provido. (STJ, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 1393117/RS., 2011/0002320-0, 1ª Turma, D.J.E 27.05.2011, Ministro Relator Benedito Gonçalves). [...]

De outra monta, não considerar o perigo de irreversibilidade por ocasião do deferimento, ou do indeferimento, de uma tutela provisória contra o Poder Público, em demandas que envolvem prestações de serviços de saúde, representa, talvez, uma afronta ao próprio direito da coletividade, baseado num sistema igualitário e universal criado pelo Sistema Único de Saúde.

Nessa senda, sabe-se que o Poder Judiciário deve ser cauteloso na emissão de ordens judiciais, por exemplo, para a realização de exames e cirurgias, pois estaria dessa forma criando uma nova ordem de atendimentos, importando, talvez, o não acesso à saúde por outro cidadão.

Por certo que, na análise de um pedido de tutela provisória em face da Fazenda Pública, referente ao direito à saúde pressupõe uma análise detalhada dos requisitos processuais inerentes à concessão da medida, assim como, a verificação detalhada do caso concreto apresentado.

No que diz respeito à irreversibilidade da tutela provisória em detrimento da Administração Pública, também existem posicionamentos do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de cautela na concessão do provimento, inclusive, com reconhecimento do dever do cidadão beneficiado pela medida que tutelou a saúde, de devolver os valores recebidos em sede de tutela antecipada.⁴⁸

⁴⁸ [...] EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MEDICAMENTO. FORNECIMENTO. TUTELA IRREVERSÍVEL ANTECIPADA. EXCEÇÃO. DIREITO DE RECOMPOSIÇÃO DO PATRIMÔNIO. NATUREZA DO BEM JURÍDICO TUTELADO. PROIBIÇÃO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. 1. Hipótese em que, após a antecipação da tutela de forma irreversível (fornecimento de medicamentos pelo Estado), concluiu-se ser desnecessário o provimento de urgência. Contudo, não se reconheceu o direito da parte lesada de pleitear a recomposição de seu patrimônio indevidamente desfalcado, sob o argumento de que o bem jurídico tutelado (verba destinada a tratamento de saúde) possui natureza alimentar. 2. *Distinguishing*: inaplicabilidade do entendimento consagrado nas ações previdenciárias que versam sobre a irrepetibilidade do benefício pago a maior pelo Estado por ausência de similitude fática, com absoluta distinção de pressupostos concessivos. 3. De modo geral, constatado o perigo da irreversibilidade da tutela, ela não será concedida (art. 273, § 3º, do CPC). 4. Em casos excepcionais e devidamente justificados, pode o Judiciário deferir a medida de urgência, independentemente de sua reversibilidade. Precedentes do STJ. 5. A natureza do bem jurídico, tutelado por antecipação, ou sua irreversibilidade não impedem, por si sós, que a parte lesada em seu patrimônio possa pleitear a restituição. Aplicação da regra *neminem laedere* (a ninguém prejudicar) e da vedação ao enriquecimento sem causa. 6. O caráter de excepcionalidade da medida de urgência deve orientar a prestação jurisdicional nos casos em que sua concessão não mais se justifica, sob pena de beneficiar poucas pessoas em detrimento de muitas. Se o magistrado antecipa a tutela de forma injustificada, não pode permitir que uma decisão de caráter precário – posteriormente considerada indevida ou injusta – prevaleça sobre interesses mais abrangentes do que o individual do jurisdicionado, sob pena de conferir verdadeiro salvo-conduto para as lides temerárias. 7. Recurso Especial provido para reconhecer o direito do Estado de pleitear a restituição *in integrum* dos valores despendidos

Ainda, é preciso atentar-se para o fato de que a prestação de serviço de saúde também está adstrita à disponibilidade de recursos financeiros do Estado e tal verba destina-se a garantir às pessoas e à coletividade o bem-estar físico, assim como o mental. Porém, o direito fundamental à saúde, mesmo sendo um direito intrínseco à vida humana, também sofre restrições.

As observações da pesquisa empírica realizada evidenciam a preocupação do magistrado, na concessão de uma tutela de urgência, sem oportunizar ao réu o direito de defesa com a juntada, muitas vezes, de parecer médico a respeito da enfermidade em discussão. Na verdade, a irreversibilidade da antecipação de tutela nas demandas que buscam o acesso à saúde é notória, principalmente, quando se trata de tratamentos de alto custo, como no caso dos fármacos atualmente pleiteados, para o tratamento da Hepatite C.⁴⁹

Nessa senda, por ocasião das demasiadas exigências de provas documentais, para possibilitar a análise do pedido de tutela provisória, como laudo médico esclarecedor especificando se o paciente já fez uso dos fármacos disponíveis na listagem do SUS, certamente, o magistrado procura apurar detalhadamente o caso concreto, concedendo o direito antecipatório a quem realmente necessite, e, com tal atitude, acaba por proteger a Fazenda Pública do perigo de irreversibilidade do dinheiro público investido (mesmo que por decisão do Poder Judiciário).⁵⁰

2.4 O Positivismo jurídico e a valorização da hermenêutica jurídica no Direito brasileiro concernente às demandas de acesso à saúde

Sobre o contexto histórico que presidiu o nascimento do positivismo, observa-se que a reconstrução típico-ideal apresentada com a reforma levou ao advento do Estado de Direito liberal e do positivismo jurídico. O Estado absolutista impõe o “império da lei”, que passa a ser condição de possibilidade de coexistência pacífica em uma sociedade pluralista, onde os sujeitos, concebidos agora como indivíduos que perseguem seus próprios fins, não estão

a título de antecipação de tutela. (STJ, Recurso Especial n.º 1078011/SC, r2008/0169549-1, 2ª Turma, Ministro Relator Herman Benjamin, D.J.E 24/09/2010). [...]

⁴⁹ Observação feita, com base no quadro que está no apêndice deste trabalho e que resume a análise de conteúdo dos 70 (setenta) processos pesquisados.

⁵⁰ Observação feita, com base no quadro que está no apêndice deste trabalho e que resume a análise de conteúdo dos 70 (setenta) processos pesquisados.

limitados nas suas escolhas e atos por um *ethos* comum. Ainda, o Estado absolutista, que monopoliza a produção jurídica por meio da legislação, sendo a resposta institucional às incertezas da sociedade do mercado emergente. Posteriormente, no Estado Liberal, o valor dado à segurança alcança um patamar superior àquele realizado pelo Estado Absolutista. No Estado liberal, a ordem jurídica garante a segurança do indivíduo contra a ação do próprio Estado, pois aqui todo poder é competência jurídica. Enfim, o poder de criar o direito está condicionado juridicamente, e fora dos quadros descritos pela ordem jurídica, não há exercício legítimo do poder.⁵¹

Segundo Barroso, o positivismo jurídico foi a importação do positivismo filosófico para o mundo do direito, na pretensão de criar-se uma ciência jurídica, com características análogas às ciências exatas e naturais. Dessa forma, o positivismo tornou-se, nas primas décadas do século XX, a filosofia dos juristas. A teoria jurídica empenhava-se no desenvolvimento de ideias e de conceitos dogmáticos, em busca da cientificidade anunciada.⁵²

O positivismo é uma corrente de pensamento formulada, na França por Comte⁵³. O termo identifica a filosofia que busca seus fundamentos na ciência e na organização técnica e industrial da sociedade moderna. O método científico é o único válido para se chegar ao conhecimento. Já os juízos que não podem ser comprovados pelo método científico, como se verifica nos postulados da metafísica, não levam ao conhecimento e não tem valor.⁵⁴

Sendo que, inclusive, da análise da história brasileira, pode-se constatar que o Brasil sempre demonstrou simpatia pelo pensador Comte, que influenciou também este país com sua teoria da escola positivista, a ponto de seu lema ser inserido em nossa bandeira nacional republicana: “Ordem e Progresso”. Na obra

⁵¹ BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo**: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. São Leopoldo: Unisinos, 1999. p. 13-15.

⁵² BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 24-25.

⁵³ Augusto Comte viveu entre 1798-1857, pensador francês, considerado o fundador da sociologia. Desenvolveu a teoria do positivismo, e deixou frases famosas tais como “Ordem e Progresso” que é um dos conceitos imprescindíveis para a reorganização da sociedade. Outras frases dele que se tornaram célebres “Só há uma máxima absoluta, a de que nada há absoluto”. “Tudo é relativo, e só isso é absoluto”. (Extraído do livro *Discurso Sobre o Espírito Positivo*, p. 11).

⁵⁴ COMTE, Augusto. **Discurso sobre o espírito positivo**. Tradução de Antônio Geraldo da Silva. São Paulo: Escala, 2005. p. 58-59.

“Discurso Sobre o Espírito Positivo”, Comte defendeu o positivismo e esclareceu no que consistia o verdadeiro espírito desta teoria. Veja-se:

[...] o espírito positivo apresenta em sua extensão social, poderosas garantias diretas, não só científicas, mas também lógicas, que poderão logo ser julgadas muito superiores às vãs pretensões de uma teologia retrógrada que há vários séculos, degenerou cada vez mais um elemento ativo de discórdias, individuais e nacionais e se tornou incapaz de conter as divagações subversivas de seus próprios adeptos [...].⁵⁵

O positivismo, enquanto corrente filosófica defendida por Comte gerou o surgimento da sociologia enquanto ciência, com ideia de progresso real da nossa sociedade. Nesse sentido, o positivismo defende a ideia de que o conhecimento científico é a única forma de conhecimento verdadeiro, para que o progresso da humanidade seja alcançado. De acordo com o positivismo, uma teoria só pode ser considerada correta se ela for comprovada através de métodos científicos válidos, chamado de positivismo científico. Ademais, os conhecimentos ligados às crenças ou qualquer outro meio não comprovado cientificamente, não pode ser considerado.

O positivismo é uma postura científica que se solidifica de maneira decisiva no século XIX. O “positivo” a que se refere o termo positivismo é entendido como sendo fatos, os quais correspondem a uma determinada interpretação da realidade que engloba apenas aquilo que se pode contar, medir ou pesar ou, no limite, algo que se possa definir por meio de um experimento. No âmbito do direito, essa mensurabilidade positivista será encontrada primeiramente, no produto do parlamento, nas leis ou num determinado tipo de lei: os Códigos. Esse legalismo apresenta notas distintas, em virtude de se olhar esse fenômeno numa determinada tradição jurídica, como por exemplo, pode-se referir o positivismo inglês, numa perspectiva analítica, de cunho utilitarista; ao positivismo francês, no qual predomina o exegetismo da legislação; e ao alemão, no interior do qual é possível perceber o florescimento do chamado formalismo

⁵⁵ COMTE, Augusto. **Discurso sobre o espírito positivo**. Tradução de Antônio Geraldo da Silva. São Paulo: Escala, 2005. p. 58-59.

conceitual que se encontra na raiz da chamada jurisprudência dos conceitos (pandectismo).⁵⁶

O positivismo jurídico é uma corrente da teoria do direito, a qual procura explicar o fenômeno jurídico, a partir da análise das normas positivas, que foram inseridas em leis pela autoridade soberana de determinada sociedade. No Brasil, através da representação legislativa há a outorga de poderes aos parlamentares, a fim de representarem na tomada de decisões, apresentação de projetos e aprovação de legislações, que serão seguidas pela população. Então, estas autoridades passam a ter poder político para impor as normas jurídicas, inclusive ao Poder Judiciário.⁵⁷

Nessa senda, de acordo com o positivismo jurídico, uma regra pertencerá ao sistema jurídico, criando direitos e obrigações para seus destinatários, desde que emane de uma autoridade competente para a criação de normas. Ainda que estejam de acordo, com o procedimento previsto, para a edição de normas, respeitadas as questões de validade, assim como observadas as antinomias.

Então, o positivismo jurídico representa uma opção de neutralidade para o intérprete do direito, o qual não poderia se posicionar no que concerne aos conteúdos das normas, mas apenas descrevê-los, de maneira a preservar a vontade política expressa por aqueles que criaram as normas.

No que tange às experiências francesas e alemãs do positivismo, verifica-se a influência do direito romano, principalmente na área do direito privado. Por certo que a influência do direito romano era maior, em virtude do modo como o direito era estudado, do que propriamente pela criação das leis escritas. A ideia de solução de conflitos pela codificação permeava essas experiências, e, o que não se resolvia desse modo, buscava auxílio no direito romano, tendo uma função nítida de complementaridade.⁵⁸

Com o passar do tempo, desenvolveu-se a percepção acerca da incapacidade dos códigos abarcarem toda a realidade circundante,

⁵⁶ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. rev., atual. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 123.

⁵⁷ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. rev., atual. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 123-124.

⁵⁸ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. rev., atual. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 124.

principalmente em virtude dos embates teóricos acerca da existência de lacunas legislativas. Assim, para controlar o exercício da interpretação do direito, sem destruir a importância do apoio no direito romano, bem como para afastar elementos metafísicos desnecessários para a interpretação do direito, Streck propõe duas análises sucessivas. Num primeiro momento, a resposta será na Escola da Exegese, na França, e a Jurisprudência de conceitos, na Alemanha. Segundo essa perspectiva, a simples determinação rigorosa da conexão lógica dos signos que compõem a obra sagrada (código) seria o suficiente para resolver o problema da interpretação do direito. A analogia e os princípios gerais do direito aparecem aqui, como hipóteses excepcionais.⁵⁹

Seguindo a análise de Streck, num segundo momento, aparecem propostas de aperfeiçoamento do rigor lógico proposto pelo positivismo normativista. Nesse momento, surge o problema da indeterminação do sentido do direito. Nesse ambiente, nas primeiras décadas do século XX que aparece Hans Kelsen, o qual não pretende destruir a tradição positivista, mas afirmar que seu principal objetivo era reforçar o método analítico proposto pelos conceitualistas de modo a responder ao crescente desfalecimento do rigor jurídico, propagado pelo crescimento da Jurisprudência dos Interesses e da Escola do Direito Livre. Enfim, a abordagem pragmática de Kelsen, sobretudo, da Teoria Pura do direito, deve-se à importância do autor para a teoria do direito e pelo fato de ele próprio considerar sua obra importante para o positivismo jurídico. Kelsen afirmava que o problema da interpretação do direito é muito mais semântico do que sintático. Ele propõe a cisão entre o direito e ciência do direito determinando, de forma crucial, seu conceito de interpretação. De fato, também a interpretação, em Kelsen, será fruto da cisão, sendo a interpretação (autêntica) um ato de vontade que produz normas, no momento de sua aplicação. A interpretação autêntica seria capaz de criar direito, não por intermédio do conhecimento puro, mas pelo exercício de política jurídica, influenciada por

⁵⁹ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. rev., atual. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 124.

noções de justiça, moral dentre outras. Já a descrição das normas deveria ocorrer de forma objetiva e neutra.⁶⁰

A Teoria Pura do Direito, proposta por Kelsen propõe um método de correção de indeterminações no sentido das normas, trazendo um espaço para o órgão julgador poder decidir com base na sua interpretação da norma, de modo a relativizar um pouco a interpretação literal, podendo se valer também da moral ou mesmo da ética.

Segundo Bobbio, para entender o positivismo jurídico como ideologia, é necessário o seguinte:

[...] distinguir a versão forte ou extremista da versão fraca ou moderada do positivismo ético, sendo que a maior parte das críticas feitas pelos antipositivistas vale somente pela versão extremista e não pela moderada. Então, com referência ao positivismo extremista, deve-se observar: em primeiro lugar, muito raramente este foi sustentado coerentemente até suas extremas consequências pelos filósofos. Em segundo lugar, na história não se encontra um acordo permanente entre positivismo jurídico e positivismo ético extremista (salvo o caso de alguns juspositivistas alemães da segunda metade do século XIX, que adotaram a concepção hegeliana do Estado; mas é errôneo afirmar, como às vezes se faz, que tal concepção seja reencontrada em Jhering); o filão ítalo-francês e anglo-saxônico do positivismo jurídico são totalmente independentes dessa concepção ética [...].⁶¹

No que diz respeito ao positivismo ético moderado para Bobbio, esse está estreitamente conexo com o positivismo jurídico, mas são justificadas as críticas da extremidade *jus naturalista* que foram a eles redigidas, pois a versão moderada da ideologia *jus positivista* não leva em absoluto à estatolatria e ao totalitarismo político. Muito pelo contrário, essas considerações podem ser invertidas, em virtude de considerar a ordem, a igualdade formal e a certeza como os valores próprios do direito, o que representa uma sustentação ideológica em favor do Estado liberal e não do Estado totalitário ou, de qualquer outra maneira, tirânico.⁶²

Bobbio ainda traz o positivismo jurídico como teoria:

⁶⁰ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. rev., atual. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 124-126.

⁶¹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico:** lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Mora. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 234-235.

⁶² BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico:** lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Mora. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 236.

[...] O positivismo jurídico como teoria baseia-se em cinco concepções fundamentais (ou melhor, em seis, pois a concepção do ordenamento jurídico compreende os dois princípios da coerência e da completude do direito). Todas essas seis concepções foram submetidas à crítica, com a formulação de outro tanto de antiteorias; portanto, foram negadas: a) a teoria coativa do direito, a teoria legislativa do direito e a teoria imperativa do direito. b) a teoria da coerência do ordenamento jurídico, a teoria da completude do ordenamento jurídico e a teoria da interpretação lógica ou mecanicista do direito. Ora, sustentamos que as críticas às primeiras três teorias não são consistentes e, de qualquer maneira, tais teorias permanecem intactas na sua essência, mesmo depois que se deu conta das objeções a elas dirigidas. A crítica às últimas três teorias é, pelo contrário, fundada. De fato: a) um ordenamento jurídico não é necessariamente coerente, porque podem coexistir no âmbito do mesmo ordenamento duas normas incompatíveis e serem ambas válidas; b) um ordenamento jurídico não é necessariamente completo, porque a completude deriva de uma norma geral exclusiva, ou norma de clausura, que na maior parte dos casos – excluindo o direito penal – não existe; c) a interpretação do direito feita pelo juiz não consiste jamais na simples aplicação da lei com base num procedimento puramente lógico. Mesmo que disto não se dê conta, para chegar à decisão ele deve sempre introduzir avaliações pessoais, fazer escolhas que estão vinculadas ao esquema legislativo que ele deve aplicar [...]. As três primeiras teorias, na verdade, constituem as pilstras de tal teoria, enquanto as três últimas têm uma importância somente secundária. Podemos assim falar de uma teoria juspositivista em sentido estrito e de uma teoria juspositivista em sentido amplo, em conformidade com as quais se reúnem integralmente todas essas seis concepções, se não se reúnem apenas as primeiras três [...].⁶³

Além disso, para Bobbio, o positivismo jurídico como método, não possui distinções a serem feitas e o discurso é muito breve. Como ciência consiste na descrição avaliatória da realidade, o método positivista é pura e simplesmente o método científico. E, esse método é necessário ser adotado, se há pretensão de fazer ciência jurídica ou teoria do direito. Não sendo adotado, não se fará ciência, mas filosofia ou ideologia do direito.⁶⁴

Por fim, sobre os três aspectos, nos quais se pode distinguir o positivismo jurídico (enquanto ideologia, como teoria e como método), Bobbio conclui que aceitou o positivismo em sentido amplo e em sentido estrito; no que concerne à ideologia, embora seja contrário à versão forte do positivismo ético, aceitando mais a versão fraca, ou o positivismo moderado.⁶⁵

⁶³ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Mora. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 234-238.

⁶⁴ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Mora. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 234-235.

⁶⁵ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Mora. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 238.

Com base no exposto pelos autores e nas observações da pesquisa empírica realizada, verifica-se uma preocupação dos magistrados que analisam demandas de acesso à saúde, principalmente em cognição sumária, de realizarem uma interpretação dos dispositivos constitucionais, de modo a buscarem a aplicação da justiça. Para isso, muitas vezes, são utilizados pareceres médicos especializados, bem como instruções normativas dos órgãos que regulam a saúde no Brasil⁶⁶, de modo a formar o convencimento mais correto para cada caso apresentado. Nesse sentido, é possível afirmar que, o positivismo é relativista sim, deixando ao magistrado uma margem de discricionariedade.⁶⁷

Demandas que envolvem o direito à saúde exigem que o magistrado faça uma análise mais rigorosa do que é pleiteado, face à importância do direito à vida e à saúde, bem como pelo fato de estar gerindo, naquele momento, o dinheiro público, direcionamento a verba para aquela parte que necessita e pleiteia junto ao Poder Judiciário, mesmo que existem políticas públicas referentes a essa prioridade. O contexto apresentado e as peculiaridades do caso é que irão determinar a concessão ou não do direito, muito mais do que a aplicação direta dos ditames da Carta Magna e da legislação pertinente.

Nesse contexto, evidencia-se a importância da hermenêutica jurídica, a qual busca a interpretação das normas jurídicas, estabelecendo métodos para compreensão do texto legal, onde o magistrado analisa os elementos textuais e extratextuais da norma jurídica, a fim de chegar a uma compreensão.

A norma já é produto da interpretação, por isso, busca-se na interpretação autêntica a exata compreensão do que o legislador buscou demonstrar no texto legal, no momento da criação da norma. Assim como, também de suma importância, tem-se a interpretação doutrinária e a jurisprudencial, sendo que a primeira enaltece a compreensão de estudiosos acerca de uma certa norma, considerando também critérios históricos e diversos contextos. Já a jurisprudencial se vale daquelas decisões já produzidas pelo Judiciário, como sentenças e acórdãos, os quais reproduzem a discussão legal

⁶⁶ Verificou-se isso em alguns processos pesquisados, como por exemplo, nos autos do Processo n.º 001/1.15.0110862-0, 001/1.15.0000219-5. Ambos processos tramitam na 10ª Vara da Fazenda Pública do Foro Central da Comarca de Porto Alegre/TJRS.

⁶⁷ Observação feita, com base no quadro que está no apêndice deste trabalho e que resume a análise de conteúdo dos 70 (setenta) processos pesquisados.

de um litígio em concreto, mas que demonstra a análise interpretativa de normas legais.

2.5 A importância do intérprete, segundo Zygmunt Bauman

Segundo Bauman, a pós-modernidade é algo diferente da modernidade, tendo como significado a mudança da própria forma de viver. Na pós-modernidade, o propósito e a ambição que fizeram a real diferença entre as tradições anteriores da modernidade e a forma própria e emergente de vida, que de maneira relutante e cautelosa, o autor chamou de pós-modernidade por falta de nome melhor. Os conceitos de modernidade e pós-modernidade não são utilizados por Bauman como equivalente das oposições, em aparências semelhantes, com as quais, são muitas vezes confundidos – “sociedade industrial” e “pós-industrial”, ou sociedade capitalista e pós-capitalista. Também não são empregados sinônimos de modernidade e pós-modernismo.⁶⁸

Sobre essa fase de transição, Bauman assim assevera:

[...] De modo algum estou afirmando que o modo pós-moderno constitui um avanço em relação ao moderno, que os dois possam ser arranjados numa sequência progressiva em qualquer dos possíveis significados da ideia confusa de 'progresso'. Além disso, não acredito que a modernidade, como um tipo de modo intelectual, tenha sido substituída, de forma conclusiva pelo advento da pós-modernidade, ou que esta última tenha refutado a validade da primeira (se é possível refutar alguma coisa adotando uma postura coerentemente pós-moderna). Estou interessado apenas em entender as condições sociais sob as quais o surgimento dos dois modos foi possível; e os fatores responsáveis por seus destinos e suas sortes em transformação [...].⁶⁹

Os intelectuais tinham posição de destaque na modernidade, sendo constituídos por um efeito combinado de mobilidade e autorrecrutamento. Ao termo “intelectuais” era ligado o Iluminismo, porém na transição da modernidade com a pós-modernidade ocorre o divórcio entre os Estados e Intelectuais, como assim afirma Bauman: “[...] os intelectuais foram, por assim dizer, liquidados como classe, isto é, foram coletivamente expropriados de sua função

⁶⁸ BAUMAN, Zygmunt. **Legisladores e intérpretes**: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

⁶⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Legisladores e intérpretes**: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. p. 22.

compartilhada de gerar e promover valores que o Estado e seus súditos devem implementar e observar [...]”.⁷⁰

Para o autor, o conceito de intelectual não se referia a quaisquer características reais ou postulados, os quais pudessem ser atribuídos a uma categoria específica de pessoas em sociedade. Supõe-se que, se a categoria de intelectuais nunca foi, e nunca poderá ser autosuficiente em termos de definição, e que nenhuma definição corrente que proponha concentrar a atenção nos traços da categoria pudesse explicar sua posição e seu papel dentro da sociedade mais ampla, podendo penetrar o nível de legitimação da configuração social que esses traços de fato legitimam. Bauman tratou, em sua obra, da categoria dos intelectuais, como um elemento estrutural no interior da figuração social, sendo um elemento definido pelo papel desempenhado, sua produção e desenvolvimento da figuração.

Então, com a dissociação do Estado dos intelectuais, o poder de julgamento ficou longe de suas mãos, tendo assim experimentado o mundo como um universo, sem valores dignos desse nome. Assim, a incerteza se estende até a questão mais importante, que é a mutação na posição social e no papel dos intelectuais. Foram evidenciados muitos sinais, de que a função tradicional desempenhada ou pretendida, representada pela metáfora dos “legisladores” foi sendo, aos poucos, substituída pelo papel mais bem expresso da metáfora de “intérpretes”.⁷¹

Segundo Bauman, o novo papel desempenhado pelos intelectuais em um mundo plural, sem dúvida, é a função de intérpretes. Esse papel central do intérprete em um mundo plural deve-se, pois, dele depende a comunicação entre tradições culturais diversas. O intérprete faz a promoção da arte da conversação civilizada entre tradições diversas e essa ponte de comunicação pode ser considerada, como a redescoberta da hermenêutica. Em contrapartida, os intelectuais nessa nova realidade, desempenham apenas uma função residual, já que atuam apenas dentro das comunidades, deixando o espaço privilegiado entre as comunidades para os intelectuais-intérpretes.

⁷⁰ BAUMAN, Zygmunt. **Legisladores e intérpretes**: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. p. 173.

⁷¹ BAUMAN, Zygmunt. **Legisladores e intérpretes**: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. p. 174-175.

Ao analisar os marcos epistemológicos delineados por Baumann, acerca do pensamento intelectual, que o mesmo procurou dividir em modernidade e pós-modernidade, se depara em dois momentos distintos, e muito bem ilustrados através de metáforas do legislador e do intérprete.

Decerto que, analisando de um lado, a atuação do legislador brasileiro limitado, por sua “submissão” ao império da Constituição; e, de outro, o modelo tradicional dedutivista de aplicação da lei, pelo julgador, característico da operação lógico-formal da subsunção, revela-se insuficiente no contexto de ampliação da margem de apreciação judicial. Especialmente na concretização de princípios, abrindo margem para o recurso da operação argumentativa da ponderação, o que não raro faz questionar sobre o papel criativo de juízes e tribunais.

A expressão trazida por Bauman “Ascensão do Intérprete” é condizente com o momento atual da dogmática jurídica. Através da metáfora do intérprete, observa-se que a vida jurídica fica cada vez mais dependente da pessoa que interpreta o direito. Assim, ele deve interpretá-lo em consonância com o sentimento social, instrumentalizado através dos princípios, o que torna sua missão, ainda mais complexa.

No âmbito do direito à saúde, a questão toma uma dimensão ainda maior, isso porque, as pessoas têm sentimentos sociais distintos. As pessoas são produtos da história, e não há mais soluções unívocas, sempre existindo diferentes posicionamentos acerca da mesma questão.

Por certo que se vive um tempo de transformações sociais aceleradas, interconectadas nas quais as dissoluções dos laços afetivos e sociais são o cerne da questão pode demonstrar uma suposta sensação de liberdade ao intérprete, no qual deve ser observado com a devida cautela, traz em seu avesso a evidência do desamparo social em que se encontram.

3 BREVE PERSPECTIVA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE NO DIREITO BRASILEIRO

3.1 Do Direito fundamental à saúde na Constituição Federal de 1988

O direito à saúde integra o conceito de qualidade de vida, porque as pessoas em bom estado de saúde não são as que recebem bons cuidados médicos, mas sim aquelas que moram em casas salubres, comem uma comida sadia, em um meio que lhes permite dar à luz, crescer, trabalhar e morrer.⁷²

Schwartz assevera que a qualidade de vida faz parte da saúde, que, por sua vez, é um processo sistêmico. Logo, a qualidade de vida também é um processo e também é sistêmica. O conceito de saúde age diretamente sobre o conceito de qualidade de vida, de acordo com as novas concepções doutrinárias. Uma variedade de direitos compõe, interage, influi e modifica a qualidade de vida. Esses direitos podem ser chamados de direitos afins ao direito à saúde e direitos afins à qualidade de vida, e que influirão no conceito de saúde. Dessa forma, com base na análise da doutrina e da jurisprudência, pode-se afirmar que os direitos afins ao direito à saúde são (sem excluir novos direitos que porventura surjam e sem querer ser taxativo): direito à proteção do meio ambiente, direito à educação, direito à moradia, direito ao saneamento, direito ao bem-estar social, direito ao trabalho e à saúde no trabalho, direito à proteção da família, direito da seguridade social, direito à saúde física e psíquica, direito de morrer dignamente, direito de informação sobre o estado de saúde e nutrição, direito a não ter fome, direito à assistência social e direito de acesso aos serviços médicos.⁷³

Então, o Direito está diretamente ligado à saúde, porque examina as normas que devem garantir ao cidadão o direito de levar uma vida saudável, que lhe permita possuir todos os benefícios que lhe são garantidos constitucionalmente de forma a conduzi-lo a construção de uma “qualidade de vida” compatível fisicamente, mentalmente e juridicamente.

⁷² DUARTE, Francisco Carlos. Qualidade de vida: a função social do estado. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo**, n. 41, jun. 1994. p. 164-179.

⁷³ SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 40-41.

A Constituição do Império (1824) foi a Carta com algumas inovações no aspecto social, sinalizando para os direitos humanos do século XX, muito embora ainda contivesse forte conteúdo liberal (próprio da época), e, também, estivesse impregnada de forte herança absolutista. Todavia, o corpo do texto constitucional imperial, em nenhum momento, normatiza, regulamenta ou coloca como princípio o direito à saúde. Fato compreensível ante o contexto histórico-político do séc. XIX. Vale lembrar que o Brasil, recém-declarado independente, iniciava a construção de uma nova sociedade nos trópicos. Escassos eram os hospitais e os serviços de vigilância sanitária, para não dizer inexistentes. Entender a saúde, à época, era visualizá-la como uma (des)graça das divindades. Não cabia ao Estado interferir nessa questão, quanto mais um Estado Liberal como aquele apregoado pela Constituição do Império.⁷⁴

As Constituições Federais de 1934 e a de 1946 iniciaram no Brasil, o processo de formação de um Estado Social, pois garantiram direitos sociais como a assistência social, a moradia, educação, etc., objetivando a proteção do trabalhador.

A Constituição de 1934 representa a pretensa inauguração de um Estado Social brasileiro. Nela se podem localizar preocupações sanitárias. Elaborou, inclusive, uma fórmula que foi adotada pelo constituinte de 1988. Em seu art. 10, II, confere competência concorrente à União e aos Estados em relação à saúde, responsabilizando-os quanto à matéria. A Carta outorgada de 1937, contudo, silenciou sobre o tema, assim como a Constituição de 1946. Mas foi com a entrada em vigor, em 1º de janeiro de 1948, da Constituição da República Italiana, que os fenômenos de saúde e doença passaram a ser tratados como processos biológicos e sociais. A saúde já não é concebida apenas como um fator de produtividade, mas como um direito do cidadão.⁷⁵

No âmbito internacional, a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 e, mais tarde, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966, carregam em si os objetivos que levaram à própria criação da Organização das Nações Unidas – ONU – após a falência da Liga das Nações na política

⁷⁴ SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 44.

⁷⁵ SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 44-45.

internacional e o desrespeito ao genocida cometido contra o ser humano durante a II Guerra Mundial. Com efeito, a criação da ONU procurou atender, entre outros, à construção de uma ordem mundial fundada em novos conceitos de Direito Internacional, que fizeram frente à doutrina da soberania nacional e à exarcebação do positivismo jurídico. A Declaração Universal dos Direitos do Homem transformou-se numa espécie de horizonte moral da humanidade, num código de princípios e valores universais, revigorando e reforçando a ideia de universalidade dos direitos humanos como direitos de toda pessoa.⁷⁶

A Declaração Universal dos Direitos do Homem⁷⁷, aprovada pela Assembleia Geral da ONU, em 10 de dezembro de 1948, elencou a saúde como elemento de cidadania, sem seu artigo 25:

Artigo 25º. 1. Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.
2. A maternidade e a infância têm direito a ajuda e a assistência especiais. Todas as crianças nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozam da mesma proteção social.

Entretanto, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que entrou em vigor em 03 de janeiro de 1976, dispõe que:

Artigo 12: 1. Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda a pessoa ao desfrute do mais alto nível possível de saúde física e mental.
2. Entre as medidas que deverão adotar os Estados Partes no Pacto a fim de assegurar a plena efetividade desse direito, figuram as necessárias para: a) A redução da natimortalidade e da mortalidade infantil, e o desenvolvimento sustentável das crianças; b) A melhoria em todos os aspectos da higiene do trabalho e do meio ambiente; c) A prevenção e o tratamento das enfermidades epidêmicas, endêmicas, profissionais e de outra natureza, e a luta contra elas; d) A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.⁷⁸

⁷⁶ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 25.

⁷⁷ DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM. Disponível em: <<http://www.pcp.pt/actpol/temas/dhumanos/declaracao.html>>. Acesso em: 30 abr. 2017.

⁷⁸ DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito sanitário**. São Paulo: Verbatim, 2010. p. 19.

O conceito de saúde adotado nos documentos internacionais relativos aos direitos humanos é o mais amplo possível, abrangendo desde a típica face individual do direito subjetivo à assistência médica. Em caso de doença, até a constatação da necessidade do direito do Estado ao desenvolvimento, personificada no direito a um nível de vida adequado à manutenção da dignidade humana. Isso sem esquecer o direito à igualdade, implícito nas ações de saúde de caráter coletivo tendentes a prevenir e tratar epidemias ou endemias, por exemplo. Por fim, não há dúvida de que o conceito de saúde acolhido pelo direito contemporâneo abarca, em todas as suas facetas, aspectos ligados à organização internacional, seja ela mais diretamente ligada à economia, ou à tecnologia, ou à movimentação das pessoas, ou à ordem institucional.⁷⁹

No âmbito nacional, a partir do contato entre diversos subsistemas sociais no processo histórico de redemocratização do país, após um longo período de ditadura militar, chegou-se a uma nova conformação dos processos de comunicação social, generalizando as novas expectativas normativas e resultando no reconhecimento da tutela do direito à saúde. No tocante ao direito à saúde, as expectativas normativas e a própria redefinição das funções do Estado brasileiro, em matéria de políticas públicas de saúde, previstas na Carta Magna de 1988 resultam de um longo período de organização dos processos de comunicação e da interligação dos diversos sistemas sociais, marcado pela generalização de expectativas em torno da redemocratização e da redução das desigualdades sociais do país, causando um impacto concreto nas novas interações entre diversos atores sociais na luta pela concretização da saúde.⁸⁰

Então, a partir do contexto que coloca o direito à saúde como resultado da constitucionalização observa-se que esse direito deve ser compreendido também, sob a ótica de um conjunto de prestações do Estado para com o cidadão, sendo que essas visam não apenas minimizar ou elidir as

⁷⁹ DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito sanitário**. São Paulo: Verbatim, 2010. p. 20.

⁸⁰ MARTINI, Sandra Regina. Saúde, direito e transformação social: um estudo sobre o direito à saúde no Rio Grande do Sul. In: MARTINI, Sandra Regina. Sistema da saúde e transformação social. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 49-66. p. 60.

enfermidades, como também garantir o pleno desenvolvimento de uma vida saudável.⁸¹

A redemocratização intensificou o debate no Brasil, sobre a universalização dos serviços públicos de saúde. Porém, o momento culminante do “movimento sanitarista” foi a Assembleia Constituinte, em que se deu a criação do Sistema Único de Saúde. A Constituição Federal estabeleceu, no artigo 196⁸², que a saúde é um direito de todos e direciona como um dever do Estado. Além disso, o mesmo dispositivo institui o acesso universal e igualitário a esse direito. A partir da Constituição Federal de 1988, a prestação do serviço público de saúde não mais estaria restrita aos trabalhadores inseridos no mercado formal, como era anteriormente, mas para todos os brasileiros, independentemente de vínculo empregatício, passando a ser titulares do direito à saúde.⁸³

Somente com a promulgação da Constituição Cidadã de 1988, é que o Brasil positivou o tema, ou seja, 40 anos após a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em que pesem os discursos nesse sentido de Rui Barbosa (ainda no séc. XIX), e o forte movimento de reforma sanitária ocorrido nos anos 80.⁸⁴

Resta cristalino o atraso constitucional brasileiro no que tange à colocação do direito à saúde como princípio constitucional e elemento de cidadania dos brasileiros.⁸⁵

Na Constituição Federal de 1988, a saúde ganhou *status* de direito fundamental. A Constituição Federal Brasileira apresenta em seu Título II, Capítulo II, os direitos e garantias fundamentais, enquanto o Título VIII, Capítulo II, Seção II dedica-se exclusivamente à saúde. O direito à saúde é citado em

⁸¹ MARTINI, Sandra Regina. Saúde, direito e transformação social: um estudo sobre o direito à saúde no Rio Grande do Sul. In: MARTINI, Sandra Regina. Sistema da saúde e transformação social. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 49-66. p. 60-61.

⁸² Artigo 196 da CF/1988. “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco da doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

⁸³ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** 2009. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal/conhecimento-juridico/artigos-juridicos/detalhe-122.htm>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

⁸⁴ SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 47.

⁸⁵ SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 48.

diversos artigos da Constituição. No Título II, Capítulo II destaca-se o artigo 6º, com o seguinte texto: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

A saúde é um bem da sociedade e deve ser preservado e garantido pelo Estado, já que constituiu base para a qualidade de vida da pessoa humana, além de ser intrinsecamente ligado com o direito à vida.

O artigo 196 da Constituição Federal de 1988 prevê expressamente o direito à saúde, e, a partir disso está a sociedade que exerce o papel de legitimadora e legitimante, o fundamento que institui de fato tal direito. O direito à saúde está amparado na autoaplicabilidade, que lhe é conferida a partir do caso concreto ligada ao conteúdo de autonomia, para então desenvolver-se como tal. Segundo a doutrina, o direito à saúde é uma norma programática, determinável de acordo com a autonomia, que estipula a ligação da saúde à prestação estatal. Assim, acaba por estabelecer-se um binômio no que tange à sua aplicabilidade.⁸⁶

Com o advento da Constituição de 1988 e as intensas reivindicações de uma pluralidade de grupos sociais e políticos no Brasil, a saúde foi alçada à categoria de direito fundamental, cujo imperativo é a prestação positiva do Estado no sentido de concretizá-la e ampliá-la a todos os cidadãos. A universalidade da saúde foi acompanhada de sua institucionalização normativa, o que possibilitou a cristalização de princípios, normas e diretrizes que seriam desenvolvidos nos anos seguintes, principalmente com a criação do Sistema Único de Saúde (SUS).⁸⁷

A Constituição Federal de 1988 acolhe a ideia de universalidade dos direitos humanos, na medida em que consagra o valor da dignidade humana como princípio fundamental do constitucionalismo inaugurado em 1988. Ademais, a carta maior estabeleceu no seu art. 6º que são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados e

⁸⁶ MARTINI, Sandra Regina. Saúde, direito e transformação social: um estudo sobre o direito à saúde no Rio Grande do Sul. In: MARTINI, Sandra Regina. Sistema da saúde e transformação social. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 49-66.

⁸⁷ ASENSI, Felipe Dutra. **Direito à saúde**: práticas sociais reivindicatórias e sua efetivação. Curitiba: Juruá, 2013. p. 134.

ainda apresenta uma ordem social, que fixam como direitos de todos e deveres do Estado, garantindo mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.⁸⁸

A ordem constitucional acabou por alargar as tarefas do Estado, incorporando fins econômico-sociais, positivamente vinculantes das instâncias de regulação jurídica. A política deixa de ser concebida como um domínio juridicamente livre e constitucionalmente desvinculado. Os domínios da política passam a sofrer limites, mas também imposições, por meio de um projeto material vinculativo, surgindo uma verdadeira configuração normativa da atividade política.⁸⁹

Por derradeiro, partindo do pressuposto que a saúde é condição indispensável à garantia da vida humana, e que valor maior terá à vida se ela for vivida com decência, outra não poderia ser a ponderação quanto à impossibilidade de se dissociarem os vetores da dignidade da pessoa humana do direito à vida e à saúde.

Nesse sentido, Sarlet equipara vida digna à vida saudável, aproximando os conceitos de qualidade de vida e dignidade da pessoa humana: o complexo bem-estar físico, mental e social densifica o princípio da dignidade da pessoa humana, pois não se imagina que condições de vida insalubres e, de modo geral, inadequadas, sejam aceitas como conteúdo de uma vida com dignidade. Esse entendimento respalda a afirmação da justiciabilidade do direito à saúde, inclusive quanto às prestações materiais originárias e ao menos naquilo que diz respeito à proteção da dimensão de dignidade humana que integre o conteúdo do direito à saúde.⁹⁰

O direito à saúde não é apenas o acesso ao tratamento e aos medicamentos. O direito à saúde é um instituto muito mais amplo e precisa estar relacionado a uma série de fatores, como uma boa alimentação, à assistência

⁸⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direitos fundamentais sociais. In: CANOTILHO, J. J. Gomes. **Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos**: desafios e perspectivas de Flávia Piovesan. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 54-55.

⁸⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direitos fundamentais sociais. In: CANOTILHO, J. J. Gomes. **Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos**: desafios e perspectivas de Flávia Piovesan. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl. 3.tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

social ao trabalho, à moradia digna com saneamento básico. O direito fundamental à saúde é importante porque é uma questão de cidadania e pertence à coletividade, pois o direito à saúde constitui direito de todos e dever do Estado, a partir do acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Sarlet afirma que os direitos fundamentais de primeira dimensão foram reflexos do pensamento liberal-burguês do século XVIII. Por derradeiro, o processo de industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que acompanharam esse processo, paralelo ao reconhecimento de direitos de liberdade e igualdade, acabou no decorrer do século XIX, atribuindo ao Estado um comportamento positivo na realização da justiça social. Então, surgem os direitos fundamentais de “segunda dimensão”, traçando direitos de cunho assistencialista ao cidadão, onde o Estado possui papel fundamental, já que será ele que outorgará ao indivíduo, direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação e trabalho, etc.⁹¹

No entanto, os direitos ditos de segunda dimensão só foram consagrados nos textos constitucionais após a 2ª Guerra Mundial, como resposta à situação história vivenciada no momento anterior. Essa previsão em um número significativo de Constituições, nesse período histórico, teve a pretensão de trazer uma justiça social, em resposta a reivindicações das classes menos favorecidas como modo de compensação.

Os direitos fundamentais estão em permanente reconhecimento pelos Estados Democráticos de Direito, sendo de conhecimento de todos que os direitos fundamentais são ditos de 1ª, 2ª e 3ª gerações, sendo que alguns doutrinadores já reconhecem a existência da 4ª e da 5ª gerações. Mais especificadamente, os direitos de 1ª geração são denominados de direitos de defesa do cidadão frente ao Estado, e, no que diz respeito aos direitos de 2ª geração, esses concedem maior participação dos cidadãos no poder político. Por

⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo e eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 10, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 01 abr. 2017. p. 47-48.

fim, os direitos de 3ª geração dizem respeito a uma prestação positiva do Estado.⁹²

Mendes salienta que os direitos de segunda geração são chamados de direitos sociais, pois se ligam a reivindicações de justiça social. Por conseguinte, os direitos fundamentais de terceira geração possuem titularidade difusa ou coletiva, citando o direito à paz, ao desenvolvimento, à qualidade do meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural. Essa concepção dos direitos fundamentais em gerações têm o propósito de situar os diferentes momentos em que os direitos fundamentais foram surgindo, sem significar que os direitos previstos num momento histórico tenham sido suplantados por aqueles que surgiram posteriormente.⁹³

Diversamente às classificações apresentadas, tanto na tipologia de dimensões, como na nomenclatura de gerações, Silva traz a classificação dos direitos fundamentais, segundo o agrupamento geral, não aceitando a separação em gerações e dimensões. Então, os direitos fundamentais seriam classificados em: direitos individuais, direitos à nacionalidade, direitos políticos, direitos sociais (direito à saúde), direitos coletivos e direitos solidários.⁹⁴

No que diz respeito às classificações dos direitos fundamentais, observa-se que a classificação apresentada por Sarlet é baseada numa postura coerente de complementaridade entre as dimensões, já que o advento de outras dimensões não teve o propósito de aniquilar as anteriores, mas, tão somente crescer. Em verdade, as dimensões dos direitos fundamentais apenas trazem uma tipologia mais coerente, pois o termo “gerações” poderia trazer o significado errôneo de invalidação da categoria anterior. Enfim, a palavra que definiria o propósito do autor com a apresentação da classificação, em categorias chamadas dimensões, seria a ideia de “unidade”.

O direito à saúde, não é apenas um direito de segunda geração ou segunda dimensão, mas de todas as gerações ou dimensões, pois saúde é vida e está relacionada ao ser humano e aos direitos sociais. A saúde deve ser prestada por políticas públicas adequadas do Estado. Assim, não basta o

⁹² RIBEIRO, Diógenes V. Hassan. O permanente reconhecimento dos direitos fundamentais. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, v. 22, p. 147, 2000. p. 147.

⁹³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 135-138.

⁹⁴ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 38. ed. ver. e atual. até a Emenda Constitucional n. 84, de 02.12.2014. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 184-186.

controle repressivo da doença, mas as condições que possam dar ao ser humano uma vida digna para que possa ter um cuidado com a saúde.

3.2 O problema da efetivação do Direito à saúde no Brasil e a consequente judicialização

Bobbio, ao falar sobre “Presente e futuro dos direitos do homem”, afirma que o problema atual em relação a esses direitos não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Não nega que existia uma crise dos fundamentos filosóficos desses direitos, e que se deve reconhecê-la, porém indica que a tarefa, urgente e atual, é muito mais modesta, embora também mais difícil, que é a de buscar, em cada caso concreto, os vários fundamentos possíveis. Esse empreendimento deve ser acompanhado pelo estudo de condições, dos meios e das situações nas quais esse ou aquele direito pode ser realizado, não se dissociando o problema dos fins do problema dos meios. Ademais, busca identificar qual é o modo mais seguro para garanti-los, e para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.⁹⁵

Bobbio afirma que o direito à saúde é reconhecido formalmente como um direito humano fundamental à preservação da vida e da dignidade humana, enquadrado como um direito fundamental histórico. Pode-se dizer que, nesse aspecto, que há absoluta concordância entre o direito vigente, nas leis internacionais e nacionais, e a moralidade comum.⁹⁶

Nesse sentido, crê-se que o respeito e a proteção do direito à vida e à saúde sejam obrigações morais e legais simples de serem cumpridas; todavia, ao contrário, é terrivelmente complicado, pois o consenso geral quanto aos direitos humanos induz a crer que tenham um valor absoluto, que de fato não tem. A expressão tão genérica, abrangente e heterogênea desses direitos permite uma relativização que traz dificuldades teóricas e práticas, no momento de sua realização, de diversas ordens: filosóficas, políticas, jurídicas, sociais, econômicas, culturais e técnico-científicas. As dificuldades de se articular esses elementos e estabelecer acordos necessários sobre o conteúdo e o modo de

⁹⁵ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 24-25.

⁹⁶ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 04.

garanti-los têm sido o distanciamento entre o direito vigente na lei e o direito vivido na prática por milhões de pessoas, em todo o mundo.⁹⁷

A grande quantidade de demandas judiciais no âmbito da saúde reflete a busca da efetividade de um aspecto desse direito, que é o acesso aos meios materiais para seu alcance. No Brasil, conforme previsão constitucional, o Estado é o principal responsável e cumula deveres legais de proteção da saúde, no âmbito individual e coletivo, e o de prover os meios para o cuidado dos cidadãos.

Os estudos feitos no Brasil, sobre o tema da efetividade do direito à saúde têm demonstrado algumas deficiências e insuficiências do sistema de saúde, assim como o acesso desse direito via judicial, já que o país deveria responder de forma satisfatória suas responsabilidades sanitárias.

A Constituição Federal de 1988 já temendo eventual omissão do Poder Público na efetivação das normas constitucionais, estabelece alguns institutos que visam combater a inércia estatal: aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. Esses institutos, com a positivação da inafastabilidade do controle jurisdicional, promoveram uma expansão do papel do Poder Judiciário, que não pode mais se limitar a evitar ações abusivas do Poder Público, devendo realizar, também, controle efetivo das omissões arbitrárias, especialmente quando essas afetam os direitos fundamentais, acarretando a desarmonia da ordem jurídica. Há, assim, a necessidade de um redimensionamento da clássica separação dos poderes.⁹⁸

A concessão de prestações sociais a determinados indivíduos tem reflexos orçamentários. O Estado destina uma determinada despesa em relação ao direito prestacional à saúde, definindo quais medicamentos e tratamentos serão financiados. O Poder Judiciário quando intervém, deferindo medicamentos e tratamentos não previstos anteriormente, acaba causando um impacto no orçamento público. E, analisando sob a ótica orçamentária, o deferimento de uma demanda judicial que tenha como objeto o pedido de medicamento ou tratamento não previsto nas políticas públicas de saúde, ocasionará um impacto

⁹⁷ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 04.

⁹⁸ ROCHA, Eduardo Braga. **A justiciabilidade do direito fundamental à saúde no Brasil**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011. p. 143.

orçamentário grande, considerando o total destinado para os serviços e ações na lei orçamentária da União.⁹⁹

A pesquisa empírica demonstrou que a demanda judicial mais recorrente no âmbito do direito à saúde diz respeito a pedidos individuais de medicamentos. Assim, os pedidos judiciais se respaldam numa prescrição médica e na suposta urgência de obter aquele insumo, ou de realizar um exame diagnóstico ou procedimento, considerados capazes de solucionar determinada necessidade ou problema de saúde, buscando a efetividade no âmbito individual.¹⁰⁰

Referente ao acesso à saúde, através da via judicial é importante relembrar o caso emblemático da STA 91 (Suspensão de Tutela Antecipada 91) que envolvia o fornecimento de medicamentos para o tratamento de pacientes renais crônicos em hemodiálise e pacientes transplantados no Estado de Alagoas. Ao Estado, de acordo com a previsão da Lei n.º 8.080/90 e a Portaria n.º 1318 do Ministério da Saúde, compete o fornecimento de medicamentos relacionados no Programa de Medicamentos Excepcionais e de alto custo. Nesse sentido, o referido Estado alegou em seu recurso, a existência de grave lesão à ordem pública, pois o fornecimento de medicamentos, além daqueles relacionados na Portaria do MS e sem o necessário cadastramento dos pacientes, inviabiliza a programação orçamentária do Estado e o cumprimento do programa de fornecimento de medicamentos excepcionais.¹⁰¹

Nesse caso, o Supremo Tribunal Federal reviu seus posicionamentos anteriores, a respeito da efetividade do direito à saúde através da via judicial. Isso porque, antes da STA 91, todas as decisões do STF, a respeito do tema, concediam o medicamento ou o tratamento pedido pelo requerente, sem haver nenhum voto divergente nos acórdãos encontrados. Então, até a STA 91, em nenhuma decisão o Supremo Tribunal Federal admitiu a escassez de recursos como argumento aceitável para impedir a concessão de um medicamento ou

⁹⁹ SOARES, Hector Cury. Não levando os custos dos direitos a sério: o direito prestacional à saúde pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Sanitário**, v. 16, n. 2, p. 29-51, 2015. p. 29-51.

¹⁰⁰ Observação feita, com base no quadro que está no apêndice deste trabalho e que resume a análise de conteúdo dos 70 (setenta) processos pesquisados.

¹⁰¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, STA – Suspensão de Tutela Antecipada n.º 91, Número 0005824-95.2006.0.01.0000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2466232>>. Acesso em: 23 maio 2017.

tratamento médico. Ademais, as ações anteriores eram individuais, e em nenhuma das decisões analisadas houve a tutela coletiva do direito à saúde.¹⁰²

O Supremo Tribunal Federal tinha um posicionamento pacífico, no que diz respeito à concessão de uma tutela do direito à saúde, antes do julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada 91. Alguns argumentos contidos em suas decisões se repetem ao longo dos julgamentos, como pode se verificar no AgRg no RE 273834 e RE 232335/RS. Senão observam-se algumas passagens:

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integralidade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular e implementar políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, [...] não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconstitucional. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política [...] não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

Distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes. O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição de medicamentos a pessoas carentes, [...] dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (art.5º, caput, 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade.

Analisando essas passagens de decisões do Supremo Tribunal Federal fica claro que este entendia que o direito à saúde era um direito fundamental jurisdicionalmente tutelável e que deveria ser efetivado pelo Estado de forma plena e universal, não estabelecendo qualquer tipo de restrição ou limitação.

¹⁰² WANG, Daniel Wei Liang. **Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF**. Publicado na Scielo, 2008. p. 543-544.

Assim, resta claro que após a STA 91¹⁰³, as decisões do Supremo Tribunal Federal passaram a tratar sobre a limitação de recursos por parte do Estado e a necessidade de racionalização de gastos para o atendimento de um maior número de pessoas. No julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada 91, a Ministra Ellen Gracie emitiu a primeira decisão do STF, no sentido da não obrigatoriedade do Estado em fornecer o medicamento pedido, sob o fundamento de escassez de recursos, além de reconhecer que a execução de decisões contra o Estado, em matéria de saúde, afeta o já abalado sistema público de saúde. Ainda, ressalta que a política de saúde deve ser feita de forma

¹⁰³ **STA 91 / AL – ALAGOAS, SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA**

Relator(a): Min. PRESIDENTE, Julgamento: 26/02/2007

Decisão Proferida pelo (a) Min. ELLEN GRACIE, Publicação: DJ 05/03/2007 PP-00023, RDDP n. 50, 2007, p. 165-167.

Partes

REQTE.(S): ESTADO DE ALAGOAS, ADV.(A/S): PGE-AL - GERMANA GALVÃO CAVALCANTI LAUREANO

REQDO.(A/S): PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE ALAGOAS (AGRAVO REGIMENTAL EM PEDIDO DE SUSPENSÃO DE EFETIVAÇÃO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA Nº 2006.002444-8)

INTDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE ALAGOAS

Decisão

1. O Estado do de Alagoas, com fundamento no art. 4º da Lei 8.437/92 e no art. 1.º da Lei 9.494/97, requer a suspensão da execução da tutela antecipada concedida na Ação Civil Pública n.º 001.06.014309-7 (fls. 27/47), que determinou àquele ente federado o fornecimento de medicamentos necessários para o tratamento de pacientes renais crônicos em hemodiálise e pacientes transplantados (fls. 23/26) [...] **Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se conceder os efeitos da antecipação da tutela para determinar que o Estado forneça os medicamentos relacionados “[...] e outros medicamentos necessários para o tratamento [...]” (fl. 26) dos associados, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. Ademais, a tutela concedida atinge, por sua amplitude, esferas de competência distintas, sem observar a repartição de atribuições decorrentes da descentralização do Sistema Único de Saúde, nos termos do art. 198 da Constituição Federal.**

Finalmente, verifico que o Estado de Alagoas não está se recusando a fornecer tratamento aos associados (fl. 59). É que, conforme asseverou em suas razões, Finalmente, verifico que o Estado de Alagoas não está se recusando a fornecer tratamento aos associados (fl. 59). É que, conforme asseverou em suas razões, “[...] a ação contempla medicamentos que estão fora da Portaria n.º 1.318 e, portanto, não são da responsabilidade do Estado, mas do Município de Maceió, [...]” (fl. 07), razão pela qual seu pedido é para que se suspenda a “[...] execução da antecipação de tutela, no que se refere aos medicamentos não constantes na Portaria n.º 1.318 do Ministério da Saúde, ou subsidiariamente, restringindo a execução aos medicamentos especificamente indicados na inicial, [...]” (fl. 11).

6. Ante o exposto, defiro parcialmente o pedido para suspender a execução da antecipação de tutela, tão somente para limitar a responsabilidade da Secretaria Executiva de Saúde do Estado de Alagoas ao fornecimento dos medicamentos contemplados na Portaria n.º 1.318 do Ministério da Saúde. Comunique-se, com urgência. Publique-se. Brasília, 26 de fevereiro de 2007. Ministra Ellen Gracie Presidente (*grifo nosso*).

a buscar maior racionalização entre custos e benefícios dos tratamentos gratuitamente fornecidos, com o intuito de atingir um maior número de pessoas.¹⁰⁴

O direito à saúde após essa decisão emblemática passou a ser visto não como um direito que se aplica a situações individualizadas, mas como um direito a ser concretizado por políticas públicas que visem um acesso coletivo a esse direito, com tratamento igualitário.

Analizando ainda os termos do julgado STA 91, desprende-se que a Ministra Ellen Gracie considerou que o Estado somente se obriga a fornecer remédios que estão contemplados na Portaria n.º 1318 do Ministério da Saúde, o que representou um respeito do Poder Judiciário a uma decisão tomada no âmbito da administração pública.

As consequências do julgamento da STA 91 foram sentidas no Poder Judiciário, pois as Secretarias da Saúde passaram a ingressar em juízo para interromper o fornecimento de medicamentos que não constavam na listagem da Portaria n.º 1318 do Ministério da Saúde, mas que vinham sendo fornecidas por decisões judiciais.¹⁰⁵

Vale ressaltar que a ADPF 45, de 2004, julgada pelo Ministro Celso de Mello, assim como a Petição 1246 de 1997 já apontavam para uma tendência de mudança de postura do STF, frente ao problema da escassez de recursos e dos custos gerados pela efetivação do direito à saúde. Afinal, há uma enorme diferença entre dizer que a questão financeira é secundária e contraposta ao direito à vida e afirmar que a limitação de recursos existe e é uma contingência que se pode ignorar.¹⁰⁶

Como se vê o problema da efetividade do direito à saúde é discutido anteriormente no Poder Judiciário, com interpretação categórica do texto constitucional, concedendo proteção ampla; e, atualmente, com ponderações e critérios de razoabilidade em virtude da escassez de recursos financeiros por parte do Estado.

¹⁰⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, STA – Suspensão de Tutela Antecipada n.º 91, Número 0005824-95.2006.0.01.0000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2466232>>. Acesso em: 23 maio 2017.

¹⁰⁵ WANG, Daniel Wei Liang. **Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF**. Publicado na Scielo, 2008. p. 550.

¹⁰⁶ WANG, Daniel Wei Liang. **Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF**. Publicado na Scielo, 2008. p. 550-551.

O direito à saúde como um direito prestacional social parece para alguns, um direito meramente assistencial, que só causa prejuízos ao Estado, porém a Constituição Federal de 1988 determina que a saúde é um dever do Estado. Portanto, investir em saúde não é um favor ao cidadão, mas sim um objetivo a ser alcançado, que está ligado de certa forma, ao desenvolvimento econômico de um país, pois sem saúde, não há produção, e sem produção não há lucro, tão pouco desenvolvimento econômico. Por tais motivos, e pelo fato de estar o direito à saúde relacionado com o direito à vida, bem como à Dignidade da Pessoa Humana, deve o Estado, através dos poderes que lhe são inerentes, por meio de um plano governamental adequado e eficiente, concretizá-lo no Ordenamento Jurídico.

Nesse sentido, cabe salientar que a saúde rege-se pelos princípios da universalidade e igualdade de acesso às ações e serviços; e como o instrumento de efetivação de tal direito está no Sistema Único de Saúde – SUS, por meio do qual o Poder Público cumpre seu dever na relação jurídica de saúde, que tem como polo ativo qualquer pessoa ou a comunidade, posto que o direito à promoção e proteção à saúde também é um direito coletivo.

A questão que muito se discute, diz respeito ao descumprimento pelo Estado da obrigação constitucional prevista no artigo 6º e 196 da CF/88 e na legislação ordinária. O Poder Legislativo e Executivo não conseguem tornar efetivo o direito à saúde no Brasil, seja por inércia, falta de planos governamentais eficientes, falta de legislação ordinária que lhe regule, incompetência e desorganização na administração dos recursos financeiros existentes, para não falar em corrupção ou desvio de verbas, cabendo ao Poder Judiciário como órgão fiscalizador e garantidor das normas constitucionais que é, quando acionado pelos cidadãos prejudicados, efetivar tal direito por meio de ordem judicial, até porque não pode ele compactuar com tamanho desrespeito e a dignidade do cidadão brasileiro.

Além do mais, a proteção judicial é absolutamente indispensável para tornar efetiva a aplicabilidade e o respeito aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal e no ordenamento jurídico em geral. Sendo, portanto, sua proteção pelas autoridades públicas, a base de qualquer Estado Democrático de Direito.

O tema da efetivação do direito à saúde demanda a racionalização do problema, com a elaboração de critérios e parâmetros que justifiquem e legitimem a atuação judicial, no campo particular da distribuição de medicamentos. O Poder Judiciário não pode proteger os direitos fundamentais de uns, causando grave lesão a direitos da mesma natureza de outros tantos, trazendo a discussão sobre a afronta ao princípio da isonomia.¹⁰⁷

O excesso de judicialização põe em risco a continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos. O judiciário interfere em relação à saúde e ao fornecimento gratuito de medicamentos, pois onde não haja lei ou ação administrativa implementando a Constituição, deve o Poder Judiciário agir, assim como no caso de descumprimento e da falta de regularidade na aplicação.¹⁰⁸

Barroso apresenta algumas críticas à judicialização excessiva. A primeira diz respeito ao ativismo judicial, sobretudo quando excessivamente invasiva da deliberação de outros poderes. A segunda é a afirmação de que a norma constitucional aplicável deve estar positivada, na forma de norma programática, nesse sentido, o artigo 196 da Constituição não fala em garantia do direito à saúde por decisões judiciais. A terceira crítica é o fato do Poder Judiciário aplicar direta e imediatamente o preceito constitucional do direito à saúde, a quarta crítica fala em falta de legitimidade democrática do Poder Judiciário para conceder o acesso à saúde, através da via judicial.¹⁰⁹

Outras críticas ao fenômeno da judicialização excessiva ainda são apresentadas pelo autor, como a questão da reserva do possível, a desorganização da Administração Pública gerada com a tomada de decisões judiciais. A análise econômica do direito também é discutida, pois o benefício

¹⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. 2009. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal/conhecimento-juridico/artigos-juridicos/detalhe-122.htm>>. Acesso em: 13 jul. 2016. p. 28.

¹⁰⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. 2009. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal/conhecimento-juridico/artigos-juridicos/detalhe-122.htm>>. Acesso em: 13 jul. 2016. p. 28-29.

¹⁰⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. 2009. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal/conhecimento-juridico/artigos-juridicos/detalhe-122.htm>>. Acesso em: 13 jul. 2016. p. 29-30.

auferido pela população é menor que aquele que seria obtido, caso os mesmos recursos forem investidos em outras políticas de saúde pública.

As desigualdades econômicas e sociais são verificadas pelo Poder Judiciário, quando esse assume o papel de protagonista na utilização dessas políticas, porém aqueles que possuem acesso qualificado à justiça são privilegiados. A falta de conhecimento técnico do Poder Judiciário, para avaliar se determinado medicamento é efetivamente necessário para promover a saúde e a vida.

De outra monta, o orçamento público contém a previsão das receitas e fixação das despesas, sendo estabelecido mediante lei de iniciativa do Poder Executivo, devendo esse atuar em observância aos limites orçamentários. O orçamento público é, pois, um instrumento essencial para as finanças públicas, especialmente pelo fato de possibilitar o planejamento e controle das despesas públicas. Assim, o Poder Público somente poderá realizar gastos se houver autorização constante na lei orçamentária anual, conforme dispõe o artigo 167, II, da Constituição Federal de 1988; contudo, essa norma não poderá impedir que o Poder Judiciário proferisse decisão condenando o Estado a determinada prestação de saúde, ainda que, não haja previsão orçamentária para essa despesa. Caso o Poder Judiciário fique limitado à necessidade de previsão orçamentária, os direitos fundamentais, sobretudo os sociais, poderiam se tornar vazios e destituídos de proteção judicial efetiva, pois bastaria que o Estado simplesmente não providenciasse a oportuna previsão orçamentária para a realização de determinada prestação material, o que inviabilizaria a prolação de decisão judicial obrigando à execução da respectiva despesa pública. A concretização judicial dos direitos fundamentais ficaria, assim, totalmente dependente da reserva orçamentária.¹¹⁰

A questão da falta de recursos por parte do Estado para custear a saúde trouxe a tese do “mínimo existencial”. Figueiredo salienta que o mínimo existencial não está consagrado expressamente na Constituição. É conceituado pela doutrina como um direito fundamental decorrente do Estado Social e da proteção à vida, derivado da Dignidade da Pessoa Humana. Trata-se de um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser

¹¹⁰ ROCHA, Eduardo Braga. **A justiciabilidade do direito fundamental à saúde no Brasil**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011. p. 159-160.

objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas (como fornecimento de prestações sociais materiais). Importa na máxima redução aceitável do conjunto de posições jurídico-subjetivas decorrentes de um direito fundamental, no sentido de salvaguarda das condições mínimas.¹¹¹

Nesse sentido, a ADPF n.º 45 do Supremo Tribunal Federal consagra a impossibilidade de omissão estatal quanto à garantia de condições mínimas de existência.¹¹²

O mínimo existencial trata-se de um conjunto de prestações materiais necessárias e absolutamente indispensáveis para todo ser humano ter uma vida digna. Por isso, ele é consagrado pela doutrina como sendo o núcleo do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, previsto no artigo 1º, III, da Constituição.

O conceito do mínimo existencial, do mínimo necessário e indispensável aponta para uma obrigação mínima do Poder Público, tudo para evitar que o ser humano perca sua condição de humanidade, possibilidade sempre presente quando um cidadão, por falta de emprego, de saúde, de previdência, de educação, de lazer, de assistência, vê confiscados seus desejos, vê convalidar sua vontade, vê destruída sua autonomia, resultando num ente perdido no cipoal das contingências, que fica à mercê das forças terríveis do destino.¹¹³

Os direitos sociais, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o princípio da socialidade (dedutível da Constituição Federal de 1988, que quer erigir um Estado democrático de direito) autorizam a compreensão do mínimo existencial como obrigação estatal a cumprir e, pois, como responsabilidade dos

¹¹¹ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

¹¹² EMENTA ADPF 45 DO STF: **ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL**. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBITRÍO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. **CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”**. **NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”**. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).

¹¹³ CLÈVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista Crítica Jurídica**, n. 22, p. 17-29, 2003.

poderes públicos. Ora, para a tutela do mínimo existencial, decorrência da eficácia positiva mínima dos direitos fundamentais sociais, qualquer meio processual adequado, de acordo com as leis processuais, poderá ser manejado. Não há, aqui, necessidade, do mandado de injunção ou da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. O que importa é o magistrado agir com determinação e cautela, ponderando os direitos, bens e princípios em jogo, estudando o campo do possível (reserva do possível), mas, ao mesmo tempo, considerando que o Estado democrático de direito comprometido com o avanço e não com o retrocesso social (vedação do retrocesso social). Com efeito, o Estado deverá cumprir o mínimo.¹¹⁴

Ou seja, é evidente que a efetivação dos direitos sociais só ocorrerá à luz das coordenadas sociais e econômicas do espaço-tempo. Mas a reserva do possível não pode, num país como o Brasil, especialmente em relação ao mínimo existencial, ser compreendida como uma cláusula obstaculizadora, mas, antes, como uma cláusula que imponha cuidado, prudência e responsabilidade no campo da atividade judicial.¹¹⁵

Cabe salientar que houve um crescimento muito elevado dos direitos fundamentais e o Estado deparou-se com a falta de recursos para supri-los. É nesse contexto que nasce a reserva do possível, fenômeno que impõe limites para a efetivação dos direitos fundamentais prestacionais, como direitos sociais.

A doutrina da “reserva do possível” tem origem na Alemanha, sendo desenvolvido inicialmente pelo Tribunal Constitucional Alemão, em 1972. Segundo a ideia de que os direitos sociais as prestações materiais estariam sob a reserva do possível, cabendo ao indivíduo exigir da coletividade apenas prestações razoáveis, sendo constitucional a limitação de vagas, desde que tenha havido a utilização exaustiva dos recursos públicos existentes para o ensino. Na Alemanha, a Universidade de Hamburgo estabeleceu regulamentação prevendo que as vagas disponíveis deveriam ser distribuídas na proporção de 60%, segundo o currículo do candidato e 40%, segundo o ano de nascimento, podendo haver reserva de vagas para casos especiais. Já a Universidade da Baviera previu regulamentação aceitando a limitação de vagas, se fosse

¹¹⁴ CLÈVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista Crítica Jurídica**, n. 22, p. 17-29, 2003.

¹¹⁵ CLÈVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista Crítica Jurídica**, n. 22, p. 17-29, 2003.

necessário para manutenção regular do curso, diante da capacidade da própria universidade.¹¹⁶

A Assembleia Constituinte que resultou na Constituição Federal de 1988 acolheu novos direitos individuais e coletivos. Visando a dar maior efetividade ao texto constitucional, o constituinte incumbiu ao Poder Judiciário, a função de atuar sempre que provocado, quando existir lesão ou ameaça de lesão a tais direitos. Certamente, os direitos sociais que a Constituição Cidadã abarcou geram custos. Diante dessa situação, passados mais de 20 anos da promulgação da Constituição, a reserva do possível vem ganhando destaque e protagonizando um debate bastante específico na inovação da saúde enquanto direito fundamental consagrado no texto constitucional.¹¹⁷

Segundo leciona a teoria da reserva do possível, a satisfação dos direitos, especialmente os direitos sociais estão relacionados com as possibilidades econômicas do Estado, tornando-se assim, um limite para a efetividade dos direitos fundamentais prestacionais. O argumento empregado é utilizado, no sentido de que os custos de determinados direitos supera os valores disponíveis para o erário.¹¹⁸

A reserva do possível ganha fôlego com a tese da escassez de recursos. O argumento afirma, em abreviado, que, enquanto as necessidades a serem satisfeitas são ilimitadas, os recursos orçamentários são finitos. São necessários critérios para efetivação dos direitos sociais. O Estado não tem como garantir tudo a todos. Dessa forma, verifica-se o grande pressuposto da teoria da reserva do possível no direito à saúde que é a alegação de que o Estado não possui recursos para fornecer determinada prestação positiva, em razão do cenário da escassez. Dentro desse quadro, cabe a ele, o Estado, tentar fazer o máximo possível em um ambiente de impossibilidades fáticas.¹¹⁹

A reserva do possível compreenderia ainda duas dimensões: uma dimensão fática (limitação de recursos materiais) e uma dimensão jurídica (concernente à capacidade jurídica, ou, ao poder de disposição de que deve

¹¹⁶ ROCHA, Eduardo Braga. **A justiciabilidade do direito fundamental à saúde no Brasil**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011. p. 163.

¹¹⁷ SCHWARTZ, Germano; TEIXEIRA, Vitor Rieger. O direito à saúde no Brasil e a teoria da reserva do possível como falácia à sua efetivação. **Direito e Democracia**, v. 11, n. 1, 2016.

¹¹⁸ SCHWARTZ, Germano; TEIXEIRA, Vitor Rieger. O direito à saúde no Brasil e a teoria da reserva do possível como falácia à sua efetivação. **Direito e Democracia**, v. 11, n. 1, 2016.

¹¹⁹ SCHWARTZ, Germano; TEIXEIRA, Vitor Rieger. O direito à saúde no Brasil e a teoria da reserva do possível como falácia à sua efetivação. **Direito e Democracia**, v. 11, n. 1, 2016.

titular o destinatário das obrigações impostas pelos direitos fundamentais sociais a prestações materiais).

Mânica entende que a teoria da reserva do possível não concerne, tão somente, à falta de recursos, mas também à razoabilidade da pretensão deduzida com vistas à sua efetivação. A grande questão diz respeito à escassez propriamente dita, mas à divisibilidade e à homogeneidade da distribuição dos recursos. Não se pode garantir tudo a todos e, portanto, a escolha de quais pacientes terão suas necessidades atendidas é estritamente necessário. Então, Mânica defende que o direito à saúde não é imune aos critérios de razoabilidade e ponderação.¹²⁰

Ressalta-se que, quando o Estado se depara com um direito fundamental amparado pelo mínimo existencial, ele alerta que deve ser observado a reserva orçamentária que ele tem disponível, ou seja, o Estado realiza somente o que está dentro de sua capacidade econômica, avaliando a possibilidade financeira.

No entanto, jamais uma impossibilidade orçamentária remota ou inexistente do Estado em oferecer o mínimo existencial poderá impedir a eficácia dos direitos fundamentais considerados essenciais, justos e basilares. O Estado tem o dever de concretizar os direitos postulados na Constituição Federal e os princípios ligados a ela, com o fim de garantir à pessoa humana vida digna.

Outro ponto importante é o que concerne ao princípio da separação dos poderes. A Constituição consagra o princípio da separação dos poderes, ao fixar que o Legislativo, o Executivo e o Judiciário são independentes e harmônicos entre si, conforme dispõe o Artigo 2º. É inegável que a relação entre os poderes no século XVIII é distinta da hodierna dinâmica estatal. A noção de balanceamento entre os poderes, decorrente do sistema de freios e contrapesos, alterou-se profundamente no Constitucionalismo vigente, com várias vertentes, tais como: Constitucionalismo do Século XXI, Constitucionalismo Contemporâneo, Neoconstitucionalismo.¹²¹

Apesar de a Constituição Federal de 1988 adotar expressamente, a separação dos poderes, prevendo a independência e harmonia entre o

¹²⁰ MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do poder judiciário na implementação de políticas públicas. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, p. 169-186, jul./set. 2007. p. 181.

¹²¹ SCHULZE, Clenio; GEBRAN NETO, João Pedro. **Direito à saúde análise à luz da judicialização**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015. p. 43-44.

Legislativo, Executivo e o Judiciário, por certo que ela não adota uma separação rígida dos poderes, pois não há funções exclusivas, mas sim preponderantes. E, então cada *poder* possui funções típicas e atípicas. Por exemplo, o Poder Judiciário tem a função típica de julgar e funções atípicas de elaborar o regimento interno (legislar) e organizar seus órgãos e servidores (administrar).

Hoje prevalece a ideia de que deve haver uma autonomia e independência entre os poderes do Estado, com harmonia entre eles. Porém, tal afirmação tem sido levada às últimas consequências. Ou seja, o Poder Judiciário não pode interferir nas gestões parlamentares e administrativas, assim como o legislativo e o executivo não podem extrapolar as competências que lhes são próprias. Entretanto, apesar da existência de mecanismos de controle (como o poder do veto), não se pode concluir que esse modelo esteja funcionando bem; é certo que esse modelo nunca funcionou da maneira esperada. Dessa forma, verifica-se uma possível superação do princípio da separação dos poderes.¹²²

A separação dos poderes, que inicialmente foi concebida com a finalidade de assegurar os direitos fundamentais individuais, não pode representar limite, por exemplo, à proteção do direito social à saúde, igualmente fundamental. Portanto, caberá ao Poder Judiciário intervir em caso de omissão injustificada do Poder Público, ainda que para isso tenha que viabilizar políticas públicas de saúde. Esse ativismo judicial, na busca da concretização do direito fundamental à saúde, aumenta consideravelmente sua responsabilidade perante a sociedade, que, diante de uma omissão por parte do Estado, muitas vezes encontra naquele poder, o único meio de obter prestação material que pode, inclusive, ser imprescindível para a própria sobrevivência.¹²³

Por conseguinte, é inegável que a crise do Estado brasileiro decorre da atuação dos poderes estatais. O papel do Legislativo, de editar normas gerais e abstratas, é cumulado com a função de fiscalização do Executivo. A crise do Legislativo decorre de vários óbices ao exercício da sua atuação. Em primeiro lugar, em razão da acentuada inércia e omissão na edição de leis que sejam desejadas pela sociedade e que seriam necessárias para a regulamentação da Constituição. Nos últimos anos, o legislador tem deixado de assumir o seu papel

¹²² RIBEIRO, Diógenes V. Hassan. **A revisão do princípio da separação dos poderes**: por uma teoria da comunicação. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2016. p. 237-243.

¹²³ ROCHA, Eduardo Braga. **A justiciabilidade do direito fundamental à saúde no Brasil**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011. p. 144.

para evitar comprometimentos políticos e, principalmente, para não receber o controle da sociedade e do seu eleitor. Além disso, a divisão em múltiplos grupos de interesse dificulta a atuação unitária do Poder, razão pela qual grande parte da atuação do Legislativo é dedicada à edição de leis simbólicas, pois elas não atingem, nem prejudicam a ninguém. Pontos importantes para a sociedade, como reformas constitucionais são temas que desafiam o Legislativo há duas décadas. Em segundo lugar, o Legislativo ainda é distante a legitimação democrática.¹²⁴

A crise do Poder Executivo também é verificada. Em primeiro lugar, a baixa governança impede a condução da administração pública brasileira. Em segundo lugar, há inércia e omissão na construção e execução de políticas públicas. Em terceiro lugar, a meritocracia ainda é considerada dogma no serviço público. O alto número de cargos comissionados, sem controle de capacidade técnica, influencia na baixa qualidade do ato administrativo. Além disso, o artigo 37 da Constituição Federal de 1988 traz a previsão expressa da eficiência, a qual nem sempre é cumprida.¹²⁵ Nesse sentido, cabe referir a previsão do artigo 8º do NCPC, que consagra a promoção da eficiência.¹²⁶

Após analisar a crise dos três poderes, o que se questiona é a possibilidade do Poder Judiciário interferir no poder discricionário da Administração Pública, uma vez que é de competência da Administração elaborar listas de medicamentos que serão fornecidos à população. Dessa maneira, quando, por exemplo, o Poder Judiciário condena o Estado a entregar um medicamento que não consta nas listas do Sistema Único de Saúde (SUS), estaria interferindo na esfera de competência do Poder Executivo, ferindo, portanto, o princípio da tripartição dos poderes. Igualmente, a licitude da determinação do bloqueio de valores em contas públicas pelo magistrado a fim de garantir o custeio de tratamento médico indispensável, bem como a cominação de multa diária em desfavor da Fazenda Pública em caso de eventual

¹²⁴ SCHULZE, Clenio; GEBRAN NETO, João Pedro. **Direito à saúde análise à luz da judicialização**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015. p. 43-44.

¹²⁵ SCHULZE, Clenio; GEBRAN NETO, João Pedro. **Direito à saúde análise à luz da judicialização**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015. p. 44-45.

¹²⁶ Artigo 8º do NCPC. “Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.”

descumprimento de obrigação de fazer são outros assuntos bastante controvertidos na doutrina.¹²⁷

Portanto, a separação dos poderes não constitui limite à justiciabilidade do direito fundamental à saúde, especialmente quando houver omissões evidentes e arbitrárias por parte do legislador ou do administrador. Sobre o tema, salienta-se a ausência de *legitimidade democrática* do Poder Judiciário¹²⁸ para intervir em políticas públicas, pois os seus membros não são eleitos pelo sufrágio universal – ingressando por concurso público ou pela escolha por autoridade política – enquanto que, os membros do Executivo e do Legislativo se submetem a um procedimento eleitoral, e, com isso, somente esses dois Poderes teriam legitimidade para apreciar questões envolvendo políticas públicas. No entanto, é preciso lembrar que a legitimidade do Poder Judiciário decorre da própria Constituição, e, portanto, ele deve zelar pela supremacia constitucional, especialmente dos direitos fundamentais.¹²⁹

Brito Filho¹³⁰, ao ressaltar que o Poder Judiciário é responsável pela solução dos conflitos e pela proteção dos direitos previstos no ordenamento jurídico, assim leciona:

Não vejo interferência indevida a atuação do Poder Judiciário na realização dos Direitos Fundamentais. [...] Havendo uma situação de violação a Direitos Fundamentais, por exemplo pela sua não concessão, quer sejam eles individuais, quer sejam eles sociais, para usar a terminologia do próprio texto constitucional, nada mais apropriado ao Poder Judiciário que agir para fazer cessar a lesão. [...] Não há sentido, então, em acatar a atuação do Poder Judiciário que agir para fazer cessar a lesão. [...] Não há sentido, então, em acatar a atuação do Poder Judiciário, quando esta atuação é somente o cumprimento de funções, muito menos quando o seu agir é só consequência da negação à coletividade de suas necessidades vitais, pela inação de outro Poder do Estado. E caso isso imponha que o Judiciário fixe regras para o exercício ou determine a outro Poder que execute determinado ato, não há que se falar em interferência, mas, somente no uso do que é uma obrigação: prestar a tutela jurisdicional.

¹²⁷ SCHWARTZ, Germano; GUILHERME, Rafaela Lemos. O Superior Tribunal de Justiça e a reserva do possível no direito à saúde. **Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Univali**, Itajaí, v. 5, n. 2, 2. quadr., 2010. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/download/6110/3377>>. Acesso em: 10 maio 2017.

¹²⁸ Não se pretendeu aprofundar esse assunto, e sim, apenas mencionar a problemática que tem intrínseca relação com o assunto tratado nesse ponto.

¹²⁹ ROCHA, Eduardo Braga. **A justiciabilidade do direito fundamental à saúde no Brasil**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011. p. 147-148.

¹³⁰ BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. Direitos fundamentais sociais: realização e atuação do poder judiciário. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da Oitava Região**, v. 41, n. 81, p. 77-87, jul./dez. 2008. p. 81-83.

No centro desse debate sobre a legitimação do Poder Judiciário, encontra-se o cidadão cujo único desiderato é a efetividade de um direito seu. Em face disso, a única alternativa que lhe resta é a busca da tutela jurisdicional. Como se pode perceber o direito à saúde encontra uma série de obstáculos a sua efetivação. Nesse sentido, cumpre lembrar que a função precípua do Poder Judiciário consiste na tutela dos direitos subjetivos, em especial dos direitos fundamentais.

3.3 Do Sistema Único de Saúde (SUS) e a Legislação Infraconstitucional

O Sistema Único de Saúde foi criado pela Lei 6.229/75, e mesmo representando êxito para a época, já mostrava sinais de inoperância e ineficiência. É um sistema público e nacional, baseado no princípio da universalidade, a indicar que a assistência à saúde deve atender a toda a população. Compreende as redes públicas e privadas, tendo como cicatrizes organizativas, a descentralização.¹³¹

Ao longo do processo de implantação do Sistema Único de Saúde houveram muitas recomendações. Da 1ª à 11ª Conferência Nacional de Saúde (De 1937 a 2000), onde a 8ª que ocorre em 1986 foi considerada a mais importante delas, todas incluíram recomendações importantes referentes aos serviços de vigilância epidemiológica. Ou seja, todas as recomendações, de maneira unânime, apontam para a necessidade, tanto de incorporação epidemiológica, incluindo a vigilância, como ferramenta básica das ações do Sistema Único de Saúde, como do fortalecimento dos serviços de vigilância nas três esferas do governo. Resultado das propostas de reforma sanitária, defendidas por movimentos sociais e apresentadas durante a Assembleia Nacional Constituinte 1986/1987, no intuito de demonstrar a insatisfação até então vigente, inapto para lidar com problemas sanitários diversos, como quadros de doenças de todo o tipo, baixas coberturas assistenciais, transparência dos gastos públicos e outros.¹³²

¹³¹ MARQUES, Nadia Rejane Chagas. **O direito à saúde no Brasil: entre a norma e o fato**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012. p. 113.

¹³² FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 96.

Antes do Sistema Nacional de Saúde, as ações de promoção da saúde e prevenção de doenças eram desenvolvidas quase que exclusivamente pelo Ministério da Saúde. A assistência médico-hospitalar era prestada pelo Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social – INAMPS – autarquia vinculada ao Ministério da Previdência e Assistência Social. Entretanto, o sistema não era universal, pois alcançava somente os trabalhadores da economia formal, segurados do Instituto Nacional da Previdência Social – INPS – e dependentes, enquanto o restante da população tinha um acesso bastante limitado à assistência à saúde – normalmente restrito às ações dos poucos hospitais públicos e às atividades filantrópicas de determinadas entidades assistenciais.¹³³

A Constituição Federal consagrou o Sistema Único de Saúde, responsável pelas ações e serviços públicos de saúde, afirma o artigo 198 da Constituição, integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: descentralização, com direção única em cada esfera de governo; atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; participação da comunidade.

O SUS é um sistema público nacional, baseado no princípio da universalidade, a indicar que a assistência à saúde deve atender a toda a população. Tem como diretrizes organizativas a descentralização, com comando único em cada esfera do governo; a integralidade do atendimento e a participação da comunidade. A Lei n.º 8.080/90 dispôs sobre as condições, a organização das ações e o funcionamento dos serviços de saúde, tendentes à realização da promoção, proteção e recuperação da saúde. Esse diploma prescreve normas sobre: a) organização, direção e gestão do SUS; b) competências e atribuições de cada uma das três esferas federativas; b) funcionamento e participação complementar dos serviços privados de assistência à saúde; d) política de recursos humanos a ser adotado pelo SUS; e)

¹³³ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 96.

recursos financeiros incluindo a respectiva gestão, planejamento e orçamento desses.¹³⁴

Ao Sistema Único de Saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei, assegura o artigo 200 da Constituição; controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; ordenar a formação de recursos humanos na área da saúde; ordenar a formação de recursos humanos na área da saúde; participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação; fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

O Sistema Único de Saúde é a denominação do sistema público de saúde no Brasil. O SUS é considerado um dos maiores sistemas públicos de saúde do mundo, segundo informações do Conselho Nacional de Saúde como “um sistema ímpar no mundo, que garante acesso integral, universal e igualitário à população brasileira, do simples atendimento ambulatorial aos transplantes de órgãos”. Foi instituído pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 196, como forma de efetivar o mandamento constitucional do direito à saúde como um “direito de todos” e “dever do Estado” e está regulado pela Lei n.º 8.080/1990, a qual operacionaliza o atendimento público da saúde.¹³⁵

O SUS pode ser entendido como uma “Política de Estado”, pois é a materialização de uma decisão adotada pelo Congresso Nacional no ano de 1998, na elaboração da chamada Constituição Cidadã, quando passou a

¹³⁴ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 97.

¹³⁵ Cartilha entendendo o SUS. Consultado em 29.03.2017. Acesso em: <<http://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2013/agosto/28/cartilha-entendendo-o-sus-2007.pdf>>. Acesso em: 29 mar. 2017.

considerar a saúde como um direito de cidadania a ser alcançado pelo Estado, o qual possui o dever legal.¹³⁶

Com o advento do SUS, toda a população brasileira passou a ter direito à saúde universal e gratuita, financiada com recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conforme rege o artigo 195 da Constituição.

Os desafios do Sistema Único de Saúde são muitos, cabendo ao governo e à sociedade civil a atenção para estratégias de solução de problemas diversos, identificados, por exemplo, na gestão do sistema e também no subfinanciamento da saúde, em decorrência da falta de recursos. De acordo com as informações divulgadas pelo próprio Sistema Único de Saúde tratam-se de 180 milhões de brasileiros beneficiados pelo SUS, o qual realiza por ano cerca de 2,8 bilhões de atendimentos, desde procedimentos ambulatoriais simples a atendimentos de alta complexidade, como transplantes de órgãos. Paralelamente à realização de consultas, exames e internações, o SUS também promove campanhas de vacinação e ações de prevenção de vigilância sanitária, como fiscalização de alimentos e registros de medicamentos. O surgimento do SUS representou tanto a democratização da saúde, antes acessível apenas para alguns grupos da sociedade, como também a implementação de uma mudança de conceito sobre o qual a saúde era interpretada no país. Até o surgimento do SUS, a saúde representava apenas um quadro de inexistência de doença, fazendo com que os esforços e políticas públicas se reduzissem ao tratamento de enfermidades.¹³⁷

O cumprimento da responsabilidade política e social assumida pelo Estado na criação do Sistema Único de Saúde implica na formulação e implementação de políticas econômicas e sociais que tenham como finalidade a melhoria das condições de vida e saúde dos diversos grupos da população. Isso inclui a formulação e implementação de políticas voltadas para garantir o acesso dos indivíduos e grupos às ações e serviços de saúde, com planos e projetos visando, em última instância, reformar o sistema de serviços de saúde, de modo a assegurar a universalização do acesso e a integralidade das ações. A *universalidade* é um princípio finalístico, que também representa um ideal a ser

¹³⁶ TEIXEIRA, C. F. **O SUS e a Vigilância da Saúde**. Proformar. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2003.

¹³⁷ FIOCRUZ - **Pense SUS**. Acesso em: <<http://pensesus.fiocruz.br/sus>>. Acesso em: 29 mar. 2017.

alcançado, indicando, portanto, uma das características do sistema que se pretende construir e um caminho para sua construção. Para que o SUS venha a ser universal é preciso desencadear um processo de universalização com extensão de sua cobertura de serviços, de modo que venham a se tornar acessíveis à população.¹³⁸

O princípio da equidade também é um princípio finalístico do SUS. A noção de equidade diz respeito à necessidade de se “tratar desigualmente os desiguais”, de modo a se alcançar a igualdade de oportunidades de sobrevivência, de desenvolvimento pessoal e social entre os membros de uma dada sociedade. O ponto de partida da noção de equidade é o reconhecimento da desigualdade entre as pessoas e os grupos sociais e o reconhecimento de que muitas dessas desigualdades são injustas e devem ser superadas. Em saúde, especificadamente, as desigualdades sociais se apresentam como desigualdades diante do adoecer e do morrer, reconhecendo-se a possibilidade de redução dessas desigualdades, de modo a garantir condições de vida e saúde mais iguais para todos.¹³⁹

No Brasil, a construção do SUS reduziu a segmentação na saúde ao unir os serviços de União, Estados, Municípios e os de assistência médica previdenciária do antigo INAMPS. A consolidação do SUS na Constituição Federal de 1988, além de estabelecer a universalização do acesso, promoveu a descentralização, regionalização e integração com formação de redes de assistenciais como diretrizes fundamentais. É importante lembrar que o SUS deve se organizar em redes, conforme determina a Constituição e, portanto, esse tema esteve presente, de forma explícita ou implícita, na agenda da reforma sanitária desde o seu início. O processo de descentralização com ênfase na municipalização na década de 1990 tem sido objeto de avaliação de diversos autores. Nesses estudos, identificam-se a ampliação do acesso aos serviços, a inovação na gestão e o aumento da participação da população como os principais resultados favoráveis da municipalização.¹⁴⁰

¹³⁸ TEIXEIRA, C. F. **O SUS e a Vigilância da Saúde**. Proformar. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2003.

¹³⁹ TEIXEIRA, C. F. **Equidade, cidadania, justiça e saúde**. Paper elaborado para o Curso Internacional sobre Desarrollo de Sistemas de Salud, OPS-OMS/ASDI. Nicarágua, 17 abr. 2005.

¹⁴⁰ SILVA, Silvio Fernandes da. Organização de redes regionalizadas e integradas de atenção à saúde: desafios do Sistema Único de Saúde (Brasil). **Ciência Saúde Coletiva**, v. 16, n. 6, 2011. p. 2753-2762.

A implementação do SUS contribuiu pouco, no entanto, para a integração da saúde nas regiões que agregam diversos municípios, possivelmente pela pouca ênfase dada à regionalização. A publicação, em 2001, da Norma Operacional da Assistência à Saúde (NOAS/2001) teve como um dos seus principais objetivos suprir essa lacuna, dando proeminência à necessidade de formação de redes integradas. A NOAS teve muitas dificuldades de inserção e isso se deveu, segundo alguns autores, à proposição de regras rígidas. Isto é, excessivamente parametrizadas, na reorganização dos serviços regionais, que se mostrou incoerente com as condições existentes e a não consolidação de uma governança regional e intermunicipal, fator indispensável para a articulação da interdependência entre municípios e destes como o governo estadual. A regionalização retornou com mais força à agenda do SUS com a publicação do Pacto pela Saúde, em 2006. Aprovado e regulamentado pelas portarias ministeriais n.º 399 e 699, o Pacto se propõe a substituir o formato rígido da NOAS para pactuação mais flexível, que resulte em construção de arranjos que contribuam para a regionalização e o aperfeiçoamento de redes. O Ministério da Saúde, nesse contexto, divulgou documento em que ressaltou a importância da organização de redes regionalizadas de atenção à saúde, no SUS, definindo-as como estruturas integradas de provisão de ações e serviços de saúde no SUS. Institucionalizadas pela política pública em um determinado espaço regional a partir do trabalho coletivamente planejado e do aprofundamento das relações e interdependência entre os atores envolvidos. Dificuldades inerentes ao processo de regionalização e formação de redes no atual contexto do sistema de saúde brasileiro com reflexões sobre os desafios a serem superados constituem o foco deste trabalho.¹⁴¹

A contribuição que um sistema de serviço de saúde pode dar à superação das desigualdades sociais em saúde implica redistribuição da oferta de ações e serviços. Ainda, na redefinição do perfil dessa oferta, de modo a priorizar a atenção em grupos sociais cujas condições de vida e saúde sejam mais precárias, bem como enfatizar ações específicas para determinados grupos

¹⁴¹ SILVA, Silvio Fernandes da. Organização de redes regionalizadas e integradas de atenção à saúde: desafios do Sistema Único de Saúde (Brasil). **Ciência Saúde Coletiva**, v. 16, n. 6, 2011. p. 2753-2762.

e pessoas que apresentem riscos diferenciados de adoecer e morrer por determinados problemas.

É preciso lembrar que antes do advento do SUS, para que um cidadão brasileiro fosse atendido pelo sistema público era preciso ser trabalhador, ou se dizer indigente, situações essas que condicionavam o acesso aos serviços públicos antes do SUS. De fato, os trabalhadores fossem empregados ou autônomos, ativos ou aposentados, trabalhadores urbanos ou rurais, e seus dependentes, tinham o direito assegurado aos serviços do antigo INAMPS, na medida em que contribuía para Previdência Social. Aos excluídos do mercado formal de trabalho restava a condição de indigentes, ou seja, pobres que recorriam às instituições filantrópicas, ou, mais frequentemente aos serviços públicos mantidos pelo Ministério da Saúde e pelas Secretarias Estaduais de Saúde.¹⁴²

Apesar da evolução advinda com a criação do SUS, o pleno exercício desses direitos, entretanto, exige superação das barreiras econômicas, sociais e culturais que ainda se interpõem entre os usuários e o sistema de serviços de saúde. No que diz respeito à questão econômica, ainda que a população não precise pagar diretamente pelos serviços, o financiamento da saúde é assegurado pelo Estado, mediante a utilização de fundos públicos. Ademais, a população pobre que habita a periferia das grandes cidades, não dispõe de condições mínimas de acesso aos serviços, muitas vezes, por não poderem pagar o transporte necessário para chegar a uma unidade de saúde.

Nesse sentido, o Estado precisa dispor de um volume de recursos financeiros capaz de ser investido na infraestrutura do sistema, como a construção e reforma de unidades de saúde, na compra de equipamentos e insumos, na contratação e pagamento de pessoal qualificado a trabalhar na produção de ações e serviços de saúde de distintas naturezas e graus de complexidade. Assim, para garantir a universalização do acesso à saúde, a construção do SUS tem demandado um esforço para a garantia do financiamento do sistema, bem como para o gerenciamento dos recursos financeiros de modo a que sejam utilizados na expansão e qualificação dos serviços públicos de saúde em todo o país.

¹⁴² TEIXEIRA, C. F. **O SUS e a Vigilância da Saúde**. Proformar. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2003.

Cabe ressaltar que, as redes regionalizadas e integradas de atenção à saúde, criadas pelo SUS, oferecem condição estruturalmente mais adequada para efetivação da integralidade da atenção e reduzem os custos dos serviços para imprimir uma maior racionalidade sistêmica na utilização dos recursos.

Figueiredo destaca que não obstante o SUS seja constituído como um sistema público, ele compreende as redes pública e privada de saúde, esta última utilizada por meio de contratação ou convênio firmado com o Poder Público. Ambos formam uma rede regional, para adequação às particularidades locais; e hierárquica, ou seja, que deve estrita observância ao conjunto de princípios que regem o sistema (integralidade, igualdade e participação da comunidade).¹⁴³

A atuação regionalizada não é uma estratégia nova, na medida em que concretiza as diretrizes da Organização Mundial de Saúde - OMS. A municipalização dos serviços de saúde é anterior ao texto da Constituição de 1988, sendo que muitos autores já a defendiam, como forma de descentralização política adequada à formação histórico-sócio-cultural e política do Brasil. Ao Município, então responsável pelos serviços, competiria a definição de saúde, do conteúdo do direito à saúde e da correspondente responsabilidade por assegurar as ações correspondente.¹⁴⁴

Magalhães destaca três aspectos que considera relevantes. O primeiro é o da integralidade no seu sentido vertical, que pressupõe a busca das necessidades dos usuários a partir de um olhar integral, ampliado, procurando captar holisticamente o que pode beneficiar sua saúde nos seus contatos com os diferentes pontos do sistema. O segundo é o da integralidade horizontal, no qual se evidencia que as respostas às necessidades dos usuários geralmente não são obtidas a partir de um primeiro ou único contato com o sistema de saúde, havendo necessidade de contatos sequenciais, com diferentes serviços e unidades, e monitorização do trajeto de uns aos outros. O terceiro diz respeito à

¹⁴³ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 97.

¹⁴⁴ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 98.

interação entre políticas públicas e, portanto, à intersetorialidade. Ou seja, as redes de atenção à saúde não devem ser restritas ao setor saúde.¹⁴⁵

3.4 Da aplicabilidade do direito fundamental à saúde

A Constituição Federal tem como prioridade assegurar a promoção do bem-estar do homem, garantindo de maneira primordial as condições mínimas de sua existência através da consagração dos direitos fundamentais.

Note-se que, todas as normas que integram a Constituição Federal de 1988 têm natureza jurídica e força de norma constitucional, independente de seu conteúdo material, considerando o fato de que o Brasil adotou o critério de classificação formal quanto ao conteúdo de sua Constituição. Ademais, em razão do princípio da efetividade das normas constitucionais, não se pode deixar de olvidar eficácia a qualquer dispositivo que esteja contido nessa Norma Fundamental.

Contudo, há uma grande controvérsia na doutrina e na jurisprudência acerca da questão da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais, em virtude do entendimento de que a eficácia desses direitos sempre esteve atrelada às normas constitucionais programáticas, apresentando, portanto, eficácia limitada e aplicabilidade indireta, a depender de legislação infraconstitucional para regulamentar a vontade do Constituinte.

Acontece que, a Constituição Federal de 1988, no tocante a fundamentalidade formal dos direitos fundamentais, dispõe, expressamente, em seu art. 5º, §1º¹⁴⁶, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Ora, resta claro que o constituinte através desse dispositivo pretendeu priorizar as normas que tratam sobre direitos fundamentais, dando-lhes uma normatividade reforçada com a finalidade de garantir a efetividade de seus ditames. Não se pode confundir, todavia, efetividade com eficácia, tendo em vista que toda realização prática pressupõe a existência de eficácia jurídica.

¹⁴⁵ MAGALHÃES JÚNIOR, H. M. **O desafio de construir e regular as redes públicas de saúde, com integralidade, em sistemas privado-dependentes**: a experiência de Belo Horizonte. 2006. Tese (Doutorado) – Faculdade de Ciências Médicas da Unicamp, Campinas, SP, 2006.

¹⁴⁶ Artigo 5º, §1º da CF/88.

Logo, a efetividade deve estar necessariamente vinculada à preexistência da eficácia de uma norma.

No que diz respeito ao direito à saúde, o Estado Democrático de Direito impõe a todos os componentes da sociedade brasileira o dever de se buscar a transformação da realidade que ora se apresenta, por essa contrariar seus princípios. É evidente a conexão entre o Estado Democrático de Direito e a saúde para o entendimento da efetivação desse direito. O Brasil, portanto, está obrigado a realizar mudanças na procura de que a saúde seja efetivamente aplicada e de que ela seja um real instrumento de justiça social.¹⁴⁷

Canotilho afirma que a Constituição Federal de 1988 é uma constituição dirigente. Assim, possuem os direitos fundamentais, como é o caso do direito à saúde, evidente caráter vinculativo em relação ao legislador, ao poder público, aos órgãos administrativos, ao Poder Executivo, aos juízes, aos tribunais, e, também, no âmbito das relações jurídico-privadas. Dessa forma, a Carta Magna não é um estatuto jurídico político, mas sim um plano global normativo, visando a uma nova ordem econômica e social, e estipulando objetivos e programas que deverão ser efetivamente concretizados tanto pelo Estado como pela sociedade.¹⁴⁸

Tojal assim leciona sobre o direito à saúde:

Está, pois, o Estado juridicamente obrigado a exercer as ações e serviços de saúde visando a construção de uma nova ordem social, cujos objetivos, repita-se, são o bem-estar e a justiça social, pois a Constituição lhe dirige impositivamente essas tarefas.¹⁴⁹

Cabe aqui fazer menção às considerações de Silva¹⁵⁰, a respeito da aplicabilidade e eficácia das normas que disciplinam direitos fundamentais. O supracitado doutrinador, em lição clássica, menciona que a eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais dependem muito de seu enunciado:

¹⁴⁷ SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 50.

¹⁴⁸ SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 50.

¹⁴⁹ TOJAL, Sebastião Botto de Barros. **O Direito Regulatório do Estado Social e as Normas Legais de Saúde Pública**. Brasília: Organização Pan-Americana de Saúde: Escritório Regional da Organização Mundial de Saúde: Representação no Brasil, n. 4, 1994. (Série Direito e Saúde). p. 15-23.

¹⁵⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 180.

[...] pois se trata de assunto que está em função do Direito positivo. A Constituição é expressa sobre o assunto, quando estatui que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Mas certo é que isso não resolve todas as questões, porque a Constituição mesma faz depender de legislação ulterior à aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadrados dentre os fundamentais. Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos econômicos e sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada, de princípios programáticos e de aplicabilidade indireta, mas são tão jurídicas como as outras e exercem relevante função, porque, quanto mais se aperfeiçoam e adquirem eficácia mais ampla, mais se tornam garantias de democracia e do efetivo exercício dos demais direitos fundamentais.

Consoante o entendimento acima transcrito, pode-se concluir que apenas as normas constitucionais de eficácia plena e eficácia contida poderiam ser aplicadas imediatamente, enquanto que as normas de eficácia limitada teriam uma aplicação indireta, necessitando da incidência de uma legislação infraconstitucional superveniente para ter efetividade.

Em posição contrária, Sarlet¹⁵¹ defende que, mesmo em se tratando de normas definidoras de direitos fundamentais sociais, sua eficácia não poderia ficar a mercê da vontade do legislador infraconstitucional, sob pena de nunca poderem ser concretizadas, pois:

De modo especial no que diz com os direitos fundamentais sociais, e contrariamente ao que propugna ainda boa parte da doutrina, tais normas de direitos fundamentais não podem mais ser considerados meros enunciados sem força normativa, limitados a proclamações de boas intenções e veiculando projetos que poderão, ou não, ser objeto de concretização, dependendo única e exclusivamente da boa vontade do poder público, em especial, do legislador.

Sarlet assinala que é absolutamente possível a aplicação imediata de todos os direitos fundamentais, considerando a premissa de que todas as normas constitucionais, até as normas de caráter programático. Possuem certo grau de eficácia, ainda que limitado, vinculando o legislador, no caso de sua omissão, à fiscalização por parte do Poder Judiciário através de meios processuais adequados.

¹⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo e eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n° 10, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 01 abr. 2017.

Meirelles¹⁵² assevera que a eficácia é apreendida na análise da norma abstratamente falando; a aplicabilidade, no entanto, é verificada diante do caso concreto. Assim, uma norma eficaz poderá não ter aplicabilidade em determinado caso concreto, haja vista a existência, por exemplo, de um princípio oposto que, na ponderação, veio a prevalecer. O conceito de eficácia adjetivado do termo jurídico não é sem razão de ser. Fala-se em eficácia jurídica em distinção à eficácia social, essa última também denominada de efetividade. A primeira está relacionada ao “dever ser”, ao passo que a última, ao “ser” da norma. Assim, enquanto a eficácia jurídica está relacionada à potencialidade da norma de produzir efeitos, a eficácia social – efetividade – está ligada a concretização do comando normativo, sua força operativa no mundo dos fatos. Ressalta-se, entretanto, que uma norma pode ser vigente, válida e eficaz juridicamente, mas não ter eficácia social – efetividade. O não cumprimento da norma no plano fático retira-lhe a eficácia social – efetividade, em que pese possuir eficácia jurídica.

Essa divergência doutrinária surgiu em virtude de sempre se ter acreditado que as chamadas “normas programáticas” (aquelas responsáveis por disciplinar os direitos fundamentais que dependem da interposição do legislador para adquirir plena eficácia e efetividade) seriam dispositivos que apenas enunciam objetivos a serem atingidos pela ação futura dos Poderes Públicos. Não conferindo, por conta disso, qualquer tipo de direito subjetivo, já que dirigido ao Estado e não à pessoa.

Mesmo que haja divergência de parte da doutrina, a grande maioria compreende que o direito à saúde é um direito fundamental social autoaplicável, e não uma norma de cunho meramente programático, gerando, conseqüentemente, para os administrados, o direito subjetivo de exigir do Estado prestações materiais no sentido de garantir o acesso universal e igualitário as ações e serviços públicos que dizem respeito a sua promoção, proteção e recuperação, consoante dispõe o art. 196, da Constituição Federal de 1988.

Todavia, a eficácia imediata disposta no art. 5º, §1º, da Constituição Federal, não tem a característica de, por si só, assegurar a aplicabilidade de

¹⁵² MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A eficácia dos direitos sociais**. Salvador: Jus Podivm, 2008. p. 38-45.

todos os direitos fundamentais sociais de imediato, muito embora sirva para reforçar a garantia de um direito subjetivo à legislação.

Assim, o Estado deve pautar-se no princípio da máxima efetividade e aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, visando a concretização da vontade do constituinte, realizando no seio social os direitos fundamentais sociais, para um desenvolvimento pleno da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da Constituição Federal).

A própria Constituição, no artigo 197 afirma que são de relevância pública as ações de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. O investimento em saúde pública compete a todos os entes federados, mas também é de responsabilidade de cada indivíduo.

A repartição de competências para legislar sobre saúde envolve o artigo 23, II da Constituição que é uma competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para cuidar da saúde. O artigo 24, XII trouxe a competência concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal no que tange à atividade legiferante. O artigo 24, §1º, §2º, §3º e §4º se refere a competência da União para legislar sobre normas gerais e sobre a competência suplementar complementar. O artigo 30, VII, assegura a competência dos Municípios para prestar serviços de saúde à população. Os municípios podem inclusive admitir agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias por meio de processo seletivo público simplificado, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação.

Destarte, fica clara a responsabilidade conjunta da União, Estados, Distrito Federal e Municípios na prestação à saúde, o que significa, por outro modo, solidariedade entre os entes, fazendo com que o cidadão, a seu critério, possa demandar qualquer uma das entidades federativas.¹⁵³

O Supremo Tribunal Federal entende que a responsabilidade é solidária entre União, o Estado, o Município e o Distrito Federal na prestação da saúde pública. A responsabilidade dos entes deve ser clara, expressa pelo Estado. Mas

¹⁵³ DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito sanitário**. São Paulo: Verbatim, 2010. p. 106.

a saúde não é apenas dever do Estado, mas de todos nós. Como direito à saúde está incluída a higiene, a boa alimentação, uma vida saudável acompanhada de exercícios físicos, pois o Estado apenas não é suficiente para solucionar as mazelas da sociedade. Todas as pessoas têm dever de atuar na prevenção das doenças adotando procedimentos simples como escolhendo os melhores alimentos, praticando atividades físicas, não consumindo bebidas alcoólicas, não fumando, dirigindo com prudência, entre outros.

A reciprocidade dos entes federativos no interior do sistema advém da responsabilidade comum, pois todos devem dar sua quota-parte para a concretização do ideário constitucional. Nesse sentido, a Lei 8080/90, ao regulamentar o Sistema Único de Saúde, discriminou como cada um dos entes deve concorrer para o incremento do sistema, indicando, portanto, quais responsabilidades pertencem a cada uma das esferas da Federação, sendo certo que boa parte delas, inclusive, assume a gestão das ações e recursos em saúde quando houver descumprimento das obrigações pela Municipalidade.¹⁵⁴

Tudo isso reafirma, por um lado, a noção de responsabilidade solidária, e, por outro lado, a ideia de responsabilidade recíproca entre os entes. De tal modo que aquele que for cobrado por determinada prestação pode e deve reclamar a devida compensação da unidade da Federação legalmente responsável pelo desempenho da atenção em saúde reclamada. Pode-se, portanto, afirmar que nenhum nível de governo é permitido alegar sua irresponsabilidade pela saúde. Entretanto, o sistema constitucional de distribuição de competências impede invasão de limites de responsabilidade de cada uma dessas esferas. Assim, a União deve legislar sobre proteção e defesa da saúde e proteção e responsabilidade por dano ao meio ambiente, editando normas gerais. E deve cooperar técnica e financeiramente com os Municípios na prestação de serviços de atenção à saúde da população.¹⁵⁵

A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. As instituições privadas poderão participar de forma complementar do SUS, segundo diretrizes desse, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência às entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos. A Constituição, no artigo 199, §2º e §3º,

¹⁵⁴ DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito sanitário**. São Paulo: Verbatim, 2010. p. 105-106.

¹⁵⁵ DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito sanitário**. São Paulo: Verbatim, 2010. p. 105-106.

assegura que é vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos. Ademais, veda a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo os casos previstos em lei.

4 CONTROLE PROCESSUAL E ADMINISTRATIVO NAS DEMANDAS DE ACESSO À SAÚDE

4.1 Do controle exercido pelo Poder Judiciário

Diante do advento das fraudes relacionadas ao direito à saúde que aconteceram em ações judiciais no Estado do Rio Grande do Sul, passa-se a discutir como o Poder Judiciário pode realizar o controle, a fim de evitar a ocorrência de fraudes.

Nesse compasso, tem-se que o processo é dialético, não como um mero sistema argumentativo - *como um conflito ideal entre argumentos, como era na dialética grega tradicional* - mas como um sistema de compreensão da realidade, em que tese-antítese-síntese não possui caráter de exclusão, mas de superação e conservação, na busca de uma interminável e crescente determinação. Assim é a dialética hegeliana, que compreende a realidade sensível como um dinâmico e contraditório movimento, processo esse constatado tanto no pensamento humano, como no mundo material.¹⁵⁶

Nesse sentido, o exercício do direito de ação concede à parte contrária, a oportunidade de desempenhar a sua defesa, em respeito aos princípios da ampla defesa e do contraditório¹⁵⁷, assim como a interposição de recursos previstos na Constituição e na lei processual.

Além disso, o magistrado não está obrigado a atender os pleitos formulados, bem como não está a eles vinculados, em decorrência dos princípios da imparcialidade e da independência, o que afasta a indução do julgador ao erro no feito judicial.

Na verdade, o magistrado está situado entre as partes, com o dever da imparcialidade, obrigando-se a ouvir, ou, ao menos, a parte que se encontra no polo demandado, para cada decisão a ser proferida. Assim, a soma da parcialidade das partes, num processo dialético, é que conduz o juiz à síntese, por essa razão, as partes do processo assumem, em relação ao juiz, o papel de

¹⁵⁶ FERREIRA, Fernando Guimarães. **A dialética Hegeliana: uma tentativa de compreensão.** Revista de Estudos Legislativos, Porto Alegre, ano 7, n.7, p.167-184, 2013.

¹⁵⁷ Artigo 5º, inciso LV da CF/88: "LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

“colaboradores necessários”, porque apesar de buscarem seus próprios interesses, a ação combinada delas é que auxilia na eliminação do conflito apresentado.¹⁵⁸

A imparcialidade seria um pressuposto de validade, que significa que além de competente, o juiz deve ser imparcial, isto é, quando exerce a jurisdição deve estar habilitado a receber e apreciar com isenção de espírito argumentos e provas trazidas por cada uma das partes, para, com a mesma isenção, vir a decidir buscando a verdade dos fatos.¹⁵⁹

O princípio da independência refere-se à atividade jurisdicional, não se confundindo com a independência do Poder Judiciário enquanto instituição, referente à relação entre os poderes da República. As garantias¹⁶⁰ da magistratura são instrumentos constitucionais postos a disposição, destinadas a proteger o magistado de eventuais retaliações ou manipulações que a atividade desenvolvida pudesse ocasionar. Como a atividade jurisdicional, por vezes, contrária aos interesses, tanto de ordem política como econômica, as garantias e prerrogativas legais da magistratura visam proteger o exercício da função jurisdicional.¹⁶¹

Da Litigância de Má-Fé: Os casos das próteses

No processo, a obrigação de expor a verdade das alegações não é exclusividade das partes e de seus procuradores, todos os demais participantes do processo estão sujeitos a ela, o que inclui, por exemplo, testemunhas e peritos. Os deveres são condutas exigidas dos sujeitos do processo e de terceiros que dele participam, para que a justiça seja feita como deve ser.

O Artigo 5º do Código de Processo Civil dispõe sobre a boa-fé, nos seguintes termos: *“Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.”*

¹⁵⁸ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 55.

¹⁵⁹ Wambier, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil, volume 1: teoria geral do processo e processo de conhecimento** / Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida, Eduardo Talamini: coordenação Luiz Rodrigues Wambier. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 201.

¹⁶⁰ As garantias da magistratura, entretanto, não devem ser confundidas com as prerrogativas legais do juiz, insculpidas no art.33 da Lei de Organização da Magistratura Nacional, considerando que tais prerrogativas se destinam à proteção da figura do juiz enquanto funcionário do Estado e pessoa física. Fonte: DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Amorim. **Garantias da magistratura e independência do Judiciário**. THEMIS: Revista da Esmecc, v. 3, n. 1, p. 277-286, 2016.

¹⁶¹ DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Amorim. **Garantias da magistratura e independência do Judiciário**. THEMIS: Revista da Esmecc, v. 3, n. 1, p. 277-286, 2016.

O referido artigo foi inspirado pelo direito suíço, que em seu Código de Processo Civil, mais exatamente no artigo 52 traz o princípio da boa-fé objetiva. Ele tem como base, o comportamento justo, desprovido de maldade ou segundas intenções. É uma forma de repulsar a má-fé subjetiva, ou seja, a conduta dolosa que visa lesar a outra parte no processo. Diante de tal princípio, é considerado inadmissível o comportamento que tem como objetivo atrasar o processo ou colocar dificuldades para a parte contrária e assim prejudicá-la. Por outro lado, ele se preocupa com a cooperação das partes, dando suporte para a colaboração, visando à conciliação e mediação dos conflitos, o que notoriamente é o principal objetivo do novo código.¹⁶²

A premissa trazida pelo novo diploma, de cooperação, conciliação e mediação antes mesmo de adentrar com o processo, é amparada pela boa-fé, pois assim as partes conseguirão a efetiva participação jurisdicional do estado sem o desgaste com a demora processual.¹⁶³

Conforme o art. 5º do NCPC, aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se segundo a boa-fé. Além disso, a todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva (art. 6º do CPC/2015). O pedido formulado pela parte na demanda deve ser certo e interpretado conforme o conjunto da postulação e a boa-fé (art. 322 do CPC/2015). Como consequência, a decisão judicial também passa a ser interpretada, a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé (art. 489, §3º, do CPC/2015). Esses preceitos ampliaram um tratamento que era tímido no CPC anterior, limitado somente à exigência da boa-fé das partes no seu artigo 14.¹⁶⁴

A respeito, com base nas notícias veiculadas na mídia, bem como pelas observações contidas no relatório final da CPI das próteses e medicamentos da Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, chega-se a conclusão que ocorreram muitos casos de “má-fé nos processos”. Isso porque, os médicos envolvidos no esquema indicavam procuradores aos próprios pacientes, a fim de

¹⁶² TARTUCE, Flávio. **O Novo CPC e o Direito Civil**. Impactos, diálogos e interações, São Paulo, Editora Método, 2015, p. 38.

¹⁶³ TARTUCE, Flávio. **O Novo CPC e o Direito Civil**. Impactos, diálogos e interações, São Paulo, Editora Método, 2015, p. 38-39.

¹⁶⁴ TARTUCE, Flávio. **O Novo CPC e o Direito Civil**. Impactos, diálogos e interações, São Paulo, Editora Método, 2015, p. 38-39.

que os mesmos ingressassem com demandas judiciais solicitando a realização de procedimentos custeados pelo poder público, os quais eram, por vezes, desnecessários, ou superfaturados.

Como já relatado no 1º capítulo, o esquema fraudulento utilizava laudos forjados, os quais prescreviam a utilização de próteses ou órteses pelas empresas beneficiadas na fraude obtendo vantagens econômicas.

Dessa forma, pelas observações contidas no relatório final da CPI das próteses e medicamentos da Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, observa-se que nos casos apurados na CPI. Ademais dos crimes tipificados no Código Penal, os advogados e pacientes agiam com nítida má-fé, ao acionarem o Judiciário pleiteando o fornecimento de próteses e órteses superfaturadas. Além disso, com frequência, os pacientes desconheciam o esquema em que estavam envolvidos e eram submetidos a cirurgias desnecessárias, bem como com a implantação de próteses e órteses de qualidade inferior, assim como sem a necessidade médica.

Portanto, se está diante de nítido caso de litigante de má-fé, que utiliza o processo com o objetivo ilegal. Nesse sentido, o Judiciário deve ficar mais atento aos processos distribuídos que buscam a efetividade do acesso à saúde, a fim de verificar se os fatos expostos são verdadeiros.

Sobre o instituto da má-fé, Costa Machado¹⁶⁵ assim leciona:

Pois bem, seja qual for o destinatário da norma, o que importa salientar é que o dever de veracidade aqui previsto sempre deve ser considerado em termos, vale dizer, com relatividade, uma vez que não se pode perder de vista que a exposição dos fatos é segundo a 'verdade' de quem expõe, parcial, unilateral, tendenciosa em certa medida, portanto. Não se pode exigir do litigante isenção ou imparcialidade, mas tal isenção é exigida de todo terceiro desinteressado que de qualquer forma participe do processo.

Só haverá ofensa ao dever de falar a verdade, se intencionalmente, a verdade for falseada. No entanto, se a verdade for apresentada de maneira errônea involuntariamente, pela falsa percepção da realidade, ou por uma incompreensão dos fatos, ou uma má avaliação dos acontecimentos, ou qualquer outro tipo de equívoco, a infração não estará caracterizada.

¹⁶⁵ MACHADO, A. C. C. **Código de processo civil interpretado**. 8. ed. Barueri: Manoel, 2009. p. 51.

A legislação prevê, nos seus artigos 77 e 79 do Código de Processo Civil, deveres a serem observados pelas partes e procuradores, como expor os fatos conforme a verdade e punir aquele que litigar de má-fé perante a justiça, com a condenação em perdas e danos.¹⁶⁶

O Código de Processo Civil descreve no seu artigo 80 quem seria o litigante de má-fé, destacando, dentre outros, aquele que altera a verdade dos fatos, assim como aquela parte que usa do processo para conseguir objetivo ilegal¹⁶⁷

A análise da litigância de má-fé exige naturalmente o exame da conduta processual das partes, ou seja, a sua forma de agir na tramitação do processo. De início surge a primeira certeza, de que as partes têm o dever jurídico de não praticar atos procrastinatórios e de proceder de acordo com o princípio da lealdade processual. Essa é a premissa da qual deve partir toda e qualquer análise da litigância de má-fé. Acima do interesse individual de cada uma das partes está o dever geral de portar-se de acordo com regras estabelecidas para garantir um bom resultado no desenvolver do processo. E dentre essas regras, evidentemente, estão a de não praticar maliciosamente atos desnecessários e inúteis (procrastinação) e a de não agir com deslealdade.¹⁶⁸

Assim, além do dever ético, que se encontra evidentemente acima de toda essa discussão, há no sistema processual brasileiro o dever jurídico de proceder de boa-fé. Tanto aos advogados como às partes incumbe a obrigação de agir com lealdade, não faltar com a verdade e não gerar incidentes processuais desnecessários. Nesse aspecto mostra-se fundamental a distinção entre o dever e o ônus processual.¹⁶⁹

¹⁶⁶ Artigo 77 do CPC. “Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo: I – expor os fatos em juízo conforme verdade.” Artigo 79 do NCPC. “Responde por perdas e danos aquele que litigar de má-fé como autor, réu ou interveniente”.

¹⁶⁷ Artigo 80 do CPC. “Considera-se litigante de má-fé aquele que: I – deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II – alterar a verdade dos fatos; III – usar do processo para conseguir objetivo ilegal; IV – opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V – proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI – provocar incidente manifestamente infundado; VII – interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório”.

¹⁶⁸ COUTURE, Eduardo. **Os mandamentos do advogado**. 3. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1987. p. 45.

¹⁶⁹ COUTURE, Eduardo. **Os mandamentos do advogado**. 3. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1987. p. 45-46.

O conceito de má-fé deriva do latim “malefatius”, sendo empregada no meio jurídico para exprimir o conhecimento de um vício, se opondo ao conceito de boa-fé.¹⁷⁰

Sobre o tema “litigância de má-fé”, Couture¹⁷¹ apresenta a seguinte definição:

Qualificação jurídica de conduta, legalmente sancionada, daquele que atua em juízo convencido de não ter razão, com ânimo de prejudicar o adversário ou terceiro, ou criar obstáculos do seu direito. Na má-fé há como substrato a intenção de prejudicar alguém, o qual no processo civil, geralmente é o outro litigante.

Nery Junior e Andrade Nery¹⁷² conceituam o significado de litigância de má-fé, nos seguintes termos:

[...] É a parte ou interveniente que, no processo, age de forma maldosa, com dolo ou culpa, causando dano processual à parte contrária. É o ‘improbis litigator’, que se utiliza de procedimentos escusos com o objetivo de vencer [...].

A respeito do instituto da litigância de má-fé, é possível identificar um componente essencial em todas as hipóteses de constatação da litigância de má-fé, qual seja a intenção malévola da parte de agir nessa condição no processo. Todavia, como se trata de um elemento subjetivo, é difícil ao juiz pesquisar a intenção da parte, de modo que exigir sempre esse elemento subjetivo redundaria em impedir uma repressão mais enérgica da má conduta das partes.

Quanto aos requisitos autorizadores da decretação da litigância de má-fé, por se tratar de um tema de carregado conteúdo subjetivo, muitas vezes, a delimitação objetiva da caracterização da litigância de má-fé aflige o operador do direito. Percebe-se, porém, que cresce a tendência jurisprudencial de se utilizar uma hermenêutica cada vez mais restritiva para a declaração de litigância de má-fé, mencionando a necessidade de ter sido oportunizada a defesa (Artigo 5º,

¹⁷⁰ DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico**. 23. ed. São Paulo: Forense, 2003. (verbetes “má-fé”).

¹⁷¹ COUTURE, Eduardo. **Os mandamentos do advogado**. 3. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1987. p. 44.

¹⁷² NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 10. ed. [S.l:s.n.], 2008. p. 17.

LV). O STJ em diversos julgados restringiu ainda mais os requisitos autorizadores para a decretação de má-fé processual.¹⁷³

Por conseguinte, interpretando as disposições do artigo 77 a 81 do CPC, conclui-se que a legislação visa a reprimir os atos daqueles que agem maldosamente, com o objetivo de tumultuar o andamento processual. O novo diploma legal optou por conceitos indeterminados, concedendo mais elasticidade na sua concretização pelo juiz. Entretanto, em obediência ao princípio do contraditório (Artigo 9º do NCPC), exige-se a manifestação prévia do litigante aparentemente ímprobo antes de sua condenação.

O novo Código de Processo Civil previu multa ao litigante de má-fé¹⁷⁴, na proporção de 1% (um por cento) a 2% (dois por cento) sobre o valor da causa atualizado, além de condenação em pagamento de honorários advocatícios e reembolso das despesas que a parte de boa-fé teve no processo.

No que diz respeito acerca da possibilidade de condenação, em processo judicial, da pessoa do advogado em litigância de má-fé, tem-se verificado na jurisprudência uma corrente que entende ser possível tal condenação de forma solidária entre o patrono e o cliente, como no caso do AgRG no REsp 928790/RS. Contudo, há um forte posicionamento contrário ao referido entendimento, o que parece estar pacificado no STJ, como disposto no REsp. 1331660/SP, em que dispõe:

¹⁷³ RECURSO ESPECIAL Nº 202.688 - MG (1999/0008046-7)
RELATOR: MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS
RECORRENTE: FEDERAÇÃO DOS TRABALHADORES NO COMÉRCIO DO ESTADO DE MINAS GERAIS ADVOGADO: JOÃO PEDRO FERRAZ DOS PASSOS E OUTROS
RECORRIDO: FEDERAÇÃO NACIONAL DOS EMPREGADOS EM ADMINISTRADORAS DE CONSÓRCIOS VENDEDORES EM CONCESSIONARIAS DE VEÍCULOS E CONGENERES
ADVOGADO: ESTEFANIA RIBEIRO LAGE
EMENTA: **ADMINISTRATIVO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. PRESSUPOSTOS. NÃO PREENCHIMENTO. CPC, ART. 17. - Para a condenação em litigância de má-fé, é necessário que a má conduta seja dolosa. - Para apurar o dolo, na má-conduta é necessária a apreciação dos fatos da causa, que não podem ser reexaminados em sede de recurso especial (Súmula 07). - Recurso improvido (grifo nosso).**

¹⁷⁴ Art. 81 do NCPC. De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou. § 1º Quando forem 2 (dois) ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção de seu respectivo interesse na causa ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária. § 2º Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa poderá ser fixada em até 10 (dez) vezes o valor do salário-mínimo. § 3º O valor da indenização será fixado pelo juiz ou, caso não seja possível mensurá-lo, liquidado por arbitramento ou pelo procedimento comum, nos próprios autos.

[...] 6. Em caso de litigância de má-fé, descabe condenação solidária da parte faltosa e de seus procuradores. A conduta processual do patrono da parte é disciplinada pelos arts. 14 do CPC e 32 do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil – EAOAB (Lei 8.906/94), de maneira que os danos processuais porventura causados pelo advogado, por dolo ou culpa grave, deverão ser auferidos em ação própria.

As decisões mais recentes do STJ têm determinado que a condenação ao pagamento de multa por litigância de má-fé deve ser limitada às partes, pois o profissional da advocacia está sujeito, exclusivamente, ao controle disciplinar da Ordem dos Advogados do Brasil, assim como não existe hierarquia entre ele e os magistrados, o que impediria a condenação (conforme Artigos 6, 32, 70 do Estatuto da Advocacia).¹⁷⁵

Nesse sentido, deve-se ter em vista que o advogado, no processo judicial, é um instrumento jurídico que atua em defesa dos interesses do seu cliente. Portanto, os atos praticados no processo pelo advogado são os atos da parte que ele representa. Dessa forma, não é razoável condenar-se o advogado, solidariamente, em litigância de má-fé, haja vista a inexistência de amparo legal para que o magistrado pratique tal ato. Qualquer determinação no sentido de que haja esse tipo de condenação seria distorção dos dispositivos legais sobre o tema.

4.1.1 *Da orientação do Conselho Nacional de Justiça: emissão de pareceres técnicos com base na saúde baseada em evidências*

Na data de 13/09/2016, o *site* do Conselho Nacional de Justiça¹⁷⁶ emitiu a seguinte notícia: “*Sistema dará respaldo técnico a juízes em decisões sobre demandas de saúde*”. O CNJ preocupado com a crescente judicialização da saúde, com a necessidade de prestar uma assessoria técnica aos magistrados

¹⁷⁵ Estatuto da Advocacia: “Art. 6º Não há hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público, devendo todos tratar-se com consideração e respeito recíprocos”. Artigo 32. “O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa. Parágrafo único. Em caso de lide temerária, o advogado será solidariamente responsável com seu cliente, desde que coligado com este para lesar a parte contrária, o que será apurado em ação própria”. Art. 70. “O poder de punir disciplinarmente os inscritos na OAB compete exclusivamente ao Conselho Seccional em cuja base territorial tenha ocorrido a infração, salvo se a falta for cometida perante o Conselho Federal”.

¹⁷⁶ Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83421-sistema-dara-respaldo-tecnico-a-juizes-em-decisoes-sobre-demandas-de-saude>>. Acesso em: 07 maio 2017.

que se deparam com inúmeros pedidos de tutela de urgência, assim como com as fraudes que vem ocorrendo nessas demandas, propõe a criação de um sistema de pareceres técnicos elaborados por especialistas da área da Saúde.

Esse sistema de pareceres técnicos elaborados por especialistas da área da Saúde pretende auxiliar os magistrados, que precisarem decidir, sobre um pedido de medicamento encaminhado à Justiça. Esse banco de pareceres médicos e notas técnicas darão suporte a magistrados que necessitam determinar, por exemplo, a um Estado, que arque com os custos de um remédio, órteses e próteses prescritos, para o tratamento, ou cirurgia de um doente de baixa renda que ingressar na Justiça, em busca de cura. A criação desse banco de dados ocorreu no Fórum Nacional do Poder Judiciário para a Saúde, ocasião em que ficou determinado que tais dados serão geridos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Segundo o conselheiro do CNJ que supervisiona o Fórum, Sr. Hossepian, a iniciativa de criação do banco de dados vai dar elementos a juízes de todo o Brasil devido a crescente judicialização da Saúde. Nesse sentido, o conselheiro Hossepian afirma:

O propósito dessa iniciativa não é eliminar a judicialização da Saúde, mas qualificar no Judiciário o processo de análise de demandas que são judicializadas, como pedidos de acesso a um tratamento específico. Esse respaldo técnico também ajuda o Judiciário a prevenir fraudes envolvendo a prestação de serviços de saúde.

A medida atende a um dos enunciados aprovados na II Jornada de Direito da Saúde, evento promovido pelo Fórum no ano de 2015. O Enunciado n.º 59 aprovado na jornada afirma que, em saúde pública, “As demandas por procedimentos, medicamentos, próteses, órteses e materiais especiais, fora das listas oficiais, devem estar fundadas na Medicina Baseada em Evidências”.

O papel dos Núcleos de Apoio Técnico que elabora os pareceres técnicos é muito importante, pois parece evidente que a discussão sobre novas tecnologias de medicamentos e tratamentos é muito mais complexa que uma simples e isolada prescrição médica indicar. Essa realidade não pode deixar de

ser conhecida pelos operadores do direito, especialmente pelo Poder Judiciário, para decidir se o Estado deve ou não fornecer aquilo que está sendo prescrito.¹⁷⁷

Ainda, a respeito dos pareceres técnicos, cabe evidenciar que os responsáveis pela elaboração dos pareceres técnicos serão os Núcleos de Apoio Técnico do Poder Judiciário (NATs)¹⁷⁸. Esses núcleos integram o organograma de hospitais-escola e respondem a solicitações de respaldo técnico, encomendadas por tribunais.

O Conselho Nacional de Justiça emitiu a Resolução n.º 238¹⁷⁹, em 06/09/2016, a qual prevê a criação nos Tribunais de Justiça e nos Tribunais Regionais Federais dos Comitês Estaduais de Saúde.

¹⁷⁷ SCHULZE, Clenio; GEBRAN NETO, João Pedro. **Direito à saúde análise à luz da judicialização**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015. p. 239.

¹⁷⁸ A articulação da rede de NATs e NAT-JUS ficará a cargo do Hospital Sírio-Libanês, que desenvolveu expertise em projetos nas áreas de assistência, ensino e pesquisa em Saúde. A atuação da instituição ocorrerá no âmbito do Programa de Apoio ao Desenvolvimento Institucional do SUS (PROADI-SUS). O programa foi criado pelo Ministério da Saúde para instituições certificadas como filantrópicas pelo governo federal que atuam na pesquisa e na capacitação de profissionais, com excelência reconhecida, em apoio ao desenvolvimento institucional do Sistema Único de Saúde (SUS)

¹⁷⁹ Resolução N.º 238 do CNJ de 06/09/2016

Art. 1º Os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais criarão no âmbito de sua jurisdição Comitê Estadual de Saúde, com representação mínima de Magistrados de Primeiro ou Segundo Grau, Estadual e Federal, gestores da área da saúde (federal, estadual e municipal), e demais participantes do Sistema de Saúde (ANVISA, ANS, CONITEC, quando possível) e de Justiça (Ministério Público Federal e Estadual, Defensoria Pública, Advogados Públicos e um Advogado representante da Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil do respectivo Estado), bem como integrante do conselho estadual de saúde que represente os usuários do sistema público de saúde, e um representante dos usuário do sistema suplementar de saúde que deverá ser indicado pela Secretaria Nacional de Defesa do Consumidor por intermédio dos Procons de cada estado. **§ 1º** O Comitê Estadual da Saúde terá entre as suas atribuições auxiliar os tribunais na criação de Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário (NAT-JUS), constituído de profissionais da Saúde, para elaborar pareceres acerca da medicina baseada em evidências, observando-se na sua criação o disposto no parágrafo segundo do art. 156 do Código de Processo Civil Brasileiro. **§ 2º** Aplica-se aos Comitês Estaduais de Saúde, naquilo que lhe compete, as mesmas atribuições previstas ao Comitê Executivo Nacional pela Resolução CNJ 107/2010, destacando-se aquela estabelecida no seu inciso IV do artigo 2º, que dispõe sobre a proposição de medidas concretas e normativas voltadas à prevenção de conflitos judiciais e à definição de estratégias nas questões de direito sanitário. **§ 3º** As indicações dos magistrados integrantes dos Comitês Estaduais de Saúde serão realizadas pela presidência dos tribunais respectivos ou de acordo com norma prevista em regimento interno dos órgãos, de preferência dentre os magistrados que exerçam jurisdição em matéria de saúde pública ou suplementar, ou que tenham destacado saber jurídico na área da saúde. **§ 4º** A presidência do Comitê Estadual será definida de comum acordo entre os magistrados participantes, sendo que, no caso de divergência, presidirá o magistrado mais antigo, independente da justiça originária. **§ 5º** Os Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário (NAT-JUS) terão função exclusivamente de apoio técnico não se aplicando às suas atribuições aquelas previstas na Resolução CNJ 125/2010. **Art. 2º** Os tribunais criarão sítio eletrônico que permita o acesso ao banco de dados com pareceres, notas técnicas e julgados na área da saúde, para consulta pelos Magistrados e demais operadores do Direito, que será criado e mantido por este Conselho Nacional de

Os colegiados terão representantes dos magistrados da Justiça Estadual e Federal, gestores da área da saúde (Federal, Estadual e Municipal) e dos demais órgãos que integram o Sistema de Saúde, como a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Além disso, também terão assento nos comitês, as entidades que compõem o Sistema de Justiça, quais sejam o Ministério Público Federal e Estadual, Ordem dos Advogados do Brasil, entre outros, bem como do integrante do conselho estadual de saúde, que represente os usuários do sistema público de saúde, e de um representante dos usuários do sistema suplementar de saúde. Por fim, cabe destacar que a principal das atribuições dos comitês será ajudar os tribunais de justiça em que ainda não existem os comitês.¹⁸⁰

A orientação do Conselho Nacional de Justiça e a judicialização do acesso à saúde traz a tona discussões ligadas à Medicina e à Administração Pública.

Nem tudo que a ciência alcançou em termos de tratamento é necessariamente devido aos cidadãos, seja porque não aprovados pela ANVISA, seja porque não incorporados nas listas de medicamentos do SUS ou em protocolos clínicos. Entretanto, não se pode ignorar que a velocidade da administração pública nem sempre é condicionada com os avanços tecnológicos e com as diferentes necessidades humanas, além da existência de infraestrutura bastante precária para fazer frente às necessidades coletivas.¹⁸¹

Esses são alguns dos motivos que dão origem à chamada judicialização da saúde. E, ao mesmo tempo em que as deficiências administrativas fomentam a judicialização, essa também causa impacto no jurídico, político e médico, servindo de elemento propulsor para novas políticas públicas e de modificação legislativa. Essa realidade fez com que duas importantes ferramentas da técnica

Justiça. **Parágrafo Único.** Sem prejuízo do contido no caput deste artigo, cada tribunal poderá manter banco de dados próprio, nos moldes aqui estabelecidos.

Art. 3º Os Tribunais Estaduais e Federais, nas Comarcas ou Seções Judiciárias onde houver mais de uma vara de Fazenda Pública, promoverão a especialização de uma das varas em matéria de saúde pública, compensando-se a distribuição. Parágrafo único. Nos tribunais onde houver mais de uma Câmara de Direito Público, recomenda-se que seja aplicado o mesmo critério do caput.

Art. 4º Esta Resolução entra em vigor 60 (sessenta) dias após a data de sua publicação.
¹⁸⁰ Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83421-sistema-dara-respaldo-tecnico-a-juizes-em-decisoes-sobre-demandas-de-saude>>. Acesso em: 07 maio 05.2017.

¹⁸¹ SCHULZE, Clenio; GEBRAN NETO, João Pedro. **Direito à saúde análise à luz da judicialização.** Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015. p. 201.

médica passassem a ser legalmente reconhecidas como instrumento da administração pública pela Lei n.º 12.401/2011: os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) e a Medicina Baseada em Evidências (MBE).¹⁸²

Conforme exposto no 1º Capítulo, a pesquisa empírica realizada verificou que o Estado do Rio Grande do Sul, em suas contestações, já salienta a importância da observância dos protocolos clínicos, conforme disciplinado no Artigo 19-N, Inciso II da Lei n.º 12.401/2011¹⁸³. A pesquisa demonstrou que na prática, os protocolos clínicos objetivam racionalizar a prescrição e o fornecimento dos medicamentos, além de estabelecer claramente os critérios de diagnóstico de cada doença, determinando o tratamento preconizado com os medicamentos disponíveis, as respectivas doses, os mecanismos de controle, o acompanhamento e a verificação de resultados. Além disso, os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) precisam ser construídos sobre bases sólidas e éticas, de forma participativa e democrática, se inserindo nesse contexto a Medicina Baseada em Evidências (MBE)¹⁸⁴, como fio condutor e balizador da construção dos PCDT.

Muito se discute sobre a judicialização do acesso e cuidados de saúde no Brasil. O alto grau de interferência judicial na determinação do fornecimento de medicamentos e de outras prestações da saúde atinge os orçamentos públicos e a igualdade de acesso à saúde pelos cidadãos. No âmbito dos planos e seguros de saúde privados, também é crescente o número de demandas por consumidores que pretendem buscar a efetivação de seus direitos.¹⁸⁵

¹⁸² SCHULZE, Clenio; GEBRAN NETO, João Pedro. **Direito à saúde análise à luz da judicialização**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015. p. 201.

¹⁸³ Artigo 19-N, Inciso II da Lei n.º 12.401/2011: “Para os efeitos do disposto, no art. 19-M, são adotadas as seguintes definições: II – Protocolo clínico e diretrizes terapêutica: documento que estabelece critérios para o diagnóstico da doença ou do agravo à saúde; o tratamento preconizado, com os medicamentos e demais produtos apropriados, quando couber; as posologias recomendadas; os mecanismos de controle clínico; e o acompanhamento e a verificação dos resultados terapêuticos, a serem seguidos pelos gestores do SUS”.

¹⁸⁴ A MBE é uma abordagem que utiliza as ferramentas da epidemiologia clínica, da estatística, da metodologia científica e de informática para trabalhar a pesquisa, o conhecimento e a atuação em saúde, com o objetivo de oferecer a melhor informação disponível para a tomada de decisões. A prática da BEM busca promover a integração da experiência clínica às melhores evidências científicas disponíveis, considerando a segurança nas intervenções e a ética na totalidade das ações (A Assistência Farmacêutica no SUS, Coleção Para Entender a Gestão do SUS, Vol. 7, Conselho Nacional de Secretários de Saúde – CONASS, Brasília, 2011, fl. 116).

¹⁸⁵ DIAS, Eduardo Rocha; SILVA JUNIOR, Geraldo Bezerra da. A medicina baseada em evidências na jurisprudência relativa ao direito à saúde. **Einstein**, v. 14, n. 1, 2016. p. 02.

O crescimento no número de demandas judiciais, aliado ao fato de que as decisões geralmente são favoráveis aos autores, vem gerando problemas para o sistema de saúde como um todo. Tendo em vista que algumas decisões acabam comprometendo gravemente o orçamento da saúde em razão do elevado preço de alguns medicamentos requeridos – que, em muitos casos, não encontram elencos oficiais da regulamentação da assistência farmacêutica no âmbito do SUS. Se, por um lado, as decisões proferidas pelo Judiciário visam a garantir o atendimento ao direito e às necessidades de cada indivíduo, de outro lado, destinam ao gestor da saúde a responsabilidade de decisões administrativas, as quais, muitas vezes contradizem os princípios constitucionais da equidade e do acesso à saúde com qualidade.¹⁸⁶

Além da doutrina, a pesquisa empírica demonstrou que o TJRS – *considerando os processos estudados da vara escolhida* - tem utilizado como fundamento, nas suas decisões, a Medicina Baseada em Evidências, relativa ao direito à saúde. Oportunamente, o Judiciário tem buscado encaminhar a discussão do problema da judicialização, como, por exemplo, na audiência pública realizada entre abril e maio de 2009 pelo Supremo Tribunal Federal.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão de controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, editou a recomendação n.º 31/2010, exortando Tribunais Federais e Estaduais a celebrarem convênios que objetivem disponibilizar apoio técnico por médicos e farmacêuticos para auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor quanto à apreciação das questões clínicas relativas à saúde. Nessa ocasião, o CNJ também pediu aos tribunais que orientassem os magistrados a evitar autorizar o fornecimento de medicamentos, ainda não registrados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), ou experimentais.

A Recomendação n.º 31/2010 do CNJ, embora tenha sido criada tardiamente, tendo em vista que foi criada após 11 anos do início das demandas judiciais solicitando medicamentos, representou um avanço na área e significou um enfrentamento da questão. Sendo que recomendou a necessidade de apoio técnico, composto por médicos e farmacêuticos, para ajudar os magistrados à

¹⁸⁶ CABRAL, Ildelisa; REZENDE, Laura Ferreira de. Análise das ações judiciais individuais para fornecimento de medicamentos em São João da Boa Vista. **Revista de Direito Sanitário**, v. 16, n. 1, p. 59-77, 2015. p. 73.

apreciação de questões clínicas apresentadas pelas partes das ações relativas à saúde. Esse Termo de Cooperação Técnica é um imprescindível instrumento para os magistrados, pois eles passam a ter à sua disposição, de forma eficiente, um instrumento técnico direcionado especificadamente à judicialização da saúde.¹⁸⁷

Em 2010, o Conselho Nacional de Justiça, além da Recomendação n.º 31, também editou a Recomendação n.º 107, ambas em seguimento das diretrizes apontadas na audiência pública do STF, realizada entre abril e maio de 2009.¹⁸⁸

Assim, o Conselho Nacional de Justiça instituiu, através do Fórum Nacional do Judiciário, a Resolução n.º 107 de 06.04.2010¹⁸⁹, para

¹⁸⁷ CABRAL, Ildelisa; REZENDE, Laura Ferreira de. Análise das ações judiciais individuais para fornecimento de medicamentos em São João da Boa Vista. **Revista de Direito Sanitário**, v. 16, n. 1, p. 59-77, 2015. p. 73-74.

¹⁸⁸ BALESTRA NETO, Otávio. A jurisprudência dos tribunais superiores e o direito à saúde: evolução rumo à racionalidade. **Revista de Direito Sanitário**, v. 16, n. 1, p. 87-111, 2015. p. 91.

¹⁸⁹ Resolução N.º 107 de 06/04/2010

Art. 1º Fica instituído, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, o Fórum Nacional para o monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde, com a atribuição de elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas para o aperfeiçoamento de procedimentos, o reforço à efetividade dos processos judiciais e à prevenção de novos conflitos.

Art. 2º Caberá ao Fórum Nacional:

I - o monitoramento das ações judiciais que envolvam prestações de assistência à saúde, como o fornecimento de medicamentos, produtos ou insumos em geral, tratamentos e disponibilização de leitos hospitalares;

II - o monitoramento das ações judiciais relativas ao Sistema Único de Saúde;

III - a proposição de medidas concretas e normativas voltadas à otimização de rotinas processuais, à organização e estruturação de unidades judiciárias especializadas;

IV - a proposição de medidas concretas e normativas voltadas à prevenção de conflitos judiciais e à definição de estratégias nas questões de direito sanitário;

V - o estudo e a proposição de outras medidas consideradas pertinentes ao cumprimento do objetivo do Fórum Nacional.

Art. 3º No âmbito do Fórum Nacional serão instituídos comitês executivos, sob a coordenação de magistrados indicados pela Presidência e/ou pela Corregedoria Nacional de Justiça, para coordenar e executar as ações de natureza específica, que forem consideradas relevantes, a partir dos objetivos do artigo anterior. Parágrafo único. Os relatórios de atividades do Fórum deverão ser apresentados ao Plenário do CNJ semestralmente.

Art. 4º O Fórum Nacional será integrado por magistrados atuantes em unidades jurisdicionais, especializadas ou não, que tratem de temas relacionados ao objeto de sua atuação, podendo contar com o auxílio de autoridades e especialistas com atuação nas áreas correlatas, especialmente do Conselho Nacional do Ministério Público, do Ministério Público Federal, dos Estados e do Distrito Federal, das Defensorias Públicas, da Ordem dos Advogados do Brasil, de universidades e outras instituições de pesquisa.

Art. 5º Para dotar o Fórum Nacional dos meios necessários ao fiel desempenho de suas atribuições, o Conselho Nacional de Justiça poderá firmar termos de acordo de cooperação técnica ou convênios com órgãos e entidades públicas e privadas, cuja atuação institucional esteja voltada à busca de solução dos conflitos já mencionados precedentemente.

monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde, cuja atuação passou a incluir posteriormente a saúde suplementar. Um dos principais objetivos do Fórum, além do monitoramento das ações judiciais, é a propositura de rotinas processuais voltadas à organização de unidades judiciárias especializadas e, ainda a proposição de medidas normativas para a prevenção de conflitos judiciais e a definição de estratégias relacionadas ao Direito Sanitário.¹⁹⁰

Em cumprimento às recomendações do CNJ, o Comitê do Estado do Rio Grande do Sul publicou uma cartilha, na qual explica como será a implantação da Câmara Técnica (CT) ou Núcleo de Apoio Técnico (NAT). No Rio Grande do Sul, a opção foi por valorizar a ação do Departamento Médico Judiciário – DMJ, o qual pertence ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, orientando que os magistrados encaminhem suas dúvidas, de modo a avaliar a natureza das demandas, a quantidade delas, permitindo projetar o formato mais adequado da Câmara Técnica.¹⁹¹

Já as Câmaras de Conciliação foram idealizadas para propiciar ao magistrado uma ferramenta de solução prévia à apreciação do pedido liminar ou de tutela de urgência. De acordo com o CNJ, a eficácia destas câmaras dependerá da vontade política dos gestores em acolher os acordos firmados. No âmbito da saúde suplementar, a prática tem demonstrado que os prestadores são mais receptivos à ideia, mas há necessidade de elaborar de uma ferramenta ágil para divulgação dos respectivos representantes, modo a que sejam rapidamente contatados quando do ingresso de uma demanda. Sugere-se, ainda, que os comitês escolham focos prioritários, como, por exemplo, a otimização da rede de fornecimento de medicamentos, para que, num segundo momento, passe a fomentar a adoção de estratégias comuns de planejamento e

Art. 6º O Fórum Nacional será coordenado pelos Conselheiros integrantes da Comissão de Relacionamento Institucional e Comunicação.

Art. 7º Caberá ao Fórum Nacional, em sua primeira reunião, a elaboração de seu programa de trabalho e cronograma de atividades.

Art. 8º As reuniões periódicas dos integrantes do Fórum Nacional poderão adotar o sistema de videoconferência, prioritariamente.

Art. 9º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

¹⁹⁰ BALESTRA NETO, Otávio. A jurisprudência dos tribunais superiores e o direito à saúde: evolução rumo à racionalidade. **Revista de Direito Sanitário**, v. 16, n. 1, p. 87-111, 2015. p. 91.

¹⁹¹ MPRS. Ministério Público – Rio Grande do Sul: 2015. Disponível em: <http://www.mprs.mp.br/areas/medicamentos/arquivos/cartilhapdf/cartilhapgsagosto_2015.pdf>. Acesso em: 16 maio 2017.

de gestão sistêmicos pelos órgãos que compõem o Sistema de Justiça e o Sistema de Saúde, com a consequente redução das demandas relacionadas à saúde. Enfim, recomenda-se muita iniciativa, boa vontade, imaginação, diálogo, integração e desprendimento pessoal para o sucesso do Comitê.¹⁹²

Nesse ínterim, verifica-se que o tema judicialização da saúde recomenda a adoção de soluções guiadas pela melhor técnica, o que, infelizmente, nem sempre ocorre. Para orientar a decisão judicial sobre fornecimento de determinado tratamento buscado em juízo, a abordagem conhecida como Medicina Baseada em Evidências parece oferecer contribuições interessantes.¹⁹³

Não por acaso, a busca do melhor conhecimento científico, na incorporação de novas tecnologias, foi acolhida pela legislação brasileira, em decorrência da Lei 12.401, de 28 de abril de 2011, que alterou a lei 8.080/1990, nela inserindo um Capítulo VIII no seu Título II. Conforme previsão do art. 19-Q da lei 8.080/1990¹⁹⁴, acrescentado pela Lei 12.401/2011, na incorporação, na exclusão ou na alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como na constituição ou alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, devem ser consideradas as evidências científicas sobre a eficácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo.¹⁹⁵

¹⁹² MPRS. Ministério Público – Rio Grande do Sul: 2015. Disponível em: <http://www.mprs.mp.br/areas/medicamentos/arquivos/cartilhapdf/cartilhapagsagosto_2015.pdf>. Acesso em: 16 maio 2017.

¹⁹³ DIAS, Eduardo Rocha; SILVA JUNIOR, Geraldo Bezerra da. A medicina baseada em evidências na jurisprudência relativa ao direito à saúde. **Einstein**, v. 14, n. 1, 2016. p. 02.

¹⁹⁴ Lei n.º 8.080/90, Art. 19-Q. A incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, são atribuições do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS.

§ 1º A Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS, cuja composição e regimento são definidos em regulamento, contará com a participação de 1 (um) representante indicado pelo Conselho Nacional de Saúde e de 1 (um) representante, especialista na área, indicado pelo Conselho Federal de Medicina.

2º O relatório da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS levará em consideração, necessariamente:

I - **as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo, acatadas pelo órgão competente para o registro ou a autorização de uso;** (grifo nosso).

II - a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível.

¹⁹⁵ DIAS, Eduardo Rocha; SILVA JUNIOR, Geraldo Bezerra da. A medicina baseada em evidências na jurisprudência relativa ao direito à saúde. **Einstein**, v. 14, n. 1, 2016. p. 02.

No que diz respeito à medicina baseada em evidências, mencionada no Enunciado n.º 59 do CNJ, transcreve-se abaixo o conceito do Centro Cochrane do Brasil^{196,197}:

Uma abordagem que utiliza ferramentas da Epidemiologia Clínica; da Estatística; da Metodologia Científica; e da Informática para trabalhar a pesquisa; o conhecimento; e a atuação em Saúde, com o objetivo de oferecer a melhor informação disponível para a tomada de decisão nesse campo. A prática da Medicina Baseada em Evidências busca promover a integração da experiência clínica às melhores evidências disponíveis, considerando a segurança nas intervenções e a ética na totalidade das ações. Saúde Baseada em Evidências é a arte de avaliar e reduzir a incerteza na tomada de decisão em Saúde.

A Medicina Baseada em Evidências não é apenas um nome ou rótulo que caracteriza a descoberta científica sobre moléstias, produtos, medicamentos ou tratamentos. Ela consiste numa técnica específica para atestar com maior grau de certeza e eficiência, efetividade e segurança de produtos, tratamentos, medicamentos e exames que foram objeto de diversos estudos científicos, de modo que os verdadeiros progressos das pesquisas médicas sejam transpostos para a prática. É uma ferramenta utilizada pela medicina.¹⁹⁸

As evidências são obtidas a partir de revisões sistemáticas¹⁹⁹, dos métodos estatísticos²⁰⁰ (metanálise), ensaios clínicos, artigos científicos,

¹⁹⁶ Disponível em: <http://www.centrocochranedobrasil.org.br/mbe.html>. Acesso em 08.05.2017

¹⁹⁷ O Centro Cochrane do Brasil, seção brasileira da Colaboração Cochrane, é uma organização não governamental, sem fins lucrativos e sem fontes de financiamento internacionais, que tem por objetivo contribuir para o aprimoramento da tomada de decisões em Saúde, com base nas melhores informações disponíveis. A missão do Centro Cochrane do Brasil é elaborar, manter e divulgar revisões sistemáticas de ensaios clínicos randomizados, o melhor nível de evidência para as decisões em Saúde. Inaugurado em 1996, o Centro está ligado à Pós-graduação em Medicina Interna e Terapêutica da Escola Paulista de Medicina - Universidade Federal de São Paulo (EPM-UNIFESP) e realiza pesquisas em ensaios clínicos e em Medicina Baseada em evidências. Além disso, promove cursos, treinamentos e simpósios de revisão sistemática e metodologia de pesquisa; oferece um curso gratuito online de revisão sistemática; e realiza consultorias científicas. O Centro Cochrane do Brasil tem produção científica comparável à de instituições similares dos países europeus e funciona como laboratório para a pesquisa e o ensino de graduação e pós-graduação. Atuando em parceria com a UNIFESP, o Centro já propiciou ao País cerca de duas centenas de publicações internacionais. Disponível em: <http://www.centrocochranedobrasil.org.br/mbe.html>. Acesso em 08.05.2017

¹⁹⁸ SCHULZE, Clenio; GEBRAN NETO, João Pedro. **Direito à saúde análise à luz da judicialização**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015. p. 201.

¹⁹⁹ A revisão sistemática é um tipo de investigação científica que tem por objetivo reunir, avaliar criticamente e conduzir uma síntese dos resultados de múltiplos estudos primários. Ela também objetiva responder a uma pergunta claramente formulada, utilizando métodos sistemáticos e explícitos para identificar, selecionar e avaliar as pesquisas relevantes, coletar e analisar dados de estudos incluídos na revisão. Fonte: CORDEIRO et al. **Revisão sistemática: uma narração descritiva**. Rev. Col. Bras. Cir. v.34, n.6, p.428-443, 2007.

literatura médica especializada, entre outros elementos de informação. Esse amplo e crescente universo de informações está a exigir a seleção e tratamento das mesmas de modo a obter o mais adequado e seguro resultado possível, bem como a divisão das evidências em diferentes níveis, de modo hierárquico.²⁰¹

A medicina baseada em evidências tem preocupação com abrangência bastante variada. A comparação de diferentes estudos é de grande valia para a escolha da melhor evidência, dada a evolução científica, os novos exames e novos tratamentos existentes. Os estudos realizados com base na Medicina Baseada em Evidências têm por objeto relevar eficácia, efetividade, eficiência e segurança. No Brasil, o Decreto n.º 7646/2011, que regula o funcionamento da CONITEC (Comissão Nacional de Incorporação Tecnológica), expressamente contempla estes mesmos parâmetros a serem avaliados para a incorporação de novos medicamentos, segundo critérios nacionais.²⁰²

Ao Conselho Nacional de Incorporação Tecnológica incumbe a missão de analisar as evidências, em conformidade com o tamanho do grupo pesquisado, número de diferentes pesquisas realizadas e grau de confiança desses estudos.²⁰³

A CONITEC foi criada pela Lei n.º 12.401/2011, que dispõe sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do SUS. A comissão é assistida pelo Departamento de Gestão e Incorporação de Tecnologias em Saúde – DGITS, tendo como objetivo assessorar o Ministério da Saúde – MS nas atribuições relativas à incorporação, exclusão ou alteração de tecnologias em saúde pelo SUS, assim como na constituição ou alteração de Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas – PCDT.²⁰⁴

Em virtude da maior agilidade, transparência e eficiência na análise dos processos de incorporação de tecnologias, a Lei n.º 12.401/2011 ficou o prazo de 180 dias, prorrogáveis por mais 90 dias para a tomada de decisão, além de

²⁰⁰ Os métodos estatísticos (metanálise) podem ou não ser usados para analisar e sumarizar os resultados dos estudos incluídos. Na literatura científica, metanálise é “a análise estatística de uma coleção de resultados de estudos individuais, com o objetivo de integrar os resultados”. O termo metanálise é comumente usado para se referir às revisões sistemáticas que utilizam a metanálise. Fonte: CORDEIRO et al. **Revisão sistemática: uma narração descritiva**. Rev. Col. Bras. Cir. v.34, n.6, p.428-443, 2007.

²⁰¹ SCHULZE, Clenio; GEBRAN NETO, João Pedro. **Direito à saúde análise à luz da judicialização**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015. p. 213.

²⁰² SCHULZE, Clenio; GEBRAN NETO, João Pedro. **Direito à saúde análise à luz da judicialização**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015. p. 215.

²⁰³ Conselho Nacional de Incorporação Tecnológica - CONITEC. Disponível em: <<http://conitec.gov.br/>>. Acesso em: 09 maio 2017.

²⁰⁴ Conselho Nacional de Incorporação Tecnológica - CONITEC. Disponível em: <<http://conitec.gov.br/>>. Acesso em: 17 maio 2017.

incluir a medicina baseada em evidências, considerando alguns aspectos como primordiais na sua análise, tais como: eficácia, acuraria, efetividade e segurança da tecnologia, além da avaliação do custo econômico das tecnologias existentes, considerando os benefícios trazidos. Por fim, a referida legislação trouxe a exigência prévia do produto na ANVISA para que esse possa se avaliado para sua posterior incorporação no Sistema Único de Saúde.²⁰⁵

A CONITEC é um órgão aliado do Judiciário, pois este conselho avalia a tecnologia que lhe é apresentada, após análise apresenta um relatório de recomendação a respeito, seguindo de uma decisão da secretaria, a qual é publicada posteriormente, através de uma portaria. Citamos como exemplo, a recomendação de inclusão no Sistema Único de Saúde, do medicamento Fingolimode para tratamento da esclerose múltipla remitente, após falha terapêutica com betainterferona ou glatirâmer, decisão esta que foi publicada em 14/03/2017 (SCTIE/MS n.º 14/2017). Além de medicamentos, a CONITEC também aprova procedimentos, tratamentos, inclusive cirurgias, como se verificou recentemente, com a aprovação da cirurgia bariátrica por laparoscopia, com recomendação de incorporação ao SUS, através da SCTIE/MS n.º 05/2017 publicada em 01/02/2017.²⁰⁶

A regulamentação do funcionamento da CONITEC foi disciplinada no Decreto n.º 7.646/2011, destacando que a estrutura do funcionamento do conselho é composta por dois fóruns: o Plenário e a Secretaria-Executiva. Ademais, o artigo 25 do decreto prevê que, a partir da publicação de incorporar a tecnologia em saúde, as áreas técnicas do Ministério da Saúde terão prazo máximo de 180 dias, para efetivar a oferta no Sistema Único de Saúde.²⁰⁷

O Ministério da Saúde e o Conselho Nacional de Incorporação Tecnológica publicam uma listagem de medicamentos e insumos que são disponibilizados pelos SUS, chamada de Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME, sempre por meio do o Componente Básico da Assistência Farmacêutica, Componente Estratégico da Assistência Farmacêutica, Componente Especializado da Assistência Farmacêutica, além de determinado medicamentos de uso hospitalar.²⁰⁸

No que concerne às listas oficiais de medicamentos, o Brasil já elabora tais listagens desde 1964, antes mesmo da recomendação e da publicação da

²⁰⁵ Conselho Nacional de Incorporação Tecnológica - CONITEC. Disponível em: <<http://conitec.gov.br/>>. Acesso em: 17 maio 2017

²⁰⁶ Conselho Nacional de Incorporação Tecnológica - CONITEC. Disponível em: <<http://conitec.gov.br/deciso-es-sobre-incorporacoes>>. Acessado em 17.05.2017.

²⁰⁷ Conselho Nacional de Incorporação Tecnológica - CONITEC. Disponível em: <<http://conitec.gov.br/>>. Acesso em: 17 maio 2017.

²⁰⁸ Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME 2014, 9ª Edição revisada e atualizada, Brasília/DF. Disponível em: http://conitec.gov.br/images/Artigos_Publicacoes/Rename/Rename-2014-Julho2015.pdf. Acessado em 17.05.2017.

lista de medicamentos feita pela Organização Mundial de Saúde (OMS) no ano de 1978. Primeiramente, as atualizações eram feitas pela Central de Medicamentos (CEME), que, a partir de 1975 passou a receber a denominação de Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME). A Portaria n.º 3.916/1998, publicada após a criação do SUS, foi o documento norteador para a Assistência Farmacêutica e Política de Medicamentos, onde ficaram estabelecidas diretrizes e prioridade a adoção e a revisão permanente da RENAME, considerando relevante a promoção do uso racional de medicamentos.

A Política Nacional de Assistência Farmacêutica (PNAF), publicada pela Resolução n.º 338/2004 ampliou conceitualmente o escopo de atuação para ações de promoção, proteção e recuperação da saúde desenvolvidas no SUS, tendo o medicamento como insumo essencial, que deverá ter acesso assegurado com uso racional. Salienta ainda, a necessidade da atualização do RENAME periodicamente, para servir como instrumento racionalizador das ações no âmbito da Assistência Farmacêutica.²⁰⁹

Existem estratégias para buscar evidências, a partir do chamado PICO (Problema, Intervenção, Comparação e Desfecho), nos bancos de dados sistematizados. São muitos os bancos de dados, mas é necessário saber consultar e quais as pesquisas adequadas, relativamente a revisões sistemáticas, que são os mais elevados níveis de evidências. Os principais deles são COCRHANE, LICAS, PUBMED e INMASE. Entretanto, o principal local de busca é o Centro Cochrane, já que possui um dos maiores bancos de dados.²¹⁰

É preciso que seja feita a pergunta adequada para obtenção de bons resultados sobre as evidências buscadas, especialmente no tocante à finalidade dos medicamentos e sobre o tratamento pretendido. A Medicina Baseada em Evidências é uma importante ferramenta na mão do magistrado, a fim de verificar a necessidade do medicamento ou tratamento pleiteado, através da via judicial. Até porque, ao jurista não cabe conhecer a medicina nos seus pormenores, nem tampouco estar atualizado com os avanços que ocorrem diariamente.

²⁰⁹ Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME 2014, 9ª Edição revisada e atualizada, Brasília/DF. Disponível em: http://conitec.gov.br/images/Artigos_Publicacoes/Rename/Rename-2014-Julho2015.pdf. Acessado em 17.05.2017.

²¹⁰ SCHULZE, Clenio; GEBRAN NETO, João Pedro. **Direito à saúde análise à luz da judicialização**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015. p. 224-225.

Cumpra verificar como o Judiciário tem atuado no que se refere à eficácia científica dos procedimentos e medicamentos. Ou então, em caso de determinação do fornecimento de um medicamento ou tratamento, se o juiz tem considerado os protocolos clínicos existentes e as recomendações do CNJ. Ou mesmo, se as decisões têm apreciado as peculiaridades dos pacientes e a ineficácia dos tratamentos disponibilizados no SUS.²¹¹

Todas essas indagações precisam ser feitas, discutidas na academia e no Judiciário. Então, é necessário ampliar o debate da Medicina Baseada em Evidências nos processos envolvendo a saúde pública, pois ela representa uma ferramenta extremamente útil para auxílio em decisões judiciais.

O fato é que não é o papel do Poder Judiciário realizar uma análise aprofundada da Medicina Baseada em Evidências, pois se trata de matéria técnica, que exige manifestação de peritos e especialistas, sendo, inclusive, objeto de recomendação pelo CNJ. A aplicação mais ou menos adequada da Medicina Baseada em Evidências depende da atuação dos advogados e dos próprios magistrados.²¹²

A pesquisa empírica demonstrou que os magistrados gaúchos já se valem, em alguns casos, da Medicina Baseada em Evidências, pois a Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul vem colaborando com a 10.^a Vara da Fazenda Pública de Porto Alegre, com a juntada de Pareceres Médicos sobre a doença em discussão e a atuação dos fármacos pleiteados. Inclusive, se a questão é de alta complexidade, os próprios magistrados que atuam na vara pesquisada têm pleiteado a juntada desses laudos pela PGE.

Nesse sentido, verifica-se uma cooperação do Poder Judiciário com os órgãos públicos, os quais buscam a atuação conjunta para diminuir o número de demandas, bem como verificar a necessidade real dos pedidos de fármacos e tratamentos que chegam à justiça.

Entretanto, também se observou na jurisprudência recente do TJRS, que a existência de política pública fundada em Medicina Baseada em Evidências não poderá impedir a concessão de um provimento judicial numa demanda individual. Tendo em vista que o referido Tribunal entende que tal argumento

²¹¹ DIAS, Eduardo Rocha; SILVA JUNIOR, Geraldo Bezerra da. A medicina baseada em evidências na jurisprudência relativa ao direito à saúde. **Einstein**, v. 14, n. 1, 2016. p. 03.

²¹² DIAS, Eduardo Rocha; SILVA JUNIOR, Geraldo Bezerra da. A medicina baseada em evidências na jurisprudência relativa ao direito à saúde. **Einstein**, v. 14, n. 1, 2016. p. 03.

afronta os princípios e direitos consagrados na nossa Constituição, com destaque para o direito à vida. Além disso, a Medicina Baseada em Evidências não poderá servir para legitimar gestões ineficientes, que atentem, contra a dignidade da pessoa humana, princípio este basilar do nosso ordenamento jurídico.²¹³

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 apresenta em seu artigo 1º, Inciso III, a Dignidade da Pessoa Humana como fundamento do Estado Democrático de Direito. O avanço apresentado do próprio direito constitucional é resultado, em parte, da afirmação dos direitos fundamentais como núcleo de proteção da dignidade da pessoa e da visão que a Constituição é o local adequado para positivizar normas que assegurem o cumprimento dessas pretensões. O reconhecimento da Constituição como norma superior e a percepção de que valores mais caros da existência humana precisam ser resguardados no ordenamento jurídico com força vinculante.²¹⁴

²¹³ Nesse sentido, segue ementa: APELAÇÕES CÍVEIS. REEXAME NECESSÁRIO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. SOLIDARIEDADE DOS ENTES PÚBLICOS. DEVER DO ESTADO E DO MUNICÍPIO. SUBSTITUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. A assistência à saúde é direito de todos garantido constitucionalmente, devendo o Poder Público custear os medicamentos e tratamentos aos necessitados. Inteligência do art. 196 da CF. 2. Em razão da responsabilidade solidária estabelecida entre os Entes Federados para o atendimento integral à saúde, qualquer um deles possui legitimidade para figurar no polo passivo da demanda que busca o acesso à saúde assegurado pela Constituição. 3. É inviável a substituição do fármaco prescrito para parte autora, pois o médico que acompanha o paciente é quem possui as melhores condições de avaliar o seu estado de saúde e prescrever o tratamento adequado para a cura da enfermidade diagnosticada, não podendo prevalecer o entendimento demonstrado em parecer genérico emitido pelos técnicos da SES que sequer tiveram contato com o doente. 4. Descabe ao Poder Judiciário avaliar acerca da efetividade dos medicamentos prescritos para o caso clínico do paciente, posto que somente o profissional que assiste o caso possui os elementos necessários para determinar qual o tratamento apropriado para extinguir ou mitigar a doença, sendo o responsável pela indicação dos fármacos e seus efeitos no combate à patologia diagnosticada. 5. **A existência de política pública fundada em Medicina Baseada em Evidências não é óbice à concessão do provimento postulado na demanda, pois tal argumento viola direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal.** 6. Correta a sentença ao condenar o Município a pagar honorários advocatícios em favor da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, uma vez que não configurado o instituto da confusão entre credor e devedor, previsto no art. 381 do CC. 7. Mantido o valor dos honorários estabelecido na sentença, porque fixados segundo os critérios do artigo 20, §§ 3º e 4º, do CPC e em patamar inferior ao ordinariamente arbitrado pela Câmara para a espécie. 8. O Município não está dispensado do pagamento, devendo pagar pela metade as custas as quais restou condenado, por aplicação da redação originária do art. 11, da Lei n. 8.121/85 - Regimento de custas. NEGADO PROVIMENTO AOS RECURSOS. SENTENÇA CONFIRMADA EM REEXAME NECESSÁRIO. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70068558303, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sergio Luiz Grassi Beck, Julgado em 15/03/2016).

²¹⁴ MENDES, Gilmar et al. **Curso de Direito Constitucional**. 2.ed. São Paulo: 2008, p. 231.

Outro ponto salientado pelo TJRS, nos julgados (julgamentos proferidos entre 2016 e 2017) quando um remédio ou insumo nutricional não faz parte da listagem do RENAME²¹⁵. Mesmo que o Estado do Rio Grande do Sul alegue que o tratamento pleiteado judicialmente não faça parte da listagem dos medicamentos essenciais fornecidos pelo SUS, o mesmo não é óbice à concessão do provimento postulado em demandas individuais, já que tal argumento viola direitos fundamentais assegurados na Constituição Federal de 1988.²¹⁶

Ademais, de acordo com a orientação do TJRS, a tese defensiva de que determinados medicamentos e procedimentos postulados não fazem parte da sua lista de responsabilidade, não sendo assim de sua competência, seja pelo argumento, de que se trata de procedimento especial, ou de uso contínuo, ou então, pelo fato de que não fazem parte das listas próprias, as quais são elaboradas e editadas pelas Portarias da Secretaria Estadual da Saúde. Entretanto, as Portarias que têm por objeto regulamentar as gestões, não prevalecem sobre as normas constitucionais. Destarte, os entes públicos não podem se isentar de obrigação prevista constitucionalmente de fornecimento de tratamento àquele que necessita.²¹⁷

Cabe salientar que, recentemente o STJ decidiu pela afetação do Recurso Especial n.º 1.657.156/RJ para o julgamento pelo sistema dos recursos repetitivos (Tema 106), sobre a questão da obrigatoriedade de fornecimento pelo Estado, de medicamentos não contemplados no Programa de Medicamentos Excepcionais (Portaria n.º 2.982/2009 do Ministério da Saúde).²¹⁸

²¹⁵ Cumpre lembrar que RENAME é a Relação Nacional de Medicamentos, lista oficial de medicamento adotada no Brasil, para o Sistema Único de Saúde.

²¹⁶ *Nesse sentido, os seguintes julgados: Apelação Cível Nº 70068314590 da 22ª Câmara Cível, Apelação Cível n.º 70070286380 da 1ª Câmara Cível, Apelação Cível n.º 70069056000 da 1ª Câmara Cível.*

²¹⁷ *Nesse sentido: Apelação Cível n.º 70072874654 da 2ª Câmara Cível do TJRS.*

²¹⁸ ProAfR no RECURSO ESPECIAL Nº 1.657.156 - RJ (2017/0025629-7)

PAUTA: 22/03/2017, Afetação: 03/05/2017

RELATOR: MINISTRO BENEDITO GONÇALVES

RECORRENTE: ESTADO DO RIO DE JANEIRO, PROCURADOR: VANESSA CERQUEIRA REIS DE CARVALHO E OUTRO(S) - RJ081983

RECORRIDO: FATIMA THERESA ESTEVES DOS SANTOS DE OLIVEIR, ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO EMENTA ADMINISTRATIVO.

PROPOSTA DE AFETAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. RITO DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. CONTROVÉRSIA ACERCA DA OBRIGATORIEDADE E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO INCORPORADOS AO PROGRAMA DE MEDICAMENTOS EXCEPCIONAIS DO SUS. 1. Delimitação da controvérsia: obrigatoriedade de fornecimento, pelo Estado, de medicamentos não

Como se observa, não há ainda uma pacificação do tema nos Tribunais Superiores, no que diz respeito à obrigatoriedade de fornecimento de medicamentos não contemplados no Programa de Medicamentos Excepcionais.

4.2 Das fraudes na aquisição das próteses, apuradas no estado do Rio Grande do Sul

Segundo relatório final: CPI das próteses e medicamentos disponibilizado pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, no seu *site*²¹⁹, no dia 04 de janeiro de 2015, foi veiculado através do programa Fantástico, da Rede Globo, uma reportagem de autoria do Jornalista Giovani Grizotti, sobre como funcionamento e as ações da chamada “máfia das próteses”, que deu origem à CPI do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e à CPI da Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul.

Em depoimento à CPI das próteses, o Jornalista relatou o seguinte:

[...] Que começou a acompanhar esse assunto em 2006 e 2007, quando o Ministério Público desvendou a primeira ‘máfia das próteses’ de que se teve notícia no Grupo Hospitalar Conceição. E que então, acompanhou a tramitação do processo, que culminou, neste ano, com a condenação dos réus gestores do Hospital Cristo Redentor. Sobre a reportagem do Fantástico, disse que ela teve apuração de setembro do ano de 2014 até o início de janeiro de 2015. Que tudo começou, quando em determinado momento foi procurado por dois médicos, que se dispuseram a repassar informações que, mais tarde, poderiam vir a auxiliar numa investigação jornalística a respeito do tema. Disse que depois esses médicos desistiram e que não soube o que os motivara a desistir. Que em meados de agosto ou setembro do ano de 2014, recebeu, por telefone e por e-mail, contato de dois grupos distintos onde um grupo de pessoas ligadas a esse meio, no Rio de Janeiro, estava disposto a repassar informações para subsidiar uma reportagem jornalística sobre esse tema. E em um segundo momento, houve contato com uma pessoa que trabalhou numa clínica ortopédica de São Paulo e que presenciava essas negociações entre médicos e empresas. Que foi a partir desse momento que começaram a traçar uma estratégia de investigação. Que iniciou fazendo contatos por telefone, sempre se fazendo passar por médico. Criaram uma identidade, com nome de médico, um cartão de visitas e um telefone exclusivo desse médico. Disse que num primeiro momento, as empresas não demonstraram nenhum tipo de indício do que elas poderiam vir a oferecer, pois

contemplados na Portaria n. 2.982/2009 do Ministério da Saúde (Programa de Medicamentos Excepcionais). 2. Recurso especial afetado ao rito do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (art. 256-I do RISTJ, incluído pela Emenda Regimental 24, de 28/09/2016).

²¹⁹ Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Relatório final da CPI das próteses e medicamentos. Breve histórico, p. 11-15. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/download/CPI_Pr%C3%B3teses/ANEXO_PR_0006_2016_1.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2017.

manifestavam desconfiança. Então decidiram adotar uma tática um pouco mais apurada. E começou a se inscrever em congressos de medicina pelo Brasil. Se inscreveu num congresso internacional de ortopedia no Rio de Janeiro e num congresso de ortopedia ligado a cirurgias de maxilobuco de face, em Campinas, no interior de São Paulo. Que a partir da sua apresentação na condição de médico, numa conversa presencial com os representantes das empresas que expunham os seus produtos, passaram então a fazer a mais variada gama de ofertas, no sentido de telo como parceiro. Que a partir daí, começaram a surgir as ofertas de comissões em troca da indicação da prótese e a tática de maquiar as propinas na forma de contratos de consultoria. Descobriu que havia inclusive a colocação de material com prazo de validade vencido nos pacientes [...] Então descobriu que na PGE havia um encaminhamento de uma documentação para a Polícia Civil, indicando que isso poderia estar acontecendo. Que pediu acesso a essa documentação e realizou uma paralela a Polícia Civil, submetendo alguns documentos a perícias particulares, contratadas pela RBS e pela Globo. Chegaram à conclusão de que documentos e assinaturas falsas eram anexadas nesses pedidos de cirurgia para maquiar o processo de escolha entre as três empresas com menor orçamento, que a Justiça exige, desvendando esse esquema da indústria de liminares. Que não entrou na esfera dos medicamentos, porque naquele primeiro momento o foco era prótese. Então optou por direcionar todas as forças e investimentos nessa questão da prótese. Que no decorrer da reportagem, descobriu-se que havia, sim, **uma máfia atuando no segmento de medicamentos** [...]. (gifo nosso).

A Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul após constatar que havia um número expressivo de denúncias sobre a atuação da “máfia das próteses” no estado, e sem a CPI do Senado Federal ter a capacidade de se concentrar em uma determinada unidade da federação, o Deputado Missionário Volnei tomou a iniciativa de propor a criação de uma comissão para investigar as práticas médicas irregulares no estado do Rio Grande do Sul.²²⁰

O processo de investigação das fraudes pela CPI das Próteses e Medicamentos da Assembleia, já nas primeiras semanas, comprovou a tese de que as denúncias apresentadas por comissões semelhantes de inquérito do Senado e da Câmara dos Deputados representavam apenas uma parte visível de um esquema criminoso muito mais amplo.²²¹

Nesse sentido, comprovou-se que esse passo precisava ser dado exclusivamente em solo gaúcho, a fim de dar atenção à complexidade dos fatos

²²⁰ Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Relatório final da CPI das próteses e medicamentos. Breve histórico, p. 11-15. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/download/CPI_Pr%C3%B3teses/ANEXO_PR_0006_2016_1.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2017.

²²¹ Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Relatório final da CPI das próteses e medicamentos. Breve histórico, p. 11-15. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/download/CPI_Pr%C3%B3teses/ANEXO_PR_0006_2016_1.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2017.

apontados e ao grande número de denúncias de vítimas da chamada “máfia das próteses”. Diante dos depoimentos colhidos ao longo de 30 encontros oficiais, reuniões de trabalho e pré-ouvidorias com testemunhas e vítimas da fraude na comercialização e utilização de próteses ortopédicas - objeto principal das investigações – a CPI da Assembleia Legislativa comprovou que pessoas que inocentemente buscavam ajuda médica e um tratamento de saúde acabavam, muitas vezes, utilizadas como cobaias nas experimentações médicas, trocando a dor que sentiam por uma cirurgia criminosa e que servia mais para possibilitar a negociação de próteses superfaturadas, gerando prejuízos aos cofres públicos e à saúde dos pacientes.²²²

Em relação aos medicamentos, a Comissão Parlamentar de Inquérito se debruçou sobre dois eixos principais. Constatou-se nas investigações a prática de obtenção de lucro com a comercialização de medicamentos por parte de hospitais do Estado, o que é ilegal, de acordo com resolução do CMED – Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos de 1973. Outro ponto tratado pela Comissão diz respeito aos novos medicamentos importados para Hepatite C que acabam de entrar no mercado e foram acatados pelo CMED com preços supostamente abusivos, fato esse que poderá gerar um amplo processo de judicialização na área da saúde, com prejuízos incalculáveis para planos de saúde públicos e privados.²²³

Já a CPI da Câmara dos Deputados foi finalizada, cujo relatório final do Deputado André Fufuca (PEN-MA) concluiu pela apresentação de quatro projetos de lei (PL) inéditos para coibir as fraudes e dar transparência à relação entre médicos e empresários. Além disso, concluiu pela apresentação quatro requerimento, indiciamentos de dez pessoas, dentre empresários, médicos e advogados, sendo dois deles gaúchos e sugestão de realização de audiências públicas no âmbito da Comissão de Seguridade Social e Família para

²²² Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Relatório final da CPI das próteses e medicamentos. Breve histórico, p 11-15. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/download/CPI_Pr%C3%B3teses/ANEXO_PR_0006_2016_1.pdf>. Acessado em: 30 abr. 2017.

²²³ Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Relatório final da CPI das próteses e medicamentos. Breve histórico, p 11-15. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/download/CPI_Pr%C3%B3teses/ANEXO_PR_0006_2016_1.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2017.

acompanhar o andamento das medidas propostas pela CPI da Máfia das Órteses e Próteses.²²⁴

Outros destaques do relatório final da Câmara de Deputados são evidenciados, como a sugestão que os juízes ouçam uma segunda opinião dos médicos, antes de aprovarem os pedidos de cirurgias com urgência. O relatório também traz projeto que obriga o SUS a oferecer cursos de aperfeiçoamento em novas tecnologias para os profissionais de saúde. A ideia é romper a fidelidade dos profissionais às empresas que, muitas vezes, financiam cursos de especialização no País e no exterior.²²⁵

Sobre esse ponto do relatório, cabe ressaltar que nos processos analisados na pesquisa empírica, os autores juntam à petição inicial apenas um laudo médico e sua respectiva prescrição médica, não apresentando laudo de um segundo médico, para confirmação da enfermidade e do tratamento prescrito. Por outro lado, os magistrados que atuam na 10ª Vara da Fazenda Pública do TJRS exigem três orçamentos, de empresas diferentes, quando não há o cumprimento de uma tutela de urgência por parte do Estado do Rio Grande do Sul, e, como consequência, há pedido de penhora *on-line* nos ativos financeiros do erário.²²⁶

Essa observação demonstra que a vara pesquisada, ainda não demonstrou preocupação em confirmar o diagnóstico e a prescrição médica, quando uma demanda de acesso à saúde chega para análise.²²⁷ O relatório final da CPI da Câmara dos Deputados concluiu que, a exigência da apresentação de uma segunda opinião médica, por ocasião de um pedido de tutela de urgência numa ação que busca acesso à saúde pode contribuir para evitar futuras fraudes.

²²⁴ Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/RADIOAGENCIA/492416-RELATORIO-APROVADO-TEM-PROJETOS-INEDITOS-PARA-COIBIR-FRAUDES-NO-MERCADO-DE-PROTESES.html>. Acessado em 30/04/2017.

²²⁵ Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Relatório final da CPI das próteses e medicamentos. Breve histórico, p 11-15. Disponível em: http://www.al.rs.gov.br/download/CPI_Pr%C3%B3teses/ANEXO_PR_0006_2016_1.pdf. Acesso em: 30 abr. 2017.

²²⁶ Observação feita, com base no quadro que está no apêndice deste trabalho e que resume a análise de conteúdo dos 70 (setenta) processos pesquisados.

²²⁷ Observação feita, com base no quadro que está no apêndice deste trabalho e que resume a análise de conteúdo dos 70 (setenta) processos pesquisados.

Analizando o relatório da Assembleia, verifica-se a conclusão pela necessidade de verificar o registro do material (próteses e órteses) na ANVISA, pois essa informação é o primeiro dado de rastreabilidade, pelo menos de maneira mais abrangente, ou menos indiciária, segundo o qual é possível saber quem é o fabricante/importador (detentor de registro). Além disso, o lote do produto permite identificar todo o processo de produção, conferindo a característica da homogeneidade, viabilizando eventual troca ou “recall” para um determinado lote fabricado com defeito. Permite também que o fabricante/importador identifique para quem o produto foi distribuído. Por fim, caso a empresa possua diferentes modelos, a empresa necessita de um código interno que permite identificar qual produto foi fabricado, atribuindo um número de referência, que é o número interno de cada fabricante, o qual deve corresponder ao número genérico do registro do produto patriarcal, ou mão, na ANVISA.²²⁸

Na verdade, o registro permite verificar quem fabricou e quem importou o produto, no entanto não possibilita saber o que foi utilizado em sua fabricação, nem tampouco para quem foi vendido. Mas, a etiqueta (com Lote e Série do produto) da rastreabilidade é condição essencial para saber a licitude do produto, e mais, que o produto não foi clonado. Essa etiqueta já era obrigatória conforme previsto em legislação própria, e foi ratificado pela Resolução n.º 1804/2006 do Conselho Federal de Medicina e pela RDC n.º 59/2008 da ANVISA.²²⁹

Ainda sobre o registro, o relatório da CPI concluiu que sem a existência de registro na ANVISA, pedido pelo fabricante e autorizado pela autarquia, se está diante de um produto de origem desconhecida, e, portanto ilícita. Então, com o número de registro há o princípio e indício de rastreabilidade, o qual deverá ser complementado pelo número do lote; e por se tratar de alguma

²²⁸ Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Relatório final da CPI das próteses e medicamentos. A finalidade da rastreabilidade, p 109-118. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/download/CPI_Pr%C3%B3teses/ANEXO_PR_0006_2016_1.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2017.

²²⁹ Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Relatório final da CPI das próteses e medicamentos. A finalidade da rastreabilidade, p 109-118. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/download/CPI_Pr%C3%B3teses/ANEXO_PR_0006_2016_1.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2017.

subespécie do produto, deverá ser complementado no rótulo ou na etiqueta, pelo número de série.²³⁰

A rastreabilidade de uma prótese é possível graças à exigência da ANVISA e do Conselho Federal de Medicina, através da consulta no site (<http://zip.net/bksLRG>), preenchendo o número do registro da prótese. Esse sistema já existe desde o ano 2000, justamente para coibir e evitar a fabricação de próteses clandestinas.²³¹

O relatório, nesse ponto, informa à sociedade gaúcha importante ferramenta existente para coibir a existência de fraudes. O próprio paciente pode exigir de seu médico, antes da realização do procedimento, os dados da prótese que serão utilizados, a fim de evitar ser mais uma vítima das inúmeras fraudes nessa área.

O Poder Judiciário, também poderá exigir que os orçamentos apresentados judicialmente, para concessão de uma prótese, contenham o número de registro e utilizar-se dessa ferramenta, como maneira de realizar o controle de fraudes.

Por conseguinte, o relatório da CPI ainda sugere a exigência de uma certificação compulsória²³², a qual atestaria a garantia do produto, o que daria maior segurança aos pacientes e ao corpo clínico em geral. No Brasil, têm-se apenas 150 (cento e cinquenta) produtos com Certificação Compulsória, e

²³⁰ Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Relatório final da CPI das próteses e medicamentos. A finalidade da rastreabilidade, p 109-118. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/download/CPI_Pr%C3%B3teses/ANEXO_PR_0006_2016_1.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2017.

²³¹ Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Relatório final da CPI das próteses e medicamentos. A finalidade da rastreabilidade, p 109-118. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/download/CPI_Pr%C3%B3teses/ANEXO_PR_0006_2016_1.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2017.

²³² Segundo o relatório da CPI da Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, a Certificação Compulsória tem como objetivo garantir a conformidade de processos ou serviços às normas e à decisão exclusiva da empresa que fabrica produtos e/ou fornece serviços. Assim, quando a certificação é voluntária, podem coexistir no mercado produtos e serviços certificados e não-certificados. Nestes casos, a certificação torna-se um diferencial de mercado, passando a ser um valor agregado ao produto, o que altamente significativo em favor das empresas que adotam a certificação. A certificação voluntária, no âmbito do sistema brasileiro de certificação, deve ser executada com base nas normas brasileiras, regionais ou internacionais, mas também pode se basear em outras normas, desde que seu campo de ação não esteja coberto por aquelas. No âmbito internacional, o organismo de referência é a ISO e, no Brasil, compete à ABNT a gestão do sistema brasileiro de normalização voluntária. Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Relatório final da CPI das próteses e medicamentos. Sobre a certificação compulsória de implantes, p 121-127. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/download/CPI_Pr%C3%B3teses/ANEXO_PR_0006_2016_1.pdf>. Acessado em: 30 abr. 2017.

desses, apenas 10 (dez) estão afetos à ANVISA²³³, quais sejam: agulhas, chupetas, embalagens para álcool, equipos para transfusão, implantes mamários, luvas cirúrgicas, mamadeiras e bicos, preservativos e seringas. Ou seja, não existe certificação compulsória no país para implantes, apenas para implantes mamários. Certamente, a criação dessa exigência pela ANVISA auxiliaria na prevenção da existência de novas fraudes no setor.²³⁴

Outro ponto forte do relatório final é a proposta que criminaliza o pagamento de propina a médicos em troca da indicação de produtos específicos, em muitos casos desnecessários para o paciente. Atualmente, essa conduta é crime apenas quando envolve dinheiro público. Por essa razão, a CPI não pode pedir ao Ministério Público o indiciamento das empresas denunciadas no esquema.²³⁵

Essa recomendação do relatório da CPI, diz respeito ao encaminhamento da sugestão ao Congresso Nacional, para que o Código Penal foi alterado ou a Lei n.º 12.843/2013 (Lei Anticorrupção). A alteração diz respeito à inserção de crime de corrupção no setor privado, com a criação de responsabilidade penal da pessoa jurídica pelo crime de corrupção no setor privado, incluindo a criminalização das práticas de superfaturamento e sobreindicação como uma das formas de prática do crime, tornando obrigatório ainda, a adesão a programas de integridade para empresas da área da saúde.²³⁶

Após aprovado esse projeto de lei, se essas empresas continuarem a praticar esses atos, elas serão penalizadas. Porém, isso não furta em nenhum momento de elas serem investigadas, para isso o projeto de lei foi encaminhado ao Ministério Público e à Polícia Federal que essas investigações sejam feitas até o final.

²³³ Consulta no site: <http://www.inmetro.gov.br/qualidade/rtpac/compulsorios.asp>.

²³⁴ Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Relatório final da CPI das próteses e medicamentos. Recomendações legislativas, p 413-457. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/download/CPI_Pr%C3%B3teses/ANEXO_PR_0006_2016_1.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2017.

²³⁵ Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Relatório final da CPI das próteses e medicamentos. Recomendações legislativas, p 413-457. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/download/CPI_Pr%C3%B3teses/ANEXO_PR_0006_2016_1.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2017.

²³⁶ Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Relatório final da CPI das próteses e medicamentos. Recomendações legislativas, p 413-457. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/download/CPI_Pr%C3%B3teses/ANEXO_PR_0006_2016_1.pdf>. Acesso em 30 abr. 2017.

Ademais, os artigos constantes do relatório da CPI ressaltam que, o Estado do Rio Grande do Sul é o Estado que mais gera cirurgias por meio de liminares no Brasil. Não bastasse esse fato, também restou demonstrado que, na quase totalidade de casos envolvendo liminares de OPMEs havia presença de algum tipo de irregularidade ou fraude. Por isso, da necessidade do Poder Judiciário ter um apoio técnico especializado e a comissão acredita que um Núcleo de Apoio Técnico ancorado em protocolos clínicos amplamente e internacionalmente reconhecidos para reduzir consideravelmente o volume de cirurgias determinadas por meio de liminares.²³⁷

Sobre essa última proposta, entende-se que será de grande importância para a erradicação das fraudes envolvendo próteses, órteses, medicamentos, autorização de realização de procedimentos e cirurgias, através da concessão de liminares, via judicial.

Outra recomendação do relatório se refere à inserção de requisitos para obtenção de Certificados de Melhores Práticas da ANVISA, como a criação de programas de integridade nos moldes do projeto de lei que será apresentado pela comissão da Assembleia Legislativa, sob a denominação de Ética Saúde – Acordo Setorial de Dispositivos Médicos e Código de Ética de Advamed.²³⁸

Além disso, diante do número elevado de vítimas, o relatório concluiu pela necessidade de criação de uma Frente Parlamentar sobre a Máfia das Próteses e dos Medicamentos, com respaldo dos órgãos públicos competentes e com apoio permanente direcionado à população.

Por fim, o relatório apresenta mais três recomendações relevantes. A primeira visa o combate à “máfia dos stends”, a qual apareceu com a investigação da “máfia das próteses e órteses”. A segunda recomendação diz respeito à criação de uma lei federal que impossibilite, cabalmente, que os hospitais possam realizar cobranças para o fornecimento de OPMEs nos procedimentos cirúrgicos, seja por cobrar taxas percentuais relacionadas de forma proporcional aos valores de OPMEs, bem como se iniba a prática de

²³⁷ Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Relatório final da CPI das próteses e medicamentos. Recomendações legislativas, p 413-457. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/download/CPI_Pr%C3%B3teses/ANEXO_PR_0006_2016_1.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2017.

²³⁸ Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Relatório final da CPI das próteses e medicamentos. Recomendações legislativas, p 413-457. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/download/CPI_Pr%C3%B3teses/ANEXO_PR_0006_2016_1.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2017.

descontos financeiros em cima dos valores apontados nas notas fiscais dos fornecedores desses insumos.²³⁹

A última recomendação do relatório da CPI, diz respeito à criação de um projeto de Lei Estadual denominado Compliance, sendo um instrumento efetivo de combate à corrupção e irregularidades na comercialização de medicamentos, dentre outras fraudes no âmbito da saúde.²⁴⁰

4.3 Do Controle Exercido pela Secretaria Estadual da Saúde do Estado do Rio Grande do Sul

Assim, como a iniciativa do Fórum da Saúde do Conselho Nacional de Justiça tem por finalidade a redução da judicialização, sem limitar o exercício da cidadania, sugerindo a adoção de algumas iniciativas aos Estados. Além disso, em suma, o que o CNJ pleiteia é sugerir a prevenção da discussão judicial, e, quando for inevitável o ingresso com a ação judicial, os agentes envolvidos tentam resolver o litígio da forma menos agressiva e menos onerosa possível.²⁴¹

O Comitê do Estado do Rio Grande do Sul seguindo a orientação do CNJ editou uma cartilha em que se apresenta termo de acordo celebrado entre todos os atores envolvidos com a saúde da aludida unidade da federação para um planejamento e gestão sistêmica.²⁴²

Nesse sentido, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul disponibiliza em seu *site*, a referida cartilha, salientando que os problemas da Saúde Pública do Estado é uma questão complexa, destacando alguns problemas: emergências lotadas, falta de leitos hospitalares, o vício do crack fazendo cada vez mais vítimas, a própria judicialização da saúde, a baixa

²³⁹ Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Relatório final da CPI das próteses e medicamentos. Recomendações legislativas, p 413-457. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/download/CPI_Pr%C3%B3teses/ANEXO_PR_0006_2016_1.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2017.

²⁴⁰ Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Relatório final da CPI das próteses e medicamentos. Recomendações legislativas, p 413-457. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/download/CPI_Pr%C3%B3teses/ANEXO_PR_0006_2016_1.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2017.

²⁴¹ SCHULZE, Clenio; GEBRAN NETO, João Pedro. **Direito à saúde análise à luz da judicialização**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015. p. 83.

²⁴² SCHULZE, Clenio; GEBRAN NETO, João Pedro. **Direito à saúde análise à luz da judicialização**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015. p. 85.

aplicação de recursos em saúde, os longos períodos de espera por consultas, bem como os medicamentos fora do alcance da população, dentre outros.²⁴³

Por todos os motivos exposto, o *parquet* salienta que os referidos problemas só poderiam ser enfrentados mediante a congregação dos órgãos envolvidos em torno de pontos convergentes, de forma a fomentar o diálogo por meio de um contato mais próximo entre seus integrantes. Assim, apresenta-se o projeto da construção de uma rede visando a área da saúde, que permitisse o conhecimento das pessoas envolvidas e, por conseguinte, que os demais assuntos pudessem ser tratados com abrandamento de ideias preconcebidas. Por conseguinte, baseado na experiência exitosa de Rio Grande, escolheu-se a utilização da metodologia de Planejamento e de Gestão Sistêmicos – PGS na área de Fornecimento de Medicamentos pelo SUS para a realização dos primeiros passos da Rede Estadual.²⁴⁴

A Rede Estadual é composta pelos seguintes órgãos e entidades com atuação no Rio Grande do Sul: Secretaria do Estado da Saúde, Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, Poder Judiciário, Ministério Público Federal, Federação das Associações de Municípios do Rio Grande do Sul, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Procuradoria Geral do Município de Porto Alegre, Advocacia Geral da União – Procuradoria Regional da União/4ª Região, Conselho Regional de Medicina do Rio Grande do Sul, Procuradoria Geral do Estado, Defensoria Pública da União, Defensoria Pública do Estado, Programa de Qualificação em Gestão Pública, Secretaria Municipal de Saúde de Lajeado, Secretaria Municipal de Saúde de Rio Grande.²⁴⁵

A Rede Estadual se reúne mensalmente e já realizou algumas iniciativas em prol da saúde do Rio Grande do Sul. Primeiramente, realizou-se um levantamento da situação atual da Assistência Farmacêutica no Estado, através de entrevistas com alguns responsáveis de diversos órgãos. Simultaneamente, foi encaminhado, para os gestores municipais um questionário com perguntas

²⁴³ MPRS. Ministério Público – Rio Grande do Sul: 2015. Disponível em: <http://www.mprs.mp.br/areas/medicamentos/arquivos/cartilhapdf/cartilhapgsagosto_2015.pdf>. Acesso em: 16 maio 2017.

²⁴⁴ MPRS. Ministério Público – Rio Grande do Sul: 2015. Disponível em: <http://www.mprs.mp.br/areas/medicamentos/arquivos/cartilhapdf/cartilhapgsagosto_2015.pdf>. Acesso em: 16 maio 2017.

²⁴⁵ MPRS. Ministério Público – Rio Grande do Sul: 2015. Disponível em: <http://www.mprs.mp.br/areas/medicamentos/arquivos/cartilhapdf/cartilhapgsagosto_2015.pdf>. Acesso em: 16 maio 2017.

relativas à dispensação de medicamentos e os problemas enfrentados em cada Município. Por conseguinte, com base nos levantamentos, foi elaborado um diagnóstico situacional e um fluxograma para demonstrar o fluxo atual de procedimentos de Dispensação de Medicamentos. Porém, o fluxograma pode conter variações, de acordo com o Município. Após, realizou-se uma análise da situação atual e foram elaboradas propostas de melhoria para os problemas verificados.²⁴⁶

Em contrapartida, a Rede Estadual também implementou melhorias no sistema AME (Administração de Medicamentos do Estado), que passou a emitir Certidões e Protocolos, o que contribui para a padronização de documentos e para a agilização dos procedimentos em casos de necessidades de judicialização, além de contribuir-se em um instrumento de informação ao usuário sobre a situação atual de sua solicitação.

Além do mais, importante informar que o Estado do Rio Grande do Sul, através da sua Secretaria Estadual de Saúde é que realiza o controle de acesso a medicamentos e fórmulas nutricionais pelo cidadão. Para ter acesso aos medicamentos, o cidadão precisa ter sido atendido por um médico credenciado pelo Sistema Único de Saúde (SUS), além de ter realizado os procedimentos e exames solicitados, bem como esclarecer a doença e o tratamento prescrito.²⁴⁷

Dessa forma, os usuários que não tiverem sido atendidos por médicos credenciados no Sistema Único de Saúde não poderão solicitar o fornecimento de um medicamento na farmácia estadual. Isso representa um tipo de controle realizado por parte do Estado, não recebendo receituários de médicos particulares, que não seguem os protocolos de praxe dos médicos credenciados ao SUS.

Outro ponto relevante diz respeito à receita médica, pois é exigido pela Secretaria Estadual da Saúde que a mesma contenha o princípio ativo ou a denominação genérica do medicamento, não podendo descrever o nome comercial. Ademais, o paciente deverá conferir se o medicamento solicitado consta na relação de medicamentos disponibilizados pelo SUS, através do

²⁴⁶ MPRS. Ministério Público – Rio Grande do Sul: 2015. Disponível em: <http://www.mprs.mp.br/areas/medicamentos/arquivos/cartilhapdf/cartilhapgsagosto_2015.pdf>. Acesso em: 16 maio 2017.

²⁴⁷ Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www.saude.rs.gov.br/medicamentos>>. Acesso em: 10 maio 2017.

RENAME (Relação Nacional de Medicamentos Essenciais), verificando qual o Componente de Assistência Farmacêutica ele pertence. Sabendo a qual Componente da Assistência Farmacêutica o medicamento faz parte, o usuário pode consultar através do *site* da Secretaria Estadual da Saúde o que necessita para solicitar um medicamento.²⁴⁸

4.4 Do princípio da moralidade pública, como orientador dos poderes públicos

O princípio da moralidade administrativa foi desenvolvido primeiramente na França por Hauriou, com base em decisões do Conselho de Estado Francês, as quais apreciavam recursos de anulação de atos administrativos. Nesse período, o conceito de moralidade administrativa estava associado ao desvio de poder praticado pela autoridade administrativa. Então, a usurpação do poder resultava em ofensa à moralidade administrativa, o que posteriormente foi ampliado por Hauriou como o “Conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração”.²⁴⁹

Conforme disposto, a imoralidade administrativa surgiu e se desenvolveu associada à ideia de desvio de poder, pois se compreendia que a Administração Pública em diversas hipóteses, utiliza-se de meios lícitos para atingir finalidades metajurídicas irregulares. Assim, a imoralidade estaria na intenção do agente. Por isso, muitos autores compreendem a imoralidade se reduz a uma das hipóteses de ilegalidade que pode atingir os atos administrativos, ou seja, a ilegalidade quanto aos fins, associada à ideia de desvio de poder.²⁵⁰

A moralidade administrativa não é uma simples categoria ética. A Constituição elencou esse princípio como supremo, a informar a própria legalidade dos atos administrativos. O princípio da moralidade administrativa não se confunde com a moralidade comum, e sim é composta por regras da boa administração.

²⁴⁸ Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www.saude.rs.gov.br/medicamentos>>. Acesso em 10 maio 2017.

²⁴⁹ DIAS, Jeferson Aparecido. **Princípio da eficiência & moralidade administrativa**. 4. tir. Curitiba: Juruá, 2007. p. 70-71.

²⁵⁰ DIAS, Jeferson Aparecido. **Princípio da eficiência & moralidade administrativa**. 4. tir. Curitiba: Juruá, 2007. p. 76.

A Administração e seus agentes têm de atuar, sem desrespeitar os princípios éticos, pois violá-los implicará violação ao próprio Direito, configurando ilicitude que pode ocasionar a conduta viciada a sua invalidação. Está inserido, no âmbito do princípio da moralidade administrativa, os chamados princípios da lealdade e boa-fé, pois firmou-se o entendimento de que orientações firmadas pela Administração sobre um determinado assunto não poderiam, sem prévia e pública notícia, ser modificadas em casos concretos para fins de sancionar, agravar a situação dos administrados ou denegar-lhes pretensões, a ponto de só se aplicar após a devida publicidade do ato.²⁵¹

Moralidade administrativa relaciona-se com honestidade. Honestidade pressupõe a defesa do interesse público, e como tal, a contenção dos desejos particulares e os desejos de reconhecimento do governante, evitando a confusão entre o interesse público e o privado. A compreensão de moralidade administrativa supõe a exigência de magistrados (representantes do poder político) refreiem os ímpetos de defesa de interesses particulares em detrimento dos interesses da comunidade.

Di Pietro²⁵² assim dispõe sobre o princípio da moralidade administrativa:

Nem todos os autores aceitam a existência desse princípio; alguns entendem que o conceito de moral administrativa é vago e impreciso ou que acaba por ser absorvido pelo próprio conceito de legalidade. No entanto, antiga é a distinção entre Moral e Direito, ambos representados por círculos concêntricos, sendo o maior correspondente à moral e, o

menor, ao direito. Licitude e honestidade seriam os traços distintos entre o direito e a moral, numa aceitação ampla do brocardo segundo o qual *nom quod liced honestum est* (nem tudo o que é legal é honesto).

José Augusto Delgado abordando o tema salienta que a elevação da moralidade administrativa a nível constitucional é uma conquista da nação e afirma que:

Necessário se torna que a administração da coisa pública obedeça a determinados princípios que conduzam a valorização da dignidade humana, ao respeito à cidadania e à construção de uma sociedade justa e solidária. Está, portanto, o administrador obrigado a se exercitar de forma que sejam atendidos os padrões normais de conduta que são

²⁵¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 89-90.

²⁵² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 26. ed. São Paula: Atlas, 2013. p. 198-225.

considerados relevantes pela comunidade e que sustentam a própria existência social. Nesse contexto, o cumprimento da moralidade, além de se constituir um dever que deve cumprir, apresenta-se como um direito subjetivo do administrado.²⁵³

O Artigo 37 da Carta Magna de 1988²⁵⁴ dispõe que a administração pública direta e indireta, de qualquer dos poderes obedece a vários princípios, como o princípio da legalidade, impessoalidade, publicidade, eficiência, assim como o princípio da moralidade administrativa.

A partir do momento, em que a Constituição Federal inseriu em seu artigo 37, o princípio da moralidade administrativa entre os de observância obrigatória pela Administração Pública, ela veio permitir que o ato administrativo imoral fosse considerado tão inválido quanto o ato administrativo ilegal.

A moralidade administrativa constitui, hoje em dia, pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública (artigo 37, caput, da CF/88). Trata-se de uma moral jurídica e não uma moral comum, entendida como um conjunto de regras que dizem respeito à conduta, e que tiradas da disciplina interior da Administração. Nesse contexto, o agente administrativo deve saber distinguir entre o bem e o mal, o honesto do desonesto; não desprezando o elemento ético de sua conduta, no momento de sua atuação.²⁵⁵

Então, o certo é que a moralidade do ato administrativo, juntamente com a sua legalidade e finalidade, assim como sua adequação aos demais princípios, podem ser considerados pressupostos de validade do ato administrativo, sem os quais toda atividade pública poderia ser considerada ilegítima.²⁵⁶

O princípio da moralidade administrativa está protegido no artigo 5º, LXXIII²⁵⁷, o qual prevê o cabimento da ação popular para anulação de ato lesivo à moralidade administrativa.

²⁵³ DELGADO, José Augusto. O princípio da moralidade administrativa e a Constituição Federal de 1988. **Revista Ciência Jurídica**, v. 44, p. 58-74, 1992. p. 60.

²⁵⁴ Constituição Federal, Artigo 37. “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”.

²⁵⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. atual. até a Emenda Constitucional 90 (15.09.2015). São Paulo: Malheiros, 2016. p. 94.

²⁵⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. atual. até a Emenda Constitucional 90 (15.09.2015). São Paulo: Malheiros, 2016. p. 95.

²⁵⁷ CF/88. Artigo 5º, LXXIII. “Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

Cabe ressaltar que, mesmo estando expresso o princípio da moralidade administrativa na Carta Magna, não é exigida legislação própria visto que é um princípio compreendido na própria essência do ordenamento jurídico, diferentemente do que ocorre com o princípio da legalidade que exige descumprimento de uma norma preestabelecida. Além do mais, estão sujeitos ao princípio da moralidade administrativa não apenas os agentes públicos, mas todos aqueles que se relacionem com a administração.²⁵⁸

A quebra do princípio da Moralidade Administrativa na execução das atividades administrativas está associada ao desvio de poder, como salienta Di Pietro:

[...] a imoralidade administrativa surgiu e se desenvolveu ligada à ideia de desvio de poder, pois se entendia que em ambas as hipóteses a Administração Pública se utiliza de meios lícitos para atingir finalidades metajurídicas irregulares. A imoralidade estaria na intenção do agente.²⁵⁹

Dessa forma, a moralidade administrativa, por se tratar de um princípio embasado na moral do agente, a Administração Pública deve manter o controle de suas atividades, com o objetivo de garantir a veracidade e a seriedade de suas atividades, com presunção de legitimidade, a fim de não trazer discussões futuras, pelo fato de apresentarem irregularidades.

Outrossim, como o Princípio da Moralidade é um princípio essencial para a gerência de um órgão ou entidade administrativa, apesar do mesmo estar positivado na Constituição Federal de 1988, acaba sendo um princípio que é interpretado de forma subjetiva, pois diz respeito à conduta do ilibada praticada pelo agente público.

O Poder Judiciário, no julgamento de ação de qualquer natureza, pode ingressar no exame da moralidade administrativa, com o objetivo de proteger os interesses individuais e coletivos, avaliando o comportamento da Administração Pública. Pode-se citar como exemplo, a exigência da idoneidade moral para aquisição de direitos, para nomeação de um Ministro do Tribunal de Contas da União (artigo 73, §1º, II da CF/88), nomeação de um Ministro do Superior

²⁵⁸ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2001.

²⁵⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 78.

Tribunal de Justiça (artigo 104, Parágrafo Único, da CF/88), nomeação de ministro do Tribunal Superior Eleitoral (artigo 119, Inciso II, da CF/88), etc.

O decoro exigido como condição para manutenção do cargo parlamentar, conforme previsão do artigo 55, inciso II da Constituição também tem intrínseca relação com a moralidade administrativa, pois a palavra decoro tem significado muito próximo ao da moralidade, integridade e honestidade, todos interligados e provenientes da moral social normatizada pela Carta Magna.

As questões que envolvem o exame da moralidade administrativa, por serem complexas e envolverem, muitas vezes, um conflito aparente de normas jurídicas, irão ser analisadas pelo Poder Judiciário, que, diante das questões apresentadas, deve oferecer a justa e equânime solução, sem esquecer de que o exercício dos direitos estabelecidos na Constituição, deve respeitar a moral vigente em dado tempo e lugar, sem empecilho do papel criativo e renovador que se espera do Poder Judiciário, através da Jurisprudência.²⁶⁰

A Lei n.º 9.784/99 prevê o princípio da moralidade administrativa, no seu artigo 2º²⁶¹, caput, como um dos princípios que obriga a Administração Pública; e, no parágrafo único, inciso IV, a lei faz a exigência para o administrador que atue segundo os padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé, trazendo como referência os principais aspectos da moralidade administrativa.

A moralidade tem a função de limitar a atividade administrativa. O princípio da moralidade administrativa exige que o atuar dos agentes públicos atenda a uma dupla necessidade: a de justiça para os cidadãos e de eficiência para a própria administração, a fim de que se consagrem os efeitos fins do ato administrativo consagrados no alcance da imposição do bem comum.²⁶²

A atuação do Estado não teve atender apenas a ordem legal, exige-se muito mais do agente público, como a obediência a determinados princípios que conduzam à valorização da dignidade humana, ao respeito à cidadania e à construção de uma sociedade justa e solidária. Nessa senda, está o

²⁶⁰ FIGUEIREDO, Marcelo. **O controle da moralidade na constituição**. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 26.

²⁶¹ Lei n.º 9.784/1999. Artigo 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único: Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: IV – atuação segundo os padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé.

²⁶² DELGADO, José Augusto. O princípio da moralidade administrativa e a Constituição Federal de 1988. **Revista Ciência Jurídica**, v. 44, p. 58-74, 1992. p. 60.

administrador obrigado a se exercitar de forma que sejam atendidos os padrões normais de conduta que são considerados relevantes pela comunidade e que sustentam a própria existência social. Nesse contexto, o princípio da moralidade além de ser um dever a ser cumprido, também se apresenta como um direito subjetivo de cada administrado. A imperatividade intrínseca na prática dos atos administrativos não se afasta nem em circunstâncias excepcionais.²⁶³

Di Pietro salienta que o princípio da moralidade administrativa deve ser observado não apenas pelo administrador, como também pelo particular que se relaciona com a Administração Pública. Em matéria de licitação, é bem frequente o desrespeito a esse princípio.²⁶⁴

Em matéria de administração, sempre que se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, mesmo que em conformidade com a lei, ofender a moral, os bons costumes, as regras da boa administração, os princípios de justiça e da equidade, a ideia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa.²⁶⁵

A moralidade limita e direciona a atividade administrativa, tornando obrigatório que os atos dos agentes públicos não subjuguem os valores que defluam dos direitos fundamentais dos administrados, o que permitirá a valorização e o respeito à dignidade da pessoa humana. A moralidade administrativa, além de limitar o arbítrio do administrador, também preserva a manutenção dos valores essenciais a uma sociedade justa e solidária. Além disso, a moralidade confere aos administrados o direito subjetivo de exigir do Estado uma eficiência máxima dos atos administrativos, para que a atividade estatal seja direcionada ao bem comum, buscando sempre a melhor solução para o caso.

Todos os setores da sociedade precisam ter a consciência de que devem zelar pela observância ao princípio da moralidade. E o controle sobre os atos dos agentes públicos deve ser rígido e intenso, o que permitirá um aperfeiçoamento gradual da atividade estatal e, o que é mais importante, a

²⁶³ DELGADO, José Augusto. O princípio da moralidade administrativa e a Constituição Federal de 1988. **Revista Ciência Jurídica**, v. 44, p. 58-74, 1992. p. 60.

²⁶⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22. ed., 2. Reimpr. São Paulo: Atlas, 2009. p. 76-77.

²⁶⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22. ed., 2. Reimpr. São Paulo: Atlas, 2009. p. 77.

necessária adequação dos agentes públicos aos valores de um Estado Democrático de Direito, no qual o bem comum representa o pilar fundamental. Aqui, busca-se transmudar para o administrador público, o ideal de que deve agir como um “bom pai de família”, permitindo dizer que o sentido jurídico da norma restará prejudicado sempre que estiver ausente o componente moral que caracteriza o “bom administrador”.

Dias salienta que não se pode conceituar o princípio da moralidade, a partir da ideia do princípio da boa administração, pois em nada colabora para a sua definição e especificação do conteúdo. Uma forma de atribuir ao princípio da moralidade administrativa, uma maior objetividade e efetividade é concebê-lo, a partir das lições de Kant²⁶⁶, como um mandato de imparcialidade.²⁶⁷

Ainda, Dias defende que o princípio da moralidade administrativa consiste na atuação imparcial da Administração Pública, que deve tratar a todos com igual consideração e respeito. Então, para que esse mandamento de imparcialidade seja atendido, é muito importante que a Administração Pública reconheça que todas as pessoas possuem igual valor, não admitindo que exista diferenciação em categorias humanas, para que não ocorra a segregação racial, como o *apartheid* ocorrido na África do Sul.

Referente às demandas de acesso à saúde, também há que ser observada a moralidade administrativa por parte de todos envolvidos nas demandas, tais como: advogados que ingressam com a demanda, médicos que prescrevem laudos e receituários médicos, empresas que apresentam orçamentos para aquisição de medicamentos, próteses, órteses, insumos nutricionais etc., assim como os magistrados e membros do Ministério Público.

Quando o julgador determina a aquisição do medicamento, com base no menor orçamento apresentado, observa-se o respeito ao princípio da moralidade administrativa, pois se está buscando condenar o erário na menor quantia possível, a fim de otimizar o dinheiro público, sem deixar de assegurar um direito essencial a um cidadão que não obteve o acesso à saúde na esfera extrajudicial.

²⁶⁶ Kant faz a distinção entre direito e moral. Para ele, o agir moral consiste em agir segundo máximas que possam ter valor para que sejam aplicadas de forma geral e que possam ser desejadas por todos. Kant chega a um conceito do agir moral a partir de imperativos categóricos e defende que o homem age moralmente quando, com autonomia, pratica ações que são boas em si mesmas, independentemente de qualquer fim externo que seja adequado.

²⁶⁷ DIAS, Jeferson Aparecido. **Princípio da eficiência & moralidade administrativa**. 4. tir. Curitiba: Juruá, 2007. p. 82.

Ademais, todas as partes envolvidas num processo que busca o acesso à saúde precisam ter consciência que, caso a tutela de urgência ou a sentença defira o pedido pleiteado, a fonte de custeio de tal pedido irá sair do orçamento público, o qual pertence a todos, o que exige razoabilidade na tomada de decisão pelo magistrado.

Assim como ao administrador público, ao particular também cabe agir de forma imparcial, além de ambos não praticarem atos imorais que não digam interesse à Administração Pública. O ingresso de uma demanda judicial de acesso à saúde, na qual pleiteia o custeio pelo Estado de um medicamento ou tratamento, deve estar embasado em documentos idôneos que demonstrem a necessidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A consagração no texto constitucional do direito fundamental à saúde, como garantia da saúde a todos os cidadãos, a ser custeada pelo Estado, em detrimento da falta de orçamento e políticas públicas efetivas para assegurar o direito traz repercussões jurídicas, em virtude da omissão na prestação do direito à saúde.

Ademais, a proteção judicial tem se mostrado absolutamente indispensável para tornar efetiva a aplicabilidade e o respeito aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal e no ordenamento jurídico em geral. Sendo, portanto, sua proteção pelas autoridades públicas, a base de qualquer Estado Democrático de Direito.

No entanto, o excesso de judicialização põe em risco a continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos, tendo em vista a destinação de verbas aos casos trazidos ao Judiciário. Barroso propõe a racionalização do problema, com a elaboração de critérios e parâmetros que justifiquem e legitimem a atuação judicial no campo particular de distribuição de medicamentos. Porém a colisão entre o direito à saúde e à vida dos que ingressam em juízo, versus o direito à saúde e à vida daqueles que não têm esse acesso é latente.²⁶⁸

Uma reportagem jornalística tornou evidente outra problemática envolvendo processos na área da saúde, fraudes ocorridas no Judiciário, envolvendo próteses e órteses médicas no Estado do Rio Grande do Sul cobrando a necessidade de se realizar um controle mais rígido.

O esquema fraudulento começava com o encaminhamento de cirurgias de coluna, com a utilização de próteses e órteses médicas superfaturadas. Os médicos envolvidos indicavam aos pacientes procuradores, para que os mesmos ingressassem com ações judiciais pleiteando a condenação do poder público, ao pagamento dos procedimentos solicitados. Ainda, também eram utilizados laudos

²⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. 2009. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal/conhecimento-juridico/artigos-juridicos/detalhe-122.htm>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

forçados, que prescreviam a utilização de próteses produzidas pelas empresas beneficiadas na fraude.

Nessa senda, com base no advento das fraudes relacionadas às próteses e órteses médicas no Estado do Rio Grande do Sul passou-se a analisar como o Poder Judiciário pode realizar o controle de fraudes, quando acionado numa demanda de acesso à saúde.

A partir disso, realizou-se uma pesquisa empírica de 70 (setenta) processos da 10ª Vara da Fazenda Pública de Porto Alegre, para compreender em que medida, o escândalo das próteses e órteses médicas pode ter contribuído, ou não, para que essa vara específica aplicasse critérios mais rigorosos, ou não, para a concessão da tutela de urgência, e como essa questão se desdobrou nos recursos apreciados no TJRS.

A pesquisa analisou processos que pleiteavam o fornecimento de medicamentos pelos entes públicos no TJRS, com a ampliação posteriormente. Então, a coleta de dados findou em 70 (setenta) processos, sendo 37 (trinta e sete) antes do marco temporal (15/01/2015) e 33 (trinta e três) processos após o marco temporal.

No curso da pesquisa, a dificuldade encontrada foi a limitação de processos ativos dentro dos parâmetros pesquisados no período. O período modificou-se para, a coleta de dados de processos distribuídos nos meses de julho a dezembro de 2014, antes do marco temporal (15/01/2015), e, a coleta de dados dos processos distribuídos nos meses de julho a setembro de 2015, após o marco temporal. Entretanto, além dos parâmetros mencionados, dois processos catalogados não obedecem tais requisitos, pois não se logrou êxito em localizar processos envolvendo demandas que buscam fornecimento de próteses e órteses médicas, utilizando os critérios de busca definidos no início da pesquisa (considerando palavras chaves e filtros de pesquisa disponíveis na pesquisa jurisprudencial do site do TJRS).

O objetivo residia em ter uma visão do antes e do depois das fraudes deflagradas, do posicionamento dos magistrados de uma vara específica, quanto a critérios de rigidez na análise dos requisitos de uma tutela de urgência pretendida na área da saúde. Mas, devido ao assunto envolvido, verificou-se a necessidade incluir dois casos envolvendo próteses e órteses médicas.

Com o fim da pesquisa empírica, catalogaram-se dados dos 70 (setenta) processos pesquisados, observando que a rigidez na análise dos requisitos de uma tutela de urgência já estavam presentes, antes do marco temporal, demonstrando que o Judiciário já vinha utilizando uma das formas de controle. Dessa forma, com base na pesquisa empírica realizada, não se verificou aumento do rigor na concessão das tutelas de urgência.

Analisando detalhadamente os processos, verificou-se que casos em que o fármaco pretendido possui registro na ANVISA e que tenha um baixo custo, aparentemente não houve aumento de rigidez. No entanto, os medicamentos pleiteados que não possuíam registro na ANVISA e que tenham alto custo para a aquisição, a rigidez se manteve antes e após o marco temporal. Ou seja, com base nos dados coletados, não houve mudança nesses casos específicos.

Sobre esse assunto, Barroso apresenta uma proposta de racionalização e uniformização da atuação judicial no fornecimento de medicamentos, destacando que no âmbito das ações individuais, a atuação jurisdicional deve ater-se a efetivar a dispensação dos medicamentos constantes das listas elaboradas pelos entes federativos (União, Estados e Municípios). Já, em relação às ações coletivas, a alteração das listas pode ser objeto de discussão no âmbito de ações coletivas, com a impossibilidade de decisões judiciais que defiram aos litigantes individuais, a concessão de medicamentos não constantes nas listas. E, nesse ponto, o autor traz a impossibilidade de o Judiciário discutir as listas.²⁶⁹

Em alguns processos pesquisados, o magistrado utiliza os pareceres técnicos do Departamento Médico Judiciário (DMJ) para formar seu convencimento da decisão a ser proferida, tendo em vista que esses pareceres ressaltam as evidências científicas dos tratamentos.

Ademais, em muitos casos verificados na pesquisa, antes da análise da tutela de urgência pretendida pelo autor, os magistrados da 10ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Porto Alegre exigem a juntada de laudo médico esclarecedor da necessidade do fármaco, assim como prescrição médica clara, entre os documentos exigidos.

²⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. 2009. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal/conhecimento-juridico/artigos-juridicos/detalhe-122.htm>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

Com a mudança de tabulação do quadro dos processos pesquisados, passou-se para a análise de conteúdo, coletando informações específicas de cada processo, com destaque para a verificação do aumento de rigidez na verificação dos requisitos de uma tutela de urgência, e, caso positivo, o motivo determinante. Essa escolha impossibilitou quantificar quantos processos tiveram rigidez ou não, pois as especificidades de cada caso é que determinaram a ocorrência da cautela ou não. Não há um denominador comum necessário para elencar os processos em grupos e gerar percentuais. A análise de conteúdo direcionou a pesquisa para analisar caso a caso, com a observação de alguns pontos que se repetem. Por isso, nesse ponto, a pesquisa não atingiu o objetivo inicial, que era apresentar percentuais de cada conclusão.

Nessa senda, a pesquisa consistiu na análise de conteúdo dos processos juntamente com a pesquisa bibliográfica, demonstrando os dados coletados e as respectivas observações feitas num quadro detalhado que está no apêndice.

Através do trabalho desenvolvido, foi possível verificar que o Judiciário necessita realizar o controle de fraudes, nas demandas que diariamente são distribuídas, na área do direito à saúde. Algumas iniciativas já estão sendo tomadas, como a cautela na análise dos requisitos de uma tutela de urgência nas demandas de acesso à saúde.

Também, destaca-se a Rede Estadual de colaboração de órgãos públicos inserida no Estado do Rio Grande do Sul. Nesse ponto, a pesquisa empírica demonstrou a preocupação da 10.^a Vara da Fazenda Pública da Comarca de Porto Alegre, em diminuir o número de demandas judiciais que buscam assistência farmacêutica, em decorrência da crescente judicialização de ações desse tipo no Estado do Rio Grande do Sul e no Brasil, como um todo. Essa constatação é observada, pois devido a Rede Estadual de colaboração, o magistrado consulta o sistema da farmácia da Secretaria Estadual da Saúde (AME), ou o medicamento é dispensado pela Farmácia Básica Municipal e verifica a disponibilidade de tal insumo, ou medicamento similar. E, caso, a consulta resulte na constatação de unidades do fármaco em estoque, por meio de despacho, o juiz determina que o paciente retorne à secretaria para retirá-lo, finalizando dessa forma, mais uma demanda judicial.

Além disso, o Comitê do Estado do Rio Grande do Sul publicou uma cartilha sobre a rede de colaboração, em cumprimento às recomendações do

CNJ. No Rio Grande do Sul, ao invés, de criar um departamento próprio, a opção foi por valorizar a ação do Departamento Médico Judiciário – DMJ, o qual pertence ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, orientando que os magistrados encaminhem suas dúvidas, de modo a avaliar a natureza das demandas, a quantidade delas, permitindo projetar o formato mais adequado da Câmara Técnica.²⁷⁰

Ao término da pesquisa empírica, também se constatou a necessidade de exaurimento da instância administrativa para ingresso com a ação judicial, bem como a exigência da comprovação da necessidade urgente do fármaco ou tratamento por parte do paciente. Tais pontos são analisados pelo magistrado da vara pesquisada, por ocasião do exame do pedido de uma tutela de urgência. A pesquisa ainda demonstrou que essa exigência em torno da configuração dos requisitos da tutela de urgência, para sua concessão, já existia antes do marco temporal.

A pesquisa demonstrou também, que a demanda judicial mais recorrente no âmbito do direito à saúde diz respeito a pedidos individuais de medicamentos, com respaldo numa prescrição médica e na indicação de urgência em receber o insumo o fármaco, considerados capazes de solucionar determinada necessidade ou problema de saúde, buscando a efetividade no âmbito individual.

Com relação ao controle a ser realizado por parte do Judiciário, ressalta-se a iniciativa do Conselho Nacional de Justiça, que através de suas resoluções, recomendações e portarias está dando respaldo técnico a juízes em decisões sobre demandas de saúde. Destaca-se o sistema de pareceres técnicos elaborados por especialistas da área da Saúde, com o objetivo auxiliar os magistrados, que precisarem decidir sobre um pedido de medicamento encaminhado à Justiça.

O Judiciário ainda pode contar com o apoio da CONITEC, que é um órgão aliado nas demandas de acesso à saúde. Isto porque, este conselho realiza a avaliação de tecnologias e, após, emite relatório de recomendação a respeito, que é divulgado através de uma portaria. Este relatório é utilizado como recomendação de inclusão de um fármaco no Sistema Único de Saúde. Então, muitas recomendações da CONITEC ainda não fazem parte da listagem dos medicamentos do SUS, mas possuem indicação para haja inclusão.

²⁷⁰ MPRS. Ministério Público – Rio Grande do Sul: 2015. Disponível em: <http://www.mprs.mp.br/areas/medicamentos/arquivos/cartilhapedf/cartilhapedfagosto_2015.pdf>. Acesso em: 16 maio 2017.

O trabalho abordou também o princípio da moralidade administrativa, inerente a discussão do tema proposta, tendo em vista a necessidade da observância rigorosa desse princípio, por parte do poder público, dos particulares, assim como do próprio Judiciário nas demandas de acesso à saúde, na qual se pleiteia o custeio pelo Estado de um medicamento ou tratamento.

Futuras investigações poderiam ampliar o número de processos pesquisados, assim como analisar o resultado das CPI's da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, bem como da ação penal²⁷¹ em tramitação.²⁷²

²⁷¹ Sugere-se, também, uma análise do resultado do Processo n.º 001/2.16.0045415-0 que tramita na 10ª Vara Criminal do Foro da Comarca de Porto Alegre, o qual apura a denúncia contra os envolvidos na “fraude das próteses”. O processo está atualmente, na fase de apresentação de resposta dos Réus à acusação, por isso optou-se por não tecer considerações a respeito, sendo mais cauteloso aguardar o trânsito em julgado do processo.

²⁷² Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/imprensa/noticias/?idNoticia=342096>>. Acesso em: 27 maio 2017.

REFERÊNCIAS

- ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Acesso aos medicamentos com registro na ANVISA.** Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/wps/content/Anvisa+Portal/Anvisa/Inicio/Medicamentos>> Acesso em: 08 dez.2015.
- ASENSI, Felipe Dutra. **Direito à saúde:** práticas sociais reivindicatórias e sua efetivação. Curitiba: Juruá, 2013.
- ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Relatório final da CPI das próteses e medicamentos.** Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/download/CPI_Pr%C3%B3teses/ANEXO_PR_0006_2016_1.pdf>. Acesso em: 18 maio 2017.
- BALESTRA NETO, Otávio. A jurisprudência dos tribunais superiores e o direito à saúde: evolução rumo à racionalidade. **Revista de Direito Sanitário**, v. 16, n. 1, p. 87-111, 2015.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo.** 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo.** Lisboa: 70, 1979.
- BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional:** ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- _____. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva:** direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. 2009. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal/conhecimento-juridico/artigos-juridicos/detalhe-122.htm>>. Acesso em: 13 jul. 2016.
- BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo:** uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. São Leopoldo: Unisinos, 1999.
- BAUER, Martin W. Análise de conteúdo clássica: uma revisão. **Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som:** um manual prático, v. 3, p. 189-217, 2002.
- BAUMAN, Zygmunt. **Legisladores e intérpretes:** sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BELLINI, Maria Isabel Barros; FALER, Camília Susana. Saúde, direito e transformação social: um estudo sobre o direito à saúde no Rio Grande do Sul. In: **Desafio à saúde e intersectorialidade**: desafios presentes na história da política no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Mora. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BRASIL, CONSTITUIÇÃO. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 nov. 2016.

_____. **Lei n.º 9.784 de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 30 maio 2017.

_____. **Lei n.º 12.401 de 28 de abril de 2011**. Dispõe sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/L12401.htm>. Acesso em: 30 maio 2017.

_____. **Lei n.º 8.080 de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 30 maio 2017.

_____. **Lei n.º 8.437, de 30 de novembro de 1992**. Dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8437.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

_____. **Lei nº 13.105, de 29 de novembro de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 29 nov. 2015.

_____. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Código de Processo Civil. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 30 mar. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1.657.156 – RJ (2017/0025629-7)**, 1ª Turma, Recorrente: Estado do Rio de Janeiro, Recorrido: Fátima Theresa Esteves dos Santos Oliveira, Relator Ministro Benedito Gonçalves.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 202.688 – MG (1999/0006046-7)**. Recorrente: Federação dos trabalhadores no comércio no Estado de Minas Gerais. Recorrido: Federação Nacional dos empregados em administradoras de consórcios e vendedores em concessionárias de veículos e congêneres. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros, 1ª Turma. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em: 29 nov. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **STA – Suspensão de Tutela Antecipada n.º 91, Número 0005824-95.2006.0.01.0000**. Recorrente: Estado de Alagoas. Recorrido: Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. Relatora Ministro Presidente. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2466232>>. Acesso em: 23 maio 2017.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. Direitos fundamentais sociais: realização e atuação do poder judiciário. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da Oitava Região**, v. 41, n. 81, p. 77-87, jul./dez. 2008.

CABRAL, Ildelisa; REZENDE, Laura Ferreira de. Análise das ações judiciais individuais para fornecimento de medicamentos em São João da Boa Vista. **Revista de Direito Sanitário**, v. 16, n. 1, p. 59-77, 2015.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Notícia: Relatório aprovado tem projetos inéditos para coibir fraudes no mercado de próteses**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/RADIOAGENCIA/492416-RELATORIO-APROVADO-TEM-PROJETOS-INEDITOS-PARA-COIBIR-FRAUDES-NO-MERCADO-DE-PROTESES.html>>. Acesso em: 23 abr. 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direitos fundamentais sociais. In: CANOTILHO, J. J. Gomes. **Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos**: desafios e perspectivas de Flávia Piovesan. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAREGNATO, Rita Catalina Aquino; MUTTI, Regina. Pesquisa qualitativa: análise de discurso versus análise de conteúdo. **Texto Contexto Enferm.**, v. 15, n. 4, p. 679-84, 2006.

CLÈVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista Crítica Jurídica**, n. 22, p. 17-29, 2003.

COMTE, Augusto. **Discurso sobre o espírito positivo**. Tradução de Antônio Geraldo da Silva. São Paulo: Escala, 2005.

CONITEC - Conselho Nacional de Incorporação Tecnológica. **Entenda a CONITEC.** Disponível em: <<http://conitec.gov.br/>>. Acesso em: 17 maio 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Notícia: Sistema dará respaldo técnico a juízes em decisões sobre demandas da saúde.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83421-sistema-dara-respaldo-tecnico-a-juizes-em-decisoes-sobre-demandas-de-saude>>. Acesso em: 07 maio 2017.

_____. **Notícia: Tribunal de Justiça consegue reduzir número de ações em demandas de saúde.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79186-tribunal-de-justica-consegue-reduzir-numero-de-acoes-com-demandas-de-saude>> Acesso em: 05 dez. 2015.

_____. **Recomendação N.º 36 do CNJ** de 12/07/2011: Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atosnormativos?tipo%5B%5D=13&numero=36&data=&expresao=&origem=Todos&pesq=1>> Acesso em: 05 dez. 2015.

_____. **Resolução N.º 107 do CNJ** de 06/04/2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca?termo=resolu%C3%A7%C3%A3o+107>>. Acesso em: 07 maio de 2017.

_____. **Resolução Nº 238 do CNJ** de 06/09/2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83421-sistema-dara-respaldo-tecnico-a-juizes-em-decisoes-sobre-demandas-de-saude>>. Acesso em: 07 maio 2017.

COUTURE, Eduardo. **Os mandamentos do advogado**. 3. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1987.

DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito sanitário**. São Paulo: Verbatim, 2010.

DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico**. 23. ed. São Paulo: Forense, 2003.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM. Disponível em: <<http://www.pcp.pt/actpol/temas/dhumanos/declaracao.html>>. Acesso em: 30 abr. 2017.

DELGADO, José Augusto. O princípio da moralidade administrativa e a Constituição Federal de 1988. **Revista Ciência Jurídica**, v. 44, p. 58-74, 1992.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22. ed., 2. Reimpr. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. **Direito administrativo**. 26. ed. São Paula: Atlas, 2013.

DIAS, Eduardo Rocha; SILVA JUNIOR, Geraldo Bezerra da. A medicina baseada em evidências na jurisprudência relativa ao direito à saúde. **Einstein**, v. 14, n. 1, 2016.

DIAS, Jeferson Aparecido. **Princípio da eficiência & moralidade administrativa**. Curitiba: Juruá, 2007.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Cursos de direito processual civil**. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. v. 2.

DONIZETTI, Elpídio. **Novo código de processo civil comentado** (Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015): análise comparativa entre o novo CPC e o CPC/73. São Paulo: Atlas, 2015.

DUARTE, Francisco Carlos. Qualidade de vida: a função social do estado. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo**, n. 41, jun. 1994.

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, Secretaria Estadual da Saúde. **Como ter acesso aos medicamentos do SUS**. Disponível em: <<http://www.saude.rs.gov.br>>. Acesso em: 05 dez. 2015.

FIGUEIREDO, Marcelo. **O controle da moralidade na constituição**. São Paulo: Malheiros, 1999.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FIOCRUZ - **Pense SUS**. Disponível em: <<http://pensesus.fiocruz.br/sus>>. Acesso em: 29 mar. 2017.

FRANCO, Maria Laura P. B. **Análise do conteúdo**. Brasília: Líber Livro, 2007. (Séria Pesquisa).

FRIEDE, Roy Reis. **Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautela**. 7. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2012.

INMETRO – Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia. **Avaliação de conformidade: Compulsórios**. Disponível em: <<http://www.inmetro.gov.br/qualidade/rtepac/compulsorios.asp>>. Acesso em: 23 abr. 2017.

JOBIM, Marco Felix; POZATTI, Fabrício Costa. Aspectos procedimentais da tutela de urgência satisfativa requerida em caráter antedecente. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 16, n. 16, 2015.

LIMA, M. A. D. S. Análise de conteúdo: estudo e aplicação. **Rev. Logos**, v. 1, p. 53-58, 1993.

MACHADO, A. C. C. **Código de processo civil interpretado**. 8. ed. Barueri: Manoel, 2009.

MAGALHÃES JÚNIOR, H. M. **O desafio de construir e regular as redes públicas de saúde, com integralidade, em sistemas privado-dependentes: a experiência de Belo Horizonte**. 2006. Tese (Doutorado) – Faculdade de Ciências Médicas da Unicamp, Campinas, SP, 2006.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do poder judiciário na implementação de políticas públicas. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, v. 5, n. 18, p. 169-186, jul./set. 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 2: Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum.

_____; _____. **Novo curso de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARQUES, Nadia Rejane Chagas. **O direito à saúde no Brasil: entre a norma e o fato**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012.

MARTINI, Sandra Regina. Saúde, direito e transformação social: um estudo sobre o direito à saúde no Rio Grande do Sul. In: MARTINI, Sandra Regina. **Sistema da saúde e transformação social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 49-66.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A eficácia dos direitos sociais**. Salvador: Jus Podivm, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. atual. até a Emenda Constitucional 90 (15.09.2015). São Paulo: Malheiros, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Cartilha entendendo o SUS**. Disponível em: <<http://portal.arquivos.saude.gov.br/images/pdf/2013/agosto/28/cartilha-entendendo-o-sus-2007.pdf>>. Acesso em: 29 mar. 2017.

MPRS. Ministério Público – Rio Grande do Sul: 2015. Disponível em: <http://www.mprs.mp.br/areas/medicamentos/arquivos/cartilhapdf/cartilhapgsago sto_2015.pdf>. Acesso em: 16 maio 2017.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 10. ed. [S.l:s.n.], 2008.

_____; _____. **Comentários ao código de processo civil**. 1ª ed. em e-book baseada na 1ª ed. impressa. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2015.

OHLWEILER, Leonel Pires. Os princípios constitucionais da administração pública e o mundo prático no direito administrativo. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 5, n. 2, p. 150-168, 2013.

PÊCHEUX, M. Análise automática do discurso (AAD-69). In: GADET, F.; HAK, T. (Org.). **Por uma análise automática do discurso**: uma introdução à obra de Michel Pêcheux. 2. ed. Campinas: Unicamp, 1993. p. 61-105.

RIBEIRO, Diógenes V. Hassan. **A revisão do princípio da separação dos poderes**: por uma teoria da comunicação. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2016. p. 237-243.

_____. O permanente reconhecimento dos direitos fundamentais. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, v. 22, p. 147, 2000.

ROCHA, Eduardo Braga. **A justiciabilidade do direito fundamental à saúde no Brasil**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. Algumas considerações em torno do conteúdo e eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 10, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 01 abr. 2017.

SCHULZE, Clenio; GEBRAN NETO, João Pedro. **Direito à saúde análise à luz da judicialização**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____; GUILHERME, Rafaela Lemos. O Superior Tribunal de Justiça e a reserva do possível no direito à saúde. **Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Univali**, Itajaí, v. 5,

n. 2, 2. quadr., 2010. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/download/6110/3377>>. Acesso em: 10 maio 2017.

SCHWARTZ, Germano; TEIXEIRA, Vitor Rieger. O direito à saúde no Brasil e a teoria da reserva do possível como falácia à sua efetivação. **Direito e Democracia**, v. 11, n. 1, 2016.

SILVA, Silvio Fernandes da. Organização de redes regionalizadas e integradas de atenção à saúde: desafios do Sistema Único de Saúde (Brasil). **Ciência Saúde Coletiva**, v. 16, n. 6, 2011.

SOARES, Hector Cury. Não levando os custos dos direitos a sério: o direito prestacional à saúde pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Sanitário**, v. 16, n. 2, p. 29-51, 2015.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. rev., atual. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TARTUCE, Flávio. **O Novo CPC e o Direito Civil**. Impactos, diálogos e interações, São Paulo: Método, 2015.

TEIXEIRA, C. F. **Equidade, cidadania, justiça e saúde**. Paper elaborado para o Curso Internacional sobre Desarrollo de Sistemas de Salud, OPS-OMS/ASDI. Nicarágua, 17 abr. 2005.

_____. **O SUS e a Vigilância da Saúde**. Proformar. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2003.

TJRS – Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n.º 70072874654** da 2ª Câmara Cível, Recorrente adesivo/apelado: Dorilda da Silva Correa, Interessado: Estado do Rio Grande do Sul. Relator Des. João Barcelos de Souza Junior.

_____. **Apelação e Reexame Necessário Nº 70068558303**, Primeira Câmara Cível, Apresentante: Juiz de direito, Apelante/ Apelado: Município de São Lourenço do Sul, Relator Sergio Luiz Grassi Beck.

_____. **Apelação Cível Nº 70068314590** da 22ª Câmara Cível, Apelante: Estado do Rio Grande do Sul, Apelado: Suely Flores de Carvalho, Relator: Des. Lucia de Fatima Cerveira.

_____. **Apelação Cível n.º 70070286380** da 1ª Câmara Cível, Apelante: Estado do Rio Grande do Sul, Apelado: Marli Engel, Relator Des. Sergio Luiz Grassi Beck.

TJRS – Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n.º 70069056000** da 1ª Câmara Cível. Apelantes: Estado do Rio Grande do Sul e Município de Canoas, Apelado Jurema Sutil Ribeiro, Relator Des. Newton Luis Medeiros Fabricio.

_____. Disponível em:

<<http://www.tjrs.jus.br/site/imprensa/noticias/?idNoticia=342096>>. Acesso em: 11 out. 2016.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros. **O Direito Regulatório do Estado Social e as Normas Legais de Saúde Pública**. Brasília: Organização Pan-Americana de Saúde: Escritório Regional da Organização Mundial de Saúde: Representação no Brasil, n. 4, 1994. (Série Direito e Saúde).

WANG, Daniel Wei Liang. **Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF**. Publicado na Scielo, 2008.

APÊNDICE A – Quadro com o resultado da pesquisa empírica de processos

	PROCESSO/ DATA DA DISTRIBUIÇÃO	JUIZ	SE A DECISÃO FOI MAIS CAUTELOSA, EXIGENTE?	SE POSITIVO, QUAIS TIPOS DE PROCESSOS HOVE MAIOR RIGIDEZ
1-	001/1.14.0246537-9 10ª VFP - Distribuída em 02.09.2014 (antes do marco temporal).	Dra. Nadja Mara Zanella 2º Juizado/ Titular	Tutela antecipada indeferida. - Não houve tanta rigidez	Nas ações que buscam medicamentos, com registro na ANVISA e de baixo custo, aparentemente não houve aumento de rigidez.
2-	001/1.14.0299251-4 10ª VFP - Distribuída em 10.11.2014 (antes do marco temporal).	Dra. Márcia Kern 1º Juizado/ Titular	Tutela antecipada Indeferida. - Não houve tanta rigidez	Nas ações que buscam medicamentos, com registro na ANVISA e de baixo custo, aparentemente não houve aumento de rigidez.
3-	001/1.14.0311430-8 10ª VFP - Distribuída em 26.11.2014 (antes do marco temporal)	Dra. Márcia Kern 1º Juizado/ Titular	Tutela antecipada Indeferida. - Não houve tanta rigidez.	Nas ações que buscam medicamentos, com registro na ANVISA e de baixo custo, aparentemente não houve aumento de rigidez.
4-	001/1.14.0308502-2 10ª VFP - Distribuída em 21.11.2014 (antes do marco temporal).	Dra. Márcia Kern 1º Juizado/ Titular	Tutela antecipada Indeferida. - Houve uma maior rigidez	Em regra, nas ações de medicamentos, com registro na ANVISA não, mas nesse caso específico, constatou-se uma maior rigidez.
5-	001/1.14.0204202-8 10ª VFP - Distribuída em 25/07/2014 (antes do marco temporal).	Dr. Ângelo Furlanetto Ponzoni 1º Juizado/ Era titular na época	Tutela antecipada Indeferida. - Não houve tanta rigidez	Nas ações que buscam medicamentos, com registro na ANVISA e de baixo custo, aparentemente não houve aumento de rigidez.

	PROCESSO/ DATA DA DISTRIBUIÇÃO	JUIZ	SE A DECISÃO FOI MAIS CAUTELOSA, EXIGENTE?	SE POSITIVO, QUAIS TIPOS DE PROCESSOS HOUVE MAIOR RIGIDEZ
6-	001/1.14.0269757-1 10ª VFP - Distribuída em 02.10.2014 (antes do marco temporal).	Dra. Márcia Kern 1º Juizado/ Titular	Tutela antecipada deferida. - Decisão não exigente.	Deferimento de procedimento cirúrgico.
7-	001/1.14.0180419-6 10ª VFP - Distribuída em 08.07.2014 (antes do marco temporal).	Dra. Nadja Mara Zanella 2º Juizado/ Titular	Tutela antecipada Indeferida. - Não houve tanta rigidez	Nas ações que buscam medicamentos, com registro na ANVISA e de baixo custo, aparentemente não houve aumento de rigidez.
8-	001/1.14.0163902-0 10ª VFP - Distribuída em 20.06.2014 (antes do marco temporal).	Dra. Nadja Mara Zanella 2º Juizado/ Titular	Tutela antecipada deferida. - Decisão cautelosa	Nas ações que buscam medicamentos, com registro na ANVISA e de baixo custo, aparentemente não houve aumento de rigidez. Nesse caso, houve uma maior rigidez.
9-	001/1.14.0307799-2 10ª VFP - Distribuída em 20.11.2014 (antes do marco temporal).	Dra. Nadja Mara Zanella 2º Juizado/ Titular	Na verdade, houve deferimento da emenda à inicial. Foi verificada uma maior rigidez na análise.	Nas ações que buscam medicamentos, com registro na ANVISA e de baixo custo, aparentemente não houve aumento de rigidez. Nesse caso, houve uma maior rigidez.
10-	001/1.14.0207683-6 10ª VFP - Distribuída em 29.07.2014 (antes do marco temporal).	Dra. Nadja Mara Zanella 2º Juizado/ Titular	Tutela antecipada parcialmente deferida. Decisão não rígida.	Nas ações que buscam medicamentos, com registro na ANVISA e de baixo custo, aparentemente não houve aumento de rigidez
11-	001/1.14.0275195-9 10ª VFP - Distribuída em 08.10.2014 (antes do marco temporal).	Dra. Márcia Kern 1º Juizado/ Titular	Tutela antecipada Indeferida. - Não houve tanta Rigidez.	Nas ações que buscam medicamentos, com registro na ANVISA e de baixo custo, aparentemente não houve aumento de rigidez. Caso específico que o fármaco não possui registro na ANVISA.

	PROCESSO/ DATA DA DISTRIBUIÇÃO	JUIZ	SE A DECISÃO FOI MAIS CAUTELOSA, EXIGENTE?	SE POSITIVO, QUAIS TIPOS DE PROCESSOS HOVE MAIOR RIGIDEZ
12-	001/1.14.0152210-7 10ª VFP - Distribuída em 09.06.2014 (antes do marco temporal).	Dra. Márcia Kern 1º Juizado/ Titular	Tutela antecipada indeferida. - Decisão não rígida.	Nas ações que buscam medicamentos, com registro na ANVISA e de baixo custo, aparentemente não houve aumento de rigidez.
13-	001/1.14.0317814-4 10ª VFP - Distribuída em 04.12.2014 (antes do marco temporal).	Dra. Márcia Kern 1º Juizado/ Titular	Tutela antecipada Indeferida. - Decisão rígida.	Nas ações que buscam medicamentos, com registro na ANVISA e de baixo custo, aparentemente não houve aumento de rigidez. Caso específico em que não houve preenchimento dos requisitos da tutela antecipada.
14-	001/1.14.0180446-3 10ª VFP - Distribuída em 08.07.2014 (antes do marco temporal).	Dr. Ângelo Furlanetto Ponzoni 1º Juizado/ Era titular na época.	Tutela antecipada Indeferida. - Decisão rígida.	O juiz considerou a versão posta na inicial como unilateral, necessitando dilação probatória.
15-	001/1.14.03000817-6 10ª VFP - Distribuída em 11.11.2014 (antes do marco temporal).	Dra. Márcia Kern 1º Juizado/ Titular	Determinação de emenda à inicial, com a exigência. Após, a tutela antecipada foi indeferida. Rigidez na decisão.	A juíza se manifestou contrária à prescrição médica, com base nos pareceres médicos juntados.
16-	001/1.14.0313534-8 10ª VFP - Distribuída em 28.11.2014 (antes do marco temporal).	Dra. Márcia Kern 1º Juizado/ Titular	Tutela antecipada Deferida. - Decisão não rígida.	Nas ações que buscam medicamentos, com registro na ANVISA e de baixo custo, aparentemente não houve aumento de rigidez.

	PROCESSO/ DATA DA DISTRIBUIÇÃO	JUIZ	SE A DECISÃO FOI MAIS CAUTELOSA, EXIGENTE?	SE POSITIVO, QUAIS TIPOS DE PROCESSOS HOUVE MAIOR RIGIDEZ
17-	001/1.14.0195981-5 10ª VFP - Distribuída em 21/07/2014 (antes do marco temporal).	Dr. Ângelo Furlanetto Ponzoni 1º Juizado/ Era titular na época.	Indeferida tutela antecipada. - Decisão não Rígida.	Caso peculiar em que a parte recebeu tratamento da DAS/AJURIS.
18-	001/1.14.0232813-4 10ª VFP - Distribuída em 19.08.2014 (antes do marco temporal).	Dra. Márcia Kern 1º Juizado/ Titular	Determinação de Emenda à inicial. - Decisão rígida, pois deixou de analisar a tutela antecipada.	Nas ações que buscam medicamentos, com registro na ANVISA e de baixo custo, aparentemente não houve aumento de rigidez. Parte dos medicamentos foram deferidos diretamente, e, parte no curso do processo, através de bloqueio.
19-	001/1.14.0241001-9 10ª VFP - Distribuída em 27.08.2014 (antes do marco temporal).	Dra. Nadja Mara Zanella 2º Juizado/ Titular	Determinação de emenda à inicial. Após foi indeferida a tutela antecipada. - Decisão rígida.	Tratamento de alto custo para hepatite.
20-	001/1.14.0275424-9 10ª VFP - Distribuída em 08.10.2014 (antes do marco temporal).	Dra. Nadja Mara Zanella 2º Juizado/ Titular	Determinação de emenda à inicial. Após foi indeferida a tutela antecipada. - Decisão rígida.	Autor portador de Esclerose Múltipla. Remédio com registro na ANVISA.
21-	001/1.14.0163902-0 10ª VFP - Distribuída em 20.06.2014 (antes do marco temporal).	Dra. Nadja Mara Zanella 2º Juizado/ Titular	Determinação de emenda à inicial. Após foi indeferida a tutela antecipada. - Decisão rígida.	Solicitação de remédio sem registro na ANVISA (TAFAMADIS).

	PROCESSO/ DATA DA DISTRIBUIÇÃO	JUIZ	SE A DECISÃO FOI MAIS CAUTELOSA, EXIGENTE?	SE POSITIVO, QUAIS TIPOS DE PROCESSOS HOVE MAIOR RIGIDEZ
22-	001/1.14.0272636-9 10ª VFP - Distribuída em 06.10.2014 (antes do marco temporal).	Dra. Márcia Kern 1º Juizado/ Titular	Indeferida tutela Antecipada. - Decisão rígida.	Busca de tratamento para Infertilidade.
23-	001/1.14.00222654-4 10ª VFP - Distribuída em 11.08.2014 (antes do marco temporal).	Dra. Nadja Mara Zanella 2º Juizado/ Titular	Determinação de emenda à inicial. Após, a tutela Antecipada foi indeferida. - Decisão não rígida.	Tratamento para Esclerose Múltipla. Nas ações que buscam medicamentos, com registro na ANVISA e de baixo custo, aparentemente não houve aumento de rigidez.
24-	001/1.14.0204893-0 10ª VFP - Distribuída em 28.07.2014 (antes do marco temporal).	Dra. Nadja Mara Zanella 2º Juizado/ Titular	Determinação de emenda à inicial. -Decisão rígida, sem análise da tutela antecipada.	Pedido de tratamento dentário urgente (atrofia severa de maxila e mandíbula).
25-	001/1.14.0198129-2 10ª VFP - Distribuída em 22.07.2014 (antes do marco temporal).	Dra. Nadja Mara Zanella 2º Juizado/ Titular	Determinação de emenda à inicial. Depois, a tutela antecipada foi apreciada e indeferida. - Decisão rígida.	Tratamento de Esclerose Múltipla. Tratamento sem registro na ANVISA (medicamento Fingolimode).
26-	001/1.14.0273217-2 10ª VFP - Distribuída em 06.10.2014 (antes do Marco temporal).	Dra. Nadja Mara Zanella 2º Juizado/ Titular	Determinação de emenda à inicial. Depois, a tutela antecipada foi apreciada e indeferida. -Decisão não rígida.	Autora portadora de dor pélvica e perineal, dor crônica, transtorno depressivo recorrente e transtorno ansioso. Nas ações que buscam medicamentos, com registro na ANVISA e de baixo custo, aparentemente não houve aumento de rigidez.

	PROCESSO/ DATA DA DISTRIBUIÇÃO	JUIZ	SE A DECISÃO FOI MAIS CAUTELOSA, EXIGENTE?	SE POSITIVO, QUAIS TIPOS DE PROCESSOS HOUVE MAIOR RIGIDEZ
27-	001/1.11.031838-3 10ª VFP - Distribuída em 14.11.2011 (antes do marco temporal/ ampliado).	Dr. Ângelo Furlanetto Ponzoni 1º Juizado/ Era titular na época.	Deferida liminar para providências do Município de Porto Alegre. Após renovação do pedido de tutela antecipada, a mesma foi indeferida. - Decisão não rígida.	Pedido de fornecimento de prótese para o quadril esquerdo.
28-	001/1.12.009375-0 10ª VFP - Distribuída em 26.04.2012 (antes do marco temporal/ ampliado).	Dr. Eugênio Couto Terra.	Indeferida a tutela antecipada. - Decisão não rígida.	Pedido de prótese de parte da perna esquerda. Prótese fornecida ao longo da demanda.
29-	001/1.14.0252228-3 10ª VFP - Distribuída em 10.09.2014 (antes do marco temporal).	Dra. Márcia Kern 1º Juizado/ Titular	Tutela antecipada Indeferida. - Decisão não rígida.	Autor portador de Esclerose Múltipla, tipo C (Requeru Sofosbuvir e Ribavirina). Tratamento de alto custo.
30-	001/1.14.0299251-4 10ª VFP - Distribuída em 12.11.2014 (antes do marco temporal).	Dra. Márcia Kern 1º Juizado/ Titular	Tutela antecipada Indeferida. - Decisão rígida.	Autor portador de hepatite C. Tratamento de alto custo. Requeru Sofosbuvir.
31-	001/1.14.0172530-0 10ª VFP - Distribuída em 01.07.2014 (antes do marco temporal).	Dra. Nadja Mara Zanella 2º Juizado/ Titular	Tutela antecipada deferida. Decisão não rígida.	Nas ações que buscam medicamentos, com registro na ANVISA e de baixo custo, aparentemente não houve aumento de rigidez.

	PROCESSO/ DATA DA DISTRIBUIÇÃO	JUIZ	SE A DECISÃO FOI MAIS CAUTELOSA, EXIGENTE?	SE POSITIVO, QUAIS TIPOS DE PROCESSOS HOUVE MAIOR RIGIDEZ
32-	001/1.14.0214714-8 10ª VFP - Distribuída em 04.08.2014 (antes do marco temporal).	Dra. Nadja Mara Zanella 2º Juizado/ Titular	Determinação de emenda à inicial. Posteriormente, a tutela antecipada foi indeferida. - Decisão rígida.	Autora portadora de carcinoma basocelular em estágio avançado. Pedido de remédio sem registro na ANVISA (Vismodegibe).
33-	001/1.14.0270844-1 10ª VFP - Distribuída em 02.10.2014 (antes do marco temporal).	Dra. Márcia Kern 1º Juizado/ Titular	Determinação de emenda à inicial. Posteriormente, a tutela antecipada foi indeferida. - Decisão rígida.	Autora portadora de neoplasia maligna de rim, requerendo uma série de fármacos. Em princípio, os medicamentos não eram de alto custo e possuem registro na ANVISA. Ao longo do processo foi deferido e fornecido.
34-	001/1.14.0177291-0 10ª VFP - Distribuída em 04.07.2014 (antes do marco temporal).	Dra. Nadja Mara Zanella 2º Juizado/ Titular	Deferida tutela antecipada. - Decisão não rígida.	Remédios com registro na ANVISA, para tratamento de enfisema e distúrbios do metabolismo das proteínas.
35-	001/1.14.0180419-6 10ª VFP - Distribuída em 08.07.2014 (antes do marco temporal).	Dra. Nadja Mara Zanella 2º Juizado/ Titular	Determinação de emenda à inicial. Posteriormente, a tutela antecipada foi indeferida. - Decisão rígida.	Autora portadora de Esclerose Múltipla e requereu o medicamento Fingolimode.
36-	001/1.14.0025367-6 10ª VFP - Distribuída em 31.01.2014 (antes do marco temporal).	Dra. Nadja Mara Zanella 2º Juizado/ Titular	Deferida a tutela antecipada. - Decisão não rígida.	Pedido de fornecimento de Implante de prótese valvar aórtica trans-cateter.

	PROCESSO/ DATA DA DISTRIBUIÇÃO	JUIZ	SE A DECISÃO FOI MAIS CAUTELOSA, EXIGENTE?	SE POSITIVO, QUAIS TIPOS DE PROCESSOS HOUVE MAIOR RIGIDEZ
37-	001/1.14.0276591-7 10ª VFP -Distribuída em 09.10.2014 (antes do marco temporal). MARCO AMPLIADO	Dra. Márcia Kern 1º Juizado/ Titular	Determinação de emenda à inicial. Após, a tutela antecipada foi indeferida. Interposto Agravo de Instrumento, o mesmo restou desprovido. - Decisão não rígida.	Medicamento para tratamento de Mieloma Múltiplo, sem registro na ANVISA.
	PROCESSOS DISTRIBUÍDOS DEPOIS DO MARCO TEMPORAL			
38-	001/1.15.0073527-3 10ª VFP - Distribuída em 05.05.2015 (depois do marco temporal).	Dra. Nadja Mara Zanella 2º Juizado/ Titular	Tutela antecipada foi indeferida. - Decisão rígida.	Autor portador de hepatite C. Tratamento de alto custo. Requereu Sofosbuvir e Daclastavir.
39-	001/1.15.0092866-7 10ª VFP - Distribuição em 03.06.2015 (depois do marco temporal).	Dra. Márcia Kern 1º Juizado/ Titular	Determinação de emenda à inicial. Posteriormente, a tutela antecipada foi indeferida. - Decisão rígida.	Autor portador de hepatite C. Tratamento de alto custo. Requereu Sofosbuvir e Daclastavir.
40-	001/1.15.0108829-8 10ª VFP -Distribuída em 24.06.2015 (Depois do marco temporal).	Dra. Nadja Mara Zanella 2º Juizado/ Titular	Determinação de emenda à inicial. Posteriormente, a tutela antecipada foi indeferida. - Decisão rígida.	Cirrose hepática e descompensada e hepatite viral crônica. Tratamento de alto custo. Fornecimento de Sofosbuvir e Daclatavir.
41-	001/1.15.0000219-5 10ª VFP - Distribuída em 07.01.2015 (Depois do marco temporal).	Dra. Márcia Kern 1º Juizado/ Titular	Determinação de emenda à inicial. Após, a tutela antecipada foi apreciada e indeferida. - Decisão não rígida.	Em princípio, os medicamentos não eram de alto custo e possuem registro na ANVISA.

	PROCESSO/ DATA DA DISTRIBUIÇÃO	JUIZ	SE A DECISÃO FOI MAIS CAUTELOSA, EXIGENTE?	SE POSITIVO, QUAIS TIPOS DE PROCESSOS HOUVE MAIOR RIGIDEZ
42-	001/1.15.0069097-0 10ª VFP -Distribuída em 27.04.2015 (Depois do marco temporal).	Dra. Nadja Mara Zanella 2º Juizado/ Titular	Determinação de emenda à inicial. Após, a tutela antecipada foi indeferida. - Decisão rígida.	Fármaco para tratamento de Esclerose Múltipla fora dos protocolos do SUS (Fingolimode).
43-	001/1.15.0068892-5 10ª VFP -Distribuída em 27.04.2015 (Depois do marco temporal).	Dra. Nadja Mara Zanella 2º Juizado/ Titular	Indeferida a tutela antecipada, pois o fármaco estava disponível na farmácia no momento da análise do pedido. -Decisão não rígida.	Esclerose Múltipla. Mudança de tratamento por falha terapêutica. Em princípio, os medicamentos não eram de alto custo e possuem registro na ANVISA.
44-	001/1.15.0060547-7 10ª VFP -Distribuída em 13.04.2015 (Depois do marco temporal).	Dra. Nadja Mara Zanella 2º Juizado/ Titular	Determinação de emenda à inicial. Após, a tutela antecipada foi indeferida. - Decisão não rígida.	Esclerose Múltipla. Mudança de tratamento por falha terapêutica. Em princípio, os medicamentos não eram de alto custo e possuem registro na ANVISA.
45-	001/1.15.0058045-8 10ª VFP - Distribuída em 09.04.2015 (Depois do marco temporal).	Dra. Nadja Mara Zanella 2º Juizado/ Titular	Determinação de emenda à inicial. Após, a tutela antecipada foi indeferida. - Decisão não rígida.	Episódio depressivo moderado com sintomas somáticos. Em princípio, os medicamentos não eram de alto custo e possuem registro na ANVISA.
46-	001/1.15.0088196-2 10ª VFP - Distribuída em 17.05.2015 (Depois do marco temporal).	Dra. Nadja Mara Zanella 2º Juizado/ Titular	Determinação de emenda à inicial. Após, a tutela antecipada foi indeferida. - Decisão não rígida.	Tratamento de neoplasia maligna fornecido pela AFM, por isso do indeferimento da tutela antecipada.

	PROCESSO/ DATA DA DISTRIBUIÇÃO	JUIZ	SE A DECISÃO FOI MAIS CAUTELOSA, EXIGENTE?	SE POSITIVO, QUAIS TIPOS DE PROCESSOS HOUVE MAIOR RIGIDEZ
47-	001/1.15.0087209-2 10ª VFP - Distribuída em 26.05.2015 (Depois do marco temporal).	Dra. Nadja Mara Zanella 2º Juizado/ Titular	Determinação de emenda à inicial. Após, a tutela antecipada foi indeferida. - Decisão rígida.	Tratamento para hepatite C. Tratamento de alto custo, por isso do indeferimento.
48-	001/1.15.0110862-0 10ª VFP -Distribuída em 29.06.2015 (Depois do marco temporal).	Dra. Nadja Mara Zanella 2º Juizado/ Titular	Determinação de emenda à inicial e ação julgada extinta em face do Município de Porto Alegre. - Decisão rígida.	Tratamento para hepatite C. Tratamento de alto custo, por isso do indeferimento.
49-	001/1.15.0025581-6 10ª VFP - Distribuída em 18.02.2015 (Depois do marco temporal).	Dra. Nadja Mara Zanella 2º Juizado/ Titular	Tutela antecipada foi indeferida. - Decisão rígida.	Pedido de tratamento para Infertilidade feminina. Em princípio, os medicamentos não eram de alto custo e possuem registro na ANVISA.
50-	001/1.15.0089690-0 10ª VFP - Distribuída em 28.05.2015 (Depois do marco temporal).	Dra. Nadja Mara Zanella 2º Juizado/ Titular	Duas determinações de emenda à inicial. - Decisão rígida.	Em princípio, os medicamentos não eram de alto custo e possuem registro na ANVISA.
51-	001/1.15.0088721-9 10ª VFP - Distribuída em 27.05.2015 (Distribuída depois do marco temporal).	Dra. Nadja Mara Zanella 2º Juizado/ Titular	Determinação de emenda à inicial, para a juntada de laudo detalhado. Após, a tutela antecipada foi indeferida. - Decisão rígida.	Decisão rígida. A juíza considerou que o laudo medico não foi esclarecedor o suficiente.

	PROCESSO/ DATA DA DISTRIBUIÇÃO	JUIZ	SE A DECISÃO FOI MAIS CAUTELOSA, EXIGENTE?	SE POSITIVO, QUAIS TIPOS DE PROCESSOS HOUVE MAIOR RIGIDEZ
52-	001/1.15.0080266-3 10ª VFP Distribuída em 20.05.2015 (Distribuída depois do marco temporal).	Dra. Nadja Mara Zanella 2º Juizado/ Titular	Tutela antecipada não analisada. Duas determinações de emenda à inicial. - Rigidez na análise de tutela Antecipada.	Em princípio, os medicamentos não eram de alto custo e possuem registro na ANVISA.
53-	001/1.15.0100800-6 10ª VFP Distribuída em 20.05.2015 (Depois do marco temporal).	Dra. Nadja Mara Zanella 2º Juizado/ Titular	Duas determinações de emenda à inicial. Após, a decisão interlocutória foi indeferida. - Rigidez na análise da tutela Antecipada.	Em princípio, os medicamentos não eram de alto custo e possuem registro na ANVISA.
54-	001/1.15.0098152-5 10ª VFP Distribuída em 16.06.2015 (Depois do marco temporal).	Dra. Nadja Mara Zanella 2º Juizado/ Titular	Tutela antecipada Indeferida. Anteriormente, houve uma determinação de emenda à inicial.	Em princípio, os medicamentos não eram de alto custo e possuem registro na ANVISA.
55-	001/3.15.0025744-9 JEFP DA 10ª VFP Distribuída em 17.07.2015 (Depois do marco temporal).	Dra. Nadja Mara Zanella 2º Juizado/ Titular	Tutela antecipada Indeferida. - Decisão cautelosa.	Trata-se de tratamento de infertilidade. A juíza entendeu que não foram preenchidos os requisitos para deferimento da tutela antecipada.

	PROCESSO/ DATA DA DISTRIBUIÇÃO	JUIZ	SE A DECISÃO FOI MAIS CAUTELOSA, EXIGENTE?	SE POSITIVO, QUAIS TIPOS DE PROCESSOS HOUVE MAIOR RIGIDEZ
56-	001/1.15.0089690-0 10ª VFP Distribuída em 28.05.2015 (Depois do marco temporal).	Dra. Nadja Mara Zanella 2º Juizado/ Titular	A tutela antecipada foi apreciada foi apreciada e indeferida. - Decisão cautelosa, mas na rígida.	Em princípio, os medicamentos não eram de alto custo e possuem registro na ANVISA.
57-	001/1.15.0181345-6 10ª VFP Distribuída em 26.10.2015 (Depois do marco temporal).	Dra. Nadja Mara Zanella 2º Juizado/ Titular	Houve duas determinações de emenda à inicial. Posteriormente, a tutela antecipada foi indeferida. - Decisão rígida.	Em princípio, os medicamentos não eram de alto custo e possuem registro na ANVISA. Autor portador de Alzheimer.
58-	001/1.15.0168460-5 10ª VFP Distribuída em 18.09.2015 (Depois do marco temporal).	Dra. Nadja Mara Zanella 2º Juizado/ Titular	Houve determinação de emenda à inicial. Após, a tutela antecipada foi indeferida. - Decisão rígida.	Medicamento sem registro na ANVISA e indisponível no Brasil (produto disponível apenas no Canadá). Medicamento de alto custo.
59-	001/3.15.0025744-9 JEFP DA 10ªVFP Distribuída em 17.07.2015 (Depois do marco temporal).	Dra. Nadja Mara Zanella 2º Juizado/ Titular	Indeferida a tutela antecipada. -Decisão rígida.	Trata-se de pedido de cirurgia de artroplastia total de joelho. A juíza utilizou a fundamentação do parecer técnico do DMJ, se posicionando sobre os efeitos paliativos e temporários do procedimento na fase da doença.

	PROCESSO/ DATA DA DISTRIBUIÇÃO	JUIZ	SE A DECISÃO FOI MAIS CAUTELOSA, EXIGENTE?	SE POSITIVO, QUAIS TIPOS DE PROCESSOS HOUVE MAIOR RIGIDEZ
60-	001/1.15.0157200-9 10ª VFP Distribuída em 11.09.2015 (Depois do marco temporal).	Dra. Nadja Mara Zanella 2º Juizado/ Titular	Indeferida a tutela antecipada. - Decisão rígida.	Trata-se de pedido de assistência domiciliar de cuidador 24 horas, ou, seja fornecido o dinheiro necessário para tanto. A decisão é embasada novamente no parecer técnico do DMJ, ocasião em que a juíza se posiciona pela continuidade da assistência por uma das filhas da autora.
61-	001/1.15.0077006-0 10ª VFP Distribuída em 11.05.2015 (Depois do marco temporal).	Dra. Nadja Mara Zanella 2º Juizado/ Titular	Duas determinações de emenda à inicial. Da última determinação de emenda, a parte autora interpôs recurso de agravo de instrumento (o qual teve seu seguimento negado). - Decisão não rígida.	Caso peculiar, pois a Autora é funcionária pública municipal e o pedido de tratamento envolve o Hospital de Porto Alegre, mantido pela AFM/POA (Associação dos Funcionários Municipais de Poa).
62-	001/1.15.0162727-0 10ª VFP Distribuída em 03.09.2015 (Depois do marco temporal).	Dra. Nadja Mara Zanella 2º Juizado/ Titular	Determinação de emenda à inicial. Após, o pedido de tutela antecipada foi deferido. -Decisão não rígida.	Concessão de tratamento para hepatite C, em sede de tutela antecipada, mesmo sendo o tratamento de alto custo.
63-	001/1.15.0052257-1 10ª VFP Distribuída em 30.03.2015 (Após o marco temporal).	Dra. Márcia Kern 1º Juizado/ Titular	Duas determinações de emenda à inicial seguidas. Da última determinação foi interposto recurso de Agravo de Instrumento, o qual foi provido. - Decisão não rígida.	Autora portadora de Esclerose Múltipla.

	PROCESSO/ DATA DA DISTRIBUIÇÃO	JUIZ	SE A DECISÃO FOI MAIS CAUTELOSA, EXIGENTE?	SE POSITIVO, QUAIS TIPOS DE PROCESSOS HOUVE MAIOR RIGIDEZ
64-	001/1.15.0088715-4 10ª VFP Distribuída em 27.05.2015 (Após o marco temporal).	Dra. Nadja Mara Zanella 2º Juizado/ Titular	Determinação de requisição de cópia integral do prontuário médico no Hospital de Clínicas, onde a Autora obteve tratamento. Dessa decisão foi interposto Agravo de Instrumento, o qual foi provido, em sede de decisão monocrática. -Decisão não rígida.	Tratamento da degeneração macular (medicamento Lucentis 10mg/ml) relacionada à idade, forma exsudativa – CID-10 H35.3. Em princípio, não trata-se de medicamento de alto custo, com reconhecimento na ANVISA.
65-	001/1.15.0192549-1 10ª VFP Distribuída em 17.11.2015 (Após o marco temporal).	Dra. Nadja Mara Zanella 2º Juizado/ Titular	Determinação de emenda à inicial. Dessa determinação, houve interposição de recurso de Agravo de Instrumento, o qual foi provido. - Decisão não rígida.	Tratamento para hepatite de alto custo.
66-	001/1.15.0059576-5 10ª VFP Distribuída em 10.04.2015 (Após o marco temporal).	Dra. Nadja Mara Zanella 2º Juizado/ Titular	Determinação de emenda à inicial. Dessa decisão, houve a interposição de recurso de Agravo de Instrumento, o qual teve seu seguimento negado. - Decisão não rígida.	Analisando os autos, pode-se verificar a dúvida quanto ao preenchimento dos requisitos para deferimento da tutela antecipada.
67-	001/1.15.0127185-8 10ª VFP Distribuída em 23.07.2015 (Após o marco temporal).	Dra. Nadja Mara Zanella 2º Juizado/ Titular	Determinação de emenda à inicial. Após, houve deferimento do pedido de tutela antecipada. - Decisão não rígida.	A parte autora é portadora de mieloma múltiplo (CID-10 C90.0) necessitando de lenalidomida 25mg. Exigência de laudo esclarecedor da necessidade do fármaco. Ademais, o medicamento não está disponível no Brasil para comercialização e não foram demonstradas evidências científicas do referido tratamento.

	PROCESSO/ DATA DA DISTRIBUIÇÃO	JUIZ	SE A DECISÃO FOI MAIS CAUTELOSA, EXIGENTE?	SE POSITIVO, QUAIS TIPOS DE PROCESSOS HOUVE MAIOR RIGIDEZ
68-	001/1.16.0016367-0 10ª VFP Distribuída em 15.02.2016 (Após o marco temporal). MARCO AINDA MAIS AMPLIADO	Dra. Nadja Mara Zanella 2º Juizado/ Titular	Indeferido pedido de AJG, do qual foi interposto recurso, o qual teve seguimento negado. Depois houve determinação de emenda à inicial, para trazer evidências científicas para a indicação do fármaco. - Decisão não rígida.	Processo sem a devida instrução para análise do pedido de tutela antecipada.
69-	001/3.16.0007088-0 JEFP DA 10ª VFP Distribuída em 29.03.2016 (Após o marco temporal). MARCO AINDA MAIS AMPLIADO.	Dra. Nadja Mara Zanella 2º Juizado/ Titular	Determinação de emenda à inicial, sendo interposto recurso de Agravo de Instrumento dessa decisão (o qual teve sua competência declinada para a Turma Recursal da Fazenda Pública). - Decisão não rígida.	Autor portador de síndrome de apneia do sono severa, síndrome metabólica e cardiopatia isquêmica, pleiteando o aparelho CPAP. Necessidade maior instrução da inicial, para análise do pedido de tutela antecipada.
70-	001/1.15.0026735-0 10ª VFP Distribuída em 19.02.2015 (Após o marco temporal).	Dra. Nadja Mara Zanella 2º Juizado/ Titular	Tutela antecipada indeferida. -Decisão rígida/cautelosa (tratamento de infertilidade).	Não foram preenchidos os requisitos para o deferimento da tutela antecipada. Além de se tratar de tratamento de infertilidade e preexistência de tratamento anterior.