

FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO
Programa de Mestrado em Administração Pública

Luíza Viana Melo

**A FUNÇÃO DO PROCESSO COLETIVO NA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE:
um estudo de caso sobre o Estado de Minas Gerais**

Belo Horizonte

2017

Luíza Viana Melo

**A FUNÇÃO DO PROCESSO COLETIVO NA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE:
um estudo de caso sobre o Estado de Minas Gerais**

Dissertação apresentada na Fundação João Pinheiro
como requisito parcial para a obtenção de grau de
mestre em Administração Pública.

Orientadora: Luciana Moraes Raso Sardinha Pinto.

Co-orientador: Eduardo Cerqueira Batitucci.

Belo Horizonte

2017

M528f Melo, Luíza Viana.
 A função do processo coletivo na judicialização da saúde [manuscrito]
 : um estudo de caso sobre o Estado de Minas Gerais / Luíza Viana Melo. –
 2017.
 [15], 183 f. : il.

 Dissertação (Mestrado em Administração Pública) – Fundação João
 Pinheiro, Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho, 2017.

 Orientadora: Luciana Moraes Raso Sardinha Pinto
 Co-orientador: Eduardo Cerqueira Batitucci
 Bibliografia: f. 194-198

 1. Saúde pública – Minas Gerais. 2. Política da saúde – Minas Gerais.
 3. Administração da saúde – Minas Gerais. I. Pinto, Luciana Moraes Raso
 Sardinha. II. Batitucci, Eduardo Cerqueira. III. Título.

CDU 614(815.1)

Luíza Viana Melo

**A FUNÇÃO DO PROCESSO COLETIVO NA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE:
um estudo de caso sobre o Estado de Minas Gerais**

Dissertação apresentada na Fundação João Pinheiro
como requisito parcial para a obtenção de grau de
mestre em Administração Pública.

Orientadora: Luciana Moraes Raso Sardinha Pinto.

Co-orientador: Eduardo Cerqueira Batitucci.

Banca Examinadora

Prof.^a Dr.^a Luciana Moraes Raso Sardinha Pinto – Fundação João Pinheiro (Orientadora)

Prof. Dr. Eduardo Cerqueira Batitucci – Fundação João Pinheiro (Co-orientador)

Prof.^a Dr.^a Daniela Melo Coelho Haikal - UFMG (Avaliadora)

Prof.^a Dr.^a Maria Tereza Fonseca Dias - FUMEC (Avaliadora)

Belo Horizonte, 21 de março de 2017

Dedico essa dissertação aos meus pais e ao meu irmão pelo apoio e paciência incessantes.

AGRADECIMENTOS

Meu primeiro contato com a judicialização da saúde se deu na Faculdade de Direito, quando no estágio que realizei na Divisão de Assistência Judiciária (DAJ) da Universidade Federal de Minas Gerais me deparei com inúmeras ações propostas por nós em matéria de saúde. Lembro-me que fiquei surpresa com a quantidade de demandas de saúde que aportavam à Divisão e, especialmente, com as recorrentes decisões de deferimento, não importasse o objeto pedido, desde que invocássemos o mágico artigo 196 da CR/88. Esse panorama de ações de saúde que se multiplicavam na DAJ e julgados sempre no mesmo sentido me intrigaram naquele momento da minha vida acadêmica e continuam me intrigando até o presente momento. Essa inquietação, aliada à necessidade que percebi em melhor compreender o campo das políticas públicas, fizeram com que minha vida acadêmica seguisse, por ora, o rumo da Administração Pública.

Assim, no programa de Mestrado da Fundação João Pinheiro minhas expectativas de aprofundar meus conhecimentos para além do Direito foram atendidas com louvor e devo isso aos professores que lá encontrei, sobretudo aos meus orientadores: Luciana Raso e Eduardo Batitucci. Esse conhecimento teórico advindo da minha graduação em Direito, aliado às lições do Mestrado em Administração Pública foram endossadas pela prática experimentada por mim no Núcleo de Atendimento à Judicialização da Saúde (NAJS). Mas não foi só isso. Minha experiência no NAJS desde 2015 e, notadamente, como assessora da sua Coordenação Técnico-Jurídica foi decisiva para o alcançar os resultados aqui encontrados.

Por essas razões, agradeço enormemente à equipe de assessores jurídicos e, principalmente, à Daniela de Cássia Domingues, pelas oportunidades de aprendizado e pela enorme compreensão ao longo desses dois anos. Agradeço, igualmente, aos demais servidores das Cooredenações que compõem o NAJS, sejam eles pertencentes ao corpo administrativo, farmacêutico, de enfermagem, nutrição e outras áreas que trabalham comigo no Núcleo. Tratar de um tema multidisciplinar como a judicialização da saúde requer o auxílio de vários profissionais, de diversos campos do conhecimento, e no NAJS pude contar com o apoio e paciência de cada Coordenação.

Além disso, a realização desse projeto não foi possível sem o auxílio de Paulo Ibrahim Augusto. Meus poucos conhecimentos no campo das Exatas tornaram ainda mais tormentosa minha tarefa de expandir meus conhecimentos para além das fronteiras das ciências Humanas.

Todavia, para vencer esse desafio de quantificar o Direito, pude contar com o conhecimento, experiência e uma dose de bom humor de Paulo em diversas manhãs de domingo.

Por fim, o encerramento dessa jornada também não teria acontecido sem o suporte daqueles que mais amo e dos quais tive de me afastar por um breve período. Assim, agradeço aos meus pai, Maurício e Lu, ao meu irmão André e, enfim, aos meus familiares e amigos pela confiança, pela torcida e pelo apoio incondicionais.

*“Tudo tem o seu tempo determinado, e há tempo
para todo o propósito debaixo do céu.”
(Eclesiastes 3:1)*

RESUMO

Vinte e nove anos após a promulgação da Constituição da República de 1988, necessário se faz repensar muitos institutos e novidades trazidos ou aprimorados pela Lei Maior, sobretudo quanto à sindicabilidade do direito fundamental à saúde e a tutela adequada para se proteger e efetivar esse direito, tendo em vista o atual cenário de judicialização indiscriminada da saúde. Nesse sentido, o presente trabalho compreende que o manejo inadequado da tutela coletiva no âmbito da judicialização da saúde, em que o Ministério Público privilegia uma abordagem da saúde a partir de seu viés individual, associada a decisões padronizadas, que não promovem uma instrução processual compatível com a complexidade dos pleitos, são fatores que acabam por agravar um quadro de desigualdades no acesso a esse direito. Por conseguinte, a dimensão coletiva da saúde e o próprio SUS (Sistema Único de Saúde) vêm sendo preteridos na atual judicialização da saúde, não obstante a vivência de um paradigma de Estado Constitucional de Direito, marcado pela publicização do Direito e pela força dos direitos fundamentais sociais e coletivos.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo. Direitos sociais. Política pública de saúde. Judicialização. Processo coletivo. Ministério Público.

ABSTRACT

Twenty-nine years after the promulgation of the Constitution of the Republic of 1988, it is necessary to rethink many institutes and innovations brought or improved by the Major Law, especially regarding the syndicality of the fundamental right to health and the suitable guardianship to protect and to realize this right, in view of the current scenario of indiscriminate health judicialization. In this sense, the present study considers that the inadequate management of collective guardianship in the scope of health judicialization, in which the Prosecutor's Office favors a health approach based on its individual bias, associated with standardized decisions that do not promote a compatible procedural instruction with the complexity of lawsuits, are factors that end up aggravating a framework of inequalities in access to this right. Therefore, the collective health dimension and the SUS (Unified Health System) have been deprecated in the current judicialization of health, despite the experience of a paradigm of Constitutional State of Law, marked by the publicity of Law and by the force of fundamental social and collective rights.

Keywords: Neo-constitutionalism. Social rights. Public health policy. Judicialization. Class action. Prosecutor's Office.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACP - Ação Civil Pública

ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF- Ação Direta de Descumprimento de Preceito Fundamental

AGE - Advocacia Geral do Estado

AIH - Autorização de Internação Hospitalar

ANS - Agência Nacional de Saúde

ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária

CACONS - Centros de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia

CAO - Saúde Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa da Saúde

CEME Central de Medicamentos

CFM - Conselho Federal de Medicina

CAPSi - Centros de Atenção Psicossocial Infantil

CDC - Código de Defesa do Consumidor

CEPAI - Centro Psíquico da Adolescência e Infância

CONAMP - Associação Nacional dos Membros do Ministério Público

CONITEC - Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS

CNJ - Conselho Nacional de Justiça

CNS - Cadastro Nacional de Saúde

CPMF - Contribuição Provisória sobre Movimentações Financeiras

CSMP-SP - Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo

EC – Emenda Constitucional

EMRI - Edema Macular Relacionado à Idade

FHEMIG - Fundação Hospitalar do Estado de Minas Gerais

GTPI/ REBRIP - Grupo de Trabalhos sobre Propriedade Intelectual da Rede Brasileira pela Integração dos Povos

HC-UFMG Hospital das Clínicas da Universidade Federal de Minas Gerais

HC-UFU - Hospital das Clínicas da Universidade Federal de Uberlândia

INCA - Instituto Nacional do Câncer

MOPS – Movimentos Populares de Saúde

MP - Ministério Público

MPE - Ministério Público Estadual

MPF - Ministério Público Federal

NAJS - Núcleo de Atendimento da Judicialização da Saúde

NAT - Núcleo de Assessoria Técnica

NATS - Núcleo de Avaliação de Tecnologias em Saúde

OCDE - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico

PCDT - Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas

PFB - Programa de Farmácia Básica

PNAF - Política Nacional de Assistência Farmacêutica

PNM - Política Nacional de Medicamentos

PPI - Programação Pactuada Integrada

RAG - Relatório Anual de Gestão

RAPS - Redes de Atenção Psicossocial

RENAME - Relação Nacional de Medicamentos

RENASES - Relação Nacional de Serviços

SES/MG - Secretaria Estadual de Saúde de Minas Gerais

SES/SP - Secretaria Estadual de Saúde de São Paulo

SIGAF – Sistema Integrado de Gerenciamento da Assistência Farmacêutica

SCJ - Sistema de Controle Jurídico

STA - Suspensão de Tutela Antecipada

STF - Supremo Tribunal Federal

SUS - Sistema Único de Saúde

TJMG - Tribunal de Justiça de Minas Gerais

UFMG - Universidade Federal de Minas Gerais

UNACONS - Unidades de Assistência de Alta Complexidade

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - Relação do gasto em saúde por país e considerado o modelo de proteção social em saúde.	74
Tabela 2 - Adscrição e população dos municípios por macro e microrregião de saúde.....	90
Tabela 3 - Valores das insulinas fornecidas pelo SUS (NPH e Regular Humana) versus valores da insulina judicializada (Glargina) referentes às licitações de 2007/2008.	105
Tabela 4 - Comarcas de Minas Gerais mais demandadas em ordem de frequência.....	116
Tabela 5 - Juizes que atuaram nas ACP's em ordem de frequência.....	117
Tabela 6 - membros do Ministério Público que atuaram nas ACP's em ordem de frequência.	118
Tabela 7 - Perfil dos substituídos.	118
Tabela 8 - Objetos mais demandados classificados em ordem de frequência.....	122
Tabela 9 - Objetos demandados em virtude da quantidade de pedidos e de especificações. .	123
Tabela 10 - Os 05 medicamentos mais judicializados.....	124
Tabela 11 - Dietas judicializadas por frequência.....	125
Tabela 12 - Insumos/materiais judicializados por frequência.	125
Tabela 13 - Internações/transferências judicializadas por frequência e classificadas por especialidade médica.	126
Tabela 14 - Internações compulsórias judicializadas por frequência.....	127
Tabela 15 - Procedimentos judicializados por frequência.....	128
Tabela 16 - Terapias judicializados por frequência.....	128
Tabela 17 - Exames judicializados por frequência.....	129
Tabela 18 - Outros serviços em saúde judicializados por frequência.....	129
Tabela 19 - Consultas judicializadas por frequência.....	130
Tabela 20 - Condição do objeto perante o SUS.	131
Tabela 21 - Condição do objeto perante o SUS.	132
Tabela 22 - Classificação dos serviços em saúde.....	132

Tabela 23 - Fundamentos do pedido no grupo dos bens e produtos em saúde para prestações não padronizadas.	136
Tabela 24 - Fundamentos do pedido no grupo dos bens e produtos em saúde para prestações padronizadas, mas não para o tratamento pedido.	139
Tabela 25 - Fundamentos do pedido no grupo dos bens e produtos em saúde para prestações padronizadas.	142
Tabela 26 - Fundamentos do pedido no grupo dos serviços em saúde para prestações não padronizadas.	149
Tabela 27 - Fundamentos do pedido no grupo dos serviços em saúde para prestações padronizadas.	153
Tabela 28 - Classificação do serviço por faixa de tempo de espera.	158
Tabela 29 - Justificativa para o uso da Ação Civil Pública.	166
Tabela 30 - Observação dos critérios da STA nº 175 pelos juízes.	167

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 - Quantidade total média de leitos em Minas Gerais de 2009 a 2015.....	91
Gráfico 2 - Execução orçamentária da SES/MG quanto às sentenças judiciais de 2009 a 2015 (R\$ milhões)	110
Gráfico 3 - Gastos com itens da política pública de saúde em Minas Gerais em milhões de reais	111
Gráfico 4 - Perfil do polo passivo.....	120
Gráfico 5 - Resultados das decisões	121
Gráfico 6 - Distribuição de leitos por Macrorregião de saúde em Minas Gerais no mês de dezembro de 2015.....	194

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	18
2	VINTE E NOVE ANOS DEPOIS: AS COMPLEXIDADES QUE ENVOLVEM A CONCRETIZAÇÃO DA SAÚDE POR MEIO DO JUDICIÁRIO.....	23
2.1	ASPECTOS HISTÓRICOS DA INSERÇÃO DO ART. 196 NA CR/88.....	24
2.2	ATRIBUTOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS DO DIREITO À SAÚDE.....	25
2.3	VIDA, SAÚDE E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: DIREITOS ABSOLUTOS?.....	31
2.4	TUTELA (PSEUDO) COLETIVA DO DIREITO À SAÚDE.....	33
2.4.1	<i>Aspectos gerais do processo coletivo.....</i>	<i>34</i>
2.4.2	<i>A Constituição da República de 1988 e o novo papel do Ministério Público.....</i>	<i>39</i>
2.4.3	<i>Sobre a atuação do Ministério Público nas Ações Cíveis Públicas para a defesa de direitos individuais homogêneos.....</i>	<i>42</i>
2.5	COMO DECIDEM OS JUÍZES EM MATÉRIA DE SAÚDE: SOB O MANTO DO LIVRE CONVENCIMENTO, DA PIEDADE, DO IDEALISMO E DO MEDO.....	45
2.5.1	<i>Estado Democrático e Constitucional de Direito e seus impactos sobre as decisões judiciais.....</i>	<i>46</i>
2.5.2	<i>Como de fato decidem os juízes (nas demandas de saúde).....</i>	<i>51</i>
2.5.3	<i>Principais contribuições da STA nº 175 para a compreensão da judicialização da saúde:.....</i>	<i>57</i>
3	A POLÍTICA PÚBLICA DE SAÚDE NO BRASIL: ENTENDENDO O SUS PARA ENTENDER A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE.....	64
3.1	CARACTERÍSTICAS GERAIS DO MODELO DE ATENÇÃO À SAÚDE INAUGURADO COM O SUS.....	64
3.1.1	<i>Distribuição de competências entre os gestores do SUS.....</i>	<i>70</i>
3.1.2	<i>Financiamento da Saúde.....</i>	<i>72</i>
3.2	INCORPORAÇÃO DE TECNOLOGIAS NO BOJO DO SUS.....	75
3.3	ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA NO SUS.....	78
3.3.1	<i>A Política Nacional de Assistência Farmacêutica (PNAF) e o componente especializado.....</i>	<i>82</i>
3.4	ASSISTÊNCIA AMBULATORIAL E HOSPITALAR NO SUS.....	85

3.4.1 <i>Regulação Assistencial no SUS</i>	86
3.4.2 <i>O sistema de Regulação Assistencial em Minas Gerais</i>	89
4 PERFIL DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO ESTADO DE MINAS GERAIS	92
4.1 <i>JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E SEU CONTEXTO DE DESENVOLVIMENTO: SOB CHANCELA CONSTITUCIONAL</i>	93
4.2 <i>PRINCIPAIS CRÍTICAS EM TORNO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE</i>	96
4.3 <i>JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE EM MINAS GERAIS</i>	102
4.4 <i>CONSEQUÊNCIAS DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE SOBRE A POLÍTICA DE SAÚDE PRATICADA EM MINAS GERAIS</i>	108
4.4.1 <i>Judiciário como espaço para discussão da inclusão de novas tecnologias no SUS</i>	109
4.4.2 <i>Crescente impacto financeiro da judicialização da saúde no orçamento estadual</i>	110
4.4.3 <i>Mudanças organizacionais na SES/MG</i>	112
5 RESULTADOS	113
5.1 <i>ASPECTOS OBJETIVOS DAS AÇÕES</i>	115
5.2 <i>FUNDAMENTOS DO PEDIDO E OUTROS ASPECTOS RELATIVOS AO PEDIDO</i>	133
5.3 <i>ANÁLISE DAS DECISÕES</i>	167
6 DISCUSSÃO	174
6.1 <i>DISCUSSÃO RELATIVA AOS ASPECTOS OBJETIVOS</i>	175
6.2 <i>DISCUSSÃO RELATIVA AOS FUNDAMENTOS DO PEDIDO E OUTROS ASPECTOS DO PEDIDO</i>	186
6.3 <i>DISCUSSÕES RELATIVAS ÀS DECISÕES</i>	195
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS	198
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	200

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo almejou investigar a função da tutela coletiva no âmbito da judicialização da saúde, analisando, para tanto, a atuação do Ministério Público enquanto legitimado à propositura de ações coletivas, notadamente as Ações Civas Públicas (ACP's), bem como a postura do Poder Judiciário diante dessas ações. Dessa feita, buscou-se perquirir qual papel o processo coletivo desempenha nesse cenário: seria uma alternativa à judicialização indiscriminada da saúde e/ou um potencial desperdiçado no processo de concretização da política pública de saúde cristalizada no Sistema Único de Saúde (SUS).

Para alcançar tal finalidade, o trabalho em comento se debruçou sobre parcela das Ações Civas Públicas propostas pelos Ministérios Públicos Federal e Estadual contra o Estado de Minas Gerais no ano de 2015. A opção por uma análise a partir da ótica do órgão ministerial consubstancia-se na necessidade de compreender o papel de fato exercido por um órgão incumbido da proteção do interesse público primário, bem como dos direitos transindividuais indisponíveis no contexto de um novo paradigma inaugurado pelo Estado Constitucional de Direito.

Em tese, num contexto marcado por demandas de massa, pelo pluralismo e por uma sociedade heterogênea, o processo coletivo surgiu como uma ferramenta capaz de trazer racionalidade, segurança jurídica e pacificação social em meio às demandas de massa. Em verdade, no processo coletivo, o fundamento da demanda e a motivação do juiz não servem apenas para solucionar o litígio envolvendo as partes do conflito sob *judice*. Ao revés, o discurso travado no bojo da ação coletiva tem uma função dupla: ele deve servir não apenas para solucionar o conflito da parte substituída, mas também para o convencimento da coletividade. Por essa razão, a doutrina sobre o tema consigna que a legitimidade do Ministério Público para a propositura de ACP em defesa de direito individual homogêneo depende da demonstração do caráter indisponível do interesse a ser protegido e, principalmente, da comprovação da abrangência e conveniência sociais da pretensão veiculada na ACP.

Outra justificativa para uma análise da judicialização da saúde a partir da ótica do Ministério Público relaciona-se com o conflito acerca da legitimidade da Defensoria Pública para propositura de ACP's. Essa questão só foi pacificada recentemente, no ano de 2015, por meio do julgamento no Supremo Tribunal Federal (STF) da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3943 (BRASIL, 2015), de forma que o número de ACP's

propostas pela Defensoria era pequeno, o que poderia prejudicar ou tornar a análise rasteira. Por conseguinte, optou-se na dissertação em tela por se analisar aquelas ACP's propostas apenas pelo MP, em virtude do seu maior volume.

No que tange ao objetivo geral, essa dissertação almejou investigar, então, o perfil de 10% (dez por cento) das ACP's propostas pelo Ministério Público Federal e Estadual contra o Estado de Minas Gerais no ano de 2015, de modo a verificar se essa espécie de ação coletiva vem contribuindo para racionalizar a judicialização da saúde. Dessa feita, a amostra em tela foi composta de um total de 342 ACP's. Em suma, buscou-se por meio dessa amostra investigar se as ACP's em saúde desempenham a função para a qual foram formatadas e qual o impacto da função concreta exercida por essas ACP's sobre a política pública de saúde.

Quanto aos seus objetivos específicos, este trabalho empreendeu a análise das 342 ACP's a partir de 03 pontos de vista. Então, no primeiro ponto de vista, o foco foi a caracterização dos aspectos objetivos das demandas, tais como os objetos mais frequentes, as comarcas de Minas Gerais mais demandadas, os juízes e promotores que mais atuaram nessas ações, o resultado das decisões e a situação do objeto solicitado perante o SUS. Em um segundo ponto de vista, pretendeu-se investigar os fundamentos da petição inicial e aspectos do pedido com a finalidade de se aferir se as demandas apresentaram justa causa (lastro probatório mínimo) e se elas consubstanciaram-se nos critérios elencados na jurisprudência dos Tribunais Superiores, mormente no que tange à Suspensão de Tutela Antecipada (STA) nº 175/CE do STF (BRASIL, 2010). Em adendo, nesse segundo ponto de vista, almejou-se perquirir as justificativas apresentadas nas petições iniciais para a legitimidade ativa dos promotores; se houve discussão acerca da política pública e se, por fim, restou evidenciado o caráter abrangente das ações, principal nota distintiva de uma ação coletiva. Por último, o terceiro ponto de vista cinge-se quanto à caracterização das demandas sob a ótica da fundamentação realizada pelos juízes. Nesse ponto, as decisões de tutela provisória de urgência (liminares e antecipação de tutela) foram analisadas à luz das orientações emanadas da paradigmática STA nº 175.

Outros objetivos específicos do estudo em comento foram: avaliar se os promotores e juízes balizaram seu trabalho nos critérios definidos na STA nº 175/CE (BRASIL, 2010); apontar e descrever as consequências da atuação do MP na atual judicialização da saúde observada no Estado de Minas Gerais; perquirir se e em quais hipóteses as ACP's são usadas como instrumento para reprogramação do SUS e compreender os impactos das ACP's sobre a política pública de saúde.

Para alcançar esses objetivos, o desenho metodológico da presente dissertação foi caracterizado enquanto estudo descritivo retrospectivo que analisou dados obtidos de 342 ACP's em matéria de saúde propostas pelos Ministérios Públicos Federal e Estadual contra o Estado de Minas Gerais no ano de 2015. Destarte, a análise descritiva empreendida contrastou os dois papéis ou funções exercidos pelo MP enquanto legitimado ativo nas ACP's: o papel do *Parquet* na tutela dos direitos coletivos individuais homogêneos tal qual definido pela doutrina e pela legislação (em sentido amplo) versus o papel do MP observado na prática.

A população em estudo foi composta por aproximadamente 10% das Ações Cíveis Públicas propostas contra o Estado de Minas Gerais no ano de 2015 com pedidos relacionados à saúde. O montante total a ser analisado, então, foi de 342 ACP's. Quanto aos critérios de elegibilidade adotados, a escolha das ACP's do ano 2015 se deu em virtude da proximidade temporal e tendo em vista o escopo de verificação do perfil mais recente da judicialização da saúde em Minas Gerais. Ademais, só foi possível analisar em torno de 10% do total de ACP's propostas nesse ano de 2015, em razão do elevado número de ACP's propostas no período, qual seja, 3334 (três mil trezentas e trinta e quatro). Em adendo, a escolha desse montante perpassou um critério aleatório, garantindo-se uma distribuição uniforme dessas demandas ao longo dos 12 meses do ano de 2015.

Os dados relativos às ACP's foram extraídos do programa denominado SIGAF (Sistema Integrado de Gerenciamento da Assistência Farmacêutica), o qual é utilizado pelos servidores do NAJS (Núcleo de Atendimento da Judicialização da Saúde), setor da SES/MG (Secretaria Estadual de Saúde de Minas Gerais) responsável pelo cumprimento das demandas de saúde em que o Estado de Minas Gerais figura como réu. Nesse programa encontram-se todas as ações em que Minas Gerais apresenta-se como parte demandada: um total de aproximadamente setenta mil ações. Desse total, foram selecionadas apenas as demandas cadastradas como ACP proposta pelo MP, o que resultou em um montante de 3334 para apenas o ano de 2015. A partir desse grupo, 342 ACP's foram sorteadas aleatoriamente via *Microsoft Office Excel* para fins de análise.

Convém destacar que no SIGAF encontram-se os principais documentos para cumprimento das demandas, tais como petição inicial, decisão liminar ou de tutela antecipada, sentenças, acórdãos e documentos médicos. A partir dos documentos arquivados no SIGAF, foi possível a extração dos dados das ACP's discriminados nos 03 pontos de vistas da análise (aspectos objetivos, fundamentos e aspectos do pedido e aspectos das decisões), os quais foram organizados em uma planilha do *Sistema Microsoft Office Excel*.

Essa planilha, por seu turno, foi formatada com esteio nas seguintes variáveis: número do processo, comarca, promotor, juiz, objeto, especificação do objeto, substituído, qualificação do substituído, réus, se discute ou não o SUS, se o juiz utiliza as orientações da STA nº 175/CE (BRASIL, 2010), objeto com registro na ANVISA; medicamento/insumo/dieta/procedimento padronizado; medicamento/insumo/dieta/procedimento padronizado para o tratamento pedido; comprovou que o tratamento do SUS é inadequado; de quem foi a falha; comprovou que o tratamento atende à medicina baseada em evidência; classificação do procedimento (eletivo ou de urgência); faixa de tempo de espera pelo serviço; procedimento padronizado; resultado da decisão; justificativa para o uso da ACP e demonstração do viés abrangente da ACP.

Isso posto, no que atine às vantagens e limitações deste trabalho, pode-se dizer que grande parte dos estudos sobre judicialização da saúde empreendidos até o presente momento buscou compreender esse fenômeno a partir de uma lógica predominantemente descritiva e objetiva, apontando as comarcas mais demandadas, os objetos mais pedidos, o perfil da parte autora e do seu procurador. O presente trabalho, além de perpassar essas questões, ambicionou empreender uma análise qualitativa, de forma a conhecer a fundamentação das petições iniciais dessas ACP's, bem como a motivação dos juízes, à luz de critérios definidos na STA nº 175/CE (BRASIL, 2010) e a partir de novos critérios desenvolvidos no estudo em comento.

Trata-se de um desafio, pois se pretende a objetivização e quantificação de um campo do conhecimento notadamente subjetivo e qualitativo como o é o Direito. Não obstante, uma análise com esse viés permitiu aferir a forma como os órgãos incumbidos da defesa do interesse público primário e da ordem jurídica vêm exercendo seus novos papéis atribuídos a partir da Lei Maior de 1988. Desse modo, buscou-se investigar o *modus operandi* desses órgãos nas ações de saúde, sobretudo quanto ao Ministério Público. Outrossim, uma investigação com esse viés teve por escopo aferir o impacto da atuação dos órgãos legitimados à propositura de ações coletivas em defesa de direitos individuais homogêneos sobre a política pública. Em suma, o presente trabalho, para além de buscar descrever e categorizar as demandas de saúde no que tange ao seu objeto, orientou-se por meio de uma análise descritiva da fundamentação jurídica dos pedidos e das decisões. A finalidade de uma investigação dessa natureza é compreender a necessidade e os efeitos dessas numerosas ações que abarrotam o Judiciário e que muito provavelmente desvirtuam a política pública de saúde vigente.

Por fim, todas essas questões foram construídas nesta dissertação ao longo de sete capítulos: esta Introdução figura como o primeiro deles; o capítulo seguinte versou sobre a caracterização do direito à saúde na CR/88, além de tratar de grande parte das questões constitucionais afetas ao presente estudo. Assim, o segundo capítulo foi intitulado “Vinte e nove anos depois: as complexidades que envolvem a concretização da saúde por meio do Judiciário”. Em um terceiro capítulo, denominado “A política pública de saúde no Brasil: entendendo o SUS para entender a judicialização da saúde”, foram percorridas as questões atinentes à política pública de saúde para em um momento futuro ser possível a compreensão dos impactos da judicialização sobre ela. O quarto capítulo teve como mote o fenômeno da judicialização da saúde em si e foi chamado de “O perfil da judicialização da saúde em Minas Gerais”. O quinto capítulo trouxe os resultados alcançados a partir da forma de análise proposta aqui e esboçada acima. Já no sexto capítulo, foram empreendidas discussões acerca dos resultados atingidos. Enfim, no sétimo e último capítulo, foram condensadas as considerações finais.

2 VINTE E NOVE ANOS DEPOIS: AS COMPLEXIDADES QUE ENVOLVEM A CONCRETIZAÇÃO DA SAÚDE POR MEIO DO JUDICIÁRIO

Em que pese a judicialização da saúde seja um fenômeno com chancela constitucional, especialmente a partir da força normativa da Lei Maior, da ampliação do parâmetro da legalidade e da cláusula de acesso ao Judiciário, não significa que inexistam abusos ou equívocos por parte dos operadores do direito quanto à concretização dessa possibilidade de efetivar direitos fundamentais via Judiciário.

A atual judicialização da saúde é prova de que existem muitos equívocos e complexidades envolvendo a efetivação de um direito que é de todos e dever do Estado, além de ao mesmo tempo ser garantido via política pública:

Art. 196: A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988).

Os equívocos na concretização da saúde via Judiciário ocorrem pelas seguintes razões: primeiramente, a saúde é frequentemente interpretada nas ações judiciais como direito unicamente individual, consoante restou evidenciado nas ACP's aqui investigadas. Não obstante, a CR/88 trouxe como novidade a saúde sob um viés coletivo. Essa interpretação apresenta consequências importantes sobre o tipo de ação rotineiramente proposta para a defesa desse direito, situação que se reflete sobre o modo como os juízes decidem nessas ações. Ademais, muitos operadores do Direito entendem que a expressão “saúde é direito de todos”, cunhada no supracitado art. 196 da CR/88, traduz a possibilidade de se pleitear e conceder todo e qualquer tratamento em saúde, de forma que a universalidade (que abrange os sujeitos desse direito) é confundida com a integralidade, (conceito relacionado ao objeto da assistência em saúde).

Nesse sentido, compreende-se a judicialização da saúde como uma ferramenta possibilitada pelo neoconstitucionalismo inaugurado com a CR/88 e que ainda não conseguiu ser compreendida pelos operadores do Direito e pela sociedade, principalmente no que tange aos seus limites.

Assim, necessário analisar separadamente as peculiaridades que rondam o direito à saúde e os possíveis percalços encontrados após a promulgação da CR/88 para a sua concretização.

2.1 Aspectos históricos da inserção do art. 196 na CR/88

A positivação da saúde como direito fundamental social na CR/88 significou uma verdadeira inovação, tendo em vista que nas Cartas precedentes a saúde não apresentava contornos próprios, mas era apenas prevista de modo pontual e esparso. Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo (2008) descrevem o modo como a saúde era prevista nas outras Constituições brasileiras precedentes, a exemplo da Carta de 1824, em que a saúde se relacionava com a garantia de “socorros públicos”; na Lei Maior de 1934 o direito à saúde significava garantia de inviolabilidade do direito à subsistência; nas de 1937, 1946, 1967 e na Emenda Constitucional nº 01/1969 a saúde era prevista de modo indireto, nas normas de repartição de competências entre os entes federativos ou como norma atinente à proteção da saúde do trabalhador e nas normas relativas à assistência social, tal como se verifica nas Constituições de 1937, 1946, 1967.

Somente em 1988 o direito à saúde ganhou contornos próprios como fruto do constitucionalismo democrático-social do Pós-II Guerra (SARLET; FIGUEIREDO, 2008). Além disso, a formatação do art. 196 na Constituição Cidadã recebeu forte influência do movimento sanitarista que se desenvolveu no país.

Esse movimento sanitário emergiu nos anos 1970, em um período marcado pelo arrefecimento do regime militar, de um lado, e, de outro, pela agitação popular em torno da abertura política do país. Dessa feita, o movimento sanitarista pode ser assim definido:

“Movimento de profissionais da saúde – e de pessoas vinculadas ao setor – que compartilha o referencial médico-social na abordagem dos problemas de saúde e que, por meio de determinadas práticas políticas, ideológicas e teóricas, busca a transformação do setor da saúde no Brasil em prol da melhoria das condições de saúde e atenção à saúde da população brasileira, na consecução do direito de cidadania”. (SCOREL, 2008, p. 370).

Em adendo, o referido movimento lutava pela reforma na saúde sob a ótica da Teoria Social da Saúde, relacionada a uma abordagem dessa matéria a partir de uma perspectiva marxista histórico-cultural, unindo, assim, as ciências sociais à saúde. De viés contra hegemônico, essa abordagem criticava o então vigente sistema de saúde, assentado em uma assistência médica de orientação curativista e predominantemente privada.

Telma Menicucci (2010) afirma, em adição, que o movimento sanitário, de raiz acadêmica, aliou a classe médica aos agentes governamentais e aos movimentos populares em saúde (MOPS), amalgamando uma diversidade de atores e interesses que se refletiu nas

incongruências observadas na própria normatização da saúde no Brasil. Em verdade, esse arcabouço normativo pátrio delineou, de forma concomitante, um sistema público de saúde de inspiração socialista, conforme estabelecido no art. 196 da CR/88, e previu, igualmente, que a saúde é livre à iniciativa privada. Essa ambiguidade, nas palavras de Menicucci (2007), caracterizou o processo de reforma na saúde como uma inovação limitada.

Assim, os desejos de concretização da cidadania e melhoria nas condições da saúde se sustentaram na construção de um Sistema Único de Saúde (SUS), balizado por princípios e diretrizes relativos à universalidade, equidade, integralidade do atendimento com prioridade à prevenção, descentralização e participação da comunidade, os quais deveriam conduzir as políticas em saúde.

A regulamentação do SUS se deu nos anos seguintes à promulgação da CR/88 por meio da Lei 8080/90 (BRASIL, 1990), conhecida como a Lei do SUS, e a partir da Lei 8142/90 (BRASIL, 1990), quando foi institucionalizada a participação social no âmbito da saúde, por intermédio dos Conselhos e Conferências de Saúde. Todavia, necessário destacar que essa institucionalização do SUS e da participação social na saúde foi construída ao longo do amadurecimento da reforma sanitária, incluindo aí a contribuição dos debates travados nas Conferências de Saúde realizadas antes e após a promulgação da Constituição Cidadã.

Nesse processo de construção do direito à saúde, mister destacar os trabalhos desenvolvidos na VIII Conferência de Saúde, realizada em março de 1986. Essa Conferência se distinguiu das demais até então realizadas por diversas razões, mas, precipuamente, porque sua convocação teve por objetivo colaborar para o debate de uma futura Constituinte e por ela ter sido a primeira a incluir a participação dos usuários no sistema de saúde. Ainda, segundo expôs Sarah Scorel (2008), o relatório final dessa VIII Conferência consolidou as propostas do movimento sanitário original e incluiu novas vertentes e atores sociais, a exemplo do Movimento Popular de Saúde (MOPS) e dos secretários municipais de saúde, que no futuro passaram a formar o Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde.

2.2 Atributos constitucionais e legais do direito à saúde

Superada essa temática sobre o histórico que precedeu a formatação do direito à saúde na CR/88, necessário destacar os atributos legais (em sentido amplo) do direito em tela. Nesse sentido, em primeiro lugar, a saúde é um direito marcado por uma dupla fundamentalidade, que é material e formal. Assim, a saúde é um direito materialmente fundamental, porque

apresenta especial importância, visto que tutela e protege a vida e conseqüentemente a dignidade da pessoa humana. Além disso, segundo proposto por Sarlet e Figueiredo (2008, p. 05), a saúde é um direito ou condição para fruição de outros direitos, “fundamentais ou não, inclusive no sentido de viabilização do livre desenvolvimento da pessoa e de sua personalidade”.

A saúde é também um direito formalmente fundamental, pois enquanto direito fundamental, trata-se de norma de superior hierarquia axiológica na Constituição; apresenta limites formais (procedimento legislativo mais dificultoso para sua modificação) e materiais (limites impostos pelas cláusulas pétreas) de reforma constitucional. Por último, em virtude do art. 5º, parágrafo 1º da CR/88 (BRASIL, 1988), as normas definidoras de direitos fundamentais têm aplicação imediata.

Frisa-se que essa aplicação imediata é um conceito que não pode ser confundido com aplicabilidade dos direitos fundamentais. Assim, os direitos fundamentais podem ter aplicabilidade direta ou imediata, quando não dependem de uma intermediação legislativa para sua regulamentação, como acontece com os direitos relativos às liberdades civis (direitos de 1ª geração), a exemplo da liberdade de expressão. Ao contrário, direitos de segunda geração, como saúde e educação, dependem de uma intermediação legislativa e por isso detêm aplicabilidade indireta ou mediata. Isto é, tais direitos são regulamentados e concretizados via políticas públicas.

Por sua vez, o art. 5º, 1º da CR/88 dispõe que as normas definidoras de direitos fundamentais têm aplicação imediata. Aparentemente, tal disposição soa um tanto contraditória, mas conforme já alertado acima, não se deve confundir aplicabilidade dos direitos fundamentais com sua aplicação. Destarte, a aplicação imediata dos direitos fundamentais significa, em verdade, que essas normas da Lei Maior estão aptas à pronta incidência sobre os fatos. Caso contrário, elas não teriam força imperativa e seriam apenas promessas vagas. Por sua vez, essa pronta incidência configura uma orientação interpretativa para aplicação das normas da Constituição Cidadã na nova ordem jurídica.

Dessa maneira, sob a batuta do art. 5º, §1º, todos os atos normativos anteriores e contrários ao conteúdo da CR/88 seriam revogados, não podendo mais ser aplicados no âmbito do Direito, independentemente de uma declaração de inconstitucionalidade. Outra consequência é a declaração da inconstitucionalidade de todos os atos normativos editados após a vigência da Constituição, caso colidentes com o conteúdo dos direitos fundamentais. Haveria também o condicionamento da atividade discricionária da Administração e do Poder

Judiciário na aplicação, interpretação e concretização de suas normas e das demais normas jurídicas e, por fim, a proibição do retrocesso (SARLET, 2009).

Dizendo de outro modo, Sarlet (2009) pontua que a norma insculpida no art. 5º, §1º da CR/88, de caráter principiológico, confere aos direitos fundamentais uma condição privilegiada frente às demais normas constitucionais, condição essa que se revela na maior aplicabilidade e eficácia dos direitos fundamentais. Mas isso não é tudo. Além de existirem diferenças entre as normas de direitos fundamentais e as outras do ordenamento jurídico, segundo Sarlet (2009) também são observadas diferenças dentro do grupo “privilegiado” das normas instituidoras de direitos fundamentais. Ocorre que nem todas as normas de direitos fundamentais detêm o mesmo grau de eficácia, havendo aquelas de aplicabilidade direta ou imediata e as de aplicabilidade indireta ou mediata, consoante já explicado acima.

Nessa perspectiva, direitos sociais prestacionais¹ apresentam sua aplicabilidade e eficácia condicionadas a certos fatores, como a existência de uma política pública que os regulamente, os limites da reserva do possível, a liberdade de conformação do legislador e a colisão com outros direitos fundamentais. Por tais razões, Sarlet (2009) defende que no âmbito da aplicação de recursos públicos vigora a necessidade de uma tomada de decisão por parte dos órgãos políticos legitimados para tanto e que tais decisões, não raro, projetam-se para o futuro. Por conseguinte, esse caráter prospectivo dos direitos sociais pode dificultar a definição precisa em nível constitucional do próprio conteúdo da prestação.

A jurisprudência dos tribunais superiores não olvida esse atributo dos direitos sociais prestacionais, destacando-se nesse sentido importante julgado do STF do ano de 2010, quando o Min. Relator do Agravo Regimental na Suspensão da Liminar nº 47/PE (BRASIL, 2005), Gilmar Mendes, consignou que todas as dimensões dos direitos fundamentais acarretam dispêndios de recursos, sejam direitos a prestações (dimensão positiva, porque demandam atuação estatal), sejam os de defesa (negativos, pois implicam abstenção estatal). Nesse sentido, o Ministro, com base em doutrina alemã, destaca a relevância da reserva do possível, da escassez de recursos e da necessidade de serem feitas escolhas alocativas diante deste cenário, de modo que levar a sério os direitos fundamentais significa levar a sério a escassez (BRASIL, 2005).

¹ Existe uma classificação dos direitos fundamentais que os divide em negativos/de defesa e positivos/prestacionais. Aqueles primeiros demandam por parte do Estado uma abstenção, uma omissão, a fim de proteger os indivíduos de ingerências em sua autonomia pessoal. Já os direitos fundamentais positivos ou prestacionais recebem essa denominação porque demandam do Estado uma atuação positiva, por meio da realização de prestações que objetivam a diminuição das injustiças sociais.

Além de ser um direito social prestacional de aplicação direta e aplicabilidade indireta, a saúde apresenta um viés subjetivo². Esse caráter individual da saúde está intimamente relacionado com sua positivação ampla, fluída ou aberta na CR/88. Para parte da doutrina, mesmo que as normas definidoras de direitos sociais prestacionais envolvam preceitos imprecisos, “em sendo possível reconhecer um significado central e incontroverso, sempre se poderá aplicar a norma constitucional, mesmo sem intermediação legislativa” (SARLET, 2009, p.299), sob pena de se conferir maior força à lei, em detrimento da Constituição.

Outro posicionamento, por seu turno, defende a existência de um direito subjetivo individual à prestação, desde que observados certos requisitos, devendo a norma definidora de um direito fundamental “determinar suficientemente o conteúdo da prestação e que o procedimento para sua realização esteja expressa ou, no mínimo, implicitamente regulado na Constituição” (SARLET, 2009, p. 305).

Uma posição mais radical, por sua vez, consigna que os direitos sociais, até mesmo os prestacionais, em virtude do art. 5º, § 1º, da CF, possuem o caráter de autênticos direitos subjetivos, “já que o citado preceito, combinado com o art. 5º, inc. XXXV, de nossa Carta (inafastabilidade do controle judiciário), autoriza os tribunais a assegurar, no caso concreto, a efetiva fruição do objeto da prestação” (SARLET 2009, p. 322). Assim, conclui Sarlet, para quem adota este último entendimento, a lacuna gerada pela ausência de uma atuação do legislador pode ser suprida pelo Poder Judiciário, em face da analogia, do costume ou dos princípios gerais de direito.

Então, a posição majoritária da doutrina e jurisprudência pátrias sobre o direito subjetivo a prestações materiais em saúde é a de que esse direito existe e conseqüentemente será possível uma intervenção judicial a respeito quando houver risco iminente à vida humana e na hipótese de violação ao mínimo existencial³. Nesse sentido, é emblemático o RE-AgR nº 271.286/RS (BRASIL, 2000), de relatoria do Ministro do STF Celso de Mello que reconheceu a validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes e a portadores da AIDS. Conseqüentemente, esse julgado definiu como direito subjetivo dos cidadãos a dispensação desses medicamentos:

² O direito à saúde é também um direito de cada pessoa, pois está intrinsecamente relacionado à proteção da vida, da integridade física e corporal e da própria dignidade.

³ Mínimo existencial traduz condições elementares de educação, saúde e renda que permitam, em uma determinada sociedade, o acesso aos valores civilizatórios e a participação esclarecida no processo político e no debate público. BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Revista Jurídica UNIJUS, Uberaba, v.11, n. 15, 2008. Disponível em: http://www.uniube.br/publicacoes/unijus/arquivos/unijus_15.pdf. Acesso em :19 jul. 2013.

“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 integridade 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, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar”. (BRASIL, 2010)”.

Importante assinalar que naquele período, começo dos anos 2000, o Brasil ainda não havia implantado uma política pública específica voltada para os soropositivos. Dessa maneira, verificava-se no país uma franca omissão do Poder Público quanto à epidemia da Aids, sendo legítima a intervenção judicial, que não foi a única iniciativa que culminou no desenvolvimento da política pública em questão. Destaca-se nesse sentido, a forte mobilização da sociedade civil, sobretudo de grupos e associações de portadores do HIV em conjunto ou não com órgãos públicos e a quebra de patentes do coquetel da Aids realizada em 2007 pelo governo federal.

Dez anos depois, no bojo da Suspensão de Tutela Antecipada (STA) nº 175/CE (BRASIL, 2010), de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, o cenário da política de saúde nacional e da judicialização desse direito como um todo era outro: a maior parte das ações passou a questionar não uma omissão estatal, mas a concretização de ações já previstas no âmbito do SUS. Neste emblemático julgado, Gilmar Mendes buscou esmiuçar o art. 196 da CR/88 por partes, pontuando que o trecho “a saúde é direito de todos” (BRASIL, 1988) significa que a saúde foi prevista em sede constitucional como direito individual e coletivo ao mesmo tempo. Nada obstante, segundo o Ministro Relator “não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize” (BRASIL, 2010). Em suma, o que existe é um direito público subjetivo apenas às prestações definidas na política pública.

Portanto, não obstante a ampla exposição de Sarlet (2009) acerca da sindicabilidade do direito subjetivo à saúde, este trabalho se filia ao entendimento trazido na STA nº175/CE. Isto é, o cidadão tem direito subjetivo a toda e qualquer prestação em saúde, desde que disponibilizada na política pública do SUS.

Reforçando esse posicionamento, Gilmar Mendes cita decisão proferida na ADPF nº 45/DF, da qual extrai-se o excerto abaixo:

“Desnecessário acentuar-se, considerando o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do binômio (razoabilidade da pretensão e disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa

ocorrência, pois, ausentes qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos.” (BRASIL, 2004).

Nesse julgado de relatoria do Ministro Celso de Mello, foram ponderadas questões de relevo sobre a compatibilização entre a reserva do possível e o mínimo existencial. Primeiramente, o Ministro relator associa o mínimo existencial com o estabelecimento de prioridades orçamentárias, de modo a compatibilizá-lo com a reserva do possível. Esta, por seu turno, apresenta condicionamentos à concretização dos direitos sociais que se cristalizam no binômio razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público (i) e a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas (ii).

O Ministro relator também pondera que apesar de a execução e elaboração de políticas públicas serem tarefas de responsabilidade dos Poderes Executivo e Legislativo, cujos membros exercem mandatos, tais Poderes não possuem liberdade absoluta, de forma que é possível a intervenção do Judiciário quando os Poderes Públicos

“Agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo” (BRASIL, 2004).

Por conseguinte, a intervenção judicial em matéria de saúde não é ampla e irrestrita, como vem sendo observado da fundamentação das petições iniciais e decisões da amostra aqui estudada. Ao reverso, a intervenção judicial em matéria de política pública depende de demonstração da injustificável inércia estatal e do comportamento abusivo dos Poderes Públicos quanto à efetivação dos direitos sociais. Tal comprovação cabe, por óbvio, à parte autora, algo, contudo, não verificado na maior parte das 342 ACP's em exame. Nelas, foi constatada a utilização genérica e arbitrária do conceito de urgência em saúde, a fim de que fossem concedidas medidas liminares. Ainda, a própria definição ampla de saúde presente no art. 196 da CR/88 e uma série de conceitos jurídicos indeterminados, especialmente o da dignidade da pessoa humana, da reserva do possível e mínimo existencial, foram empregados como verdadeiros cheques em branco no âmbito da judicialização da saúde observada em Minas Gerais.

Importante também destacar que nem sempre a negativa de fornecimento de algum bem ou serviço em saúde configura uma postura irrazoável ou abusiva. Existem hipóteses, como no caso de medicamentos sem registro na ANVISA, em que a própria legislação

nacional proíbe a sua comercialização (Lei 6360/76 e Lei 12.401/11). Esse exemplo é mais uma prova de que o direito à saúde não é absoluto, nem tampouco uma regra. Ademais, a dependência de registro na ANVISA corrobora a STA nº 175/CE, quando o Ministro Gilmar Mendes defende que o viés subjetivo da saúde não autoriza acesso irrestrito a qualquer bem ou serviço nessa seara (BRASIL, 2010). Logo, demandas individuais e, principalmente, coletivas, que se consubstanciam apenas no art. 196 já nascem carentes de fundamentação e justa causa, pois o art. 196 sozinho não dá conta da profundidade que essa temática exige, inclusive na tarefa de ponderação entre as diversas leis e instrumentos normativos que regulam o direito sanitário no Brasil.

Como último elemento jurídico do direito fundamental à saúde a ser tratado nesse item, destaca-se que ele se liga a um dever fundamental de proteção à saúde cujo principal destinatário é o Estado (SARLET; FIGUEIREDO, 2008). Nesse sentido, a lógica de dever fundamental relacionado à saúde pode impor obrigações de caráter originário ao ente estatal, a exemplo de políticas de implementação do SUS, da aplicação mínima dos recursos em saúde e do dever geral de respeito a esse direito. Também podem existir obrigações de tipo derivado, como a elaboração de legislação infraconstitucional reguladora, obediência às mais variadas normas de direito sanitário e obrigações no âmbito privado.

2.3 Vida, saúde e dignidade da pessoa humana: direitos absolutos?

É inegável que a saúde está intimamente relacionada ao gozo de muitos outros direitos fundamentais, pois sem condições minimamente dignas de saúde, o indivíduo não consegue usufruir de educação, lazer, moradia, alimentação, dentre outros direitos sociais. Além disso, quando negado ao cidadão o mínimo existencial em matéria de saúde e outros direitos sociais, ele resta impossibilitado de participar do processo democrático, exercendo seus direitos políticos e liberdades civis. E, principalmente, sem condições dignas de saúde não há vida. Destarte, os direitos à vida e à saúde, por permitirem o exercício dos demais, recebem por parte do ordenamento jurídico um dos graus mais elevados de proteção.

Todo esse sistema de proteção especial que alça os direitos fundamentais a um patamar diferenciado no ordenamento jurídico, inclusive no que tange à sua aplicação, justifica-se pelo fato de que esses direitos visam à promoção da dignidade da pessoa humana. Essa dignidade, por sua vez, não é um mero direito, mas um princípio jurídico com *status* constitucional. Portanto, a dignidade da pessoa humana funciona como esteio e fonte dos

demais direitos fundamentais, encerrando um valor fundamental em si (BARROSO, 2012). Apesar disso, todos eles, direitos fundamentais, especialmente a saúde e a vida, tema desse tópico, e princípios constitucionais, como a dignidade da pessoa humana, não são tidos por absolutos, porque podem ser restringidos em diversas situações.

Primeiramente, convém analisar a dignidade da pessoa humana, que, nas palavras de Barroso (2012), pode ser caracterizada a partir de 03 elementos: valor intrínseco de todos os seres humanos (i); autonomia de cada indivíduo (ii) e limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais, isto é, valores comunitários(iii).

Quanto ao valor intrínseco da dignidade da pessoa humana, diz-se, com esboço no imperativo categórico kantiano, que o homem não pode ser tratado como meio, mas apenas como um fim em si mesmo. Desse valor intrínseco, desdobram-se no plano jurídico uma série de direitos, como o direito à vida, igualdade e direito à integridade física e psíquica.

O segundo elemento elencado por Barroso (2012), autonomia, traduz o elemento ético da dignidade da pessoa humana e relaciona-se com o conceito de autodeterminação dos indivíduos, ou seja, cada um persegue o seu ideal de viver bem e de possuir uma vida boa. Consequentemente, a faceta da autonomia traduz a capacidade de alguém fazer escolhas e tomar decisões ao longo da vida, baseada em sua concepção de bem. Essa autonomia, por sua vez, desdobra-se em outros três elementos, quais sejam, autonomia privada (núcleo essencial das liberdades individuais, como o direito de expressão, privacidade, direitos sexuais e reprodutivos), autonomia pública (cidadania e participação política) e mínimo existencial (gozo de condições mínimas de vida – núcleo essencial dos direitos sociais e econômicos).

A terceira faceta da dignidade da pessoa humana, valor comunitário (ou dignidade como restrição ou dignidade como heteronomia), é também o elemento social desse valor fundamental. Isso ocorre porque a autonomia do indivíduo convive com os compromissos compartilhados com a sociedade e com as normas impostas pelo Estado. Definindo esse terceiro elemento da dignidade da pessoa humana, assim dispõe Barroso (2012):

“A dignidade como valor comunitário enfatiza, portanto, o papel do Estado e da comunidade no estabelecimento de metas coletivas e de restrições sobre direitos e liberdades individuais em nome de certa concepção de vida boa”. (BARROSO, 2013, p.174).

A restrição da autonomia dos indivíduos em nome do valor comunitário será legítima no atendimento aos seguintes objetivos: proteção dos direitos e da dignidade de terceiros (i); proteção dos direitos e da dignidade do próprio indivíduo (ii) e proteção dos valores sociais compartilhados (iii). Assim, com base na faceta da dignidade da pessoa humana enquanto

valor comunitário, foi proibida na França a prática de arremesso de anões; no Canadá, foi efetuada a proibição de bordéis. Outros exemplos do impacto dessa faceta da dignidade da pessoa humana são a proibição do *hate speech* e descriminalização de certas drogas. Por fim, registra-se que esse terceiro elemento da dignidade da pessoa humana exige um consenso social forte, mas há ainda muitos pontos controvertidos em temas polêmicos como pena de morte, aborto, uniões homoafetivas e suicídio assistido, consoante expõe Barroso (2012).

Isso posto, evidencia-se que o valor fundamental da dignidade da pessoa humana não é absoluto e ilimitado, podendo sofrer limitações pelo ordenamento jurídico em nome de valores sociais e interesses estatais. Por essa razão, os direitos que derivam da dignidade da pessoa humana, como saúde e vida, também não são irrestritos. Dessa maneira, quanto à vida, a própria constituição prevê a pena de morte em caso de guerra declarada. Outrossim, o Código Penal (BRASIL, 1940) permite o aborto nas hipóteses de risco de vida para a mãe, feto anencéfalo ou quando a gravidez é fruto de estupro. Já o Decreto nº 5144/04 (BRASIL, 2004) permite o abate de aeronaves hostis ou suspeitas de tráfico de substâncias entorpecentes.

Quanto às restrições impostas ao direito à saúde, tem-se que a Lei Maior não garante ao cidadão o direito a todo e qualquer bem ou serviço em matéria de saúde. Ao reverso, o dever do Estado em garantir, promover e proteger tal direito depende das previsões e da regulamentação contida na política pública de saúde, no caso, o SUS. Caso contrário, em um contexto de recursos limitados, como acontece no Brasil, restariam vilipendiadas a racionalidade, economicidade e eficiência da política pública, que é marcada por seu caráter geral e universal.

Apesar disso, o que foi observado nas ACP's objeto desse estudo foi a disseminação, seja em petição inicial, como em sede de decisão, do entendimento da vida, saúde e dignidade como direitos absolutos e irrestringíveis. Essa concepção, além de distorcida, mostra-se alheia à doutrina constitucionalista e ao arcabouço do Direito, pois essa seara, certamente, não é o campo do absoluto.

2.4 Tutela (pseudo) coletiva do direito à saúde

No presente trabalho, parte-se do pressuposto de que a tutela coletiva é o instrumento mais adequado para veicular pretensões judiciais relativas à saúde, em razão da dimensão coletiva do direito em comento, da sua abrangência social e do interesse público primário envolvido, haja vista que a política pública de saúde será afetada com o provimento judicial.

A defesa da tutela coletiva aqui apresentada, contudo, não olvida que o direito à saúde apresenta dimensão individual ou subjetiva, a qual não é negligenciada quando se defende a predominância das ações coletivas para a defesa desse bem. Ao revés, a tutela coletiva, por tangenciar a macro-justiça, visa a minorar as distorções causadas no acesso à saúde, porque os cidadãos que não judicializam esse direito fundamental (seja por desconhecimento, seja por falta de condições financeiras, inclusive para acessar a justiça) têm seu direito subjetivo à saúde vilipendiado ou preterido em nome dos que acionaram o Judiciário.

Além de tangenciar a macro-justiça, a tutela coletiva apresenta outros atributos que expressam seu potencial para mitigar os efeitos nocivos da judicialização indiscriminada da saúde. Então, para melhor compreender as características dessas demandas, necessária se faz uma prévia análise das características gerais da tutela coletiva que se desenvolveu no país, mormente no que se refere à tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos e indisponíveis.

2.4.1 Aspectos gerais do processo coletivo

Consoante expõem Didier e Zaneti (2012), as ações coletivas apresentam uma dupla fonte: romana, com a ação popular, para a defesa da coisa pública, pois a “República pertencia ao cidadão romano e era seu dever protegê-la” (DIDIER; ZANETI, 2012, p.25). A segunda fonte são ações coletivas de classe, antecedentes das *class actions* norte-americanas e existentes na prática jurídica anglo-saxã há 800 anos. Um expoente dessa fonte no Brasil são as ações coletivas disciplinadas no Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Os mencionados autores ressaltam, contudo, que o histórico do processo coletivo não é linear e que o nascedouro do direito ao processo recebeu forte influência do liberalismo e iluminismo do Século XVII, preponderando, assim, uma preocupação com o indivíduo, de modo que o processo coletivo ficou por muitos anos em segundo plano.

O direito brasileiro seguiu a tendência externa de relegar à tutela coletiva o papel de coadjuvante, de modo que o Código Civil de 1916, por meio de seu artigo 76, tratou de extirpar do direito privado qualquer possibilidade de propositura de ações coletivas. Então, como consequência dessa tentativa de purificação do direito civil, somente em 1934 uma Constituição nacional previu as ações populares.

A partir da CR/88 o entendimento passou a ser outro, especialmente com a previsão do inciso XXXV no art. 5º da CR/88 de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário

lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988). Referida norma constitucional está, em verdade, expressando de modo subjacente o princípio do acesso ao Judiciário ou da inafastabilidade do controle judicial. Em suma, a CR/88 garante o acesso à justiça sem fazer distinção entre os direitos individuais ou coletivos, haja vista que o artigo 5º se insere no capítulo “dos direitos e deveres individuais e coletivos”. Outros diplomas legais, como o art. 83 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/90) e art. 82 do Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03), chancelam essa interpretação de que qualquer ação, seja individual ou coletiva, tutela efetivamente os direitos afirmados perante o Judiciário (DIDIER; ZANETI, 2012).

Com efeito, em 1988 inaugura-se uma mudança de paradigma processual no país, passando-se do Liberal (ciência jurídica normal) para o paradigma atual de Estado Constitucional de Direito (ciência jurídica revolucionária). O novo estágio é marcado por algumas características-chave arroladas por Didier e Zaneti (2012), a saber: tendência à publicização do direito e forte preocupação com o desenvolvimento da cidadania, da pessoa humana e dos direitos sociais e coletivos.

Superado esse momento de consolidação do processo coletivo no direito pátrio, mister destacar seus atributos, conceito, fundamentos e seu conteúdo, elementos a partir dos quais torna-se mais fácil a compressão do potencial dessas ações para a tutela da saúde. Destarte, as ações coletivas apresentam fundamentos de ordem política e social, permitindo evitar decisões contraditórias, aumentar a credibilidade da justiça, promover a economicidade da prestação jurisdicional, além da uniformização de julgados, harmonização social e maior previsibilidade e segurança jurídica. Como fundamento sociológico, exsurge a necessidade de controlar as demandas de massa em um contexto de crescente industrialização, globalização e urbanização. Em resumo, o patamar em que se encontra o Direito no pós-positivismo, período marcado pela constitucionalização do direito e busca da efetividade dos direitos fundamentais, passou a exigir uma nova postura do Judiciário em relação aos direitos, sobretudo os sociais.

Em adendo, Didier e Zaneti (2012) argumentam que o processo coletivo expressa um novo modelo de litigação, qual seja, a litigação de interesse público ou *Public Law Litigation*. De fato, esse tipo de tutela visa a uma proteção para além dos direitos e interesses individuais, pois o processo coletivo almeja à “preservação da harmonia e a realização dos objetivos constitucionais da sociedade e da comunidade” (DIDIER; ZANETI, 2012, p.29). Nessa esteira, a amplitude social da tutela coletiva permite que esse tipo de litigância promova o controle judicial de políticas.

Importante reforçar que essa litigação abarca o chamado interesse público primário, o qual se refere a um complexo de interesses coletivos prevalentes em uma sociedade. O

interesse público primário diverge do secundário, que é formado por interesses que a Administração Pública possui como qualquer sujeito direito: são interesses patrimoniais e subjetivos (MELLO, 2015). Destarte, Fredie Didier e Hermes Zaneti (2012) consignam que o processo coletivo precisa caracterizar um processo de interesse público (primário).

Nesse diapasão, em um contexto de politização da justiça, constitucionalização de direitos e ativismo judicial, o Judiciário vem assumindo um novo papel: o de instância organizada de solução de conflitos metaindividuais, haja vista que o processo coletivo vem assumindo nova importância no ordenamento jurídico pátrio. Essa potencialização do Direito e do Judiciário pela CR/88 ocorreu principalmente por meio do viés coletivo conferido aos direitos fundamentais pela Lei Maior e a partir da criação dos instrumentos necessários para a tutela desses direitos, como o Mandado de Segurança Coletivo, o Mandado de Injunção, a Ação Direta de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), a desvinculação do MPF da defesa de interesses da União, que passaria a ser incumbência da Advocacia Geral da União e repartição das competências dos tribunais, de modo que o STF ficou encarregado da defesa da Constituição da República.

Esse processo coletivo que ganhou novo fôlego a partir da Constituição Cidadã e das novidades trazidas por ela conceitua-se como:

“(...) processo instaurado por ou em face de um legitimado autônomo, em que se postula um direito coletivo *latu sensu* ou se afirma a existência de uma situação jurídica coletiva passiva, com o fito de obter um provimento jurisdicional que atingirá uma coletividade, um grupo ou um determinado número de pessoas.” (DIDIER; ZANETTI, 2012, p.44).

Dentre os procedimentos criados especificamente para atender às causas coletivas, pode-se citar a Ação Popular (Lei 4717/65 e art. 5º, LXXIII, CR/88), a Ação Civil Pública (Lei 7347/85 e reconhecida constitucionalmente no art. 129, III Ca CR/88), o Mandado de Segurança Coletivo e Ações Coletivas para defesa de direitos individuais homogêneos (art. 91 a 100 do CDC) e Ação de Improbidade Administrativa.

Especialmente relacionada com o tema da judicialização da saúde é a adoção da espécie “direitos individuais homogêneos” no rol dos direitos coletivos, situando-se como mais uma particularidade do processo coletivo nacional. Então, quanto à classificação dos direitos coletivos, tem-se que os direitos coletivos *latu sensu* constituem um gênero cujas espécies são os direitos difusos, os coletivos *stricto sensu* e os individuais homogêneos, de modo que as duas primeiras espécies são direitos essencialmente coletivos e os direitos individuais homogêneos são acidentalmente coletivos (DIDIER; ZANETTI, 2012).

Assim, direitos difusos são transindividuais, isto é, pertencem a uma coletividade e são indivisíveis, porque só podem ser considerados como um todo. Em adição, apresentam como titulares pessoas indeterminadas, não podendo ser individualizados. Por sua vez, essas pessoas indeterminadas titulares do direito difuso estão ligadas por circunstâncias de fato, a exemplo da proteção ao meio ambiente, a preservação da moralidade da Administração Pública e a proteção contra a publicidade enganosa ou abusiva veiculada por meios de mídia de massa.

Já os direitos coletivos *stricto sensu* são transindividuais, indivisíveis e seus titulares (grupo, classe ou categoria de pessoas) estão ligados entre si ou com a parte contrária (réu) por meio de uma relação jurídica base, que é necessariamente prévia à lesão. Desse modo, direitos difusos e coletivos *stricto sensu* se diferenciam pelo fato de estes apresentarem titulares determináveis e que apresentam uma coesão enquanto grupo/classe/categoria. Como exemplos de grupos destacam-se os membros de um sindicato ou contribuintes de um tributo.

Por último, a criação dos direitos individuais homogêneos pelo ordenamento jurídico brasileiro constitui ficção jurídica que permite a proteção de direitos individuais com dimensão coletiva, como o direito à saúde. A necessidade de criar tal categoria de direito coletivo advém da tendência atual de padronização ou massificação das relações jurídicas e, conseqüentemente, das lesões produzidas no âmbito dessas relações. Os titulares desses direitos são as pessoas lesadas, quando a lesão decorrer de origem comum, tomadas abstrata e genericamente para fins de tutela. Os benefícios dessa invenção do direito brasileiro são patentes: a proteção coletiva (molecular) afasta a fragmentariedade da tutela individual (tratamento atomizado). Além disso, a tutela coletiva garante economia processual, acesso à justiça e aplicação voluntária e autoritativa do direito material (GIDI, 2003).

Outrossim, endossando o que foi afirmado alhures, a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos não traduz a mera reunião de direitos individuais, sob pena de deturpação desse tipo de litigância. Sobre a caracterização de uma ação coletiva que veicula direitos individuais homogêneos, Araújo Filho (2000) consignou o seguinte:

“Uma ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos não significa a simples soma das ações individuais. Às avessas, caracteriza-se a ação coletiva por interesses individuais homogêneos exatamente porque a pretensão do legitimado concentra-se no acolhimento de uma tese jurídica geral, referente a determinados fatos, que pode aproveitar a muitas pessoas. O que é completamente diferente de apresentarem-se inúmeras pretensões singularizadas, especificamente verificadas em relação a cada um dos respectivos titulares do direito(...)torna-se absolutamente inviável, por isso mesmo, o processamento de um feito, pseudocoletivo, que na verdade encerra pedidos singularizados em prol de centenas ou milhares de pessoas, visando à condenação específica do réu em benefício de cada uma delas, ou seja, mero somatório de pretensões individuais” (ARAÚJO FILHO, 2000, p. 114).

Portanto, um dos elementos diferenciadores desse tipo de ação ora estudada é a veiculação de uma tese jurídica geral. Esta, por sua vez, deve expressar um interesse público primário cuja proteção convém à sociedade.

Quanto aos legitimados à propositura de ações coletivas, destaca-se no direito brasileiro 03 (três) regramentos, quais sejam, a legitimação do cidadão-particular, como acontece na Ação Popular (i); legitimação de pessoas jurídicas de direito privado, como sindicatos, partidos e associações (ii) e a legitimação de órgãos do Poder Público, a exemplo do Ministério Público na ACP (iii).

Impende destacar que a Defensoria Pública também se apresenta como órgão legitimado para a propositura de ACP's, mas o presente estudo não focou a atuação judicial desse órgão, pois a pacificação dessa legitimação ativa da Defensoria é tema recentíssimo, datado de 2015, o que inviabiliza uma pesquisa baseada em dados sobre as ações propostas por tal instituição. Não obstante, necessário reconhecer o tortuoso caminho percorrido pela Defensoria Pública para se firmar como legitimada à ACP, inclusive quanto a direitos individuais homogêneos e indisponíveis.

Dessa forma, até a Lei 11.448/07 existiam apenas 02 (duas) hipóteses em que era aceita a legitimidade ativa das Defensorias no processo coletivo: a Defensoria Pública atuaria como representante judicial de associação hipossuficiente e a outra possibilidade dependia da previsão expressa de um órgão da Defensoria Pública para atuar na tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos (art. 82, III, Lei 8078/90). A Lei 11.448/07, por sua vez, modificou a redação do artigo 5º da Lei de Ação Civil Pública para incluir, expressamente, a Defensoria Pública como órgão legitimado para a propositura de Ação Coletiva.

No que tange ao controle da legitimidade ativa da Defensoria Pública, o art. 4º, VII da LC nº 132/09 é expresso ao determinar que a ACP proposta pela Defensoria deve, de algum modo, beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes.

Não obstante a ampla previsão normativa acerca da legitimidade da Defensoria para a propositura de ACP, foi aviada pela CONAMP (Associação Nacional dos Membros do Ministério Público) a Ação de Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3943, questionando a constitucionalidade das leis acima. Em maio de 2015, o STF julgou a citada ação e decidiu pela constitucionalidade de se atribuir à Defensoria Pública legitimidade para propositura de ações coletivas. Em seu voto, a Ministra Relatora Carmen Lúcia destacou:

“A outorga à Defensoria Pública de legitimidade ativa “ad causam ” para ajuizar a ação civil pública traduz significativo avanço institucional de nosso ordenamento jurídico, além de representar, notadamente em face das pessoas socialmente

desassistidas e financeiramente despossuídas, um marco significativo no processo de afirmação dos direitos metaindividuais , cuja proteção tem, naquele instrumento processual, um poderosíssimo meio de tutela e amparo, em sede jurisdicional das comunidades que reúnem pessoas carentes e totalmente marginalizadas.” (BRASIL, 2015)’.

Em sua argumentação, a Ministra se embasa numa costura hermenêutica dos princípios insculpidos na CR/88, mormente no que tange aos princípios da força normativa da constituição, da dignidade à pessoa humana, do acesso à justiça e da máxima efetividade das normas constitucionais (art.1º, III e art. 5º, XXXV, LXXIV, LXXVIII da CR/88). Ademais, mencionou a inexistência de norma de exclusividade do Ministério Público para ajuizamento de Ação Civil Pública.

Assim, a pacificação relativa à constitucionalidade da legitimação ativa da Defensoria para a propositura de ações coletivas só vem a reforçar a ideia avençada por Fredie Didier e Hermes Zaneti de que o Judiciário está se transformando na nova ordem constitucional em instância organizada de solução de conflitos metaindividuais.

2.4.2 A Constituição da República de 1988 e o novo papel do Ministério Público

O presente trabalho optou por analisar a judicialização da saúde no estado de Minas Gerais sob o prisma do processo coletivo e, precipuamente, sob a lógica da atuação do Ministério Público (MP), um dos legitimados à propositura de Ações Cíveis Públicas (ACP's). A escolha desse viés fundou-se no fato de que apenas em 2015 foi pacificada a legitimidade ativa das Defensorias na propositura dessas ações. Outra justificativa para a ênfase do órgão ministerial foi o novo papel assumido pela instituição do Ministério Público no contexto do Estado Constitucional de Direito inaugurado com a Constituição Cidadã.

Nas constituições anteriores à de 1988, o MP não era dotado de autonomia, tendo sido previsto enquanto instituição apenas na Constituição de 1934, mas sempre destituída de autonomia. Assim, ora o MP subordinava-se ao Poder Executivo, ora ao Judiciário. A partir da Constituição Cidadã, esse cenário se modifica radicalmente e o MP passa a ser previsto em capítulo próprio, intitulado como “Das funções essenciais à Justiça”, ao lado da Defensoria Pública e das Advocacias privada e pública. Nesse sentido, o art. 127 define o órgão em referência da seguinte forma:

“Art. 127: O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.” (BRASIL, 1988).

Nota-se que o supracitado dispositivo define o Ministério Público a partir das finalidades perseguidas pelo órgão. Ainda sobre a definição dessa instituição, Hugo Nigro Mazzilli (2007b) caracteriza o Ministério Público enquanto:

“(...) um órgão do Estado (não do governo, nem do Poder Executivo), dotado de especiais garantias, ao qual a Constituição e as lei cometem algumas funções ativas interativas, em juízo ou fora dele, para a defesa de interesses da coletividade, principalmente os indisponíveis e os de larga abrangência social”. (MAZZILLI, 2007b, p. 41).

De modo a viabilizar que o MP desempenhasse essa função permanente e essencial à justiça, a CR/88 previu também uma série de garantias à instituição e a seus membros com o escopo de garantir a sua independência e autonomia. Nessa senda, são garantias dos membros do MP: vitaliciedade, consistente na garantia da perda do cargo, após dois anos de exercício, apenas por decisão judicial transitada em julgado (i); inamovibilidade, que consiste na possibilidade de remoção apenas em virtude de interesse público ou por decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, assegurada ampla defesa (ii); irredutibilidade de subsídios (iii) e foro privativo nos Tribunais (iv).

No tocante às garantias da instituição em si, a CR/88 assegurou a autonomia funcional, administrativa e financeira. Além disso, a Lei Maior resguarda o princípio do promotor natural, que consiste na proibição da nomeação de promotores *ad hoc*. Outros princípios aplicados a essa instituição são o da unidade, uma vez que todos os membros do Ministério Público, seja federal ou estadual, formam parte de um único órgão, representando uma só vontade, sob a direção de um só chefe. Todavia, Mazzilli (2007b) pondera que só há unidade dentro de cada Ministério Público, não existindo, por exemplo, unidade entre Ministério Público Federal e os dos Estados, nem entre o de um Estado e o de outro, nem sequer entre os diversos ramos do Ministério Público da União.

Já o princípio da indivisibilidade permite que os membros da instituição possam ser substituídos uns pelos outros nos processos. O princípio da independência funcional, por sua vez, assegura aos membros do Ministério Público atuação independente no exercício de suas funções, sem nenhum vínculo de subordinação hierárquica, mesmo em relação ao chefe da instituição.

Imbuída de todas essas garantias e protegida pelos princípios acima, a instituição do MP representa importante papel em um ordenamento democrático, cabendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, conforme descrito no art. 127 da CR/88.

Além dessas importantes funções, outras podem ser destacadas, em consonância com o art.129 da CR/88:

“Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;

V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.” (BRASIL, 1988).

Destarte, o MP exerce funções na seara penal, promovendo a ação penal, seja como parte autora (ação penal pública), seja como interveniente (ação penal privada); na seara civil, o membro do MP atua como fiscal da lei ou como parte (como acontece nas demandas de saúde) e na seara administrativa, o *Parquet* faz o atendimento ao público, atua no controle externo da atividade policial e na promoção do inquérito civil.

Todas essas funções desempenhadas pelo *Parquet* foram fortalecidas a partir da CR/88, destacando-se sobremaneira a atuação do MP no campo do processo civil com a defesa dos direitos e interesses coletivos e difusos. Esse novo papel do MP foi possível graças ao paradigma de Estado de Direito inaugurado com a Constituição Cidadã, marcado pela preponderância do interesse público e pelo alargamento dos direitos sociais e coletivos.

Outrossim, essa nova forma de atuação do MP também foi favorecida pela vivência da terceira onda de democratização ou democracia contra hegemônica (AVRITZER; SANTOS, 2003), fenômeno marcado pela crise da democracia representativa e pelo surgimento de novas instituições em defesa dos interesses e prioridades dos cidadãos, tais como o próprio Ministério Público, ONG's, Defensorias Públicas e Sindicatos.

Convém destacar que no presente trabalho, o qual investigou as Ações Civas Públicas em matéria de saúde propostas pelo Ministério Público Estadual e Federal contra o Estado de Minas Gerais em 2015, focou-se a atuação do *Parquet* no âmbito do processo civil. Nesse campo, o Ministério Público atuou ainda enquanto parte em legitimação extraordinária, isto é, substituindo o cidadão-paciente na defesa de um interesse individual homogêneo. Esse tema, por seu turno, será melhor explanado no próximo item.

2.4.3 Sobre a atuação do Ministério Público nas Ações Civas Públicas para a defesa de direitos individuais homogêneos

O novo paradigma processual inaugurado com a CR/88 foi marcado pela publicização do Direito, pelo crescimento das demandas de massa e primazia dos direitos fundamentais, principalmente os sociais, que foram ampliados na Constituição Cidadã. Nesse cenário, o crescimento da atuação do Ministério Público mostrou-se uma consequência natural, tendo em vista que o novo ordenamento atribuiu ao órgão ministerial a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, enquanto instituição essencial à função jurisdicional do Estado.

Todavia, a defesa da ordem jurídica pelo Ministério Público e a sua essencialidade à função jurisdicional, nos termos propostos pelo art. 127 da CR/88, não significam que em toda prestação jurisdicional deve haver a intervenção do Ministério Público.

Ao revés, a legitimação ativa do *Parquet* estará presente quando o litígio envolver a indisponibilidade do interesse/direito em jogo e expressão/conveniência social da intervenção ministerial. Isso ocorre porque a função institucional do órgão em comento perpassa a defesa e proteção do interesse público primário.

Por isso, quanto à intervenção do Ministério Público no processo civil, Hugo Nigro Mazzilli (2003) propugna pela sua legitimidade quando se tratar de ações que envolvam direitos individuais disponíveis ou indisponíveis, desde que o direito ou situação a ser protegida sejam amplos e relevantes dotados, enfim, de conotação social. Tal entendimento foi acolhido pelo STF no RE 248.869, 2ª Turma, publicado em 07/08/03, de relatoria do Min. Maurício Correa.

Essa posição é reforçada também pelo Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo (CSMP-SP) em sua Súmula 07 abaixo transcrita:

“O Ministério Público está legitimado à defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos de consumidores ou de outros, entendidos como tais os de origem comum, nos termos do art. 81º, III, c/c o art.82, I, do CDC, aplicáveis estes últimos a toda e qualquer ação civil pública, nos termos do art.21º da LAC 7.347/85, que tenham relevância social, podendo esta decorrer, exemplificativamente, da natureza

do interesse ou direito pleiteado, da considerável dispersão de lesados, da condição dos lesados, da necessidade de garantia de acesso à Justiça, da conveniência de se evitar inúmeras ações individuais, e/ou de outros motivos relevantes”. (SÃO PAULO, 2016).

Na atual judicialização da saúde predomina o entendimento de que a saúde configura direito indisponível, estando, em virtude desse fato, justificada a legitimidade ativa do Ministério Público nas ACP's dessa matéria. Não obstante, em julgados recentes, Renato Dresch, Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), vem questionando a indisponibilidade do direito à saúde, ao afirmar que os pacientes detêm autodeterminação e liberdade para escolher entre se submeter ou não ao tratamento proposto. Assim, diante dessa autonomia e possibilidade de disposição do exercício dos direitos fundamentais, restaria afastada a legitimação ativa do Ministério Público na hipótese de substituído não hipossuficiente. Esse entendimento pode ser extraído, por exemplo, do Agravo de Instrumento nº 1.0704.15.011710-6/001 (MINAS GERAIS, 2016).

Em que pese o entendimento desse Desembargador, com base na doutrina de Hugo Nigro Mazzilli acima exposta, entende-se no presente trabalho pela legitimidade ativa do órgão ministerial, mesmo em se tratando de paciente capaz e de direito disponível. Ocorre que a atuação do *Parquet* em sede de ACP, na defesa de direitos individuais homogêneos, reclama, sobretudo, a conveniência social do objeto da demanda. A própria definição de ação coletiva (pretensão que veicula uma tese geral que aproveita a muitas pessoas) traz consigo o requisito da abrangência social defendidos por Mazzilli (2003; 2012) e Didier e Zaneti (2012).

Assim, uma ACP proposta para obrigar um ente público ao fornecimento de medicamentos não demonstra o requisito da repercussão social pelo simples fato de a demanda envolver o empático direito “saúde”, seja ele caracterizado como disponível ou indisponível. Tampouco é suficiente a simples menção ao bordão “saúde é direito de todos e dever do Estado” (BRASIL, 1988) para se garantir a relevância para a sociedade da ACP proposta. Isso ocorre porque o direito público subjetivo à saúde previsto no art. 196 da CR/88 não significa que os cidadãos têm direito a qualquer prestação em matéria de saúde. Ao contrário, consoante exposto pelo Ministro do STF, Gilmar Mendes, na STA nº 175/CE, os cidadãos têm direito a tudo aquilo que a política pública de saúde oferece. Todavia, é possível pedir judicialmente tratamentos não contemplados no SUS, desde que observados certos critérios, como a comprovação de que o tratamento alternativo do SUS é ineficaz e de que o tratamento novo obedece à medicina baseada em evidências.

Dessa maneira, compreende-se na dissertação em tela que a comprovação da abrangência e repercussão social de uma ACP circunda os critérios acima elencados, extraídos

da STA nº 175/CE e da audiência pública que a precedeu, tema que será melhor detalhado nos itens subsequentes. Isso ocorre, porque o atendimento a tais orientações, mormente no que tange à comprovação das evidências científicas, garante que o tratamento novo atende aos critérios de segurança, eficácia, eficiência e efetividade, os quais protegem o interesse público primário. De mais a mais, com a observância desses elementos definidos na STA nº 175/CE, tem-se constituída uma tese geral que poderá ser utilizada para outros pacientes em situações clínicas semelhantes. Em resumo, de alguma forma a ACP deve buscar tocar na política pública de saúde vigente, o SUS, seja para buscar a inclusão ou exclusão de tecnologias ou para almejar discutir temas como o orçamento público em saúde, a cobertura ofertada à população ou sua reprogramação.

Mas tal interferência na política pública, cuja elaboração e execução incumbem constitucionalmente a outros Poderes, não pode ser fruto do voluntarismo dos profissionais de saúde que atendem ao paciente substituído. Por isso, invocar o art. 196 juntamente com o argumento de que o paciente necessita do tratamento, porque o seu médico o prescreveu, não é fundamento suficiente para justificar a propositura de uma ação coletiva. Certamente, uma ação coletiva que se consubstancia na necessidade do paciente, não apresenta abrangência ou conveniência social, porque tal ação, por óbvio, convém apenas ao paciente individualmente considerado.

Com efeito, uma ACP lastreada apenas no art. 196 da CR/88 e no argumento da necessidade do cidadão, justificada somente pela prescrição do médico especialista (que não demonstra a segurança, eficácia e acurácia do tratamento novo) é medida que contraria o interesse público primário cujo zelo é função institucional do Ministério Público. Ainda, para além de não possuir relevância social, essa ACP que propõe tratamento sem respaldo da medicina baseada em evidência coloca em risco a saúde pública.

O fato de o cidadão precisar de um tratamento prescrito pelo seu médico não significa que o Estado tem (o dever constitucional) de arcar com ele e por isso o Ministério Público não se afigura como parte legítima em uma ACP que se fundamenta apenas na necessidade do cidadão, mesmo que em matéria do estimado direito à saúde. Ocorre que para a caracterização da legitimidade ativa do MP nesse tipo de litígio é fundamental seja demonstrada a tese jurídica geral da ação coletiva aviada, a qual tangencia um interesse público primário dotado de conveniência para a sociedade.

Caso contrário, a ACP restará descaracterizada, não cumprindo a missão a que se destina: harmonizar o ordenamento jurídico, trazendo segurança jurídica e evitando decisões contraditórias em um contexto de demanda de massa. O efeito colateral de uma ACP que não

evidencia sua abrangência social é justamente contrário ao objetivo do processo coletivo: ela acaba contribuindo para o aumento da demanda de massa e não para a sua racionalização. As aproximadamente dez mil ACP's em matéria de saúde contra o Estado de Minas Gerais, conforme dados extraídos do SIGAF da SES/MG, corroboram essa afirmativa e, sobretudo, o fato de a judicialização ser uma regra e não uma exceção.

Outrossim, a ACP pseudocoletiva, além dos danos acima narrados, poderia servir para endossar interesses privados. Certamente, órgãos que carregam o adjetivo “público” em sua designação, como o Ministério Público ou a Defensoria Pública, não foram criados para reforçar o patrimonialismo que desgasta a Administração Pública brasileira. Em verdade, uma ACP que não comprova sua relevância para a sociedade, torna-se uma ação individual travestida de coletiva. Nesse cenário, o órgão que exerce a legitimação extraordinária se transforma em uma espécie de advogado privado do paciente, só que paradoxalmente bancado com dinheiro público para atuar em prol de alguns poucos cidadãos privilegiados.

2.5 Como decidem os juízes em matéria de saúde: sob o manto do livre convencimento, da piedade, do idealismo e do medo

Nos itens abaixo serão diferenciadas as características preponderantes da jurisdição no paradigma do Estado Liberal de Direito e do Estado Constitucional de Direito. Apesar de atualmente o ordenamento jurídico estar sob a égide da Constituição Cidadã e, portanto, no paradigma do Estado Constitucional, os julgados ainda guardam estreitos laços com o Estado Liberal de Direito, consoante observado das decisões proferidas nas 342 ACP's examinadas aqui.

Convém pontuar que esse ranço se faz fortemente presente, sobretudo, no exemplo da judicialização da saúde. Ocorre que nessas demandas predomina uma interpretação que privilegia a lógica dos interesses subjetivos e do interesse particular, não obstante o impacto das decisões judiciais sobre a política pública de saúde.

Além disso, observou-se reiteradamente nos julgados e mesmo nas petições iniciais ora analisadas uma aplicação acrítica da lei, desconectada dos mandamentos constitucionais ou que os toma de modo parcial. Corrobora essa afirmativa o fato de grande parte das ações em saúde desta amostra se fundamentar apenas no art. 6º da CR/88 e em parte do art. 196 da CR/88, pois muitos atores do Direito se esquecem que após a frase “a saúde é direito de todos e dever do Estado” (BRASIL, 1988) existe uma vírgula. Por conta desse detalhe fundamental, tem-se que a saúde é um direito e um dever que não se encerram em si mesmos, mas serão

garantidos mediante políticas sociais e econômicas, segundo se extrai da leitura integral do citado art. 196 da CR/88. Desse modo, nas atuais demandas, verifica-se a comum interpretação dos princípios aos moldes de regras, outro resquício do Estado Liberal de Direito.

Em suma, os operadores do direito insistem em encaixar os litígios atuais, complexos, heterogêneos e de caráter transindividual, na antiga fórmula do Estado Liberal de Direito. A consequência dessa postura é a padronização desses processos, bem como a banalização de demandas que se alicerçam no interesse público primário, como acontece com a judicialização da saúde observada do Estado de Minas Gerais.

2.5.1 Estado Democrático e Constitucional de Direito e seus impactos sobre as decisões judiciais

As demandas de saúde se inserem em um contexto marcado por relações sociais complexas, demandando da jurisdição uma nova forma de interpretação do ordenamento jurídico e de aplicação do mesmo. Ainda nesse cenário, ganham sobremaneira importância o direito público e o processo coletivo para a tutela de relações cada vez mais heterogêneas.

Assim, no Estado Constitucional do Direito e diante de uma sociedade plural, o Judiciário é levado a decidir sobre temas igualmente plurais. Então, nesse contexto marcado pela heterogeneidade, os magistrados são incentivados a adotar uma postura e um modo de decidir compatíveis com a nova natureza das demandas a eles submetidas.

Diferentemente, Luiz Guilherme Marinoni (2015) aponta que no Estado Liberal de Direito a função do juiz se limitava a aplicar a lei geral e abstrata, tendo em vista uma sociedade legalmente igual e relações predominantemente homogêneas. O positivismo e o liberalismo influenciaram amplamente a jurisdição no Estado Liberal de Direito, quando a função do juiz se limitava a declarar o direito ou criar a norma individual, tendo em vista o princípio da supremacia da lei. Além disso, os magistrados se restringiam a apenas buscar a vontade do legislador ao aplicar a lei geral e abstrata ao caso concreto.

A redução do direito à lei, típica do Estado Liberal de Direito e do ideário dominante no fim do século XIX, apresenta como consequência uma padronização das atividades dos operadores do Direito, contribuindo para o aprofundamento de desigualdades. Sobre o tema, reforça Marinoni (2015):

“O positivismo jurídico não apenas aceitou a ideia de que o direito deveria ser reduzido à lei, mas também foi o responsável por uma inconcebível simplificação

das tarefas e das responsabilidades dos juízes, promotores, advogados, professores e juristas, limitando-as a uma aplicação mecânica das normas jurídicas na prática forense, na universidade e na elaboração doutrinária. Isso significa que o positivismo jurídico, originariamente concebido para manter a ideologia do Estado liberal, transformou-se, ele mesmo, em ideologia.” (MARINONI, 2015, p. 37).

Outro reflexo do Estado Liberal de Direito foi a instituição de um modelo de jurisdição adversarial, marcado pela proeminência das partes e pela centralidade dos direitos subjetivos dos particulares, os quais eram protegidos mediante a aplicação da lei.

No Estado Constitucional de Direito, a atividade judicial assume outra dimensão, pois os juízes são agora chamados a "compreender" e atribuir "sentido" e "valor" aos casos concretos (MARINONI, 2015).

O significado dessa necessidade de o juiz atribuir sentido aos casos a ele submetidos é assim definido pelo processualista Luiz Guilherme Marinoni (2015):

“Quando se insiste na necessidade de o juiz atribuir sentido ao caso levado à sua análise, deseja-se, antes de tudo, dizer que ele não pode se afastar da realidade em que vive. Se a percepção das novas situações, derivadas do avanço cultural e tecnológico da sociedade, é fundamental para a atribuição de sentido aos casos que não estão na cartilha do judiciário, a apreensão dos novos fatos sociais, que atingem a família, a empresa, o trabalho etc., é igualmente imprescindível para a atribuição de um sentido contemporâneo aos velhos modelos capazes de ser estratificados em casos”. (MARINONI, 2015, p. 103).

Portanto, atribuir sentido significa considerar as particularidades dessa sociedade heterogênea, não decidindo de modo uniforme ou padronizado, por meio da mera aplicação da lei geral ao caso concreto, pois as demandas não são pré-definidas. Assim, diante de uma sociedade plural e da constante transformação dos fatos sociais, cabe ao juiz, no Estado Constitucional de Direito, regular ou balizar os casos por meio da lei, pois não se está aqui defendendo que elas devem ser preteridas. Todavia, os magistrados não podem olvidar que “a lei se submete às normas constitucionais, devendo ser conformada pelos princípios constitucionais de justiça e pelos direitos fundamentais” (MARINONI, 2015, p. 104).

No Estado Constitucional de Direito prevalece também a imperatividade das normas constitucionais sobre a supremacia da lei, que era um princípio típico do Estado Liberal de Direito. Outro atributo do Estado Constitucional é o dever de proteção ou de tutela dos direitos, sobretudo os fundamentais.

Evidentemente, a jurisdição no Estado Constitucional de Direito trouxe profundas consequências sobre as decisões judiciais e a principal delas é que a lei deve ser interpretada de acordo com a Constituição. Consoante exposto por Marinoni (2015), isso implica que o juiz, após encontrar mais de uma solução a partir dos critérios de interpretação da lei, necessariamente deve escolher aquela que outorgue maior efetividade à Lei Maior. Essa

explicação do referido processualista traduz a chamada interpretação de acordo, a qual constitui uma regra de hermenêutica. Então, tomando por base a interpretação de acordo, quando um juiz está diante de um problema que comporta diversas interpretações, ele deve optar por aquela que melhor se ajuste ao sentido da CR/88.

Em adição, Marinoni (2015) defende que nesses casos o juiz não cria o direito, mas reconstrói a norma jurídica, considerando a relação entre o caso concreto, o texto da lei e as normas constitucionais. Enfim, o juiz zela pela adequada proteção dos direitos fundamentais, ainda que ignorados pelo legislador infraconstitucional.

Além de interpretar a lei em consonância com a Constituição, no Estado Constitucional de Direito os magistrados estão obrigados a justificar a racionalidade de suas decisões e isso é feito a partir do caso concreto, das provas produzidas e da convicção formada sobre as situações de fato e de direito, de modo que a efetividade do contraditório se sobrepõe ao livre convencimento.

O Novo Código de Processo Civil (doravante NCPC), Lei 13105/15, endossa essa característica da jurisdição no Estado Constitucional de Direito ao prever expressamente o princípio da efetividade do processo em seu art. 7º, parte final, ao dispor sobre a necessidade de o juiz zelar pelo efetivo contraditório. Além disso, em seu art. 10º há a previsão de regra que concretiza o princípio do contraditório ao proibir decisão surpresa e impor o dever de consulta às partes:

“Artigo 10º: O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.” (BRASIL, 2015).

Ainda em harmonia com as características do Estado Constitucional de Direito, o NCPC trouxe o princípio da cooperação, que abrange todos os sujeitos processuais e inclusive o juiz. Esse princípio se traduz enquanto corolário da boa-fé processual e apresenta como reflexos o dever de consulta (art. 10 acima transcrito), de esclarecimento (implica proferir decisões claras e pedir esclarecimentos às partes), de prevenção (juiz deve apontar falhas no processo) e dever de auxiliar as partes na remoção de obstáculos processuais. A própria CR/88 prevê em seu art. 93, IX que as decisões serão fundamentadas, sob pena de nulidade.

Em seu art. 489, §1º, o NCPC indica, também, as características de uma decisão não fundamentada, previsão que reforça o princípio constitucional acima, sobre a obrigatoriedade da fundamentação:

“Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

....

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.” (BRASIL, 2015).

Sobre a fundamentação das decisões, o NCPC trouxe uma série de novidades que, ao privilegiarem o policentrismo, a coparticipação e a cooperação, acabaram por endossar as características da jurisdição no Estado Constitucional de Direito. Uma dessas novidades foi a exclusão do livre convencimento, sugestão do jurista Lenio Luiz Streck acatada pelo Deputado Paulo Teixeira, relator do NCPC, sob a justificativa de que “embora historicamente os Códigos Processuais estejam baseados no livre convencimento e na livre apreciação judicial, não é mais possível, em plena democracia, continuar transferindo a resolução dos casos complexos em favor da apreciação subjetiva dos juízes e tribunais” (STRECK, 2015).

Prosseguindo em sua argumentação, Streck sustenta que o livre convencimento não se coaduna com uma importante característica do processo no Estado Constitucional, qual seja, servir de meio de controle, pelos cidadãos, das decisões judiciais, pois ao juiz não é dado decidir de forma arbitrária. Ao revés, o nível atual de complexidade das demandas, proporcionado especialmente pela centralidade alcançada pelos direitos fundamentais, exige decisões que respeitem o arcabouço principiológico da Lei Maior e as construções do Direito.

Ademais, essa função de controle desempenhada pelo processo se assenta, segundo defende o aludido jurista, em duas razões: primeiramente, porque é por meio do processo que o cidadão vê seus direitos garantidos e protegidos por meio da atividade jurisdicional. Em segundo lugar, o processo, no Estado Democrático e Constitucional de Direito, é também

democrático e como tal deve permitir ao cidadão participar da construção das decisões que o atingirão. Nesse sentido, o contraditório se apresenta como ferramenta que viabiliza a participação e o diálogo das partes no processo, concretizando, então, seu viés democrático.

Em consonância com a argumentação de Streck, Marinoni (2015) defende que a demonstração das razões do convencimento do juiz exsurge como instrumento de controle dos cidadãos das decisões proferidas, “já que a sentença deve ser o resultado de um raciocínio lógico-argumentativo capaz de ser demonstrada mediante a relação entre o relatório, a fundamentação, a parte dispositiva, as alegações formuladas e as provas produzidas pelas partes no processo” (MARINONI, 2015, p. 116).

Outrossim, discorrendo sobre a incompatibilidade do livre convencimento no ordenamento jurídico hodierno, Lenio Streck (2015) esclarece que tal instituto não é sinônimo de decisão fundamentada, porque à luz do princípio que exige a fundamentação das decisões (art. 93, IX, CR/88), o” juiz não tem a opção de se convencer por qualquer motivo, mas deve explicitar com base em que razões, que devem ser intersubjetivamente sustentáveis, ele decidiu desta e não daquela maneira”.

Além de ter extirpado o livre o convencimento, o NCPC trouxe outros instrumentos que têm por escopo coibir arbitrariedades e voluntarismos praticados por magistrados em seu labor decisório. Destarte, no art. 926 existe previsão de que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” (BRASIL, 2015).

Integridade e coerência das decisões dos Tribunais constitui um binômio que tem o objetivo de afastar decisões discricionárias e concretizar a igualdade no processo, além de corroborar a necessidade de fundamentação substancial, impedindo que o cidadão seja surpreendido por decisões de acordo com a consciência do julgador. A primeira palavra do binômio, integridade, significa, nas palavras de Streck (2014), que os juízes devem construir seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito e à comunidade de princípios, traduzindo uma verdadeira garantia contra arbitrariedades interpretativas e atitudes voluntaristas dos juízes. Já a coerência se relaciona com igualdade, ou seja, “haverá coerência se os mesmos preceitos e princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos”. Portanto, a decisão judicial no NCPC deve se sustentar no convencimento fundamentado (que não é livre) e também nos atributos da coerência e integridade.

Endossando o tema relativo aos atributos das decisões, Luiz Guilherme Marinoni (2015) consigna que a fundamentação do juiz deve apresentar certas características para ser considerada adequada no Estado Constitucional. Dessa feita, em primeiro lugar, a fundamentação tem de ser racional, sob pena de não ser intersubjetivamente controlável. Essa

racionalidade, por seu turno, deve ser interna (refere-se à ausência de contradição, isto é, o dispositivo da sentença decorre logicamente da fundamentação) e externa (refere-se à adequação das escolhas das premissas empregadas, ao oferecimento de razões suficientes capazes de sustentarem escolhas e valorações feitas pelo juiz).

Além disso, o produto da interpretação deve ser universalizável e coerente. Quanto ao primeiro aspecto, universalização, a justificação apresentada em uma decisão deve ser capaz de se replicar em casos futuros idênticos ou semelhantes. Nota-se aqui uma proximidade conceitual entre a universalização defendida por Marinoni e a necessidade de coerência das decisões descritas no art. 926 do NCPC e discutida por Streck. Quanto ao aspecto coerência, ele implica que a justificação de uma decisão tem de ser capaz de ser reconduzida a “um conjunto, internamente consistente, formal e materialmente, de princípios e regras’ amalgamadas por ‘princípios fundamentais comuns” (MARINONI, 2015, p. 120). Assim, a definição do atributo coerência de Marinoni é próxima à definição de integridade trazida no art. 926 do NCPC. Outrossim, uma decisão fundamentada, no âmbito do Estado Constitucional de Direito, tem de ser fruto do contraditório, sob pena de não ser democraticamente aceitável (MARINONI, 2015), isto é, deve ser consequência de um amplo diálogo conduzido e estimulado pelo juiz.

Em verdade, todas essas previsões, constitucionais, infraconstitucionais e doutrinárias, reforçam que, no Estado Constitucional de Direito, não basta o livre convencimento, pois incumbe ao juiz demonstrar as razões de seu convencimento, que deve ser obrigatoriamente fruto do diálogo com as partes, que ganhou novos contornos a partir do NCPC.

2.5.2. Como de fato decidem os juízes (nas demandas de saúde)

As decisões dos juízes nas demandas de saúde sorteadas nesta dissertação evidenciam um manejo ainda titubeante quanto à judicialização dos direitos sociais e da possibilidade de controle judicial das políticas públicas. De mais a mais, relevam que no século XXI, em pleno Estado Constitucional de Direito, os juízes persistem em decidir com espreque em institutos e ideais do Estado Liberal de Direito, de fins do século XIX e início do século XX.

Além de serem padronizadas, essas decisões judiciais vêm se demonstrando alheias às leis e políticas públicas vigentes nessa seara, ao arrepio das ponderações e escolhas válidas feitas pelo legislador e pelo Executivo, tomadas no âmbito das listas de medicamentos, das disposições da ANVISA e da Lei do SUS (Lei 8080/90), por exemplo. São decisões que

parecem desconsiderar seus efeitos econômicos, o custo dos direitos e os limites da reserva do possível. Mais grave ainda, os juízes, protegidos pelo manto do livre convencimento, pela empatia que embala o direito à saúde ou medo de que o cidadão-paciente venha a morrer em virtude de uma decisão denegatória, esquivam-se de analisar as demandas de saúde à luz de uma teoria da argumentação e de princípios constitucionais tomados em seu conjunto. Desse modo, decisões judiciais padronizadas (mesmo diante de pacientes, pedidos, provas e doenças diversos) lançam por terra o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal, a necessidade de fundamentação substancial das decisões, bem como outros atributos da jurisdição típicos do Estado Constitucional de Direito.

Além disso, muitos dos atuais julgados simplesmente ignoram as recomendações científicas de contraindicação do medicamento ou procedimento pedido. Como exemplo dessa postura dos operadores do Direito, destaca-se o caso dos medicamentos campeões de pedidos judiciais, como o Lucentis, nome comercial do Ranibizumabe, para o qual a CONITEC já emitiu parecer desfavorável. Não obstante, argumentos de ordem técnico-científica simplesmente são preteridos pelos magistrados, em nome da necessidade do paciente, da prescrição do médico especialista e de uma pretensa urgência, que na maior parte dos casos a parte autora não consegue provar.

Por conseguinte, constata-se que o direito à saúde é tido como absoluto, o que inviabiliza o balanceamento entre ele e outros princípios, como o da igualdade, economicidade, universalização no acesso à saúde, proporcionalidade e razoabilidade. Ademais, os princípios constitucionais acima mencionados devem ser analisados não de forma isolada, mas conjuntamente com outros elementos, a exemplo das leis orçamentárias e dispositivos constitucionais acerca dessa matéria, das políticas públicas de saúde vigentes, das listas de medicamentos em vigor, da Lei do SUS (Lei nº 8080/90), dos pareceres e diagnósticos médicos e orientações da ANVISA, como já anotado linhas acima.

A característica do Estado Constitucional de Direito que preconiza a interpretação das leis balizada pela Constituição certamente não significa que as leis devem ser ignoradas em nome da Lei Maior. Nem tampouco tal atributo pode conduzir a uma interpretação das normas constitucionais de modo absoluto ou, pior, parcial, considerando-se apenas alguns princípios e ignorando os demais. Contudo, ao se decidir nas ações de saúde com base apenas no art. 196, os juízes promovem uma interpretação da CR/88 justamente absoluta e incompleta, pois conforme defendido alhures, para muitos profissionais do Direito o art. 196 se encerra na frase “a saúde é direito de todos e dever do Estado” (BRASIL, 1988).

Com efeito, as questões complexas trazidas pela nova ordem constitucional, como a efetivação do direito à saúde ou o sistema de cotas no ensino superior brasileiro, não podem ser tratadas de modo simplista pelos atores do Direito. Ao contrário, o conjunto principiológico trazido pela CR/88 deve ser analisado como um todo e não aos moldes “tudo ou nada”, típico das regras, sob pena de se ferir a máxima efetividade das normas constitucionais.

No julgamento da ADPF nº 186, que discutiu a constitucionalidade das ações afirmativas no ensino superior nacional, mormente no que tange à legitimidade do sistema de cotas, o Ministro Relator Ricardo Lewandowski foi categórico ao afirmar que:

“Medidas que buscam reverter, no âmbito universitário, o quadro histórico de desigualdade que caracteriza as relações étnico raciais e sociais em nosso País, não podem ser examinadas apenas sob a ótica de sua compatibilidade com determinados preceitos constitucionais, isoladamente considerados, ou a partir da eventual vantagem de certos critérios sobre outros, devendo, ao revés, ser analisadas à luz do arcabouço principiológico sobre o qual se assenta o próprio Estado brasileiro”. (BRASIL, 2012).

Na judicialização da saúde atual observa-se exatamente o oposto do recomendado no voto do Ministro Relator Lewandowski: juízes decidem exclusivamente com espeque no art. 196 da CR/88, negligenciando o conjunto do direito e a comunidade de princípios (integralidade).

O modo absoluto como o Judiciário vem interpretando e aplicando os princípios em sede de judicialização da saúde demanda um breve registro acerca da teoria dos princípios cujo desenvolvimento recebeu uma grande contribuição das obras *Levando os direitos a sério*, de Ronald Dworkin (2010) e *Teoria dos direitos fundamentais*, de Robert Alexy (2008). A doutrina elaborada pelos citados filósofos do Direito balizou a diferença entre regras e princípios, conceitos esses que parecem se confundir em muitas das decisões proferidas em matéria do direito fundamental à saúde.

Conforme esposado por Dworkin (2010), as regras são aplicadas na modalidade tudo ou nada e, como pontuou Alexy (2008), regras são normas que só podem ser satisfeitas ou não. Condensando os ensinamentos dos citados jus-filósofos, Luis Roberto Barroso (2008) concluiu sobre a questão da interpretação das regras:

“Não há maior margem para elaboração teórica ou valoração por parte do intérprete, ao qual caberá aplicar a regra mediante subsunção: enquadra-se o fato na norma e deduz-se uma conclusão objetiva. Por isso se diz que as regras são mandados ou comandos definitivos”. (BARROSO, 2008, p. 08).

Resta aqui mais uma distinção entre regras e princípios: aquelas garantem direitos definitivos e estes, direitos *prima facie*, isto é, que são exercidos na medida do possível, como mandamentos de otimização. Isso significa que os princípios se caracterizam pelo fato de poderem ser satisfeitos em diversos graus, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes (ALEXY, 2008).

Assim, de ante de uma situação de tensão entre direitos fundamentais, como direito à vida e direito à saúde ou entre direitos fundamentais e princípios constitucionais, a exemplo do conflito direito à saúde *versus* universalização do acesso a tal direito, os juízes devem ponderar esses princípios e não tomar um deles, no caso, o direito à saúde, de modo definitivo e absoluto à semelhança de uma regra. Tal como ponderado por Ricardo Lewandowski na ADPF nº 186, os preceitos constitucionais não devem ser tomados isoladamente, pois no caso das ações afirmativas, a mesma Constituição de 1988 que acolhe a meritocracia como parâmetro para a promoção aos seus níveis mais elevados, também alberga a igualdade de acesso, o pluralismo de ideias e a gestão democrática como princípios norteadores do ensino.

Consoante anotado por Alexy (2008), nesses casos em que há colisão entre princípios, um deles irá ter precedência sobre o outro sob determinadas condições e balanceadas certas variáveis fornecidas tanto pelo arcabouço do Direito, como pelos fatos. Nessa esteira, os princípios devem ser analisados a partir do prisma do peso assumido por cada um deles, pois eles possuem pesos diversos e aqueles de maior peso têm precedência (ALEXY, 2008).

Outrossim, a forma absoluta como comumente o direito à saúde é tratado por alguns magistrados brasileiros pode ser cotejada não apenas com a teoria dos princípios, mas também com a *Ideia de Justiça* do filósofo e economista indiano Amartya Kumar Sen (2011).

Em muitos casos, os sentimentos de caridade e empatia que envolvem o direito à saúde, como pontuou o Desembargador Oliveira Firmo (2011), conduzem a decisões judiciais que parecem querer eliminar as injustiças e mazelas da realidade brasileira por meio da sentença. Por essa razão, os direitos à vida e à saúde tornam-se nesses provimentos direitos intangíveis, que não podem sofrer qualquer limitação por argumentos tidos por secundários, como os de ordem financeira, técnica e burocrática. Evidencia-se, pois, a partir dessa forma de interpretação, o intento de se alcançar ou fazer justiça, enquanto um ideal, por meio do

processo e a partir de uma sentença favorável ao cidadão que pleiteia medicamentos ou procedimentos.

Entretanto, consoante anotado por Sem (2011), a justiça deve ser abordada em compasso com a realidade, sendo almejada não uma justiça perfeita, mas a “melhoria da justiça” ou “remoção da injustiça”. A teoria de justiça defendida pelo filósofo indiano preconiza um enfrentamento realista das questões que envolvem a justiça ao invés de buscar uma justiça perfeita e, por conseguinte, utópica.

Na esteira do pensamento do referido filósofo, proferir uma decisão que desconsidera a dimensão coletiva do direito à saúde, os princípios da igualdade, proporcionalidade e universalidade de tal direito, bem como o custo dos direitos sociais, não só para o Estado, mas para os demais cidadãos, igualmente sem acesso aos serviços de saúde, significa buscar uma justiça transcendental por meio do processo.

A decisão idealista, embalada pela imponência que cerca o direito à saúde e que busca resolver as mazelas de um país marcado por escândalos de corrupção e má utilização dos recursos públicos, olvida o fato de que o Direito possui regras próprias. Essas condicionam o agir de todos os profissionais dessa seara, a fim de garantir a segurança jurídica e a equidade das decisões. E em respeito a tal regramento, as sentenças, por mais nobre que seja o desiderato, não podem solucionar os problemas da saúde no Brasil à custa de interpretações radicais e absolutas, que ferem o devido processo legal e desconsideram os elementos trazidos aos autos.

Destarte, o desafio de ponderar no *decisum* o direito fundamental à saúde com outras variáveis foi definido pelo Desembargador Osvaldo Oliveira Araújo Firmo (2011) da seguinte forma:

“Não se deve perder de vista que não fica a questão jungida exclusivamente ao princípio (constitucional), embora por ele – como vetor – se decida a causa. Na espécie incidirão outros elementos normativos, como as leis ordinárias, por exemplo, que muito comumente desafiam interpretação por suas manifestas ambiguidades semânticas (...). E em estando no campo interpretativo, é de se ter que múltiplas são as possibilidades racional e razoavelmente postas, remetendo a solução ao resultado da sintonia com o direito, este em permanente construção social e histórica.” (FIRMO, 2011, p.293-306).

O Desembargador atenta ainda para o perigo de os magistrados preterirem o arcabouço das regras jurídicas e do critério técnico-cognitivo em nome de um sentimento de caridade e empatia para com o jurisdicionado, posto estar em jogo o direito à saúde. Em que

pese a nobreza de tais sentimentos, eles podem conduzir a uma decisão equivocada e parcial, em que o direito fundamental sob exame é interpretado de forma absoluta, em prejuízo de outros princípios, em especial, a proporcionalidade.

Consoante lembrado por Oliveira Firmo, os direitos à saúde e à vida são de uma grandiosidade sedutora, o que não pode cegar o juiz a ponto de ele negligenciar os critérios técnicos próprios do Direito, sob pena de proferir uma decisão arbitrária e sem a devida fundamentação, comando este que emana da própria Lei Maior. O fato de estar em jogo um direito tão estimado, parece, de *per si*, justificar decisões cuja motivação é rasteira, superficial, baseada em princípios amplos, como o da dignidade da pessoa humana, sem que outros sejam colocados em exame, além do fato de ser descurado o arcabouço fático e probatório trazido pelas partes no processo.

Essa mesma preocupação com o respeito à técnica que deve pautar o trabalho de um juiz pode ser percebida em Luciana Melquíades Duarte (2011, p. 292), que consigna a importância de as decisões dos juízes se nortearem pela concordância prática e pela proporcionalidade, pois esses vetores constituem “o instrumental jurídico necessário para o exame da correção das escolhas feitas pelos órgãos legitimados para a formulação das políticas públicas a serem controladas em juízo.”

Nessa senda, a referida autora destaca que o juízo de ponderação dos juízes não pode se perverter em subjetivismos ou em decisões que refletem apenas a mera consciência do julgador. Assim, registra a supramencionada autora:

“Antes, as decisões judiciais devem ser calcadas na teoria da argumentação jurídica, que exige a apresentação de motivos legais, racionais e científicos, que conduzem o juiz aos seus pronunciamentos, sendo-lhes, ademais, exigida a resposta a eventuais contra-argumentos possíveis de serem opostos às suas conclusões, para que estas se corroborem como verdadeiras.” (DUARTE, 2011, p. 292-293).

Ao contrário do que vem acontecendo na atual judicialização da saúde, no âmbito do processo há a necessidade de os magistrados atribuírem sentido ao caso sob *judice*, pois o juiz, em nome do pluralismo, não pode se afastar da realidade no qual está inserido (Marinoni, 2015). Ainda de acordo com o processualista em referência, o juiz deve analisar o caso concreto e regulá-lo por meio da lei, sempre atentando-se para o fato de que a concepção do Direito no Estado Constitucional é diversa do que ocorria no Estado Liberal, de forma que a lei deve se conformar aos direitos fundamentais e às normas constitucionais.

O que se observa na judicialização da saúde no Estado de Minas Gerais, segundo as ACP's objeto deste trabalho, está muito distante de quaisquer dessas ponderações, uma vez que a Lei do SUS (Lei 8080/90) sequer chega a balizar o caso concreto. Quando ocorre de ser confrontada com direitos fundamentais, ela apenas é mencionada como argumento de ordem burocrática e secundária frente ao incontestável direito à saúde.

Diante desse cenário de decisões díspares e do constante debate sobre os limites do controle judicial de políticas públicas, o Ministro Gilmar Mendes na STA nº 175/CE buscou traçar parâmetros para decisões em sede de demandas envolvendo o direito à saúde. As propostas apresentadas pelo Ministro do STF foram fruto da audiência pública nº 04, realizada em abril e maio de 2009, para discutir o tema da saúde junto com operadores do Direito, gestores, usuários do SUS e profissionais de saúde.

No item abaixo serão analisadas as principais conclusões alcançadas a partir dessa audiência pública proposta por Gilmar Mendes, sobretudo no que tange aos critérios de análise das demandas em saúde.

2.5.3 Principais contribuições da STA nº 175 para a compreensão da judicialização da saúde:

Dentre as considerações apontadas e parâmetros arrolados na STA nº 175, destacam-se os seguintes: em primeiro lugar, a intervenção judicial nas demandas de saúde não visa a suprir uma omissão na política pública, mas o Judiciário é chamado, na maior parte dos casos, a dar cumprimento a políticas já estabelecidas, de modo que o referido Poder não está interferindo na esfera de discricionariedade do Executivo e Legislativo. Assim, o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando seu cumprimento, nas palavras do Ministro Relator, Gilmar Mendes.

Dessa primeira conclusão, extraem-se outros desdobramentos, pois se a prestação pleiteada não for contemplada dentre as políticas do SUS é necessário diferenciar 03 (três) hipóteses possíveis: verificar se a não prestação decorre de uma omissão legislativa ou administrativa (i); de uma decisão administrativa de não fornecê-la (ii) ou de uma vedação legal a sua dispensação (iii). Em relação ao item (iii), vedação legal, tem-se o exemplo de uma ação judicial em que se almeja o fornecimento de um fármaco não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Quanto a tal pedido, existe uma vedação legal a sua concessão, pois a Lei 6360/76 veda a comercialização de medicamentos não registrados e sem a comprovação de sua segurança e eficácia, conforme se extrai da redação de seus artigos

12 e 18, citados no próprio voto do Min. Gilmar Mendes. Todavia, o Relator da STA nº 175/CE também pondera que tal regra comporta exceção, pois a Lei n.º 9.782/99 permite que a ANVISA dispense o registro de medicamentos adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais, para uso de programas em saúde pública pelo Ministério da Saúde.

Quanto ao item (ii), quando existir decisão administrativa de não fornecer, Gilmar Mendes cita o exemplo de uma denegação do SUS em razão da inexistência de evidências científicas suficientes para autorizar sua inclusão. Ainda nessa hipótese, Mendes pondera que podem existir ainda 02 (duas) outras situações a serem analisadas pelos juízes: primeiramente, se o SUS fornece tratamento alternativo não adequado ao paciente. Segundo, se o SUS não tem tratamento específico para certa patologia. Para resolver tal situação, o Ministro defende que “deve ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente” (BRASIL, 2010). Para chegar a tal conclusão, o Relator pontuou que o SUS se apoia na medicina com base na evidência, de modo que medicamento ou tratamento em desconformidade com o Protocolo Clínico e as Diretrizes Terapêuticas deve ser visto com cautela, uma vez que facilmente pode contrariar um consenso científico vigente.

Em adendo, pode-se inferir do voto ora analisado que nos casos de decisão de não fornecer certo tratamento no rol de prestações oferecidos pelo SUS, o Ministro Gilmar Mendes tende a considerar que a Administração Pública não está obrigada ao fornecimento, pois para ele o cidadão tem direito, inclusive subjetivo, às políticas de promoção, proteção e recuperação à saúde, desde que contempladas no SUS. Com efeito, no entendimento do Ministro, não há direito a toda e qualquer prestação em saúde, sob pena de se preterir o direito constitucional ao acesso igualitário e universal à saúde. Ademais, fornecer qualquer prestação em saúde pleiteada no Judiciário comprometeria o próprio financiamento da política de saúde pública. Todavia e novamente, pondera-se que essa regra é passível de ser excepcionada, mas a parte demandante deve comprovar que o tratamento fornecido pelo SUS não é eficaz para seu caso.

Por último, quanto ao item (i), omissão administrativa ou legislativa, cita-se o exemplo de inexistência do tratamento na rede pública e nessa hipótese ainda é necessário distinguir 02 (duas) situações, quais sejam, quando são pedidos tratamentos puramente experimentais ou novos tratamentos ainda não testados pelo Sistema de Saúde brasileiro.

Destarte, Gilmar Mendes entende que o Judiciário não pode condenar o Estado a fornecer tratamentos experimentais, uma vez que esses são realizados por laboratórios ou

centros médicos de ponta, consubstanciando-se em pesquisas clínicas. Endossando esse argumento, o Ministro cita contribuição dos profissionais de saúde que participaram da audiência pública nº 04:

“Como esclarecido, na Audiência Pública da Saúde, pelo Médico Paulo Hoff, Diretor Clínico do Instituto do Câncer do Estado de São Paulo, **essas drogas não podem ser compradas em nenhum país, porque nunca foram aprovadas ou avaliadas, e o acesso a elas deve ser disponibilizado apenas no âmbito de estudos clínicos ou programas de acesso expandido, não sendo possível obrigar o SUS a custeá-las.** No entanto, é preciso que o laboratório que realiza a pesquisa continue a fornecer o tratamento aos pacientes que participaram do estudo clínico, mesmo após seu término.” (BRASIL, 2010).

Entretanto, quanto aos pedidos envolvendo novos tratamentos, ou seja, aqueles ainda não incorporados pelo SUS, Gilmar Mendes entende que a falta de Protocolo Clínico no SUS “não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema, nem justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada” (BRASIL, 2010), sendo possível pleitear judicialmente o tratamento. O aludido magistrado ainda, utilizando-se dos debates realizados na audiência pública nº 04, relembra que a evolução da ciência médica é dificilmente acompanhada pela burocracia administrativa, o que acaba implicando uma atualização lenta das listas de procedimentos e medicamentos fornecidos pelo SUS.

Por último, é feita uma recomendação geral para a judicialização da saúde, pois não importando o que se pleiteia em face do Judiciário quanto a esse tema, existe a premente necessidade de instrução processual dessas ações, com ampla produção probatória. O objetivo dessa recomendação é evitar um dos efeitos mais prejudiciais da atual judicialização da saúde, a saber:

“A produção padronizada de iniciais, contestações e sentenças, peças processuais que, muitas vezes, não contemplam as especificidades do caso concreto examinado, impedindo que o julgador concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde”. (BRASIL, 2010).

Esse julgamento realizado no ano de 2010 foi considerado emblemático para a judicialização da saúde e, por essa razão, a STA nº 175/CE e seus critérios de análise das decisões em matéria de saúde foram utilizados como balizadores da dissertação em referência. Todavia, insta registrar que essa não é a única jurisprudência norteadora do tema, sendo que o trabalho em tela se valeu, em muitos casos, da própria jurisprudência mineira, capitaneada pelos Desembargadores Áurea Brasil, Oliveira Firmo e Renato Dresch. Outrossim, as orientações definidas na paradigmática STA nº 175/CE reverberaram para além dos tribunais pátrios, de forma que o próprio Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em suas Jornadas I e II de Direito da Saúde fixou Enunciados importantes, todos eles concatenados com a STA nº

175/CE. Nesse sentido, destacam-se os Enunciados de números 04,12,14 e 16 da primeira jornada do CNJ (2014), abaixo transcritos:

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

ENUNCIADO N.º 12 A inefetividade do tratamento oferecido pelo SUS, no caso concreto, deve ser demonstrada por relatório médico que a indique e descreva as normas éticas, sanitárias, farmacológicas (princípio ativo segundo a Denominação Comum Brasileira) e que estabeleça o diagnóstico da doença (Classificação Internacional de Doenças), tratamento e periodicidade, medicamentos, doses e fazendo referência ainda sobre a situação do registro na Anvisa (Agência Nacional de Vigilância Sanitária).

ENUNCIADO N.º14 Não comprovada a inefetividade ou impropriedade dos medicamentos e tratamentos fornecidos pela rede pública de saúde, deve ser indeferido o pedido não constante das políticas públicas do Sistema Único de Saúde.

ENUNCIADO N.º 16 Nas demandas que visam acesso a ações e serviços da saúde diferenciada daquelas oferecidas pelo Sistema Único de Saúde, o autor deve apresentar prova da evidência científica, a inexistência, inefetividade ou impropriedade dos procedimentos ou medicamentos constantes dos protocolos clínicos do SUS.” (SÃO PAULO, 2014).

Por sua vez, na II Jornada de Direito da Saúde do CNJ exsurge o Enunciado nº59:

“ENUNCIADO N.º 59 - Saúde Pública - As demandas por procedimentos, medicamentos, próteses, órteses e materiais especiais, fora das listas oficiais, devem estar fundadas na Medicina Baseada em Evidências.” (SÃO PAULO, 2015).

Diante de todos esses parâmetros que emanam da STA 175, conclui-se que a decisão judicial em matéria de saúde precisa contemplar uma série de requisitos e variáveis, contrastando diversas legislações, normas constitucionais, técnicas interpretativas e provas, inclusive de teor médico e científico. Em face do exposto, conclui-se que esse tipo de demanda traduz exatamente a litigação complexa e com viés nitidamente de direito público, típica do Estado Constitucional de Direito, que exige dos profissionais dessa seara uma análise integral do ordenamento jurídico e do arcabouço principiológico, tal qual preconizado pelos doutrinadores ora estudados, tais como Didier; Zaneti (2012), Streck (2015) e Marinoni (2015) e cristalizado no NCPC.

No entanto, consoante amplamente discorrido linhas acima, as decisões judiciais em matéria de saúde caminham numa direção oposta, rumo ao liberalismo e positivismo jurídico do século XIX. O resultado de tais provimentos judiciais é o aprofundamento das desigualdades e distorções, tanto sociais, quanto em relação ao acesso à justiça, frustrando a contribuição maior do constitucionalismo contemporâneo e da própria judicialização:

construção de um Poder Judiciário como espaço de participação democrática para grupos da sociedade que não têm acesso aos canais de comunicação ou visibilidade perante o poder político.

Ocorre que as numerosas ações individuais que abarrotam o Judiciário com o fito de reclamar prestações materiais em saúde têm como pano de fundo questões sociais maiores, que suplantam essas prestações privadas. Em verdade, o cidadão pede, por intermédio do Judiciário, não um mero medicamento ou procedimento, mas que a política pública de saúde seja capaz de atender ao novo perfil epidemiológico brasileiro⁴ e que seja conferido dinamismo ao sistema de inovação em saúde pátrio, de modo a que a atualização das listas de fármacos e serviços ofertados pelo SUS seja capaz de acompanhar esse novo perfil epidemiológico do país. Em resumo, os cidadãos, por meio do Judiciário, desejam que suas prioridades em matéria de saúde sejam ouvidas e atendidas pelos demais Poderes Públicos. Essas prioridades, por sua vez, cingem-se quanto à construção de um Sistema Único de Saúde e uma política de assistência farmacêutica que sejam verdadeiramente universais e integrais.

Nota-se que até mesmo na STA nº 175/CE o Min. Gilmar Mendes pontuou que é possível provocar o Judiciário, em um processo devidamente instruído, frisa-se, para se pleitear um tratamento ainda não incorporado ao SUS. Nessa hipótese, entende-se no presente estudo que o Judiciário estaria verdadeiramente atuando como mecanismo de participação do cidadão, nos moldes acima pormenorizados. Ocorre que até o presente momento o Judiciário, em matéria de saúde, tem se mostrado incapaz de ouvir a verdadeira e substancial demanda dos cidadãos brasileiros que buscam o auxílio desse Poder, ao conceder pleitos que desrespeitam comandos constitucionais e infraconstitucionais, precipuamente as construções históricas do SUS.

⁴ Segundo a consultoria IMS Health Market Prognosis, observa-se uma escalada do crescimento dos gastos com fármacos em países denominados “Pharmerging” (como Brasil, Índia, China, Rússia e México). Esse aumento de gastos em saúde volta-se para o custeio de medicamentos usados no tratamento de doenças que constituem o novo perfil epidemiológico dessas nações emergentes, como o diabetes, câncer e doenças cardiovasculares. Global Use of Medicines: Outlook Through 2017 Report Exhibits – IMS Health website. Complementando o tema, Eugênio Vilaça afirma que o perfil epidemiológico no Brasil aponta para uma tripla carga de doenças, quais sejam, doenças infecciosas, parasitárias e problemas de saúde reprodutiva, causas externas e doenças crônicas, havendo forte predominância dessas últimas, como bem apontado pela consultoria IMS Health Market Prognosis. Essa configuração do perfil epidemiológico associada ao atual sistema de saúde adotado no país, focado nas condições agudas e as agudizações das condições crônicas, acaba por redundar em uma verdadeira crise de eficiência, efetividade e qualidade do SUS. MENDES, Eugenio Vilaça. As redes de atenção à saúde. Ciência Saúde Coletiva, vol. 15, n. 05, Rio de Janeiro, agosto de 2010.

Outrossim, observa-se nessa litigância uma grave afronta ao próprio direito de ação⁵, que traduz um feixe de direitos dentre os quais o direito de participar efetivamente da relação processual, alegando, provando, participando da produção probatória e controlando a racionalidade da atividade estatal, em suma, exercendo o direito ao procedimento idôneo às necessidades do direito material, como bem pontuou Marinoni (2015). Quando os juízes simplesmente ignoram os argumentos e provas trazidos pela defesa (como as evidências científicas relativas à ineficácia do medicamento ou procedimento, argumentos de ordem financeira e relativos à repartição de competências no âmbito do SUS e aos princípios e diretrizes elencados na lei do Sistema Único), observa-se que os próprios magistrados estão violando os corolários do Código de Processo Civil e as garantias processuais estabelecidas em sede constitucional.

Além de violar o direito de ação, os juízes deturpam o direito ao contraditório (art. 5º LV, CR/88), tradução do direito de participar no processo, dialogando com o juiz a fim de influir nos rumos do processo e no conteúdo da decisão judicial (MARINONI, 2015). Por conseguinte, a própria noção de participação democrática trazida pela CR/88 vem sendo desrespeitada nessas decisões *standards*, que interpretam a saúde de modo absoluto e incontrastável com outras variáveis, princípios e direitos do Estado Democrático de Direito.

Outro resultado lamentável dessas decisões uniformizadas é a proliferação de fraudes nas ações de saúde, pois a certeza de uma decisão de procedência favorece laboratórios, médicos e advogados com intenção de obter ganhos ilícitos às custas do erário. Yoshinaga (2011) relata que no ano de 2008 a Secretaria de Saúde de São Paulo atendeu a 3800 ordens judiciais, sendo que desse montante constatou-se que 2500 tinham origem fraudulenta, acarretando um prejuízo estimado em R\$63.000.000,00 (sessenta e três milhões de reais).

O enfrentamento desses problemas encontrados nas ações em comento exige uma nova postura dos atores judiciais envolvidos e o NCPC contribui para forçar magistrados e legitimados à propositura dessas ações a um novo patamar de discussão processual. A previsão em lei da necessidade de fundamentação substancial das decisões e do princípio da cooperação poderia refrear atitudes negligentes por parte dos órgãos que ocupam o polo ativo

⁵ O direito de ação é maior que o direito ao julgamento do mérito da ação, mas envolve, sobretudo, o direito à tutela adequada, efetiva e tempestiva dos direitos mediante processo justo. Além disso, o direito de ação permite a tutela de outros direitos, como os direitos de liberdade ameaçado e lesados pelo Estado; a realização de direitos fundamentais sociais, como a própria saúde, e até mesmo serve como canal de participação no poder e na reivindicação dos direitos fundamentais via ação coletiva. Desse modo, o direito de ação permite o exercício dos direitos fundamentais materiais e, por isso, constitui um direito fundamental processual. MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de processo Civil, vol. 01. Teoria do processo civil. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, vol. 01, p. 236-237, 2015.

de tais ações (advocacia privada, MP e Defensorias), bem como cercear decisões arbitrárias e uma condução frouxa da instrução processual por parte dos juízes.

Ainda, a atuação das corregedorias dos respectivos órgãos poderia constituir uma eficaz ferramenta para coibir abusos por parte dos atores judiciais mencionados. Igualmente, uma postura diligente e proativa dos órgãos que estão no polo passivo, como a Advocacia Pública e Secretarias de Saúde, também contribuiria para a redução de arbitrariedades na judicialização de saúde.

Enfim, o atual estágio de judicialização indiscriminada da saúde vivenciado no país não pode ser imputado apenas aos juízes, que decidem de forma rasa, ou aos autores das demandas, que fundamentam o pedido apenas na necessidade e urgência do caso do paciente individualmente considerado. Em verdade, o aprofundamento judicial das discussões envolvendo a efetivação do direito à saúde é tarefa que atinge todos os sujeitos do processo (autores e réus) e também o juiz.

3 A POLÍTICA PÚBLICA DE SAÚDE NO BRASIL: ENTENDENDO O SUS PARA ENTENDER A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Neste capítulo, serão destacadas as principais características do SUS, tais como seus princípios e diretrizes norteadores, seus programas de maior relevo, sua forma de financiamento, alguns aspectos do processo de incorporação de tecnologias no SUS, bem como questões afetas à repartição de competências entre os entes público no que tange a essa política pública. Dessa maneira, por meio da exposição do desenho do SUS neste terceiro capítulo, almeja-se facilitar a compreensão do tema a ser trabalhado no capítulo quarto, qual seja, o perfil da judicialização da saúde promovida em Minas Gerais.

3.1 Características gerais do modelo de atenção à saúde inaugurado com o SUS

A inserção do art. 196 e seguintes na CR/88 foi resultado de um processo de lutas sociais ao longo da década de 1970, que congregou forças por vezes antagônicas, como médicos, usuários do sistema de saúde, a iniciativa privada, secretários de saúde, estudantes, professores e movimentos sociais, a exemplo do Movimento Popular de Saúde. Apesar dos diversos interesses envolvidos, foi necessária a união deles para a construção do direito fundamental à saúde, processo que teve como ápice a 8ª Conferência Nacional de Saúde, na qual foram definidos os contornos do futuro artigo 196 e estabelecidos os fundamentos e diretrizes para a instauração de um novo sistema de saúde no país.

Os contrastes entre o sistema de saúde que vigorava no regime militar e o instituído com a Constituição Cidadã são latentes. Primeiramente, o modelo de atenção à saúde anterior ao SUS, de cunho médico-hegemônico, focado em um viés curativista, individualista e privatista, mostrou-se inadequado para promover a equidade, integralidade, efetividade e atenção às necessidades prioritárias de saúde da população. Assim, diante da crise dos modelos de atenção hegemônicos, a exemplo do modelo médico e sanitário, típicos do regime militar, além da crise quanto à legitimidade das práticas de saúde então vigentes, o SUS abarcou uma série de propostas alternativas de modelos de atenção à saúde, as quais se encontram cristalizadas ao longo da legislação que o regulamentou.

Destarte, o SUS, por meio da Lei 8080/90, estabeleceu como princípios e diretrizes a universalidade, que se refere aos sujeitos do direito em tela, isto é, todas as pessoas têm o mesmo direito de obter as ações e serviços de que necessitam independente da sua

complexidade, custo e natureza. Essa universalidade se opõe ao sistema contributivo de seguro social que vigia antes do SUS e por meio do qual tinham acesso à saúde no Brasil os contribuintes da previdência social, ou seja, basicamente as pessoas empregadas.

No período do regime militar, observou-se a criação do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), que significou uma ampliação do número de trabalhadores cobertos pelas ações previdenciárias e, logo, de saúde, mas aqueles que ainda não contribuía, buscavam atenção à saúde em centros ou postos de saúde pública, desde que integrassem o perfil dos programas ali ofertados ou seriam atendidos pelas instituições filantrópicas, a exemplo das Santas Casas ou deveriam custear por conta própria (SCOREL, 2012).

Nesse período de 1964 a 1990 a previdência social apresentava características marcantes que contrastam substantivamente com a política de saúde inaugurada com o SUS, a saber: no regime militar privilegiava-se a prática médica individual, assistencialista e especializada em detrimento de ações de saúde pública coletiva e preventiva, típicas do que passou a ocorrer no SUS; observou-se no período anterior ao Sistema Único um verdadeiro estímulo à criação de um complexo médico-industrial, que contava com investimentos robustos por parte da grande indústria farmacêutica e de equipamentos, uma vez que se privilegiou um modelo de atenção à saúde focado no viés curativo e de elevado grau tecnológico, clara inspiração no sistema de saúde norte-americano, ao passo que o SUS, de viés social, universal e público, buscou inspirações no sistema de saúde do Reino Unido; a organização da prática médica na ditadura desenvolveu-se com foco na lucratividade do setor, tendo em vista que a função do Estado era regular o mercado de produção e consumo dos serviços de saúde via previdência social. Por último, a extensão da cobertura previdenciária e, logo, da saúde, abrangia apenas os trabalhadores urbanos formalmente inseridos no mercado de trabalho (Oliveira e Teixeira, 1996 apud Scorel, 2012).

Prosseguindo com a análise dos princípios e diretrizes balizadores do SUS, outras diferenças poderão ser notadas entre a política pública de saúde que vigorava no regime militar e a que foi inaugurada na época da redemocratização, a exemplo do estabelecimento pelo SUS do princípio igualdade na assistência à saúde, sem preconceitos e privilégios. Assim, não há distinção no SUS entre cidadãos formalmente inseridos no mercado de trabalho e os que estão na informalidade ou desempregados.

Ademais, de suma importância para a compreensão dos impactos da judicialização da saúde na política pública de saúde nacional é o princípio da integralidade, que remete a “um conjunto articulado e contínuo de ações e serviços preventivos e curativos, individuais e

coletivos exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema” (NORONHA et al., 2012, p. 392). Ademais, integralidade envolve a articulação entre políticas de cunho social e econômico para fins de atuar sobre os determinantes do processo saúde-doença. Reforçando o conceito de integralidade apresentado por Noronha (2012), Jairnilson Silva Paim (2012) destaca que a integralidade foi concebida na Reforma Sanitária Brasileira, apresentando quatro perspectivas, a saber:

“1)como integração de ações de promoção, proteção, recuperação e reabilitação da saúde, compondo níveis de prevenção primária, secundária e terciária; 2)como forma de atuação profissional, abrangendo as dimensões biológicas, psicológicas e sociais; 3)como garantia de continuidade da atenção nos distintos níveis de complexidade do sistema de serviços de saúde; 4)como articulação de um conjunto de políticas públicas vinculadas a uma totalidade de projetos de mudanças (reforma urbana, reforma rural etc.), que incidissem sobre as condições de vida e a determinação social da saúde, mediante ação intersetorial.”(PAIM, 2012, p. 128).

Outrossim, a Lei 12.401/11 alterou a Lei do SUS (Lei 8080/90) para buscar delimitar o conceito de integralidade que, diante de um orçamento limitado, não pode significar a concessão de todos os fármacos, materiais e procedimentos disponíveis no mercado, tal qual os operadores do Direito parecem entender no âmbito da judicialização da saúde. Assim, a lei 12.401/11 dispõe acerca da integralidade:

“Art. 19-M. A assistência terapêutica integral a que se refere a alínea d do inciso I do art. 6o consiste em:

I - dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, **cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado ou, na falta do protocolo, em conformidade com o disposto no art. 19-P;**

II - oferta de procedimentos terapêuticos, em regime domiciliar, ambulatorial e hospitalar, constantes de tabelas elaboradas pelo gestor federal do Sistema Único de Saúde - SUS, realizados no território nacional por serviço próprio, conveniado ou contratado.

“Art. 19-P. Na falta de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, a dispensação será realizada:

I - com base nas relações de medicamentos instituídas pelo gestor federal do SUS, observadas as competências estabelecidas nesta Lei, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Tripartite;

II - no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, de forma suplementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores estaduais do SUS, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Bipartite;

III - no âmbito de cada Município, de forma suplementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores municipais do SUS, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada no Conselho Municipal de Saúde.”(BRASIL, 2011).

Logo, a integralidade se refere ao direito do cidadão de ter acesso a tudo que o SUS oferece. Na STA nº 175 de 2010, portanto anterior à Lei 12.401/11, o Min. Relator Gilmar Mendes já havia dito que o direito subjetivo à saúde se refere ao direito às políticas públicas que promovam, recuperem e protejam a saúde, não existindo um direito absoluto a todo e qualquer procedimento independente de uma política pública que o concretize. Por isso mesmo, o Ministro preconizou cautela quanto a pedidos que reclamem novos tratamentos ainda não integrantes do SUS, pois, em regra, deve-se privilegiar o disposto no Sistema Único.

Lado outro, em período anterior ao SUS vigoravam modelos de saúde hegemônicos⁶, tais como o médico (focado na demanda espontânea) e o sanitário (buscava atender necessidades que nem sempre são passíveis de serem expressas em demanda), os quais não eram dotados de integralidade. Desse modo, privilegiavam-se ações pontuais e verticais, tais como o Programa Nacional de Imunizações, Programa de Tuberculose e Programa materno-Infantil (PAIM, 2012).

Os últimos dois princípios mencionados na Lei do SUS são a participação da comunidade no processo de formulação de diretrizes da política de saúde e a descentralização político-administrativa com direção única em cada esfera de governo, de modo que com o SUS passou-se a privilegiar a municipalização, regionalização e hierarquização dos serviços de saúde.

Segundo Noronha et al(2012), a descentralização almeja reforçar o papel dos estados e municípios na execução da política de saúde, além de prestigiar a eficiência, efetividade e os mecanismos de prestação de contas e acompanhamento das políticas públicas.

Contudo, a regionalização não evita o fato de que os problemas de saúde se distribuem de forma desigual nas diferentes localidades. Em razão dessas desigualdades, o SUS prevê a organização do sistema de saúde pátrio em redes de atenção à saúde, conceito definido no Decreto 7508/2011, que regulamenta a Lei 8080/90:

⁶ Segundo Jairnilson Silva Paim, o modelo médico hegemônico é marcado pelo individualismo; saúde/doença como mercadoria; ênfase no biologicismo; a-historicidade da prática; medicalização dos problemas; ênfase na medicina curativa; estímulo ao consumismo médico; participação passiva e subordinada dos consumidores. Já o modelo hegemônico sanitário, remetia à ideia de campanha ou programa diante de uma necessidade de saúde coletiva. Além disso, consubstancia-se na epidemiologia, estatística, administração, saneamento e outras disciplinas. PAIM, Jairnilson Silva. Modelos de atenção à saúde no Brasil In: Políticas e Sistemas de Saúde no Brasil. GIOVANELLA et. al. (orgs.). Rio de Janeiro, Ed. Fiocruz, 2012.

“Art. 2º Para efeito deste Decreto, considera-se:

...

VI - Rede de Atenção à Saúde - conjunto de ações e serviços de saúde articulados em níveis de complexidade crescente, com a finalidade de garantir a integralidade da assistência à saúde.” (BRASIL, 2011).

Nesse sentido, a adoção das redes de atenção à saúde demanda o planejamento e distribuição das ações e serviços por níveis de atenção em complexidade crescente, o que pressupõe hierarquização entre eles, segundo as necessidades de saúde e dinâmicas territoriais específicas (regionalização), como bem expôs José Carvalho de Noronha et al. (2012). Com isso, percebe-se que as diretrizes da regionalização e hierarquização estão intrinsecamente ligadas no SUS.

Em verdade, o próprio acesso universal, igualitário e ordenado às ações e serviços de saúde se inicia pelas Portas de Entrada do SUS e se completa na rede regionalizada e hierarquizada, de acordo com a complexidade do serviço, conforme dispõe o Decreto 7508/11. As portas de entrada no SUS são preferenciais e não obrigatórias, como ocorre no *National Health Service* (NHS) inglês, e a principal delas é a Atenção Primária à Saúde (APS)⁷, outra referência do SUS ao NHS. A APS representa o nível básico da escala de complexidade e por meio da qual o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços de saúde será ordenado. A pesquisadora Bárbara Starfield (2002), destaca alguns atributos da Atenção Primária nos diversos países, quais sejam:

“Prestação de serviços de primeiro contato, assunção de responsabilidade longitudinal pelo paciente com continuidade da relação equipe-paciente ao longo da vida; garantia de cuidado integral, considerando os âmbitos físico, psíquico e social da saúde dentro dos limites de atuação do pessoal de saúde e a coordenação das diversas ações e serviços indispensáveis para resolver as necessidades menos frequentes e mais complexas” (STARFIELD, 2002, p. 34).

Em face de tais características, os serviços de atenção básica ou primária devem se distribuir o mais amplamente pelo território nacional, pois constituem uma das entradas para o sistema de saúde e meio de concretização do acesso universal e integral à saúde. Ao revés, a atenção especializada, que envolve maiores custos, grau tecnológico e complexidade

⁷ O modelo da Atenção Primária à Saúde (APS) ganhou força após a Declaração de Alma-Ata de 1978, enfatizando tecnologias simplificadas e de baixo custo, contrapondo-se, conseqüentemente, ao modelo de saúde hospitalocêntrico, amplamente utilizado no Brasil no período anterior ao SUS. Importante destacar também que essa Declaração de Alma-Ata foi elaborada como consequência dos trabalhos desenvolvidos na Conferência homônima, realizada em Alma-Ata, cidade do Cazaquistão, em 1978, pela Organização Mundial de Saúde (OMS) e o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) e na qual foram estabelecidas as bases para uma APS abrangente. PAIM, Jairnilson Silva. Modelos de atenção à saúde no Brasil. In: Políticas e Sistemas de Saúde no Brasil. GIOVANELLA et. al. (orgs.). Rio de Janeiro, Ed. Fiocruz, 2012.

(hospitais, ambulatórios, unidades de diagnósticos e terapias), obedeceriam a uma lógica de distribuição geográfica mais concentrada.

Em oposição ao SUS, a assistência à saúde no regime militar focava a alta complexidade e mirava a construção de grandes complexos hospitalares, não se preocupando com a atenção primária, até porque, a saúde pública fora relegada a um segundo plano e marcada, por conseguinte, pela ineficiência, decadência e baixíssimo grau de investimento por parte do Estado (apenas 2% do PIB, conforme Ponte, 2010a apud Scorel, 2012).

Importante notar que todo esse cenário delineado no regime militar, de dificuldade de acesso à saúde, sobretudo pelas populações carentes e minorias; papel coadjuvante da saúde pública; financiamento deficitário da saúde; censura à Academia; falta de autonomia dos gestores públicos e adoção de um modelo privatista e curativista, formaram o complexo de interesses e influências que deu origem ao movimento sanitarista e mais tarde à construção do direito à saúde na CR/88 e do próprio SUS.

Ainda sobre os atributos do SUS, além da sua organização em redes de atenção à saúde, destaca-se que suas atribuições são amplas, de modo que suas funções incluem atividades como a execução de ações de vigilância sanitária; vigilância epidemiológica; saúde do trabalhador; assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica; participação do cidadão na formulação da política e na execução de ações de saneamento básico; colaboração na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho, vigilância nutricional e a orientação alimentar; formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção; o incremento, em sua área de atuação, do desenvolvimento científico e tecnológico, dentre outras responsabilidades estabelecidas na Lei 8080/90.

A abrangência das atribuições do SUS é um reflexo do próprio conceito de saúde adotado pela política pública de saúde nacional. Assim, se antes do SUS saúde era apenas um estado de não doença, com o novo sistema de saúde esse direito passou a se relacionar com a qualidade de vida da população, a qual é formada pelo conjunto de bens que envolvem alimentação, trabalho, nível de renda, educação, meio ambiente, saneamento, vigilância sanitária e farmacológica, lazer, moradia e outros direitos (BRASIL, 1990).

Como consequência desse conceito de saúde ampliado que foi inaugurado com o SUS, tornou-se imprescindível uma coordenação entre a política de saúde e as políticas de cunho social e econômico para fins de redução ou eliminação dos riscos para a saúde. Além disso, fundamental é a ação articulada entre os entes públicos para a organização político-territorial

do SUS, como bem expôs Noronha et al. (2012), e por tais razões foram estabelecidas competências comuns e específicas para os entes no âmbito do SUS.

3.1.1 Distribuição de competências entre os gestores do SUS

A definição dos limites das atribuições de cada gestor do SUS é assunto tormentoso e crucial para a compreensão da influência da judicialização sobre essa política pública. Ocorre que as decisões seguem o mantra de que a responsabilidade dos entes no que tange à saúde é solidária, de forma que qualquer um deles pode ser demandado pelo cidadão no bojo da judicialização da saúde. Essa interpretação simplista do arranjo constitucional e legal que formatou o SUS acaba produzindo alterações na política pública de saúde que minam os princípios e diretrizes acima esboçados e, especialmente, a eficiência, que também é um princípio, previsto no art. 37 da CR/88.

Assim sendo, não são raras as decisões que compelem os Municípios a providenciarem internações e cirurgias de alta complexidade (em regra, de competência dos Estados) ou obrigam a União ao fornecimento de medicamento de atenção primária (competência dos Municípios). E tudo isso é feito em nome da responsabilidade solidária ou comum dos entes, estabelecida no art. 23 da CR/88. Esse tipo de raciocínio que impera na atual judicialização da saúde é, no mínimo, contrário à lógica e condena o legislador infraconstitucional a um trabalho inócuo, pois não obstante o intenso esforço de regulamentação do SUS até os dias de hoje, a partir da produção de inúmeras leis, portarias e decretos, todo o trabalho doutrinário e normativo que confere sustentação e concretude ao Sistema Único é lançado por terra pela simples menção à responsabilidade solidária, que, à semelhança dos demais princípios, não possui caráter absoluto e deve ser sopesado quando presente o conflito entre eles.

Em segundo, as normas de distribuição de competência não são argumentos burocráticos com *status* de coadjuvantes inoportunos, criados apenas para diminuir a aplicação da norma constitucional da responsabilidade solidária. Ao revés, uma política pública abrangente como o SUS, em um país com dimensão e desigualdades igualmente abrangentes como o Brasil, não consegue ser efetivada por meio de uma única norma geral. Essa, de cunho constitucional, necessita ser complementada pela legislação infraconstitucional, de modo que ambas não se excluem, mas devem ser analisadas em conjunto para que, enfim, a saúde ganhe em efetividade. Por tal razão, esse direito

fundamental social previsto na CR/88 traduz uma norma de eficácia limitada, que necessita de uma intermediação legislativa, de modo que sua aplicabilidade é indireta.

Em terceiro, o desrespeito a essa repartição de competências é uma postura que premia entes públicos que negligenciam o financiamento e a execução das políticas e ações de saúde e prejudica os que cumprem as normas de regulamentação do SUS. Veja-se o exemplo de um Município que não oferta aos seus cidadãos consultas médicas da especialidade pediatria e numa ação proposta por um munícipe se vê no polo passivo juntamente com o Estado de Minas Gerais. Por força da responsabilidade solidária entre esses entes, o magistrado estabelece a obrigação de fornecimento de consultas, a qual é cumprida pelo Estado de Minas Gerais, não obstante a execução desse serviço ser de incumbência do gestor municipal.

Essa situação mostra como a judicialização pode multiplicar desigualdades, não apenas entre os usuários do sistema de saúde, mas entre os entes públicos responsáveis por planejar e executar a política em apreço. O ente municipal omisso se escora na responsabilidade solidária para não dispensar um item ou serviço ao qual, pela repartição de competência e atribuições definidas no SUS, estaria obrigado a fornecer a todos os seus munícipes.

Ademais, é muito mais cômodo fornecer alguns itens judicializados por alguns cidadãos do que garantir o fornecimento de modo universal, por meio da execução estruturada dos programas e ações determinados no bojo do SUS. Em resumo, a judicialização pode se transformar em uma política pública às avessas, eis que peca pela ausência de generalidade e porque estimula desigualdades, tendo em vista que apenas o cidadão informado e com certo poder aquisitivo terá condições de acionar o Judiciário para ver atendido o seu pleito em matéria de saúde.

Dessa feita, ao considerar a responsabilidade solidária um princípio absoluto e auto-aplicável, aos moldes de normas de eficácia plena, o Judiciário acaba por criar uma situação de extrema iniquidade que compromete a saúde financeira, administrativa, organizacional e operativa do SUS. Em suma, uma judicialização com tal formato beneficia a má gestão pública e pune os entes comprometidos com suas competências no âmbito do SUS, que além de arcarem com as ações que lhes incube, deverá custear as dos entes públicos negligentes e omissos.

Assim, no que tange à repartição de competências, no âmbito da União predominam responsabilidades relativas à normatização e coordenação geral do sistema de saúde em nível nacional. Esse processo envolve também a participação dos demais entes, em relação aos quais a União deve fornecer cooperação técnica e financeira. Assim, no âmbito federal, a

execução direta de serviços se dá em caráter excepcional e em áreas estratégicas (NORONHA et al. 2012). Nesse sentido, corrobora o art. 16, p.ú. da Lei 8080/90:

“União poderá executar ações de vigilância epidemiológica e sanitária em circunstâncias especiais, como na ocorrência de agravos inusitados à saúde, que possam escapar do controle da direção estadual do Sistema Único de Saúde (SUS) ou que representem risco de disseminação nacional.” (BRASIL, 1990).

Aos Estados compete o planejamento do sistema estadual regionalizado e a cooperação técnica e financeira com os municípios. A atuação executiva dos Estados, por sua vez, se dá em áreas estratégicas, a exemplo dos serviços regionais de referência, ações de maior complexidade no campo da vigilância epidemiológica ou sanitária e atuação em casos de carência de serviços ou omissão do gestor municipal.

Por fim, o Município tem a função primordial de gerir o sistema de saúde em seu território, gerenciando a execução dos serviços e a regulação dos prestadores privados (NORONHA et al. 2012), de forma que a APS, base do SUS, é de responsabilidade do gestor municipal.

Essa definição dos papéis e funções de cada ente na execução de ações no âmbito da política pública de saúde foi definida pela Norma Operacional Básica (NOB) de 1996, instrumento normativo que também foi responsável por definir as bases para um novo modelo de atenção à saúde, pautado em programas como o Programa Saúde da Família (PSF), bem como a atuação dos Agentes Comunitários de Saúde (ACS), de modo a colocar a atenção primária numa posição central no bojo do SUS.

Outrossim, a NOB/96 definiu que a responsabilidade dos entes pelo financiamento da saúde é solidária. Diferentemente, no que tange à repartição de competências para a execução da política em si, a NOB/96 impõe sejam observados os critérios acima elencados, de forma que cada ente possui responsabilidades próprias enquanto gestores do SUS.

3.1.2 Financiamento da Saúde

Outro ponto de suma relevância para a política de saúde e para a compreensão dos impactos da judicialização é o tema do financiamento e alocação de recursos nesse campo. Enquanto política de cunho universal e integral, o SUS é financiado por tributos (impostos gerais e contribuições sociais destinadas, principalmente, ao orçamento da Seguridade Social), havendo também forte aporte de recursos da iniciativa privada, de forma que convivem no SUS características de modelos de saúde do tipo seguridade social ou Beveridgiano, cujo

exemplo é o inglês, e do tipo liberal, típico do modelo de saúde norte-americano (UGÁ et al. 2012). Para além desse *mix* entre modelos de saúde antagônicos convivendo no SUS, a política pública de saúde, em que pese ser pública, não apresenta financiamento predominantemente público, mas privado.

As regras definidoras da composição do orçamento da saúde mudaram muito de 1988 até os dias atuais. Primeiramente, a CR/88 previa que 30% dos recursos do Orçamento da Seguridade Social (OSS) seriam destinados à saúde (art. 55 do ADCT) e também estabeleceu que todos os entes participariam do financiamento do SUS (art. 198, p.ú., CR/88 antes da EC nº 29/00), mas não discriminou a cota de participação de cada um deles. Assim, nos anos iniciais após a promulgação da CR/88, a União era a principal responsável pelo financiamento da saúde, o qual era marcado por forte centralização em torno do nível federal, responsável por 75% do financiamento do sistema público em saúde (UGÁ et al. 2012).

Após um período de sucateamento do financiamento da saúde no começo dos anos 1990, contexto do ajuste fiscal, e da insegurança que gerava o caráter temporário do novo tributo criado para atender ao financiamento da saúde, a CPMF, a Emenda Constitucional (EC) nº 29 de 2000 veio com a finalidade de vincular recursos das três esferas de governo a serem obrigatoriamente gastos na política pública de saúde. Assim, a EC 29/00 estabeleceu que no ano 2000 a União deveria aplicar o montante de recursos empenhados em 1999 acrescidos de 5%. Ademais, no intervalo entre 2001 a 2004 esse ente federal seria responsável por destinar o montante apurado no ano anterior corrigido pela variação nominal do PIB (UGÁ et al. 2012). Outra novidade importante trazida pela EC 29/00 foi a definição de recursos mínimos a serem investidos pelos entes na política de saúde, sendo os estados e Distrito Federal responsáveis por 12% de sua receita e municípios por 15%.

Como consequência da descentralização do financiamento da saúde promovida pela EC 29/00, observou-se ao longo da década de 2000 um aumento da participação dos estados (de 18,6% em 2000 para 26,7% em 2010) e municípios (de 21,7% em 2000 para 28,6% em 2010) no financiamento do SUS e retração da participação da União (de 75% na década de 1980 para 45% em 2008, segundo Uga et al. 2012).

A EC 29/00 permitiu um aumento significativo da participação dos estados e municípios no financiamento da saúde o que acabou por conferir concretude à regionalização e municipalização proposta pelo SUS, além de ter permitido um aumento geral do dispêndio público com a política de saúde. Nesse sentido, o gasto em ações e serviços de saúde no Brasil saltou de R\$64,8 bilhões em 2000 para R\$138,7 bilhões em 2010. Dentre essas ações e

serviços, destacam-se o aumento de recursos para a assistência farmacêutica e atenção básica e decréscimo na atenção de média e alta complexidade e gastos com pessoal (SERVO et al. 2011, apud UGÁ et al. 2012).

Não obstante as consequências positivas trazidas pela EC 29/00, o gasto brasileiro com a política de saúde ainda é baixo em comparação com outros países que adotam um sistema de saúde universal e também em relação a países que adotam sistemas de saúde liberais, como os EUA ou do tipo de seguro social, como a França, senão vejamos:

Tabela 1 - Relação do gasto em saúde por país e considerado o modelo de proteção social em saúde.

País	Sistema de Saúde Adotado	Gasto total em saúde como % do PIB em 2009	Gasto público em saúde como % do gasto total em saúde em 2009	Gasto privado em saúde como % do gasto total em saúde em 2009
Brasil	Universal	8,80%	43,60%	56,40%
Reino Unido	Universal	9,80%	84,10%	15,90%
Estados Unidos	Liberal	17,60%	47,70%	52,30%
França	Seguro Social	11,90%	77,90%	22,10%

Fonte: Adaptado de OMS - Estadísticas Sanitarias Mundiales, 2012.

Desse modo, da tabela acima, extrai-se que o modelo de saúde pública e universal adotado no Brasil, em verdade, apresenta financiamento majoritariamente privado. Nessa senda, entre o SUS real e o SUS legislado ou idealizado no fim do período ditatorial por diversos atores sociais existe um grande abismo.

Superado esse panorama geral sobre a política pública de saúde adotada no Brasil, mister destacar as políticas dentro do SUS que mais frequentemente são alvos da judicialização. Nesse sentido, o presente trabalho irá analisar nos próximos itens a política de assistência farmacêutica e a política de atenção hospitalar e ambulatorial, uma vez que medicamentos e internações são os objetos de saúde mais frequentemente judicializados, segundo concluído por Raquel Guedes Medrado (2013), resultado esse também alcançado nesta dissertação.

Antes dessa análise, porém, necessário compreender como é definido o conteúdo dos programas do SUS, isto é, como são elaboradas as listas de medicamentos e serviços disponíveis à população. Esse ponto, além de ajudar no entendimento da formatação dos

programas e dos bens neles ofertados ao usuário, irá demonstrar a complexidade envolvida nos pedidos judiciais de novos tratamentos ainda não previstos no SUS.

3.2 Incorporação de tecnologias no bojo do SUS

Nos subitens abaixo serão brevemente esboçados os níveis de atenção em que se organiza o SUS, bem como uma das principais ações executadas por essa política pública, que é a assistência farmacêutica. A oferta e escolha desses serviços e bens no âmbito dos níveis de atenção, conforme se verificará no presente tópico, deve observar certos critérios que têm a finalidade de conferir racionalidade e garantir a eficiência do sistema de saúde vigente. O fato de o SUS ser uma política de saúde pública e universal não significa que ele foi arquitetado para oferecer tudo a todos os cidadãos, conforme visto alhures quanto à definição do princípio da integralidade.

Destarte, para a incorporação de tecnologias que irão formar as listas do SUS, como a RENAME (Relação Nacional de Medicamentos) e RENASES (Relação Nacional de Serviços), o sistema de saúde adota os Protocolos Clínicos e as Diretrizes Terapêuticas (PCDT). Segundo a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC), PCDT constituem:

“...documentos que estabelecem critérios para o diagnóstico da doença ou do agravo à saúde; o tratamento preconizado, com os medicamentos e demais produtos apropriados, quando couber; as posologias recomendadas; os mecanismos de controle clínico; e o acompanhamento e a verificação dos resultados terapêuticos, a serem seguidos pelos gestores do SUS. Devem ser baseados em evidência científica e considerar critérios de eficácia, segurança, efetividade e custo-efetividade das tecnologias recomendadas.” (BRASIL, 2016).

O Decreto 7508/11 também dispõe sobre PCDT, preconizando em seu art. 28, III que o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica pressupõe estar a prescrição em conformidade com a RENAME e os PCDT's ou com a relação específica complementar estadual, distrital ou municipal de medicamentos (BRASIL, 2011).

Outro critério observado expressamente pelo SUS quanto à incorporação de tecnologias são 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, nos termos do art.19-Q, §2º, I, Lei 8080/90.

Essa regulamentação da incorporação de novas tecnologias é fundamental para a racionalidade e funcionamento de um sistema de saúde, sobretudo os universais como o

próprio SUS, pois essa regulamentação tem o condão de reduzir os efeitos negativos do mercado quanto à oferta de cuidados em saúde, orientar a natureza das tecnologias que serão objetos de inovação e seu impacto sobre os custos e, por último, direcionar os aspectos éticos e sociais envolvidos na utilização do conhecimento técnico-científico moderno, que exige uma tomada de decisão coletiva (VIANA; SILVA; ELIAS, 2007 apud SIMÕES, 2015).

Nesse sentido, destaca-se a necessária regulamentação do Estado quanto ao mercado fármaco-químico com a finalidade de equilibrar os interesses e os atores envolvidos, muitas das vezes, em posição de conflito. Do lado dos consumidores/pacientes observa-se uma forte assimetria informacional, uma vez que as pessoas não detêm as informações e conhecimentos técnicos necessários para lidar com suas reais necessidades de consumir determinados bens e serviços de saúde. Por outro lado, no que tange aos produtores de medicamentos, verifica-se que a indústria farmacêutica caracteriza-se pela sua complexidade tecnológica e por se constituir enquanto um oligopólio diferenciado cuja competição é baseada nas atividades de pesquisa e desenvolvimentos (P&D) e nas atividades de marketing (GADELHA; MALDONADO, 2008). Essa atividade de marketing da indústria farmacêutica, por seu turno, tem como principal alvo os médicos que irão prescrever aos seus pacientes os medicamentos, insumos e materiais divulgados pela indústria farmacêutica e, não raro, alheios à política pública de saúde e aos PCDT's nela estabelecidos.

No artigo intitulado “O papel dos médicos na judicialização da saúde”, a médica Maria Inês Gadelha (2014) esboça consternação quanto ao modo de agir dos seus pares e a influência dos médicos nas decisões em matéria de saúde, tendo em vista que grande parte dos julgados se embasa apenas na prescrição do especialista para conceder o medicamento ou procedimento pleiteados.

Destarte, Gadelha (2014) endossa a importância da adoção de critérios estabelecidos pelo Estado para a avaliação e incorporação de tecnologias, principalmente porque a indústria farmacêutica, que se utiliza dos médicos como peça de propaganda, anuncia novos medicamentos e produtos que, na verdade, não representam ganhos substantivos em termos eficácia e segurança na comparação com os medicamentos já padronizados. Além disso, muitos dos novos medicamentos são introduzidos no mercado a um preço mais elevado sob o pretexto da “novidade”, de modo que a equação custo/efetividade pode facilmente ser prejudicada quando o sistema de saúde cede à pressão da novidade pela novidade apenas. Assim, as consequências da inobservância da tríade “eficácia (funciona?), efetividade (quão bem funciona?) e eficiência (a que custo?)” (GADELHA, 2014, p.66) podem ser desastrosas

em um sistema público e universal de saúde em que a aquisição de fármacos, materiais e procedimentos é feita em larga escala.

No Brasil, essa avaliação quanto à incorporação de novas tecnologias é feita CONITEC, órgão colegiado permanente que faz parte da estrutura regimental do Ministério da Saúde e tem por escopo o seu assessoramento nas atribuições referentes à incorporação, exclusão ou alteração pelo SUS de tecnologias em saúde, bem como na constituição ou alteração de Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT). Ademais, nos termos do Decreto 7646/11, que dispõe sobre a CONITEC, a mencionada Comissão é responsável por propor a atualização da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (BRASIL, 2011).

Não obstante a existência de uma estrutura com tal competência e que, inclusive, permite que o processo administrativo de incorporação de tecnologias possa ser proposto pelo cidadão, o que se observa muitas das vezes é a incorporação acrítica de novas tecnologias. Nesse ponto, a judicialização da saúde tem exercido especial influência, uma vez que na maior parte das ações aqui analisadas os juízes decidem pela procedência dos pedidos ancorados em uma prova única: a prescrição do médico especialista que, não raro, mostra-se alheia à padronização estabelecida no âmbito da política pública de saúde.

Gadelha (2014) arrola diversas justificativas da categoria médica para adotar tal postura que exerce sobremaneira influência sobre os julgados em matéria de saúde e, via reflexa, sobre a política pública em questão. Assim, a médica destaca o argumento da autonomia prescritiva do médico e o direito de escolha do paciente quanto ao procedimento ou medicamento que lhe convir. Todavia, essa liberdade de que dispõem o médico e o paciente esbarram numa política pública, que além de garantir integralidade, está comprometida com a igualdade no acesso, com a limitação de recursos, com o dever de garantir eficiência no gasto de tais recursos, além de estar adstrita à observância dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas e à medicina baseada em evidência.

Nesse embate entre a autonomia privada de médicos e dos doentes versus a garantia do interesse público, os juízes deveriam atuar para equilibrar essa equação, mas a aceitação de uma prescrição médica de forma absoluta e acrítica, em virtude da “relação sagrada entre médico e paciente”, conforme já decidiu Desembargador do TJMG Moreira Diniz (MINAS GERAIS, 2015), acaba por reforçar as desigualdades no âmbito do direito à saúde. Não apenas isso, esse comportamento da classe médica e de juízes acaba por reduzir o direito à saúde a um direito aos últimos lançamentos da indústria desse setor, dificultando o papel do Estado enquanto regulador do mercado de saúde, sobretudo no que atine à indústria farmacêutica, para fins de promoção do acesso equitativo e seguro aos medicamentos.

Por último, necessário mencionar uma crítica feita por Gadelha (2014), para quem o argumento de desatualização dos protocolos clínicos pode ser mais um estigma da incorporação acrítica de tecnologias, a despeito dos trabalhos da CONITEC, uma vez que os procedimentos ou medicamentos estabelecidos não deixam de ser válidos, mesmo com o surgimento de nova tecnologia técnico-cientificamente defensável. Sobre tal tema, em itens mais à frente será tratado o caso da incorporação da insulina Glargina na lista de medicamentos ofertados pelo SUS/MG, incorporação essa que foi fruto da pressão exercida pelas demandas judiciais.

3.3 Assistência farmacêutica no SUS

O desenho de uma política de assistência farmacêutica não foi um evento inaugurado a partir da Constituição da República de 1988 ou da Lei 8080/90, conhecida como Lei Orgânica da Saúde. Ao revés, a elaboração de uma política pública de medicamentos no Brasil remonta aos anos de 1964, quando o Brasil elaborou, de forma pioneira e antes mesmo da recomendação da Organização Mundial da Saúde (OMS), da década de 1970⁸, sua Relação Básica e Prioritária de Produtos Biológicos e Materiais para uso Farmacêutico Humano e Veterinário. Assim, para se vislumbrar a trajetória brasileira de assistência farmacêutica no âmbito do seu sistema público de saúde é necessário esboçar, brevemente, o panorama histórico da construção dessa política no país.

Assim, após a elaboração da Relação Básica supra mencionada, destaca-se, como segundo marco da política de medicamentos brasileira, a criação da Central de Medicamentos (CEME) em 1971. Os impactos observados a partir de seu surgimento refletiram-se, principalmente, no planejamento, organização e aquisição de medicamentos de forma centralizada e para todo o país.

Essa Central teve por objetivos essenciais a promoção e a organização das atividades de assistência farmacêutica direcionadas à parcela da população brasileira de baixa renda, o incremento à pesquisa científica e tecnológica no campo fármaco-químico e o incentivo à

⁸ Segundo a Organização Mundial da Saúde, medicamentos essenciais são aqueles que satisfazem as necessidades prioritárias de saúde da população. A seleção de medicamentos essenciais deve levar em conta sua pertinência para a saúde pública, a prova de sua eficácia, segurança e eficácia comparativa em relação ao custo do medicamento. Além disso, o acesso a medicamentos essenciais está condicionado por 04 (quatro fatores), a saber: seleção racional, preços acessíveis, financiamento sustentável e sistemas de saúde confiáveis. Organización Mundial de la Salud. Perspectivas políticas sobre medicamentos de la OMS — 4. Selección de medicamentos esenciales. Ginebra: OMS, 2002.

instalação de fábricas de matérias-primas e de laboratórios pilotos. Como escopos específicos, destacam-se a identificação de indicadores, como a incidência de doenças por região e por faixa de renda, o levantamento da capacidade de produção dos laboratórios farmacêuticos, a racionalização das categorias básicas de medicamentos por especialidades, a organização de eventos científicos, o planejamento e a coordenação de mecanismos de distribuição e venda de medicamentos em todo o território nacional (BERMUDEZ, 1995).

Em 1976, foi homologada a Relação Nacional de Medicamentos Básicos (RMB) após aprovação do Conselho Diretor da CEME. Posteriormente, em 1982, a RMB passa a ser chamada de Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME).

A criação do SUS pela CR/88 e sua regulação posterior, por meio da Lei 8080/90, conferiram maior envergadura à política de medicamentos já praticada no Brasil, em particular com a previsão, no rol dos princípios e diretrizes do Sistema Único, da universalidade no acesso aos serviços de saúde e integralidade da assistência (art. 7º, I e II da Lei 8080/90), que incluem, assim, como um de seus componentes, a assistência farmacêutica. Essa, então, deixa de atender apenas aos cidadãos de baixa renda, para se tornar, enquanto elemento integrador da saúde, um direito de todos.

Reforçando o afirmado acima, a Lei 8080/90 previu, como um dos objetivos e atribuições do SUS, a execução de ações relacionadas com assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica (art. 6º, I, “d”, Lei 8080/90), além de não olvidar o estímulo ao desenvolvimento científico e tecnológico aplicado à saúde (Artigos 5º, 6º, 7º, 13º da Lei 8080/90 e o Capítulo VIII da mesma lei, inteiramente dedicado à assistência terapêutica e incorporação de tecnologia em saúde).

Ao longo das décadas de 1980 e 1990, a CEME foi responsável por iniciativas de relevo na política de medicamento nacional, como o lançamento do Programa de Farmácia Básica (PFB), em 1987, consistindo em uma proposta do Estado para racionalizar o fornecimento de medicamentos para a atenção primária de saúde (BERMUDEZ, 1992). Ademais, o PFB foi idealizado como um módulo-padrão de suprimento de medicamentos selecionados da RENAME cuja finalidade era viabilizar o tratamento das doenças mais comuns da população brasileira, especialmente aquelas voltadas para o nível ambulatorial (CONSENDEY et al. 2000).

A extinção da CEME se verificou em 1997, em meio a denúncias de corrupção e desvio de finalidades, sendo suas competências, planos e programas assumidos, paulatinamente, por várias instâncias do Ministério da Saúde e também pelos estados e municípios. A extinção da CEME, aliada à publicação da Norma Operacional Básica (NOB)

nº 01 de 1996 foram eventos que contribuíram para uma reformulação da assistência farmacêutica no país, a qual se assentou nos seguintes pilares: descentralização, melhoria nos processos de aquisição centralizados, intervenção mais ativa no mercado e fortalecimento da produção estatal (SIMÕES, 2015). Exemplo da concretização desse processo de mudança na política de assistência farmacêutica foi surgimento em 1998 da Política Nacional de Medicamentos (PNM) com a finalidade de se atender aos seguintes objetivos: ampliação e diversificação dos serviços prestados no âmbito do SUS; atendimento às demandas oriundas do envelhecimento populacional e pressões da sociedade civil pelo cumprimento do dispositivo constitucional que assegura o direito universal à saúde.

A iniciativa de elaboração e implementação da PNM, conforme expõem Oliveira et al. (2006), foi considerada:

“O primeiro posicionamento formal e abrangente do governo brasileiro sobre a questão dos medicamentos no contexto da reforma sanitária. Foi formulada com base nas diretrizes da Organização Mundial da Saúde e expressa as principais diretrizes para o setor com o propósito de garantir a necessária segurança, eficácia e qualidade desses produtos, a promoção do uso racional e o acesso da população àqueles considerados essenciais. Entre suas orientações, constam, ainda, a adoção e revisão da RENAME, a regulamentação sanitária de medicamentos, o desenvolvimento científico e tecnológico, o desenvolvimento e capacitação de recursos humanos e a reorientação da assistência farmacêutica”.

Destarte, constata-se que a PNM representou uma iniciativa estatal com poder de regular e coordenar diversos setores envolvidos com a política de saúde preconizada pelo SUS, congregando o desenvolvimento de recursos humanos e tecnológicos, bem como a promoção do acesso da população aos medicamentos essenciais.

Outrossim, a PNM foi acompanhada da revisão da RENAME em 1999, 15 anos após a sua primeira versão. A partir dessa data, a citada lista passou a servir de referência para o direcionamento da produção farmacêutica e para a definição de listas de medicamentos essenciais nas esferas estaduais e municipais, conforme o perfil epidemiológico local (OLIVEIRA et al.2006). Desse modo, novos papéis foram assumidos pela RENAME com a promulgação da CR/88 e com a Lei 8080/90, tornando-se tal relação instrumento essencial de racionalização da política de compras diretas do governo Federal e fortalecimento dos programas estratégicos. Importante frisar que os medicamentos que formam a RENAME não são de oferta obrigatória, mas tal lista é utilizada para balizar as ações dos gestores em matéria de assistência farmacêutica, auxiliando-os na elaboração das listas próprias de medicamentos a serem ofertados no âmbito regional e local, tendo em vista as especificidades de suas populações (SIMÕES, 2015).

Ademais, no mesmo ano de 1999, verificou-se o surgimento da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e desde então vem sendo observada sua forte e presente atuação em relação ao setor produtor de medicamentos. Particularmente, no que tange à fiscalização das condições de fabricação dos medicamentos e no tocante aos laboratórios oficiais, a ANVISA assumiu o registro de medicamentos, atividade que era de incumbência da CEME.

Apesar dos esforços governamentais no sentido de sincronizar os programas de assistência farmacêutica ora destacados com o desenho da política pública de saúde, calcada na universalidade, igualdade e integralidade da assistência, muitos desafios tornam tormentoso o acesso equânime aos medicamentos. O principal obstáculo, ainda não superado pelo Brasil, refere-se à produção de fármacos, principalmente tendo em vista o cenário vislumbrado na década de 1990: mudanças no sistema de patentes somadas à abertura comercial e financeira do país. Essa conjuntura, então, minou a produção interna que começou a se firmar na década anterior.

Conforme apontam Queiroz e González (2001), com a redução das barreiras alfandegárias, o que se verificou na indústria farmacêutica nacional foi um crescimento sem precedentes da importação de fármacos, tanto por parte das filiais de empresas estrangeiras, quanto pelos laboratórios nacionais. Esse cenário redundou no aumento dos preços dos medicamentos e no conseqüente agravamento do quadro de dificuldade de acesso por parte da população mais pobre, colocando em cheque os próprios objetivos do SUS (LEMOS, 2008; QUEIROZ & GONZÁLES, 2001).

A trajetória da política de assistência farmacêutica no Brasil ora esboçada evidencia que a implantação de uma política pública de medicamentos se apoia no desenvolvimento da produção interna de fármacos, a qual, por sua vez, está associada a incentivos ao setor tecnológico e de pesquisas. Essa estreita relação entre as searas da saúde, tecnologia e indústria não foi olvidada pelo poder público brasileiro. Dessa feita, ratificando essa preocupação do governo brasileiro relativa ao fomento da produção nacional de medicamentos, em 2004, foi instaurado o Fórum de Competitividade da Cadeia Produtiva Farmacêutica, de iniciativa dos Ministérios de Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior e da Saúde.

A dificuldade do acesso aos medicamentos foi uma temática presente no mencionado Fórum, mormente em face de um alarmante diagnóstico em que 40% (quarenta por cento) da população brasileira não possuía recursos para adquirir medicamentos pela rede privada, dependendo, conseqüentemente, da dispensação promovida pelo SUS. Em face do exposto,

soou como consequência natural do Fórum em comento a defesa da ampliação do acesso da população aos medicamentos associada ao estabelecimento de uma política de compras públicas pelo Estado, de modo a incentivar a produção interna (RODRIGUES, 2015).

Ademais, como produto das discussões levantadas no Fórum de Competitividade da Cadeia Produtiva Farmacêutica, no mesmo ano de 2004 foi implementada a Política Nacional de Assistência Farmacêutica (PNAF), tendo por objetivo estabelecer as diretrizes para a compra, a distribuição e o acesso da população aos medicamentos de atenção básica, estratégicos e de alto custo. De fato, a racionalidade do uso dos medicamentos ainda configura questão tormentosa a ser sanada pela política de assistência farmacêutica, em virtude da forte relação existente entre a atenção farmacêutica e um modelo de saúde de viés curativo, centrado na consulta médica e no pronto atendimento (ARAÚJO et al. 2008). Além disso, a PNAF apresenta alguns eixos estratégicos, dentre os quais se destacam a ampliação e a melhoria da qualidade do acesso; o estabelecimento de uma estrutura de financiamento sólida; a indução ao desenvolvimento tecnológico em fármacos e medicamentos; o incentivo à produção pública de medicamentos; a qualificação técnica da assistência farmacêutica e a consolidação de processos regulatórios e de monitoramento sobre o mercado de medicamentos (RODRIGUES, 2015; MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2006)

Em face do exposto, observa-se que a política de assistência farmacêutica no Brasil foi sendo construída e aprimorada de forma paralela ao desenvolvimento do próprio SUS. Esse caminhar em conjunto foi buscado, sobretudo, a partir de certas políticas e programas, a exemplo da Política Nacional de Medicamentos (PNM) e Política Nacional de Assistência Farmacêutica (PNAF), que ganhou novos contornos a partir de 2006, com o Pacto pela Saúde (Portaria MS/GM nº 399, de 22 de fevereiro de 2006) e o Pacto pela Vida e de Gestão (Portaria MS/GM nº 699, de 30 de março de 2006), quando a Assistência Farmacêutica tornou-se um bloco de financiamento.

3.3.1 A Política Nacional de Assistência Farmacêutica (PNAF) e o componente especializado

O bloco de financiamento, regulamentado por meio da Portaria GM/MS nº 204, de 29 de janeiro de 2007, passou a contar com componentes⁹, quais sejam, o componente

⁹ Por meio da Portaria GM nº 698/2006, o financiamento da Assistência Farmacêutica brasileira com recursos federais passou a ser organizado em bloco com seus componentes detalhados da seguinte forma: Componente Básico da Assistência Farmacêutica (para aquisição de medicamentos e insumos no âmbito da atenção básica); Componente Estratégico da Assistência Farmacêutica (refere-se ao custeio de ações relativas aos seguintes programas: o Controle de Endemias – Tuberculose, Hanseníase, Malária, Leishmaniose, Chagas entre outras doenças; DST/Aids – Antiretrovirais; Sangue e Hemoderivados; e Imunobiológicos); Componente de

estratégico, o componente básico e o de medicamentos de dispensação excepcional, muitos deles de alto custo e, por isso, frequentemente judicializados.

Nesse sentido, necessário compreender as características desse componente de dispensação excepcional da PNAF (que passou a se chamar componente especializado), os entes responsáveis pela sua dispensação e também pelo seu financiamento, pois tais informações ajudarão no entendimento acerca do perfil da judicialização da saúde, tópico a ser estudado mais a frente.

Primeiramente, nos termos da Portaria GM/MS nº 1554/13, o componente especializado define-se como estratégia de acesso a medicamentos no âmbito do SUS, caracterizado pela busca da garantia da integralidade do tratamento medicamentoso, em nível ambulatorial, cujas linhas de cuidado estão definidas em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas publicados pelo Ministério da Saúde (BRASIL, 2013).

Essa mesma portaria definiu que o componente especializado tem sua definição e a regulamentação sob responsabilidade do Ministério da Saúde (MS). Assim, a formulação do rol de medicamentos desse componente é de competência da esfera federal podendo, a partir desta, ser modificado por cada estado, segundo sua complexidade assistencial. Quanto aos estados, eles se incumbem de formular e implementar um sistema logístico, as etapas de seleção, programação, aquisição, armazenamento, distribuição, dispensação e promoção do uso racional dos medicamentos de dispensação excepcional.

Outrossim, essa Portaria GM/MS nº 1554/13 (que revogou a Portaria 2981/09) dividiu os medicamentos do componente especializado em três grupos com características, responsabilidades e formas de organização distintas. O grupo I abrange fármacos sob responsabilidade de financiamento da União e com os seguintes atributos: maior complexidade do tratamento da doença; refratariedade ou intolerância à primeira e/ou segunda linha de tratamento; medicamentos que representam elevado impacto financeiro para o Componente Especializado da Assistência Farmacêutica e medicamentos incluídos em ações de desenvolvimento produtivo no complexo industrial da saúde. Além disso, existe uma subdivisão no Grupo I em A (medicamentos de aquisição centralizada pela União e fornecidos aos estados e DF) e B (medicamentos financiados pelo Ministério da Saúde mediante

Medicamentos de Dispensação Excepcional (voltado para o financiamento, juntamente com os estados e o Distrito Federal, da aquisição de medicamentos de dispensação de caráter excepcional, conforme constam na tabela de procedimentos SIA/SUS e, por último, o Componente de Organização da Assistência Farmacêutica (destinado ao custeio de ações e serviços inerentes à Assistência Farmacêutica). MINISTÉRIO DA SAÚDE. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. Assistência Farmacêutica na Atenção Básica. 2ª Ed., Brasília, DF, 2006.

transferência de recursos financeiros para aquisição pelas Secretarias de Saúde dos Estados e Distrito Federal).

Por sua vez, o grupo II envolve medicamentos sob responsabilidade dos Estados e Distrito Federal, caracterizados pela menor complexidade do tratamento da doença em relação ao Grupo 1 e refratariedade ou intolerância à primeira linha de tratamento.

Por último, no grupo III estão os medicamentos sob responsabilidade dos Municípios e Distrito Federal, os quais são quais definidos de acordo com os medicamentos constantes no Componente Básico da Assistência Farmacêutica e indicados pelos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas, publicados na versão final pelo Ministério da Saúde como a primeira linha de cuidado para o tratamento das doenças contempladas pelo Componente Especializado da Assistência Farmacêutica.

Quanto à execução do componente especializado, a Portaria 1554/13 dispõe que tal tarefa envolve as etapas de solicitação, avaliação, autorização, dispensação e renovação da continuidade do tratamento. Assim, a execução dos Grupos 01 (medicamentos de financiamento da União) e 02 (de responsabilidade dos Estados e DF) apresentam execução descentralizada e de responsabilidade das Secretarias de Saúde dos Estados e do Distrito Federal. Já a execução dos medicamentos do Grupo 03 (sob competência dos municípios e DF) é regulamentada no âmbito do Componente Básico da Assistência Farmacêutica.

Logo, a organização da PNAF reproduz a organização do próprio SUS e os princípios nele privilegiados, tais como a regionalização, hierarquização e municipalização. Assim, a União concentra competências de normatização e formulação da política, sendo excepcional a execução da política de medicamentos pelo Ministério da Saúde, que é responsável apenas pela aquisição dos medicamentos do subgrupo IB.

Já os Estados acumulam muitas funções executivas na PNAF, sobretudo quanto à programação, armazenamento, distribuição e dispensação dos medicamentos, além de suplementar a formulação do rol de medicamentos do SUS feita pela União (em homenagem ao princípio da regionalização). Além disso, assim como tal ente, responsabilizam-se os Estados pelo financiamento de medicamentos mais custosos. Já no nível municipal, predominam as atividades de execução, sobretudo de medicamentos da atenção básica.

Por último, no estado de Minas Gerais, observa-se que o programa Farmácia de Minas implantado em 2008 segue as mesmas diretrizes estabelecidas na PNM e PNAF. Na construção de sua política de assistência farmacêutica, Minas Gerias, por meio da Secretaria Estadual de Saúde (SES/MG), privilegiou em um primeiro momento a implantação de unidades do programa Farmácia de Minas em municípios de pequeno porte que apresentavam

maiores problemas de infraestrutura e dificuldades para fixação de profissional farmacêutico, de modo que nos dias atuais o estado já conta com 522 unidades desse programa em funcionamento (SIMÕES, 2015). Apesar da crescente cobertura do programa, permanecem dificuldades de garantir o abastecimento regular de medicamentos essenciais no serviço público, como bem pontuou Simões (2015).

3.4 Assistência ambulatorial e hospitalar no SUS

A atenção ambulatorial e hospitalar estão inseridas no nível de atenção especializada, que envolve um conjunto de ações práticas, conhecimentos e técnicas assistenciais marcados por um processo de trabalho de elevada densidade tecnológica (SOLLA; CHIORO, 2012). A lógica de operacionalização da atenção especializada é, então, inversa à da APS (nível primário), pois aquela apresenta distribuição mais concentrada e a sua racionalização depende do bom funcionamento da rede regionalizada e hierarquizada que tem como ponto de partida a atenção primária. Esta, por sua vez, é ofertada de forma extensiva e deve apresentar capilaridade, de modo que a APS vai ao encontro do usuário, enquanto que na atenção especializada é o usuário que tem de buscá-la (SOLLA; CHIORO, 2012).

Esse nível de atenção especializada envolve a média complexidade ou nível secundário e a alta complexidade ou nível terciário da atenção. A média complexidade caracteriza-se por serviços médicos ambulatoriais e de apoio diagnóstico e terapêutico. Já a alta complexidade trata da atenção hospitalar. Ambos os níveis de atenção ora contemplados são fortemente influenciados pela iniciativa privada e pelo largo emprego de tecnologias sofisticadas, o que acaba por tornar a atenção secundária e terciária mais caras do que a primária.

Por conseguinte, esses níveis de atenção demandam do sistema público de saúde elevados investimentos. Estes, por seu turno, não são compatíveis com o atual nível de financiamento da saúde praticado no Brasil, que é muito aquém de um sistema universal de saúde, consoante exposto alhures. Ademais, contribuem para os elevados gastos com a atenção especializada a sua lógica de organização fundada na oferta e não nas necessidades e no perfil epidemiológico da população, bem como a incorporação acrítica de tecnologia e baixa regulação da oferta, fatores que associados aos altos investimentos públicos redundam em um menor acesso dos usuários a esses níveis de atenção. Sobre os problemas encontrados na atenção especializada, discorrem Jorge Solla e Arthur Chioro (2012):

“...os serviços de média e alta complexidade, em geral, caracterizam-se pela dificuldade de acesso e baixa resolutividade, superposição de oferta de serviços nas redes ambulatorial e hospitalar, concentração em locais de alta densidade populacional e baixo grau de integração entre os diferentes níveis ou graus de complexidade da assistência.” (SOLLA; CHIORO, 2012, p. 562).

Em face do exposto, constata-se que a atenção especializada configura, atualmente, um dos principais entraves do SUS, o que a torna o principal alvo da judicialização da saúde, segundo os resultados alcançado neste e em outros trabalhos aqui trazidos em momentos mais à frente.

3.4.1 Regulação Assistencial no SUS

Regulação Assistencial consiste em um mecanismo de gestão que atua sobre o acesso dos cidadãos aos serviços de saúde dos níveis secundário e terciário da atenção, de modo a permitir a concretização da descentralização, integralidade, hierarquização e regionalização dos serviços e ações em saúde. A normatização da Regulação Assistencial foi realizada no âmbito da Portaria nº 399/06 que instituiu o chamado “Pacto pela Saúde”, o qual traduz um conjunto de reformas institucionais do SUS pactuado entre as três esferas de gestão (União, Estados e Municípios) com o objetivo de promover inovações nos processos e instrumentos de gestão.

Ademais, o Pacto pela Saúde (Portaria nº399/06) definiu o conceito de Regulação Assistencial, o qual pode ser entendido enquanto um “conjunto de relações, saberes, tecnologias e ações que intermedeiam a demanda dos usuários por serviços de saúde e o acesso a estes” (BRASIL, 2006). Dessa maneira, a Regulação Assistencial almeja garantir a equidade no acesso ao intermediar e ajustar a oferta dos serviços às necessidades da população.

Dentro do conceito de Regulação Assistencial está incluída a Regulação do Acesso, sendo que este último significa o conjunto de “meios e ações para a garantia do direito constitucional de acesso universal, integral e equânime, independente de pactuação prévia estabelecida na PPI¹⁰ e/ou da disponibilidade de recursos financeiros.” (BRASIL, 2007).

A diferença entre tais conceitos é sutil, pois a Regulação Assistencial é prerrogativa do gestor (ente público) e a Regulação do Acesso, do regulador (geralmente um profissional da área médica). Assim, a Regulação do Acesso constitui um instrumento para a concretização

¹⁰ Programação Pactuada Integrada (PPI) é um processo de planejamento instituído no âmbito do SUS de modo a permitir a programação das ações de saúde em cada território e nortear a alocação dos recursos financeiros para saúde a partir de critérios e parâmetros pactuados entre os gestores.

da Regulação Assistencial, ao possibilitar uma organização dos fluxos e contrafluxos de informações, produtos e usuários nas redes de atenção à saúde (MENDES, 2006).

Cabe ressaltar que o Pacto pela Saúde de 2006 definiu as diretrizes do Sistema Nacional de Regulação, o qual é guiado pelos seguintes princípios:

- “1.Cada prestador responde apenas a um gestor;
2. A regulação dos prestadores de serviços deve ser preferencialmente do município, conforme desenho da rede da assistência pactuada na Comissão Intergestores Bipartite (CIB), observando o termo de compromisso de gestão do pacto e os seguintes princípios: da descentralização, municipalização e comando único; da busca da escala adequada e da qualidade; a complexidade da rede de serviços locais; a efetiva capacidade de regulação; o desenho da rede estadual da assistência; a primazia do interesse e da satisfação do usuário do SUS;
- 3.A regulação das referências intermunicipais é responsabilidade do gestor estadual, expressa na coordenação do processo de construção da programação pactuada e integrada da atenção em saúde, do processo de regionalização e do desenho das redes;
- 4.A operação dos complexos reguladores, no que se refere a referência intermunicipal, deve ser pactuada na CIB, podendo ser operada nos seguintes modos: pelo gestor estadual, que se relacionará com a central municipal que faz a gestão do prestador; pelo gestor estadual, que se relacionará diretamente com o prestador quando este estiver sob gestão estadual; pelo gestor municipal com co-gestão do estado e representação dos municípios da região.” (BRASIL, 2006).

Desses princípios, pode-se inferir que a regulação dos prestadores não tem um modelo único para o país e que a Regulação Assistencial, apesar de não ser de responsabilidade de um único ente público, recebe especial contribuição do gestor estadual do SUS.

Nesse sentido, as Secretarias Estaduais de Saúde apresentam responsabilidades substanciais na Regulação Assistencial, pois sobre o gestor estadual recaem tarefas como o apoio à identificação dos usuários do SUS no âmbito estadual, com vistas à vinculação de clientela e à sistematização da oferta dos serviços; elaboração e pactuação de protocolos clínicos e de regulação de acesso, no âmbito estadual, em consonância com os protocolos e diretrizes nacionais, apoiando os municípios na implementação dos mesmos; operar a central de regulação estadual; coordenação da implementação da regulação da atenção pré-hospitalar às urgências e operação dos complexos reguladores no que se refere a referência intermunicipal, dentre outras atribuições (BRASIL, 2007).

Outra responsabilidade de suma importância dos gestores estaduais do SUS consiste na implantação dos Complexos Reguladores, uma estratégia fundamental da Regulação Assistencial cuja definição foi trazida pela Portaria 399/06 (Pacto pela Saúde), consistindo:

“Na articulação e integração de Centrais de Atenção Pré-hospitalar e Urgências, Centrais de Internação, Centrais de Consultas e Exames, Protocolos Assistenciais com a contratação, controle assistencial e avaliação, assim como com outras funções da gestão como programação e regionalização. Os complexos reguladores podem ter abrangência intra-municipal, municipal, micro ou macro regional, estadual ou

nacional, devendo esta abrangência e respectiva gestão, serem pactuadas em processo democrático e solidário, entre as três esferas de gestão do SUS”. (BRASIL, 2006).

Dessa feita, os Complexos Reguladores permitem a reorganização da assistência à saúde e abrangem a implantação de centrais de consultas, de serviços de apoio diagnóstico e terapêutico, de leitos e de centrais de regulação de urgência (BRASIL, 2007).

No contexto dos Complexos Reguladores, o profissional regulador atuará sobre as consultas e serviços de apoio diagnóstico e terapêutico para os quais não há agenda ou recursos disponíveis. Ademais, na Central de Regulação das internações, o regulador influirá nas situações que necessitam de internações em ambulatorios ou hospitais em caráter de urgência.

Todas essas atividades executadas pelo regulador no sistema de Regulação Assistencial Nacional contam com uma importante ferramenta: os sistemas de informação, que permitem o gerenciamento e operação das Centrais de Regulação, de modo a viabilizar o acesso dos cidadãos.

Em Minas Gerais, o software utilizado é o “SUSfácil” cujo objetivo é agilizar a troca de informações entre as unidades administrativas e executoras dos serviços de saúde de Minas Gerais para facilitar o acesso do cidadão aos serviços de saúde (MINAS GERAIS, 2005).

O SUSfácil divide-se em módulos, como o Módulo Funcional de Regulação das Internações Eletivas, o qual se responsabiliza pela solicitação de internação e outras funções pertinentes à Autorização de Internação Hospitalar (AIH), tais como liberação eletrônica do número da AIH, emissão do comprovante da AIH, bem como de relatórios e acompanhamento de tetos financeiros pactuados na Programação Pactuada e Integrada (PPI/Assistencial).

Um segundo módulo do SUSfácil é o Módulo Funcional de Regulação de Internações de Urgência/Emergência, ao qual incumbe o controle da disponibilidade de leitos e a gestão financeira de internações de urgência. Ademais, esse módulo é responsável pela solicitação de internação, regulação do acesso, transferência de paciente entre municípios e hospitais, dentre outras funções.

Por sua vez, o Módulo Funcional de Regulação de Consultas e Exames se responsabiliza pelo agendamento desses serviços, seu acompanhamento, manutenção das escalas dos profissionais para atendimento ambulatorial, controle da fila de acesso e confirmação do atendimento.

O Módulo Funcional de Regulação de Procedimentos Ambulatoriais de Alta Complexidade opera de modo semelhante ao primeiro módulo (Regulação das Internações Eletivas). O Módulo Funcional de Acompanhamento de Indicadores Estatísticos e Fornecimento de Informações para a Vigilância Sanitária e Epidemiológica constitui importante instrumento de síntese das informações dos demais módulos funcionais para acompanhamento dos indicadores trabalhados pela Epidemiologia e Vigilância Sanitária. Por fim, o Módulo Funcional de Gestão Interna do Cadastro Nacional de Saúde promove uma interface com o Cadastro Nacional de Saúde (CNS) para manutenção dos dados dos pacientes.

Nesse tópico, então, foram mostrados os principais elementos para a execução da Regulação Assistencial do SUS, um mecanismo de gestão que concretiza importantes diretrizes da política pública de saúde, principalmente no que tange à integralidade e descentralização no âmbito da média e alta complexidades. No próximo item será apresentada a estrutura da Regulação Assistencial do SUS em Minas Gerais para além do SUSfácil, já analisado no presente tópico.

3.4.2 O sistema de Regulação Assistencial em Minas Gerais

Uma das muitas responsabilidades do gestor estadual do SUS em relação à Regulação Assistencial é operar a Central de Regulação estadual para as referências interestaduais pactuadas, em articulação com as Centrais de Regulação municipais.

Essa Central de Regulação consiste em uma estrutura operacional que, interposta entre o conjunto da demanda e a oferta disponível, é capaz de dar a melhor resposta possível em um dado momento, para um problema assistencial específico. No atendimento desse objetivo, o conjunto de Centrais de Regulação Assistencial deve ser organizado em rede informatizada (SUSfácil no caso de Minas Gerais), regionalizada, hierarquizada e resolutiva nos vários níveis de complexidade do processo assistencial (MINAS GERAIS, 2005).

As Centrais de Regulação são formadas, então, pelas seguintes estruturas: núcleo estadual de supervisão e acompanhamento; centrais macro e microrregionais de regulação; núcleo municipal de supervisão e acompanhamento; unidades de agendamento e estabelecimentos de saúde. O Estado de Minas Gerais, segundo o Plano Diretor de Regionalização da Saúde¹¹ (PDR), divide-se em 13 (trezes) macrorregiões e em cada uma

¹¹ O Plano Diretor de Regionalização (PDR) é um instrumento de planejamento e gestão que na área da saúde objetiva direcionar a descentralização para a promoção de maior e mais adequada acessibilidade dos usuários

delas está instalada uma ou mais de uma Central de Regulação Assistencial, com atribuições e funcionalidades específicas, de modo a formar um polo de macrorregião. Os polos, por sua vez, recebem o nome da cidade onde está sediado. Assim, o desenho da Regulação Assistencial mineira é composto por 19 polos instalados em 13 macrorregiões. Já as macrorregiões compreendem um conjunto de microrregiões compostas pelos municípios que ela abrange, de forma que existem atualmente 77 microrregiões em Minas Gerais. Então, o formato da Regulação Assistencial em Minas fica desse modo:

Tabela 2 - Adscrição e população dos municípios por macro e microrregião de saúde.

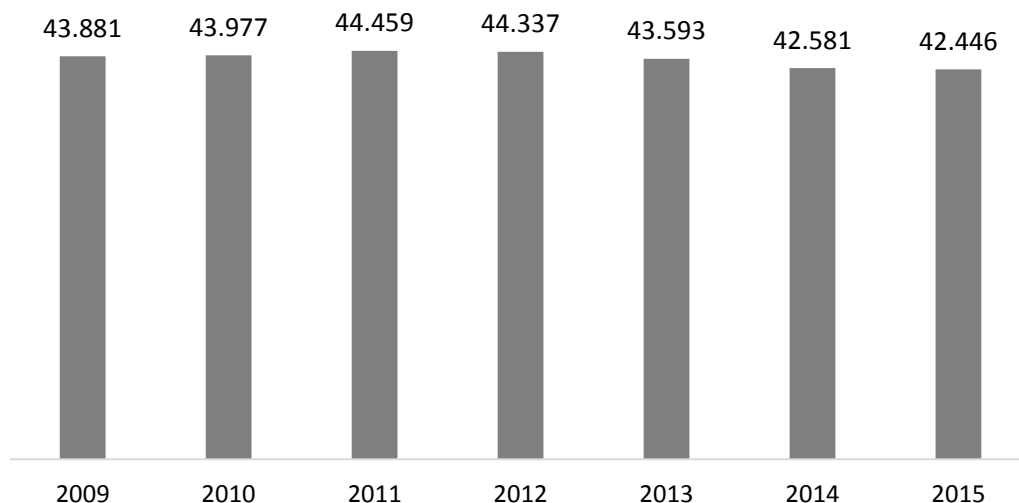
Macrorregião (Polos Macrorregionais)	Quantidade de Municípios	Microrregiões	População estimada (2011)
MINAS GERAIS	853	77	19.728.252
Centro (Belo Horizonte/Sete Lagoas)	104	10	6.145.218
Centro-Sul (Barbacena)	50	3	727.516
Jequitinhonha (Diamantina)	29	3	374.199
Leste (Governador Valadares/Ipatinga)	85	7	1.458.884
Leste do Sul (Ponte Nova)	53	3	667.926
Nordeste (Teófilo Otoni)	63	7	811.856
Noroeste (Patos de Minas)	33	3	657.378
Norte de Minas (Montes Claros)	86	9	1.585.946
Oeste (Divinópolis)	55	6	1.201.980
Sudeste (Juiz de Fora)	94	8	1.575.629
Sul (Alfenas/Pouso Alegre/Poços de Caldas/Passos/Varginha)	153	12	2.625.589
Triângulo do Norte (Uberlândia)	27	3	1.190.043
Triângulo do Sul (Uberaba)	27	3	706.088

Fonte: Estimativa IBGE/TCU 2011. SES/MG. Adscrição dos municípios por microrregião e macrorregião de saúde.

considerados os princípios da integralidade, equidade e economia de escala. A finalidade de um Plano Diretor de Regionalização (PDR) da saúde é constituir um dos pilares para estruturação e descentralização dos sistemas de co-gestão e organização dos serviços de saúde em redes, uma vez que permite o direcionamento equitativo da implementação das políticas públicas. O PDR é, portanto, um instrumento de planejamento em saúde ao estabelecer uma base territorial e populacional para cálculo das necessidades, da priorização para alocação dos recursos, da descentralização programática e gerencial. Minas Gerais. Secretaria de Estado de Saúde. Disponível em: <http://www.saude.mg.gov.br/parceiro/regionalizacao-pdr2>. Acesso em: 12 out. 2016.

Veja-se agora a disponibilização de leitos no Estado de Minas Gerais do ano de 2009 até 2015:

Gráfico 1 - Quantidade total média de leitos em Minas Gerais de 2009 a 2015



Fonte: Elaboração própria a partir de dados do Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde (CNES).

Dessa feita, o Sistema de Regulação Assistencial em Minas Gerais tem de promover a gestão do acesso de uma população total estimada em 2011 de 19.728.252 milhões de habitantes a uma média de 44.459 leitos no mesmo ano, o que indica uma relação de 2,3 leitos por 1000 habitantes. Não obstante, os países integrantes da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) apresentam um média de leitos de 4,8 a cada mil habitantes (OECD, 2005), ou seja, quase o dobro da média encontrada no Estado de Minas Gerais.

Essa carência de leitos verificada em Minas Gerais e também em todo o Brasil certamente constitui um argumento robusto para a judicialização de internações e transferências. De mais a mais, a falta de leitos em quantidade adequada para a população mineira poderia ser o fundamento de alguma Ação Civil Pública, eis que presente a indisponibilidade do interesse em jogo e especialmente a conveniência social de uma demanda dessa envergadura.

Com tais considerações, encerra-se este capítulo terceiro que procurou esboçar os contornos de SUS, donde puderam ser verificadas suas potencialidades, a exemplo dos programas de dispensação de medicamentos e da atenção primária. Noutra giro, também

sobressaíram os pontos fracos, como o financiamento da média e alta complexidades, além de verificada deficiência na oferta de leitos.

Esse mapeamento da política pública irá auxiliar na compreensão do atual perfil da judicialização da saúde verificado no Estado de Minas Gerais, tema do próximo capítulo. Em adição, no capítulo quarto, esse perfil será construído com esboço em dissertações de mestrado elaboradas recentemente, as quais serão cotejadas nos últimos capítulos com os resultados alcançados no presente estudo.

4 PERFIL DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO ESTADO DE MINAS GERAIS

Neste capítulo serão delineados os principais atributos do fenômeno da judicialização da saúde em Minas Gerais. Para tanto, serão usados como parâmetros trabalhos acadêmicos que se debruçaram sobre as características desse objeto.

Todavia, antes de se iniciar essa análise pormenorizada, necessário registrar os conceitos básicos relativos à judicialização da saúde. Dessa forma, em um primeiro momento, serão perquiridos os aspectos gerais do fenômeno em apreço, sua origem, características e principais críticas que circundam a judicialização da saúde. Com isso, serão traçados os atributos gerais da judicialização dos direitos fundamentais sociais, tarefa que servirá de apoio para a compreensão acerca dos contornos da judicialização da saúde em Minas Gerais.

4.1 Judicialização da saúde e seu contexto de desenvolvimento: sob chancela constitucional

A judicialização da saúde traduz a possibilidade de levar à apreciação judicial questões afetas ao cumprimento e proteção do direito fundamental social à saúde. Apesar de ser uma prática corriqueira nos dias atuais, nem sempre foi assim, de forma que apenas recentemente, a partir da promulgação da Constituição Cidadã, que esse modo de atuação perante o Judiciário foi permitido no ordenamento pátrio. Dessa feita, compreender as complexidades da efetivação do direito fundamental à saúde na nova ordem jurídica e política inaugurada pela CR/88 é uma tarefa que perpassa, sobretudo, a compreensão dos fatores que conduziram à atual judicialização da saúde.

Nesse sentido, verifica-se que a formatação constitucional da saúde está intimamente associada à cláusula de acesso ao judiciário insculpida no art. 5º, XXXV da CR/88 (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”), bem como ao contexto pós-positivista do Direito, fatores que juntos forjaram o nascimento da politização da justiça ou ativismo judicial. Esse fenômeno permitiu uma atuação do Judiciário no sentido de controlar e até mesmo implementar políticas públicas em situações de extrema necessidade e diante de omissões do Poder Público.

Outrossim, no contexto pós II Guerra Mundial, observou-se uma preocupação maior com a efetivação dos direitos fundamentais e com o desenvolvimento da cidadania e da dignidade da pessoa humana, cenário que vem permitindo um alargamento do Direito Público no ordenamento jurídico. A Carta Maior de 1988 reflete todas essas tendências do pós-positivismo que formataram o chamado neoconstitucionalismo.

Segundo Luis Roberto Barroso (2007), o novo constitucionalismo iniciou-se na Europa, ao final da Segunda-Guerra Mundial, inaugurando o modelo de Estado constitucional de direito. A nova percepção de Constituição apresentou três marcos fundamentais, a saber: marco histórico, marco filosófico e marco teórico.

Nessa senda, o marco histórico indica o momento em que surgiu o neoconstitucionalismo. Na Europa, o contexto foi o do pós-guerra e no Brasil, foi a partir do processo de redemocratização iniciado com a Constituição da República de 1988. O marco filosófico do fenômeno aqui analisado é o pós-positivismo. Por fim, no tocante ao marco teórico, Barroso (2007) apontou três grandes transformações que inovaram a aplicação do direito constitucional. A primeira transformação que propiciou o desenvolvimento do

novo direito constitucional em seu marco teórico foi o reconhecimento da força normativa à Constituição. A segunda transformação mencionada por Luis Roberto Barroso refere-se à expansão da jurisdição constitucional por meio da ampliação das hipóteses de exercício do controle de constitucionalidade pelo STF. A terceira e última grande transformação listada por Barroso é a nova interpretação constitucional, haja vista que o trabalho do juiz não mais se reduz à técnica de buscar no ordenamento jurídico a norma aplicável ao caso, mas o juiz é também criador do direito, fazendo valorações de sentido de cláusulas gerais e princípios

Então, no âmbito do marco teórico, destacou-se uma mudança fundamental relativa à aplicação do direito constitucional, com o reconhecimento de força normativa à Constituição. Esta deixou de ser um documento meramente político ou um simples convite à atuação dos poderes e ganhou *status* de norma jurídica, com força vinculativa e obrigatória e de aplicação direta e imediata pelo Judiciário.

Outrossim, segundo consignado por Ana Paula de Barcellos (2007), o neoconstitucionalismo é marcado não só pela força imperativa da Constituição, como também pela superioridade hierárquica, centralismo de suas normas e, precipuamente, pela primazia dos direitos fundamentais.

No bojo do fenômeno ora descrito, observou-se também a constitucionalização do direito, definido pela irradiação dos valores constitucionais por todo o ordenamento jurídico, de modo que todos os Poderes estão vinculados aos mandamentos da Constituição e devem atuar e zelar para que os fins nela residentes sejam atingidos.

Essa nova forma de aplicação do direito constitucional, proporcionada pelo neoconstitucionalismo, trouxe outras consequências para além da judicialização dos direitos fundamentais. Observou-se, a partir desse cenário, a ascensão institucional do Poder Judiciário (ativismo Judicial) e a realização de um controle judicial sobre a atuação dos demais Poderes tendo como parâmetro os princípios constitucionais, uma vez que eles passaram a ser dotados de força vinculativa. Isto é, a partir da constitucionalização do direito, verificou-se uma ampliação dos parâmetros do controle da Administração, podendo-se falar em um gênero maior: o controle da juridicidade (JÚNIOR, 2012).

Isso posto, conclui-se que a judicialização passou a atuar como um meio de controle de políticas públicas. Além do neoconstitucionalismo, cujas consequências foram supra delineadas, vivenciou-se no Brasil, nesse mesmo contexto da redemocratização, a chamada

“terceira onda de democratização” ou “democracia contra hegemônica”, tema no qual se destacam as lições dos sociólogos Boaventura de Souza Santos e Leonardo Avritzer (2003).

Nessa esteira, a “democracia contra hegemônica”¹² foi caracterizada pela ampliação e pluralização da participação democrática para além das fronteiras da democracia representativa. Ademais, ela permitiu ao Judiciário reunir mais uma importante função: apresentar-se como um canal adicional de participação para os cidadãos, permitindo remediar o déficit de igualdade da democracia estritamente formal.

Em uma sociedade heterogênea como a atual, os grupos sociais não se vêem ou não se acreditam representados pelas estruturas políticas clássicas, a exemplo dos partidos. A representação política se mostrou insuficiente para promover a mudança social e defender os interesses dos diversos grupos que compõem a sociedade contemporânea. Nesse cenário, outros atores surgiram para dar voz aos cidadãos, como sindicatos, o Ministério Público, organizações não governamentais, Defensorias Públicas, associações civis etc.

A utilização do Poder Judiciário como via de participação democrática foi sendo delineada à medida em que os cidadãos passaram a exigir o cumprimento dos direitos fundamentais, expressando por meio de ações judiciais suas prioridades relativas aos direitos sociais. Desse modo, as demandas judiciais acabaram por pressionar mudanças nas políticas públicas formuladas pelos gestores públicos. Um exemplo emblemático dessa atuação do Judiciário como espaço de participação democrática ocorreu no caso das demandas pelo fornecimento gratuito do coquetel da Aids, berço da atual judicialização da saúde.

A implementação de uma política pública de acesso universal ao tratamento da Aids no Brasil se deu graças à mobilização da sociedade civil brasileira, a exemplo da atuação do Grupo de Trabalhos sobre Propriedade Intelectual da Rede Brasileira pela Integração dos Povos (GTPI/REBRIP)¹³. Dentre as ações desenvolvidas pelo GTPI, destaca-se a sua

¹² Conceito elaborado por Boaventura de Sousa Santos e Leonardo Avritzer para indicar uma democracia que combinasse a clássica representação com formas de participação da população no processo de tomada de decisão, reconhecendo, assim, a pluralidade social, a voz dos grupos minoritários, como mulheres, negros e índios. SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Introdução: para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa. Porto: Edições Afrontamento, 2003. p. 45-65.

¹³ O grupo GTPI/REBRIP foi criado em 2001 pela Associação Brasileira Interdisciplinar de Aids – ABIA. É composto por diversas organizações da sociedade civil brasileira e de duas internacionais, incluindo, também, pesquisadores e ativistas. CHAVES, G. C.; VIEIRA, M. F. e REIS, R. Acesso a medicamentos e propriedade intelectual no Brasil: reflexões e estratégias da sociedade civil. SUR Revista Internacional de Direitos Humanos, São Paulo, ano 05, n. 08, p. 171-197, jun. 2008. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/sur/v5n8/v5n8a09>. Acesso em 19 de setembro de 2014. p. 184.

mobilização junto ao Judiciário para ampliação do acesso aos medicamentos antiretrovirais. O grupo, conjuntamente com o Ministério Público Federal (MPF), propôs uma Ação Civil Pública contra o governo federal e contra a empresa Abbott, demandando a emissão de uma licença compulsória para os medicamentos Lopinavir/Ritonavir¹⁴. O GTPI também foi responsável por promover uma representação junto ao Procurador-Geral da República sobre a constitucionalidade de patentes concedidas pela via *pipeline*.¹⁵

Exemplos mais recentes da atuação do Judiciário como mecanismo de participação do cidadão na política pública de saúde foi a incorporação dos medicamentos Daclatasvir, Sofosbuvir e Simeprevir para o tratamento da hepatite viral C no SUS, a partir de uma recomendação emitida no âmbito da CONITEC.

No direito processual também foram observadas mudanças profundas: em um cenário marcado pela publicização do direito, pela preocupação com a efetivação dos direitos fundamentais e incremento das demandas de massa, o Judiciário passou a desempenhar mais uma função: a de instância organizada de solução de conflitos metaindividuais (DIDIER; ZANETI, 2012), reforçando o papel desse Poder como mecanismo de participação cidadã na arena pública.

A própria CR/88 potencializou o papel do Direito e do Judiciário nesse contexto, consoante pontuam Didier e Zaneti (2012), especialmente ao conferir uma dimensão coletiva aos direitos fundamentais e ao criar instrumentos necessários para a tutela desses direitos, consoante já mencionado no capítulo primeiro.

Em suma, todas essas novidades trazidas ou aprofundadas pela Constituição cidadã serviram para corroborar um novo modo de agir do Poder Judiciário, dando margem e chancela constitucional ao controverso fenômeno da judicialização de direitos fundamentais.

4.2 Principais críticas em torno da judicialização da saúde

É inegável, em face do exposto no item precedente, que a judicialização da saúde é um fenômeno francamente constitucional. Essa conclusão afasta importantes críticas que cercam o fenômeno em apreço, sobretudo quanto à falta de legitimidade democrática do Judiciário para decidir sobre a alocação de recursos escassos, visto que os juízes não foram

¹⁴ Idem, *Ibidem*, 2008, p. 186-187.

¹⁵ O mecanismo *pipeline* constitui uma disposição temporária que permitiu a aceitação de depósito de patentes em campos tecnológicos, até então, não reconhecidos, a exemplo de medicamentos e alimentos. Assim, a proteção patentária via *pipeline* propicia a proteção de inventos que já estavam em domínio público. Idem, *ibidem*, p. 181 e 186.

eleitos democraticamente para tomar decisões dessa natureza, mas ingressaram na carreira pública por meio de concurso de provas e títulos.

Assim, considerando que o presente tópico tratará das principais críticas relativas à judicialização da saúde, necessário inicialmente registrar que as divergências em torno desse fenômeno evidenciam dois eixos analíticos adotados pela doutrina (VIANA; CARVALHO; MELO; BURGOS, 1999). Sob a ótica do eixo substancialista, relacionado a Mauro Cappelletti e Ronald Dworkin, defende-se que as novas relações entre direito e política se mostram inevitáveis, em face do aumento da participação democrática, ampliação dos direitos e do conflito de interesses entre os diversos grupos sociais.¹⁶ Assim sendo, a judicialização se coaduna com o enriquecimento das realizações da agenda igualitária, sem prejuízo da liberdade. Ademais, para o eixo substancialista, o ativismo judicial é necessário para a salvaguarda dos direitos fundamentais.

Ao revés, para o eixo procedimentalista, associado a Habermas-Garapon, a intervenção do Judiciário em relação às políticas públicas para efetivação dos direitos sociais desrespeita o processo democrático e as escolhas dos representantes eleitos, além do fato de que o Judiciário, em função de suas limitações, não é o espaço apropriado para a discussão acerca de conflitos político-sociais. Outrossim, a invasão da política e da sociedade pelo direito, apresenta outra consequência nefasta: a criação de cidadãos clientes de um Estado paternalista. Para esse eixo, o papel do Judiciário no exame das políticas públicas é garantir o exercício da cidadania ativa. Outras críticas destacadas pelo eixo procedimentalista são: a falta de expertise técnica dos juízes para decidirem acerca de política pública e definirem a melhor forma de alocação de recursos (escassos), o desrespeito à tripartição dos poderes e aos limites da Reserva do Possível e o fato de que os juízes decidem a micro-justiça e não a macro-justiça.

Ana Paula de Barcellos (2007) contribui para o esclarecimento de muitas questões relacionadas às críticas atuais em torno do controle judicial de políticas públicas realizado por meio do fenômeno da judicialização da saúde. Nessa esteira, a autora trabalha tais críticas

¹⁶ Direitos sociais ou prestacionais, a exemplo da saúde, não apresentam aplicabilidade imediata e plena eficácia, em virtude de necessitarem de concretização legislativa. Isso ocorre, porque os direitos sociais dependem de uma conjuntura socioeconômica para se efetivarem e esbarram, portanto, na reserva do possível, uma limitação fática e jurídica. A definição da reserva do possível guarda estreita relação com o fato de os direitos sociais apresentarem um custo ou relevância econômica. Destarte, a reserva do possível refere-se à verificação da efetiva disponibilidade de recursos para a prestação dos direitos sociais; à disponibilidade jurídica de recursos materiais e humanos e à proporcionalidade e razoabilidade da prestação. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estudos sobre direitos fundamentais. 1ed. 3. Tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 284-287.

acima expostas a partir de três eixos ou pontos de vista: o da Teoria da Constituição, da Filosofia e o Procedimental.

A crítica ao controle judicial de políticas públicas a partir da Teoria da Constituição questiona a validade de a interpretação constitucional invadir espaços próprios da política majoritária. Por seu turno, a crítica filosófica discute a legitimidade essencial dos magistrados e a crença ou presunção de que eles fariam melhores escolhas quanto à alocação de recursos do que os agentes públicos encarregados dessa função.

Essas duas primeiras críticas teriam sua importância relativizada uma vez que, quanto à crítica da Teoria da Constituição, a viabilidade da deliberação majoritária, do regular funcionamento da democracia e do próprio controle social da Administração Pública está condicionada ao gozo minimamente adequado dos direitos fundamentais. Além disso, a própria CR/88 optou por impor maiores condicionantes e limites jurídicos aos Poderes Públicos, decidindo juridicializar vários temas, o que constitui um fato, uma escolha do constituinte originário. Por fim, conforme perquirido por Ana Paula de Barcelos, o controle judicial da Administração Pública não se orienta pela lógica dos extremos: colonização completa da política pelo direito ou ausência de controle, havendo possibilidades intermediárias para a efetivação do controle.

No que toca à crítica filosófica, a referida doutrinadora aduz que existem fundamentos ou parâmetros normativos, morais e técnico-científico para a atuação dos juízes, caso contrário eles agiriam arbitrariamente, o que é repudiado.

A terceira crítica é a Operacional e merece especial atenção, haja vista sua complexidade, não sendo facilmente relativizada como as duas primeiras. Desse modo, a crítica aqui examinada questiona o conhecimento dos juízes para realocar recursos escassos e avaliar nas demandas individuais (micro-justiça) a realidade da ação estatal como um todo (macro-justiça). Ademais, as decisões em sede de demanda individual, não raro, promovem efeitos nefastos e distorções, pois a maioria dos litigantes teria condições de custear a prestação que demandam do Estado. Dessa forma, mesmo no fenômeno da judicialização, em que a concretização dos direitos fundamentais pela via judicial deveria contribuir para a promoção da igualdade, os menos favorecidos continuam a ser preteridos.

A crítica operacional deve ser enfrentada tendo em vista os objetos e modalidades do controle judicial de políticas públicas. Nesse diapasão, Barcellos (2007) discorre sobre 05 (cinco) objetos, a saber: (i) controle da fixação de metas e prioridades e (ii) do resultado final esperado das políticas públicas; (iii) controle da quantidade de recursos a ser investida; (iv)

controle do atingimento ou não das metas fixadas pelo Poder Público e, por fim, (v) controle da eficiência mínima na aplicação dos recursos públicos.

Os três últimos objetos do controle, que são a quantidade de recursos a ser investida; o controle do atingimento ou não das metas fixadas pelo Poder Público e o controle da eficiência mínima na aplicação dos recursos públicos não trazem maiores dúvidas quanto à possibilidade do controle e sobre eles as críticas da Teoria da Constituição, Filosófica e Operacional incidem com menor força. Isso ocorre porque as formas de controle expressas nesses três últimos objetos se orientam por parâmetros normativos objetivos, a exemplo do controle da quantidade de recursos a ser investida, em que a própria CR/88 estabelece em seus artigos 198, §2º e 202 (BRASIL, 1988) os percentuais mínimos que devem ser investidos em saúde e educação, além de vincular as receitas das contribuições sociais ao custeio da seguridade social. No tocante ao controle da eficiência mínima na aplicação dos recursos, o princípio da eficiência encontra-se expressamente previsto como um princípio da Administração no art. 37, *caput*, da CR/88 (BRASIL, 1988). Então, nesses casos, em que existe norma expressa sobre como a Administração deve agir, não há maiores dúvidas sobre a possibilidade de controle judicial.

Ademais, esses três últimos objetos não constituem formas de controle marcadas por uma intervenção do Poder Judiciário na esfera de atuação dos demais poderes, de modo a incidir críticas sobre lesões ao princípio da separação dos poderes. Os objetos ora analisados não produzem um forma de controle sobre o conteúdo das políticas públicas, mas quanto ao seu processo de decisão e execução, de modo que a crítica quanto à interferência no espaço de escolhas majoritárias dos poderes é reduzida.

Quanto ao controle do atingimento ou não das metas fixadas pelo Poder Público, verifica-se tratar de uma modalidade de controle que é instrumental e objetiva obter, precipuamente, informações sobre os casos em que o poder público deveria agir, mas não agiu. Essas informações deverão ser tornadas públicas a fim de fomentar o debate público e o controle social do tema. Aqui, portanto, não há controle do conteúdo da política pública, de forma que não há interferências nas escolhas majoritárias tomadas pelos entes públicos.

Ao revés, os dois primeiros objetos, a saber, o controle da fixação de metas e prioridades e controle do resultado final esperado das políticas públicas, representam uma forma de intervenção sobre o conteúdo das políticas públicas e significam uma maior ingerência do Poder Judiciário sobre os Poderes Legislativo e Executivo. Consequentemente, as críticas da Teoria da Constituição, Filosófica e Operacional irão incidir de forma mais acentuada sobre os dois primeiros objetos aqui estudados.

Esses dois objetos traduzem uma forma de controle que parte do pressuposto que existem resultados esperados e exigíveis de uma política pública, ou seja, ela necessariamente deverá produzir como resultado o oferecimento de certos bens e serviços à população. Assim, constitui um dever jurídico da Administração incluir em sua previsão orçamentária recursos capazes de atender as necessidades básicas da população. E, como envolve um dever jurídico, resta justificado o controle judicial sobre as metas a serem fixadas pelo Poder Público. O controle aqui é sobre a criação de uma política pública ainda inexistente, em virtude da obrigatoriedade de a Administração Pública incluir em seu orçamento recursos para efetivar uma política pública.

Por sua vez, o controle do resultado final esperado ocorre quando uma política pública já se encontra enunciada, mas os bens não estão sendo oferecidos à população. Um exemplo claro disso acontece na atenção ambulatorial e hospitalar, programa previsto no SUS, mas que não consegue atender a toda a população, em razão do déficit de leitos que se observa no país. Então, a hipótese de controle do resultado final esperado traduz a intervenção judicial em uma política pública existente, mas que está falhando em alguma medida. Dessa forma, “o controle jurídico nessa hipótese representa exatamente a possibilidade de exigir diretamente tais bens: o resultado final esperado pelas políticas públicas em matéria de direitos fundamentais” (BARCELLOS, 2007, p. 618). Nesse caso, poderia o juiz determinar de forma específica o oferecimento de tais serviços ou bens à população.

Por conseguinte, Barcellos entende que quando um juiz determina a entrega de um bem ou serviço de saúde, está-se produzindo um legítimo e constitucional controle judicial da saúde. Esse entendimento não é o compartilhado por Vanice Regina Lírio do Vale (2009) para quem a judicialização dos direitos fundamentais nem sempre irá significar um verdadeiro controle das políticas públicas, devendo ser diferenciadas as hipóteses de sindicabilidade das políticas públicas e os casos de tutela individual de direitos fundamentais, pois nesses últimos não há produção de controle judicial.

Segundo a autora, mesmo na hipótese de uma política pública já ter sido enunciada e instituída, ou seja, satisfeito o comando constitucional ou a dimensão objetiva de um direito fundamental pode ocorrer de existirem cidadãos que não foram atendidos por essa política pública, restando prejudicado o direito fundamental dessas pessoas em sua dimensão subjetiva. Nesses casos, Vanice do Valle entende que a política pública não foi necessariamente inadequada, mas ocorreu o seu insucesso no tocante à garantia específica de direito fundamental de um cidadão ou alguns cidadãos em particular.

Ainda sobre a questão da tutela escolhida para reivindicar o direito à saúde, Vanice do Valle (2009) propugna que quando o cidadão se utiliza do Judiciário para a efetivação ou tutela de seu direito fundamental obstaculizado em sua dimensão subjetiva, ele não está provocando o controle judicial da política pública em vigor. A relação que o Judiciário irá intermediar é de crédito-débito entre o administrado e a Administração Pública. Para a referida autora, a decisão proferida no curso de uma demanda individual, em que o foco é sanar uma lesão a direitos fundamentais violados em sua dimensão subjetiva, não está a desenvolver a sindicância ou controle das políticas públicas.

O controle de políticas públicas pelo Judiciário ocorreria naquelas demandas que exigem uma política pública ainda inexistente, repudiam-na ou requerem a reprogramação de um quadro normativo de ação já em vigor. As demandas que apresentam esses tipos de requerimentos promovem, na interpretação de Vanice do Valle (2009), um verdadeiro controle das políticas públicas, pois o impacto da decisão judicial recairá sobre toda a coletividade, não tendo o compromisso exclusivo “com a garantia em favor daquele que invocou a prestação jurisdicional”, algo que ocorre nas demandas pleiteando a concretização individual de um direito.

A dissertação em tela concorda em parte com o entendimento de Valle. Não obstante seja preferível a intervenção judicial via processo coletivo e apenas nos casos de inexistência da política pública ou para fins de sua reprogramação, é inegável que a massificação de demandas individuais acaba por forçar um verdadeiro controle judicial da política pública de saúde. As numerosas demandas individuais acabam por forçar mudanças na política pública em vigor, como aconteceu no caso do coquetel da Aids, do Canabidiol, do Sofosbuvir, Simeprevir, Declastavir e insulina Glargina. Todos esses são exemplos de inclusão de fármacos e procedimentos nas listas do SUS como fruto da pressão exercida pela judicialização da saúde, em grande parte dos casos via ação individual ou via Ação Civil Pública com nítido viés individual. Geralmente, essas demandas apresentam como pedidos subjacentes a inclusão de novos tratamentos no SUS ou a ampliação dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas já previstos na política pública. Dessa maneira, diferentemente do defendido por Valle (2009), demandas que veiculam o direito à saúde violado em sua dimensão subjetiva e por meio de ações individuais têm o condão de modificar a política pública vigente, o que traduziria um controle judicial sobre a tal política. Ocorre que a mudança na política pública provocada via ação individual ou via ACP em que não comprovada sua abrangência e conveniência sociais é desorganizada e fragmentária.

Diante disso, entende-se aqui que a melhor forma de controle judicial da política pública de saúde seria por meio de ACP's verdadeiramente coletivas, isto é, que comprovem sua relevância social, como poderia acontecer sua ação coletiva que visasse à alteração de algum PCDT para inclusão de tecnologias, ampliação da oferta de leitos ou a efetiva execução dos valores previstos no orçamento da saúde. Essas ACP's teriam o condão de ampliar o debate sobre o tema, de modo a permitir que os juízes decidam com esmero na macro-justiça, situação que diminuiria as chances de intervenções arbitrárias do Judiciário em matéria de outros Poderes. Via reflexa, princípios como o eficiência, segurança jurídica, economicidade, proporcionalidade e razoabilidade seriam promovidos nessa atividade decisória multidisciplinar, eis que almeja a reprogramação de uma política pública.

Por meio de tais considerações, encerra-se esse momento de compreensão das razões que forjaram o fenômeno da judicialização da saúde, além de terem sido destacadas aqui suas principais controvérsias e potencialidades. Nos próximos itens, serão traçadas as linhas gerais da judicialização da saúde que se desenvolveu no Estado Minas Gerais. Essa construção de um perfil do fenômeno em tela no Estado mineiro será fundamental para contrastá-lo com os resultados encontrados a partir da análise das 342 ACP's que compuseram a amostra investigada neste trabalho.

4.3 Judicialização da saúde em Minas Gerais

No terceiro capítulo, procurou-se destacar e descrever as principais características do SUS, privilegiando-se aqueles pontos que recebem forte impacto da judicialização da saúde, tais como a definição da competência dos entes públicos quanto à execução da política em comento; a organização dos SUS em níveis de atenção, como a atenção primária, secundária e terciária; a definição de conceitos como integralidade e universalidade, regionalização, municipalização e hierarquização e os impactos desses princípios e diretrizes sobre o arranjo do SUS; a adoção dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas, bem como da medicina baseada em evidência para a inclusão de novas tecnologias no SUS, a partir de uma avaliação feita pela CONITEC, órgão ligado ao Ministério da Saúde.

Todos esses pontos do SUS são de certa forma impactados quando o Poder Judiciário, por meio de uma decisão, sobretudo de procedência, interfere na política pública de saúde. Isso ocorre, porque é observado um certo padrão na judicialização da saúde, conforme

constatarem algumas dissertações de mestrado sobre o tema, as quais serão utilizadas neste item para a compreensão do perfil desse fenômeno no Estado de Minas Gerais.

Destarte, dentre esses pontos comuns destacam-se os seguintes: a maior parte das ações são individuais e propostas por advogados ou pela Defensoria Pública, o que indica que a força motriz da judicialização são cidadãos que detêm certo poder aquisitivo e informação. Os Municípios que mais judicializam são os de maior porte e maior poder econômico, como Belo Horizonte, Divinópolis e Uberlândia. Além disso, a maior parte das decisões concede o pleito do paciente e elas se fundam, em sua maioria, apenas na prescrição médica oriunda de médico não pertencente ao SUS e, portanto, alheia aos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas abrangidos pela política de saúde. Por último, a maior parte dos pedidos envolve objeto ainda não constante da RENAME e RENASES.

Nesse diapasão, segundo pesquisa realizada por Simões (2015), de um universo de 6112 ações judiciais impetradas contra o Estado de Minas Gerais entre os anos de 1999-2009, 433 delas, ou seja, 7,08%, envolveram o tratamento do diabetes. Dentre os 433 processos, 423 (97,7%) correspondiam a ações individuais e 10 (2,3%) a ações coletivas. Também se observou que as cidades maiores e mais expressivas economicamente do estado de Minas Gerais, apresentaram maior índice de judicialização: Belo Horizonte concentra 29,6%; Uberlândia 7,1% e Divinópolis 5,0%.

Além disso, quanto à representação jurídica, a maior parte das ações foi conduzida por advogados particulares (58,9%). A Defensoria Pública foi responsável por 22,9% dos processos, seguido pelos Núcleos de Assistência Jurídica, 3,0%.

Das 423 ações individuais investigadas por Simões (2015), em 304 (71,9%) estava presente a prescrição médica, sendo que desse grupo, 39 ações (12,8%) apresentavam mais de uma prescrição. No rol das ações que se basearam em uma prescrição (304 ações de um total de 423), apenas 44, isto é, 14,5% continham prescrições com a logomarca do SUS e 260 (85,5%) apresentavam prescrições sem a identificação do sistema público de saúde. Em 64,54% das ações, o que corresponde a 423 delas, constava um relatório médico.

Quanto ao objeto dessas demandas para o tratamento do diabetes, medicamentos foram o objeto mais pedido (60,2%) e dentre eles, destacou-se a insulina Glargina (15,6% dos pedidos).

No que tange ao resultado da decisão sobre os medicamentos pleiteados para o tratamento do diabetes, das 423 ações individuais em 283 (66,9%) houve decisão de entrega do medicamento e em 56 (13,2%), houve indeferimento por liminar ou sentença. O estado foi

o ente mais demandado, sendo condenado a fornecer medicamento em 52% dos processos, os municípios em 13,7% e a União em 3,1% das ações.

Constatou-se, em suma, que a maioria dos beneficiários morava em municípios economicamente desenvolvidos e se utilizaram de advogados particulares para buscar o Judiciário. Essa característica da judicialização reforça as críticas de que ela promove desigualdades no acesso à saúde, pois tal via é utilizada por pessoas que detêm maior poder econômico e mais informação. Além disso, Simões (2015) verificou que dentre os medicamentos solicitados, 63,4% não constavam na lista da RENAME no momento da solicitação.

Nesse sentido, como a maior parte dos pedidos foi de procedência, tem-se como consequência lógica que os juízes acabaram por deferir, em sua maioria, pedidos para a inclusão de um novo tratamento no SUS. Essa hipótese foi abordada e elencada por Gilmar Mendes no julgamento da STA nº 175 como um caso a ser analisado pelos juízes com cautela, em processo bem instruído e com ampla produção probatória, pois implicará a alteração da política de saúde, haja vista que o pedido é para acrescentar ao SUS um tratamento ou medicamento ainda não contemplado.

Todavia, se a maior parte desses pedidos que versaram sobre medicamento não constante da RENAME foi deferida, necessariamente uma hipótese de exceção, conforme exposto pelo Ministro Gilmar Mendes, acabou se tornando, na atual judicialização da saúde, uma perigosa regra. Diz-se perigosa, porque a conclusão a que chegou Simões (2015) indica uma constante interferência do Poder Judiciário no conteúdo de uma política pública, cuja elaboração normativa e concretização incumbem aos detentores de mandato pertencentes aos Poderes Legislativo e Executivo.

Frisa-se que essa interferência pode acontecer, sobretudo, para a garantia do mínimo existencial e para que as disposições do SUS, como o direito à assistência farmacêutica integral, ganhem concretude. Porém, tal ingerência não deve ser uma constante, sob pena de se infringir a harmonia e o equilíbrio entre os três Poderes.

Sobre os impactos da judicialização do tratamento do diabetes na política pública de saúde do Estado de Minas Gerais, Simões (2015) destacou a inclusão da insulina Glargina na lista da política estadual de atenção à pessoa com diabetes em outubro de 2005. No estudo em comento, o citado autor destacou que o medicamento mais solicitado foi a insulina e nesta categoria a mais judicializada foi a insulina Glargina, situação que evidencia a pressão que as decisões judiciais exercem para a mudança da política pública.

Inegável que a judicialização possa auxiliar no processo de atualização das listas de medicamentos e procedimentos do SUS, tornando o Judiciário uma arena para que os cidadãos possam influir na política pública de saúde e sinalizar aos gestores públicos suas preferências. Todavia, como pontuado acima, esse tipo de interferência do Judiciário sobre matéria de política pública requer cautela e instrução processual adequada, pois a inclusão de tecnologias novas no SUS é matéria complexa, que não pode se submeter apenas à vontade da parte autora e aos conhecimentos do médico especialista que acompanha o paciente.

Ademais, é temerária e contrária aos preceitos constitucionais e processuais a decisão judicial que ignora o aparato administrativo montado no âmbito da CONITEC para avaliar as tecnologias do SUS. Invocar que a “saúde é direito de todos e dever do estado” não garante que a tecnologia a ser acrescida ao SUS tenha eficácia, eficiência e efetividade, tal qual defendido por Gadelha (2014), mas pode colocar em risco a saúde coletiva e minar o já deficiente orçamento público da saúde.

O caso da insulina Glargina ilustra todas essas ponderações e expõe as fragilidades da judicialização da saúde. Estudos posteriores, encomendados pela SES/MG ao Centro Colaborador de Farmacoeconomia e Estudos Epidemiológicos da UFMG, concluíram que a Glargina não apresenta benefícios clínicos em relação a outros medicamentos já disponíveis no mercado que justifique o investimento dos gestores públicos em sua inclusão na lista de medicamentos estaduais. Abaixo, segue tabela elaborada por Simões (2015) que compara o preço da Glargina com o de outras insulinas padronizadas pelo SUS:

Tabela 3 - Valores das insulinas fornecidas pelo SUS (NPH e Regular Humana) versus valores da insulina judicializada (Glargina) referentes às licitações de 2007/2008.

Medicamento	Aquisição	Preço unitário
Insulina NPH Humana (2008)	Ministério da Saúde	R\$ 9,45
Insulina Regular Humana (2008)	Ministério da Saúde	R\$ 10,30
Insulina Glargina (2007)	SES/MG	R\$ 210,00

Fonte: SIMÕES, Fabrício Henrique dos Santos. Judicialização do acesso ao tratamento do diabetes no estado de minas gerais. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública) - Faculdade de Medicina da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015.

Outros impactos observados na política pública estadual de saúde foram a criação da Assessoria Técnica em 2007, a definição de uma rubrica orçamentária em 2009 e a estruturação do Núcleo de Atendimento à Judicialização da Saúde (NAJS) em 2014.

Sobre os impactos orçamentários, Simões destaca a evolução crescente nos gastos públicos com a judicialização da saúde, sendo que em 2009 o gasto planejado com a judicialização da saúde foi em torno de 40 milhões e o valor liquidado girou em torno de 45

milhões. No ano de 2013 o valor planejado saltou para 145 milhões e o valor liquidado foi de 291,7 milhões, evidenciando uma variação negativa.

A dissertação de Mestrado de Simões endossa as conclusões apontadas por Orozimbo Henriques Campos Neto (2012). Neste segundo trabalho, concluiu-se que do total das ações analisadas, 70,2% foram propostas por advogados particulares. Em adendo, foi observado que um pequeno número de advogados e médicos estava associado a um grande número de processos, a exemplo dos pleitos envolvendo o medicamento Adalimumabe em Minas Gerais. Esses dados confirmam que a judicialização é utilizada por pessoas com melhores condições socioeconômicas e que ela pode ser instrumento de conluio entre advogados, médicos e a indústria farmacêutica para forçar os gestores públicos a adotarem alguma nova tecnologia no SUS, conforme entende Campos Neto (2012).

O presente trabalho tende a compreender a judicialização menos como uma estratégia (de marketing compulsório) da indústria farmacêutica para incluir produtos e interesses obtusos nas listas do SUS e mais como um instrumento facilitador de fraudes e ganhos fáceis por parte de advogados, médicos e outros interessados. O predomínio de decisões padronizadas de procedência alimenta intenções espúrias de quem acredita que recurso público é recurso de ninguém. Corroborar esse entendimento de que a judicialização indiscriminada da saúde, associada a decisões uniformizadas, conduz a fraudes o trabalho elaborada por Juliana Yoshinaga (2011) na Procuradoria do Estado de São Paulo. Em suma, a judicialização da saúde tornou-se mais um “jeitinho” de se ganhar dinheiro no Brasil às custas do Estado e do interesse público.

Já no que tange à judicialização de procedimentos de média e alta complexidade, destaca-se a dissertação de Fernanda de Freitas Castro Gomes (2013), a qual constatou que de um total de 6112 propostas, 12,4% ou 783 tiveram por objeto procedimentos ambulatoriais ou hospitalares. Medicamentos foram objeto de 5212 ações nesse mesmo período.

Dentre as 783 ações analisadas nesse estudo, a maior parte delas era do tipo ordinária (72,3%) seguidas das Ações Cíveis Públicas (13,7%). Decisões de deferimentos foram observadas em 71,1% dessas ações que envolvem procedimento, tal qual ocorre nas ações de medicamentos analisadas por Simões (2015). Advogados ajuizaram 49,1% dessas ações, defensores públicos 33,1% e assistência judiciária 1,8%. As cidades que mais judicialização procedimentos ambulatoriais e hospitalares foram as da macrorregião centro (32,1%) e oeste (32%), com destaque para Belo Horizonte, Divinópolis e Uberlândia, tendência essa idêntica à observada em Simões (2015). Em relação aos procedimentos solicitados, 51,1% era de média

complexidade e 44, 4% de alta complexidade. Foram avaliados um total de 1002 procedimentos, dos quais 93,6% tinham cobertura no SUS.

Esses dados revelam informações importantes sobre a judicialização de procedimentos, diferindo-a da judicialização de medicamentos. Primeiramente, observa-se aqui uma expressiva atuação de Defensores Públicos (33,1%) e do Ministério Público (enquanto legitimado à propositura de ACP, que são 13,7% dessa demanda). Diferentemente da judicialização de medicamentos, na de procedimentos pleiteiam-se objetos que já estão previstos na política pública de saúde, o que poderia evidenciar um mau funcionamento dela, já que o cidadão reclama a concretização do que já foi formatado e garantido no SUS. Na judicialização de medicamentos, ao contrário, predominam pedidos de medicamentos que não fazem parte das listas do SUS.

Por fim, a judicialização de procedimentos se concentra na alta e média complexidade, endossando o que foi exposto no terceiro capítulo: tais níveis da atenção à saúde são o verdadeiro gargalo do Sistema Único, pois exigem altos investimentos, já que envolvem o uso de tecnologia intensiva e cara. Todavia, o financiamento da saúde no Brasil não é compatível com um sistema que se diz universal e público, demonstrando-se, enfim, deficitário, mormente nos níveis de atenção secundário e terciário, os mais custosos da política pública de saúde.

Sobre a judicialização pós 2009, Raquel Guedes Medrado (2013) chegou a conclusões parecidas à dos autores acima mencionados, como Simões (2015), Gomes (2013) e Campos Neto (2012). Nesse sentido, no trabalho que se debruçou sobre 2506 (dois mil quinhentos e seis) mandados judiciais que chegaram à Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais de janeiro a junho e 2012, 37,3% das ações foram propostas pelas Defensorias Públicas e 32,7% por advogados particulares, evidenciando que a judicialização ainda continua a ser instrumento de cidadãos mais bem informados e de melhor poder aquisitivo. O Ministério Público (estadual ou federal) foi responsável por 13,7% das ações. Em consonância com as outras dissertações de mestrado analisadas acima, Medrado (2013) também constatou que os Municípios mais demandados são os mais desenvolvidos em termos sociais e econômicos do Estado, tais como Belo Horizonte, Divinópolis, Uberaba, Juiz de Fora e Uberlândia. Esses cinco Municípios, enfim, respondem por 50,3% do tal das ações propostas no período analisado.

Quanto aos objetos dessas demandas, verificou-se que o pedido mais recorrente foi o de internação (359 ações), seguido do de cirurgia (222), que juntos correspondem a 23,1% das ações analisadas no período de janeiro a junho de 2012. Nesse sentido, o perfil da

judicialização em Minas Gerais corrobora uma vez mais os estudos de Jorge Solla e Arthur Chioro (2012) para os quais o grande entrave do SUS é o sub-financiamento das atenções secundária e terciária, que englobam a atenção ambulatorial e hospitalar especializadas (internações e cirurgias). Atrás das cirurgias, como terceiro objeto mais judicializado estão as dietas (0,06% das ações).

Os medicamentos mais judicializados segundo Medrado (2013) são: Ranibizumabe, Tiotrópio, Cinacalcet, Metilfenidato, Trastuzumabe e Becacizumabe, que juntos correspondem a 16,87% dos pedidos judiciais.

Desse modo, em face das dissertações ora analisadas, conclui-se que do período de 1999 a 2012 o perfil da judicialização pouco variou, permanecendo, em suma, a tendência de crescimento desse fenômeno. Constatou-se que na década de 1999-2009 foram propostas 6112 ações tendo como um dos réus o Estado de Minas Gerais. Apenas no primeiro semestre de 2012 foram propostas 2912 ações, ou seja, aproximadamente 48% das ações judiciais impetradas contra o Estado de Minas Gerais entre os anos de 1999-2009.

Ademais, a judicialização volta-se primordialmente para objetos típicos dos níveis secundários e terciários da atenção, sendo o objeto mais judicializado as internações e medicamentos de alto custo. Importante salientar que esses objetos, na repartição de competências propostas pelo SUS, são de responsabilidade dos Estados e da União, predominantemente. Entretanto, em sede de judicialização da saúde, frequentemente recai sobre os Municípios a obrigação pelo fornecimento de tais bens.

Enfim, essas foram as principais características da judicialização da saúde observada em Minas Gerais. Nos itens finais desse quarto capítulo serão trazidas as consequências de maior relevo desse perfil da judicialização sobre a política pública de saúde no Estado em comento.

4.4 Consequências da judicialização da saúde sobre a política de saúde praticada em Minas Gerais

Ao longo da análise das dissertações acima citadas, foram já apontadas algumas consequências da judicialização da saúde sobre o SUS/MG, como a inclusão de novos PCDT's, a exemplo do verificado no caso da insulina Glargina. Outra consequência importante foi a criação da Assessoria Técnica e do Núcleo de Atendimento à Judicialização da Saúde (NAJS) no âmbito da SES/MG. Além disso, foi mencionado o crescente impacto

orçamentário das numerosas ações em matéria de saúde. Todavia, convém separar tais efeitos em um tópico específico para melhor compreensão dos impactos do fenômeno ora estudado.

4.4.1 Judiciário como espaço para discussão da inclusão de novas tecnologias no SUS

Nesse sentido, como primeira consequência da judicialização da saúde em Minas Gerais, destaca-se a inclusão de medicamentos judicializados nas listas do SUS estadual, tal qual aconteceu com a insulina Glargina e o Adalimumabe.

Ademais, necessário pontuar que a ampliação do rol de bens e serviços ofertados pelo SUS como consequência da pressão exercida pela judicialização nem sempre representa a construção de um SUS melhor do ponto de vista do usuário e da gestão e essa afirmação pode ser comprovada com o emblemático exemplo da Glargina: insulina mais cara que a já padronizada no SUS e que não acarretou melhorias substantivas do ponto de vista clínico capaz de justificar sua incorporação pelo SUS/MG em 2005.

A inclusão de tecnologias ao SUS a partir da pressão das demandas judiciais pode ser uma via temerária, tal qual ilustra o caso da Glargina, porque a instrução processual rasa que comumente é observada nas ações individuais é incompatível com a profundidade que exige a incorporação de tecnologias preconizada no SUS, sustentada, por exemplo, em evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento a serem incorporados. Por óbvio, decisões que se lastreiam apenas em uma prescrição médica e no art. 196 da CR/88 não observam tais critérios e acabam por significar uma ingerência indevida do Judiciário sobre a política pública de saúde. Essa situação acaba por acirrar as críticas operacionais que recaem sobre a judicialização da saúde, tal qual exposto por Ana Paula de Barcellos (2007).

Com isso, não se está a defender que o Judiciário é um campo inapropriado para discutir a inclusão de tecnologias no SUS. Ao revés, compartilha-se aqui do entendimento esposado na STA nº 175/CE, de que é possível ao cidadão se valer do Judiciário para solicitar algum tratamento ainda não fornecido pelo SUS. Entretanto, como esse pleito representa uma influência contundente sobre a definição de prioridades e alocação dos recursos em saúde (competência que em primeiro lugar destina-se aos detentores de mandato), a instrução processual deve ser de igual profundidade e seriedade, sob pena de se ferir o princípio da tripartição dos Poderes e o princípio majoritário. Ademais, consoante defendido por Vanice Regina Lírio do Vale (2009), o meio processual mais adequado para empreender uma discussão dessa envergadura social são as Ações Cíveis Públicas e não as individuais.

4.4.2 Crescente impacto financeiro da judicialização da saúde no orçamento estadual

Outra consequência do atual perfil das demandas em saúde é o crescente impacto delas no orçamento público. Expressão desse impacto é a consignação no orçamento mineiro do Fundo Estadual de Saúde (FES/MG) de rubrica específica para o atendimento das sentenças a partir do ano de 2009.

O gráfico abaixo acompanha a evolução desses gastos no período de 2009 a 2015.

Gráfico 2 - Execução orçamentária da SES/MG quanto às sentenças judiciais de 2009 a 2015 (R\$ milhões).

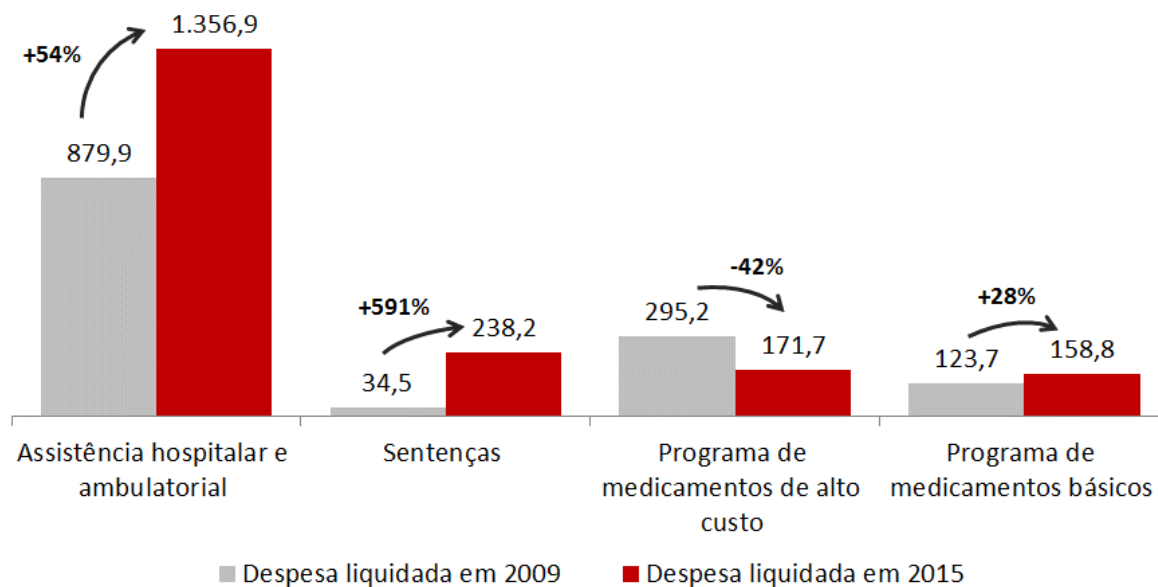


Fonte: Adaptado do Relatório Anual de Gestão de 2009 a 2015.

Os dados acima, extraídos do Relatório Anual de Gestão (RAG) da SES/MG, delineiam o impacto orçamentário da judicialização da saúde, evidenciando que de 2009 até o ano de 2015 os gastos efetivamente liquidados sofreram um vertiginoso aumento em torno de 600% (seiscentos por cento).

Para uma melhor aferição dos impactos financeiros e organizacionais da judicialização da saúde no arranjo do SUS estadual, necessário comparar os gastos relativos às ações judiciais com os referentes a outras ações e programas da política pública de saúde, tais como a assistência hospitalar e ambulatorial e programas de aquisição, armazenamento e distribuição de medicamentos básicos e de alto custo:

Figura 3 - Gastos com itens da política pública de saúde em Minas Gerais em milhões de reais.



Fonte: Adaptado do Relatório Anual de Gestão de 2009 a 2015.

Dessa feita, no período 2009-2015, componentes de programas centrais para o SUS/MG, como o programa de Medicamentos de Alto Custo, assistiram a um decréscimo em seus investimentos em 42% (quarenta e dois por cento). Quanto ao programa de Medicamentos Básicos, o aumento do investimento público foi módico, aproximadamente 30% (trinta por cento). Já a Assistência Hospitalar e Ambulatorial, componentes da atenção de média e alta complexidades e principal entrave do SUS, conforme exposto em itens precedentes, sofreu um aumento de gasto público estadual de 54% (cinquenta e quatro por cento). A rubrica Sentenças, que corresponde à Judicialização da Saúde, diferentemente dos programas universais do SUS, observou um aumento de gastos espantoso, de 591% (quinhentos e noventa e um por cento).

Essas informações evidenciam a importância (quase sufocante) dos gastos com judicialização de saúde frente a programas e ações estratégicos do SUS. Assim, com chancela judicial e em nome do art. 196 da CR/88, recursos públicos que deveriam atender a milhões de usuários do SUS estão sendo destinados a um grupo seletivo de cidadãos, com poder aquisitivo e detentores de informação para acionar o Judiciário e impor uma política pública de saúde excludente.

4.4.3 Mudanças organizacionais na SES/MG

Mais um impacto observado na SES/MG foi a criação de um setor específico, no ano de 2007, para atender às ações de saúde. Trata-se do Núcleo de Assessoria Técnica (NAT) cujo objetivo é promover o cumprimento das decisões judiciais e auxiliar a Advocacia-Geral do Estado (AGE) nas defesas. Com o fito de tornar ainda mais eficiente a atuação desse setor, em 2014, foi estendido e adaptado a ele um sistema informatizado para o gerenciamento das informações que inicialmente era usado apenas pela Assistência Farmacêutica estadual: o SIGAF. Esse sistema foi implantado na Assessoria Técnica com vistas a auxiliar nas providências afetas às decisões judiciais recebidas, de modo a garantir agilidade e o efetivo acompanhamento interno das demandas, além de facilitar o apoio técnico à AGE (PEREIRA, 2012).

Conforme se observa, o atual perfil da judicialização da saúde exigiu do Poder Executivo estadual uma série de mudanças com a finalidade de se adaptar ao crescente volume de ações. Apesar dos avanços, muito ainda tem de ser feito, sobretudo nos setores da SES/MG criados ou aperfeiçoados para lidar com a judicialização da saúde, a exemplo do Núcleo de Atendimento à Judicialização da Saúde (NAJS) do qual a assessoria técnica faz parte.

Nesse sentido, vale lembrar as bem-sucedidas mudanças organizacionais implementadas pela Secretaria Estadual de Saúde de São Paulo (SES/SP). Algumas delas, ainda não adotadas em Minas Gerais, podem servir de inspiração, a exemplo do uso de um *software* que permitiu à secretaria paulista identificar fraudes ao cruzar dados nessas ações, os quais revelaram uma coincidência recorrente entre a enfermidade, o medicamento e o laboratório interessado com o advogado patrocinador da causa e o médico prescritor.

O SIGAF, sistema usado em Minas, também funciona como um banco de dados, tal qual o sistema de São Paulo, mas o *software* mineiro ainda não faz cruzamento de dados e também não apresenta campos que identificam o médico prescritor, o escritório de advocacia e o laboratório.

As informações obtidas a partir desse cruzamento de dados feito pelo *software* Sistema de Controle Jurídico (SCJ) no estado de São Paulo desencadeou a operação policial “Garra Rufa” que em setembro de 2008 identificou 03 organizações criminosas integradas por médicos, advogados, organização não-governamental e laboratórios que atuavam no município de Marília (YOSHINAGA, 2011). O objetivo do grupo era obter lucro fácil com a judicialização da saúde, ao requerer medicamentos não padronizados e produzidos pelos

laboratórios envolvidos no esquema. Importante ressaltar que essa intromissão perniciosa da indústria farmacêutica na política de saúde via judicialização da saúde já foi denunciada na dissertação de Orozimbo Campos Neto (2012).

Outrossim, o sistema informatizado SCJ usado pela secretaria de saúde de São Paulo é aberto aos procuradores do Estado, algo que ainda não acontece com o SIGAF, sistema semelhante usado em Minas. O maior acesso dos Procuradores a tal banco de dados, que discrimina informações sobre o cumprimento da demanda e dados relativos ao processo, poderia tornar mais ágil a manifestação nos autos do processo, trazendo ganhos para a defesa do Estado, reduzindo a incidência de multas, bem como a morosa comunicação entre a SES/MG e a AGE via ofícios.

Por meio dessas considerações, encerra-se aqui o delineamento teórico do perfil da judicialização da saúde em Minas Gerais. No capítulo seguinte, serão apresentados os resultados encontrados nas ações objeto da dissertação em exame, em consonância com a metodologia apresentada na introdução. Porém, antes da análise dos resultados em si, serão retomadas as justificativas para a escolha das ACP's e do órgão ministerial como foco do presente estudo.

5 RESULTADOS

Distanciando-se das demais dissertações referidas no capítulo quarto, neste trabalho buscou-se perpetrar uma análise que focasse apenas um tipo de ação: ACP's propostas pelos Ministérios Públicos, Federal e Estadual, contra o Estado de Minas Gerais no ano de 2015.

A escolha desse prisma, processo coletivo, deveu-se pelas inúmeras discussões teóricas acerca do papel desse tipo de litigância em sede de controle judicial de política pública por intermédio do Judiciário. Essa problematização foi trazida também nos capítulos segundo e quarto, quando se concluiu que essa ferramenta é a ideal para se propor no âmbito do Judiciário a reprogramação de uma política já em vigor, pois o processo coletivo confere racionalidade, segurança jurídica, harmonização social, além de permitir aos juízes decidir com apoio na macro-justiça. Todas essas potencialidades do processo coletivo mitigam, enfim, as principais críticas e controvérsias que rondam a judicialização da saúde, tais como a falta de expertise dos magistrados, alegados prejuízos à tripartição dos Poderes e acirramento de iniquidades.

Nessa senda, necessário se faz compreender, quase trinta anos após a promulgação da Constituição Cidadã, o papel concreto exercido pelo processo coletivo no paradigma de Estado Constitucional de Direito. Por seu turno, essa tarefa perpassa também a compreensão acerca da função de fato exercida pelo *Parquet* nessa litigância de interesse público. O foco, então, no Ministério Público, que é apenas um dos legitimados à propositura de ACP, funda-se na ampliação do seu papel como defensor dos interesses indisponíveis a partir da CR/88. Outra justificativa para a escolha dessa ótica ministerial foi o fato de que apenas em 2015 ter sido pacificada nos tribunais pátrios a questão da legitimidade ativa das Defensorias Públicas em sede de ACP.

Assim, superada a questão da escolha do MP e das ACP's como norte da análise das demandas de saúde, passa-se à justificativa quanto ao objeto escolhido no que tange ao fator temporal: ACP's propostas contra o EMG no ano de 2015. Dessa feita, optou-se pelo ano de 2015 pela proximidade de tempo, de modo a que a análise empreendida possa oferecer um panorama atual acerca da judicialização da saúde em Minas Gerais. Além disso, tendo em vista que apenas no ano de 2015 foram propostas 3334 ACP's contra o Estado de Minas Gerais, o presente estudo se debruçou sobre o percentual de 10% desse montante (334 ações). A escolha das 334 ações observou um critério aleatório, atentando-se para uma distribuição uniforme das demandas ao longo de todos os 12 meses do ano de 2015.

Essas ações, por sua vez, foram agrupadas por objetos, os quais podem ser divididos em 02 grandes grupos, a saber: grupo dos bens e produtos em saúde, o qual abrange 03 subgrupos: medicamentos (i), dietas (ii) e insumos/materiais (iii). O segundo grande grupo de análise é o dos serviços em saúde e ele compreende como subgrupos as internações/transferências (iv), consultas (v), exames (vi), procedimentos (vii), internação compulsória (viii), terapias (ix) e outros serviços (x). Logo, o estudo em comento analisa as 342 (trezentas e quarenta e duas) ACP's sob o viés de 10 (dez) subgrupos de objeto. Convém destacar que a opção por uma análise pormenorizada dos objetos se fez necessária, pois os fundamentos do pedido não são os mesmos para cada um desses subgrupos.

Além dessa primeira classificação das ações em 02 (dois) grupos principais, os quais se desdobram em subgrupos, a análise em referência também pode ser repartida em 03 (três) pontos de vista, quais sejam, aspectos objetivos das ações, como as comarcas demandadas, juízes e promotores que atuaram nos processos, objeto dos pedidos, perfil do paciente substituído pelo MP, perfil dos réus, padronização ou não do objeto pedido e resultado da decisão.

Em outro momento da análise, buscou-se investigar a simetria dos fundamentos das petições iniciais em relação à STA nº 175/CE, além de outros aspectos dos pedidos, de modo que neste segundo ponto de vista orientou-se pela atuação do Ministério Público, objetivo maior da presente dissertação. Nesse momento, então, foram discutidos aspectos qualitativos do pedido, isto é, se houve ACP proposta para discutir o arranjo do SUS, os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas, inclusão ou exclusão de tecnologias, orçamento em saúde e outros aspectos relativos à política pública em estudo. Aqui também foi analisado se os pedidos e a fundamentação contida nas iniciais alinharam-se às orientações formuladas na STA nº 175/CE, a saber: se o objeto da demanda contém registro na ANVISA; se o SUS oferece um PCDT alternativo; se o paciente comprovou que se valeu da alternativa do SUS e ela se mostrou inapropriada e se o tratamento novo está assentado na medicina baseada em evidência.

Na hipótese de o pedido versar sobre prestação já disponível no SUS, questão não tratada na STA nº 175, buscou-se investigar o motivo da judicialização (falha imputada ao SUS ou falha imputada ao órgão proponente da ação). Ademais, nesse segundo ponto de vista centralizado no perfil da ACP proposta pelo órgão ministerial, foi empreendida uma investigação acerca da demonstração da abrangência social da demanda, pressuposto que justifica a legitimidade ativa do *Parquet* na propositura dessa ação coletiva em defesa de direito individual homogêneo e indisponível.

O terceiro ponto de vista mira os aspectos relativos à fundamentação das decisões, sobretudo no que concerne à averiguação do atendimento às orientações da STA nº 175/CE pelos juízes.

Assim, esboçada a forma como será conduzida a análise das 342 ACP'S aqui investigadas, passa-se no próximo item a perquirir os resultados alcançados, a começar pelo primeiro ponto de vista: aspectos objetivos das ações.

5.1 Aspectos objetivos das ações

Nesse primeiro ponto de vista foram investigados os seguintes elementos objetivos das ACP's: comarcas, partes substituídas, promotores, juízes, polo passivo, objeto pedido, especificação do objeto, situação do objeto perante o SUS e resultado das decisões. Esses aspectos, por sua vez, serão analisados individualmente nos itens abaixo.

5.1.1 Comarcas demandadas

As 342 ACP's propostas contra o Estado de Minas Gerais no ano de 2015 envolveram um total de 102 comarcas diferentes, sendo as 05 mais demandadas as de Uberlândia, Juiz de Fora, Araguari, Passos e Campina Verde.

Tabela 4 - Comarcas de Minas Gerais mais demandadas em ordem de frequência.

Cidade	Quantidade de Ações
Uberlândia	55
Juiz de Fora	23
Araguari	14
Passos	12
Campina Verde	10

Fonte: SIGAF/SES-MG. Elaboração própria.2015

Assim, essas cinco comarcas mais demandadas respondem por aproximadamente um terço dos processos da amostra. O destaque maior fica por conta da comarca de Uberlândia, que concentrou sozinha 16,08% do total das ACP. Esse resultado encontrado apenas confirma o de outras dissertações estudadas no trabalho em exame, segundo as quais as cidades ou comarcas mais judicializadas constituem as regiões mais desenvolvidas economicamente do Estado de Minas Gerais (MEDRADO, 2013; SIMÕES, 2015). A diferença mais notável, contudo, reside no fato de que a comarca de Belo Horizonte não figurou na amostra em estudo, sendo que em outras dissertações de mestrado ela foi a mais judicializada (SIMÕES, 2015). Convém frisar que essa diferença nos resultados encontrados pode se justificar pelo fato de que as demais dissertações de mestrado referidas no estudo em tela não se debruçaram sobre um um tipo de ação específico, no caso, as ACP's, tal qual proposto aqui.

5.1.2 Juízes que atuaram nas ACP's

No que tange ao quesito juízes, verificou-se que atuaram nas ACP's estudadas 157 magistrados diferentes e identificados, sendo que 12 juízes não puderam ser identificados por motivos diversos, a exemplo da ilegibilidade de algumas decisões ou pelo fato de não ter sido encontrado o nome do juiz no andamento do processo nos sites das justiças federal e estadual.

Ademais, foi possível constatar que 05 magistrados atuaram com maior recorrência nas ações ora estudadas, a saber: Osmar Vaz de Mello Fonseca Junior (Justiça Federal de Uberlândia), Eleusa Maria Gomes (Justiça Estadual de Campina Verde), José Humberto

Ferreira (Justiça Federal de Uberlândia), Marcelo Cavalcanti Piragibe (Justiça Estadual de Juiz de Fora) e Bruno Vasconcelos (Justiça Federal de Uberlândia).

Tabela 5 - Juízes que atuaram nas ACP's em ordem de frequência.

Juiz	Quantidade de Ações	Comarca/subseção judiciária
Osmar Vaz de Mello Fonseca Júnior	15	Uberlândia
Eleusa Maria Gomes	12	Campina Verde
José Humberto Ferreira	12	Uberlândia
Marcelo Cavalcanti Piragibe Magalhães	12	Juiz de fora
Bruno Vasconcelos	8	Uberlândia

Fonte: SIGAF/SES-MG. Elaboração própria.2015.

Nota-se, então, que de um total de 157 juízes identificados que atuaram nas 342 (trezentas e quarenta e duas) ACP's analisadas, apenas 05 (cinco) ficaram responsáveis por 59 ACP's, ou seja, 17,25% da amostra analisada.

5.1.3 Membros do Ministério Público Federal e Estadual que atuaram nas ACP's

Já no que se refere ao polo ativo, atuaram no total das ACP's estudadas 123 Promotores e Procuradores diferentes e identificados, sendo que 12 membros dos Ministérios Públicos Federal e Estadual não puderam ser identificados por motivos diversos, a exemplo da ilegibilidade de algumas petições iniciais ou pelo fato de não ter sido encontrado o nome do promotor no andamento do processo nos sites das justiças federal e estadual.

Além disso, foi observado que 05 promotores ou Procuradores da República atuaram com maior frequência, a saber: Cléber Eustáquio Neves (Justiça Federal de Uberlândia), Rodrigo Ferreira de Barros (Justiça Estadual de Juiz de Fora), Cristina Fagundes Siqueira (Justiça Estadual de Araguari), José Cícero Barbosa da Silva Júnior (Justiça Estadual de Campina Verde) e Eder da Silva Capute (Justiça Estadual de Passos).

Tabela 6 - membros do Ministério Público que atuaram nas ACP's em ordem de frequência.

Promotor	Quantidade Ações	Comarca/subseção judiciária
Cléber Eustáquio Neves	46	Uberlândia
Rodrigo Ferreira de Barros	21	Juiz de Fora
Cristina Fagundes Siqueira	14	Araguari
José Cícero Barbosa da Silva Júnior	10	Campina Verde
Eder da Silva Capute	09	Passos

Fonte: SIGAF/SES-MG. Elaboração própria.2015.

Nota-se, enfim, que 05 (cinco) membros do Ministério Público atuaram num total de 100 ACP's, ou seja, em 29,2% da amostra ora analisada. Convém destacar que apenas o Procurador da República de Uberlândia, qual seja, Cléber Eustáquio Neves foi responsável por 13,4% das ações da amostra.

5.1.4 Perfil dos substituídos

Quanto ao perfil dos substituídos, a análise se norteou pela hipossuficiência ou não deles, existindo, então, 03 categorias: não hipossuficiente, menores e idosos.

Tabela 7 - Perfil dos substituídos.

Qualificação do substituído	Quantidade de ações
Idoso	156
Não Hipossuficiente	118
Menor	67
Não identificado	1

TOTAL**342**

Fonte: SIGAF/SES-MG. Elaboração própria.2015.

Importante notar que idosos e menores foram partes substituídas em 223 das 342 ACP's analisadas, isto é, em mais da metade da amostra.

Foi necessário caracterizar a parte substituída nesse momento da análise com a finalidade de se discutir acerca do entendimento dos tribunais pátrios acerca da legitimidade ativa do *Parquet* para a propositura dessas ACP's. Ocorre que nos termos do artigo 127 da CR/88, o MP possui legitimidade para a defesa de interesses individuais indisponíveis. Essa disposição genérica da Lei Maior, foi sendo especificada com o decorrer dos anos, de modo que leis infraconstitucionais passaram a indicar quais direitos indisponíveis seriam esses a merecer atuação e proteção do órgão ministerial. Um exemplo dessas leis foi o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03) e o Estatuto da Criança e Adolescente – ECA (Lei 8069/90), que expressamente previram a legitimidade do *Parquet* para ajuizamento de ações em defesa dos interesses indisponíveis de idosos, crianças e adolescentes, em razão da vulnerabilidade ou hipossuficiente desses grupos.

Por sua vez, em sede de jurisprudência, sobretudo no âmbito do STJ, donde se destaca o AgRg no REsp nº 1327846 MG 2012/0119184-2 (BRASIL,2015), foi sendo construída a legitimação ativa do MP para a defesa do direito à saúde, que passou a ser compreendido como direito indisponível. Logo, para parte majoritária da jurisprudência, não importa qual seja a parte substituída, hipossuficiente ou não, tratando-se a demanda do direito à saúde, caberia a legitimação ativa do MP, em razão da natureza indisponível do direito em jogo.

Contudo, esse entendimento não é pacífico, havendo vozes destoantes, sobretudo no TJMG. Assim, Renato Dresch, Desembargador do Tribunal mineiro, vem decidindo que o direito à saúde, como direito fundamental, é marcado pela disponibilidade. Ademais, também por se caracterizar enquanto direito público subjetivo, a saúde deve ser vindicada apenas pelo seu titular e não por legitimado extraordinário, a exemplo do MP. Ademais, conclui Dresch, em se tratando de pessoa capaz, mesmo que idosa, não caberia a legitimação ativa do *Parquet*, pois a pessoa capaz tem a disponibilidade ou não de exercer o seu direito à saúde (MINAS GERAIS, 2016).

Essa jurisprudência, ainda que minoritária, merece atenção, especialmente no contexto do NCPC, que reduziu a atuação do MP no âmbito civil, principalmente em matéria de direito de família e nas ações envolvendo pessoas capazes e direitos disponíveis. Além disso, a

função precípua do órgão ministerial desenhada na CR/88 coaduna-se com os interesses de repercussão para a sociedade, sendo contraditória uma jurisprudência firmada no sentido de reforçar a atuação do MP na defesa de direitos individuais de substituídos capazes.

Por todas essas justificativas, foi empreendida nesse estudo uma análise acerca do perfil dos substituídos, em que se constatou que 118 ações foram propostas em nome de cidadãos maiores e capazes, o que representa 34,5% do total da amostra. Assim, na visão de Dresch, nessas ACP's o MP seria ilegítimo para sua propositura.

Em itens mais à frente e, especialmente, no próximo capítulo, essa discussão será retomada com maior profundidade.

5.1.5 Perfil dos réus

Por sua vez, o perfil dos réus apresentou quatro configurações: ACP's propostas apenas contra o Estado de Minas Gerais; ACP's propostas contra o Estado de Minas Gerais e algum Município; ACP's propostas contra o Estado de Minas Gerais, algum Município e União e por fim, ACP's propostas contra a União e o Estado de Minas Gerais apenas.

Gráfico 4 – Perfil do polo passivo



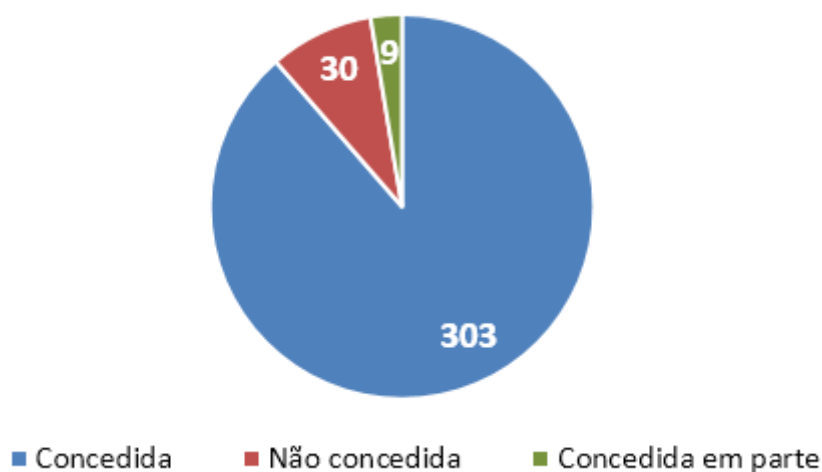
Fonte: SIGAF/SES-MG. Elaboração própria.2015.

Do gráfico acima, conclui-se que Município e Estado foram entes públicos mais demandados que a União, a qual figurou apenas 57 ações, que representam 16,6% da amostra. Os municípios, por seu turno, figuraram em 61,9% das ACP's em comento.

5.1.6 Resultados das decisões (liminares e antecipações de tutela)

Em relação ao resultado das decisões liminares ou das antecipações de tutela, 03 possibilidades foram arroladas: concedida a tutela provisória, não concedida ou concedida parcialmente.

Gráfico 5 – Resultados das decisões



Fonte: SIGAF/SES-MG. Elaboração própria.2015.

As decisões de deferimento, portanto, somaram 303 ações, representando, assim, um total de 88,59% da amostra das ações. Esse resultado deve ser sopesado com uma orientação fundamental contida na STA nº 175/CE: a de que deve ser privilegiado o tratamento disposto no SUS, pois o direito subjetivo à saúde corresponde ao direito às prestações ofertadas na política pública.

Por conseguinte, constitui medida excepcional, a se consubstanciar em provas e numa instrução processual robusta, a concessão de prestações não ofertadas pela política pública. Entretanto, o resultado encontrado aqui é justamente o oposto: as decisões de concessão do tratamento judicializado mostraram-se flagrantemente majoritárias, somando quase que o total das 342 ACP's. De forma reflexa, esse resultado indica que a paradigmática STA nº 175/CE vem sendo olvidada pelos juízes de primeiro grau.

5.1.7 Objetos das ACP's

Nas ACP's em tela foram encontrados 02 grandes grupos formados por seus respectivos subgrupos, a saber: no grupo dos bens e produtos em saúde compreende-se 03 (três) subgrupos, quais sejam, o dos medicamentos, dietas e insumos/materiais. Já o grupo dos

serviços em saúde abrange 07 outros subgrupos: internações/transferências; internações compulsórias, procedimentos, exames, terapias, consultas e outros serviços.

Ao todo, as 342 ações investigadas e seus 10 subgrupos de objetos podem ser desdobrados em 226 especificações diferentes, as quais correspondem a tipos ou marcas diversos de objetos pleiteados, distribuídos, enfim, em 469 pedidos.

Desse modo, constatou-se que nem sempre uma ACP corresponde a um único objeto ou a um único pedido. Veja-se o exemplo da ação de nº 00007464820158130471, na qual foram feitos pedidos de fornecimento dos seguintes objetos: medicamentos Concerta e Risperidona; consultas com psicólogo, psicopedagogo, psiquiatra, neurologista, fonoaudiólogo; fornecimento de outros serviços (monitor especializado), além de terapia de integração sensorial e terapia ocupacional. Por conseguinte, em uma mesma ação foram feitos 10 (dez) pedidos, os quais envolveram 04 subgrupos diferentes de objetos e 10 especificações diferentes.

As tabelas abaixo permitem dimensionar o tamanho da amostra estudada, sob a ótica da frequência dos subgrupos de objetos.

Tabela 8 - Objetos mais demandados classificados em ordem de frequência

Classificação do objeto em subgrupos	Quantidade de ação em que o objeto foi pedido	%
Internação/transferência	153	42,9%
Medicamento	137	38,48%
Dieta	16	4,49%
Internação compulsória	14	3,93%
Insumo/material	13	3,65%
Procedimento	05	1,4%
Exame	05	1,4%
Terapia	05	1,4%
Outros	04	1,12%
Consulta	04	1,12%
TOTAL	356	100%

Fonte: SIGAF/SES-MG. Elaboração própria.2015.

Da tabela acima, extrai-se que o objeto mais frequente foram as internações e transferências, as quais figuraram 153 vezes nas ações da amostra, o que redundou em uma frequência percentual de 42,9%. Em segundo lugar, aparecem os medicamentos, que foram objeto de 137 ACP's, o que representa uma frequência de 38,4%.

Dessa feita, predominou na presente análise acerca das ACP's propostas contra o Estado de Minas Gerais em 2015 a judicialização de serviços em saúde, os quais figuraram em 190 ações, obtendo uma frequência de 53,37%.

Tabela 9 - Objetos demandados em virtude da quantidade de pedidos e de especificações.

Classificação do objeto	Quantidade de pedidos	Quantidade de especificações diferentes
Internação/transferência	153	19
Medicamento	238	155
Dieta	17	13
Internação compulsória	14	02
Insumo/material	15	09
Procedimento	05	05
Exame	07	07
Terapia	06	05
Outros	05	04
Consulta	09	07
TOTAL	469	226

Fonte: SIGAF/SES-MG. Elaboração própria.2015.

A Tabela 09, conjugada com a 08, permite observar que nem sempre o número de ações e o número de pedidos são equivalentes, sobretudo no que se refere a subgrupos como o de medicamentos, dietas e insumos/materiais. Ocorre que para esses tipos de prestações é comum se pedir em uma mesma ACP, para um mesmo paciente, mais de uma especificação ou tipo de medicamento, dieta ou insumo/material.

No grupo dos serviços, por sua vez, há maior correspondência entre a quantidade de ações e pedidos. Nota-se, por exemplo, para o subgrupo das internações/transferências que em 153 ações foram exatamente pedidas 153 internações/transferências. Por conseguinte, cada ação comportou apenas um pedido desse subgrupo de objeto.

Todavia, para uma análise mais acurada acerca do perfil da judicialização da saúde em Minas Gerais no ano de 2015, necessário desdobrar os subgrupos, a fim de se encontrar as especificações (tipos/marcas) de objetos mais demandadas dentro de cada um deles.

Nessa senda, observando pormenorizadamente os grupos e subgrupos de objetos, encontram-se os seguintes resultados: no que tange ao grupo dos bens e produtos em saúde, o subgrupo de medicamentos foi o mais frequente, sendo que foram judicializados 238 pedidos de medicamentos em 137 ações.

De mais a mais, foram contabilizadas 155 especificações de medicamentos diferentes dos quais os 05 mais frequentes foram os seguintes: o Lucentis (princípio ativo Ranibizumabe), Avastin (princípio ativo Bevacizumabe), Risperidona, Denosumabe e Xarelto (princípio ativo Rivaroxabana). Esses medicamentos mais demandados são usados no tratamento do edema macular relacionado à idade ou retinopatia diabética (Lucentis e Avastin), déficit de atenção e hiperatividade (Risperidona), osteoporose (Denosumabe) e doenças cardiovasculares (Xarelto).

Tabela 10 - Os 05 medicamentos mais judicializados.

Especificações	Frequência
Lucentis	15
Avastin	09
Risperidona	08
Denosumabe	06
Xarelto	06

Fonte: SIGAF/SES-MG. Elaboração própria.2015.

Esses cinco fármacos mais judicializados representam juntos 44 pedidos de um total de 238 solicitações de medicamentos, correspondendo a um percentual de 18,48% desse montante.

Superada a análise do subgrupo dos medicamentos, passa-se à do subgrupo das dietas, no qual foram judicializadas 13 especificações de dietas diferentes em um total 17 pedidos acerca desse objeto, distribuídos em 16 ações.

Tabela 11 - Dietas judicializadas por frequência.

Especificações	Frequência
Isossource	04
Neocate	02
Aptamil	01
Ensure	01
Fortini	01
Glucerna	01
Leite de soja	01
Nan	01
Nutren	01
Nutren Júnior	01
Nutrison Soya	01
Pregomin Pepti	01
Travasol/Dextrose	01
TOTAL	17

Fonte: SES/MG. SIGAF/SES-MG. Elaboração própria.2015.

O terceiro e último subgrupo relativo aos bens e produtos em saúde é o correspondente aos insumos/materiais.

Tabela 12 - Insumos/materiais judicializados por frequência.

Especificações	Frequência
Fralda	6
Sonda Boton	2
Aparelho estimulador vagal	1

Bota de Unna	1
CPAP	1
Luvas	1
Óleo Dermaguçe	1
Stent farmacológico	1
Placa para cirurgia	1
TOTAL	15

Fonte: SIGAF/SES-MG. Elaboração própria.2015.

Assim, verifica-se que foram pleiteados 09 tipos diversos de insumos/materiais, distribuídos em 15 pedidos e 14 ações.

Superada a análise no tocante ao grupo dos bens e produtos em saúde, passa-se ao grupo dos serviços em saúde, o qual é formado por 07 subgrupos, a começar pelas internações/transferências, objeto mais demandado nas ACP's em comento.

Tabela 13 - Internações/transferências judicializadas por frequência e classificadas por especialidade médica.

Especificação por especialidade médica	Frequência
Ortopedia/trauma	45
Cardiovascular	28
Neurologia	18
Pâncreas/fígado/vias biliares	12
Outros	08
Aparelho respiratório	07
Oncologia	07
Aparelho digestivo	06
Nefrologia	04
Otorrinolaringologia	04
Não identificado	03
Oftalmologia	03

Urologia	02
Doenças causadas por bactérias	01
Doenças causadas por protozoários	01
Doenças parasitárias e infecciosas	01
Endocrinologia	01
Malformação congênita	01
Vias aéreas superiores	01
TOTAL	153

Fonte: SIGAF/SES-MG. Elaboração própria.2015.

Desse modo, constata-se que foram feitos 153 pedidos de internações/transferências, distribuídos entre exatamente 153 ACP's. Esses pedidos, por sua vez, podem ser divididos em 18 especialidades médicas identificadas e uma classificação intitulada como “não identificado”. Considerando que foram analisadas 342 ações, as internações/transferências, componente do grupo serviços em saúde, representaram 44,73% ou seja, quase a metade da amostra em comento.

Quanto às especialidades médicas mais judicializadas, destacam-se 05: ortopedia/trauma, cardiovascular, neurologia, pâncreas/fígado/vias biliares e outros, as quais juntas somam 111 ações, isto é, 32,45% da amostra total de 342 ações.

As internações compulsórias figuram como segundo subgrupo da análise dos serviços em saúde e elas ainda podem ser divididas em 02 especificações: internações compulsórias para tratamento de dependentes químicos e internações compulsórias para tratamento de saúde mental.

Tabela 14 - Internações compulsórias judicializadas por frequência.

Dependente químico	10
Saúde mental	04
TOTAL	14

Fonte: SES/MG. Elaboração própria.

No terceiro subgrupo dos serviços em saúde estão os procedimentos.

Tabela 15 - Procedimentos judicializados por frequência.

Especificação	Frequência
Colecistectomia	01
Endoscopia	01
Monitorização eletrofisiológica intraoperatória	01
Tratamento cardiovascular	01
Embolização de aneurisma cerebral	01
TOTAL	05

Fonte: SIGAF/SES-MG. Elaboração própria.2015.

Foram encontradas 05 especificações diferentes de procedimentos, que se apresentaram em 05 pedidos distribuídos em exatas 05 ações. Assim, os procedimentos correspondem a apenas 1,46% das ACP's em estudo.

Como quarto subgrupo de serviços em saúde estão as terapias, tendo sido judicializadas 05 tipos diferentes, agrupadas em 06 solicitações e distribuídas em 05 ações, consoante se infere da tabela abaixo.

Tabela 16 - Terapias judicializados por frequência.

Especificação	Frequência
Fisioterapia domiciliar	02
Integração sensorial (TO)	01
Radioterapia (MRT e IGTR)	01
Terapia ocupacional	01
Therasuit	01
TOTAL	06

Fonte: SIGAF/SES-MG. Elaboração própria.2015.

Os exames aparecem como quinto subgrupo, destacando-se que foram pedidos 07 tipos ou especificações diferentes de exame, em 07 pedidos correspondentes a 05 ações.

Tabela 17 - Exames judicializados por frequência.

Especificação	Frequência
Cintilografia com MIBG	01
Elastografia hepática	01
Ressonância nuclear magnética	01
Tomografia	01
Tomografia por emissão de pósitrons	01
Colonoscopia	01
Videonasofibroscopia	01
TOTAL	07

Fonte: SIGAF/SES-MG. Elaboração própria.2015.

O sexto subgrupo compõe-se de serviços que não se encaixam nos subgrupos acima e receberam a denominação “outros”.

Tabela 18 - Outros serviços em saúde judicializados por frequência.

Especificação	Frequência
TFD	02
Home Care	01
Kit de acessibilidade	01
Monitor especializado ou professor auxiliar	01
TOTAL	05

Fonte: SIGAF/SES-MG. Elaboração própria.2015.

Nesse penúltimo subgrupo verificaram-se 04 tipos diferentes de objetos que figuraram em 05 pedidos, distribuídos em 04 ACP's.

Por fim, como último subgrupo do grupo dos serviços em saúde estão as consultas.

Tabela 19 - Consultas judicializadas por frequência.

Especificação	Frequência
Neurologista	02
Ortopedia	02
Fonoaudiólogo	01
Psicologia Cognitivo Comportamental com treinamento de pais e escolas	01
Psicólogo	01
Psicopedagogo	01
Psiquiatra	01
TOTAL	9

Fonte: SES/MG. Elaboração própria.

Quanto a esse subgrupo, nota-se que foram judicializados 07 tipos diferentes de consultas, formando 09 pedidos que se distribuíram em 04 ações.

No item abaixo, será analisado mais um aspecto quanto ao objeto das demandas, de modo que os resultados ali alcançados ajudarão na compreensão do item referente à fundamentação do pedido.

5.1.8 Objetos padronizados ou não

A situação do objeto perante a política pública de saúde permite discriminar 03 tipos de situações possíveis: objeto padronizado para o tratamento pedido (i), objeto padronizado, mas não para o tratamento pedido (ii) e objeto não padronizado (iii).

Essa análise também foi desmembrada entre os 02 grandes grupos, de modo a se estudar separadamente o dos bens e produtos em saúde e o dos serviços.

Na tabela abaixo, foram investigados os objetos do grupo bens e produtos em saúde no que tange à sua situação ou condição perante o SUS.

Tabela 20 - Condição do objeto perante o SUS.

Condição do objeto	Dieta	Medicamento	Insumo/material	TOTAL	%
Não padronizado	17	159	13	189	70,0%
Padronizado, mas não para o tratamento pedido	0	26	2	28	10,4%
Não identificado	0	1	0	1	0,4%
Padronizado	0	52	0	52	19,3%
TOTAL DE PEDIDOS	17	238	15	270	100%

Fonte: SIGAF/SES-MG. Elaboração própria.2015.

Em termos gerais, verifica-se do estudo aqui empreendido que 70% dos pedidos de bens e produtos em saúde veicularam prestações ainda não padronizados pelo SUS e em 10,4% apesar de a prestação ser fornecida pelo SUS, ela não o é para o quadro clínico do paciente. Por conseguinte, em 80,4% dos pedidos referentes a bens e produtos em saúde, o MP pleiteia um objeto novo, ainda não contemplado no SUS ou, se contemplado, ele foi judicializado para uma nova utilização ainda não prevista. Todavia, não deixa de ser expressivo o fato de que 19,3% dos pedidos veiculam prestações já fornecidas pela política pública de saúde, o que relevaria, em tese, uma judicialização desnecessária.

Analisando separadamente cada subgrupo dos bens e produtos em saúde, é possível identificar que nos subgrupos dieta e insumo/material quase a totalidade dos objetos pedidos configuram prestações para as quais o SUS ainda não possui um PCDT, isto é, são objetos ainda não previstos na política pública de saúde.

Já no tange ao subgrupo dos medicamentos, constata-se uma situação diferente, em que predominam pedidos de medicamentos não padronizados (66,80% do total de pedidos de medicamentos), mas ainda há um considerável número de objetos pleiteados que já se encontram padronizados exatamente para o tratamento pedido (21,84% do total de pedidos de medicamentos).

De forma análoga à apresentada para os bens e produtos em saúde, quanto ao grupo dos serviços, também foi observado o aspecto padronização ou não dos itens pedidos, conforme se extrai da tabela abaixo:

Tabela 21 - Condição do objeto perante o SUS.

Condição do objeto	Intern./ Transf.	Intern. Comp.	Consulta	Exame	Outros	Proced.	Terapia	TO TAL	%
Não padronizado	3	14	2	0	2	2	6	29	14,57%
Padronizado	150	0	7	7	2	3	0	169	84,92%
Não identificado	0	0	0	0	1	0	0	1	0,5%
TOTAL	153	14	9	7	5	5	6	199	100%

Fonte: SIGAF/SES-MG. Elaboração própria.2015.

O grupo dos serviços apresenta uma substancial diferença em relação ao dos bens e produtos, pois naquele predominam pedidos de prestações já padronizadas, as quais correspondem a massivos 84,92% da amostra de solicitações.

Registra-se, ainda, que no subgrupo internação e transferência esse percentual pode ser ainda maior, pois no total de 153 pedidos, 150, isto é, 98% representam prestações já padronizadas pelo SUS.

Em adendo, para uma derradeira compreensão dos pedidos de serviços, necessário desmembrar a sua classificação em serviços eletivos e urgentes.

Tabela 22 - Classificação dos serviços em saúde.

Subgrupo de objeto	Eletivo	Urgência	Não se aplica	TOTAL
Consulta	9	0	0	9
Exame	7	0	0	7
Internação compulsória	14	0	0	14
Internação/transferência	43	110	0	153
Outros	4	0	1	5
Procedimento	5	0	0	5
Terapia	6	0	0	6
TOTAL	88	110	1	199

Fonte: SIGAF/SES-MG. Elaboração própria.2015.

Dessa feita, constata-se que foram predominantes os pedidos de serviços urgentes, que somaram 110 de 199 pedidos. Esses pedidos urgentes constam apenas do subgrupo das internações/transferências cuja consequência é a atuação da Unidade de Regulação da SES/MG, setor responsável pela gestão de leitos no Estado de Minas Gerais nos procedimentos de caráter urgente, conforme demonstrado no Capítulo 02. Nesse ponto, convém lembrar o Gráfico 01 trazido neste estudo, que indicou uma relação deficitária na quantidade de leitos por habitantes no Estado mineiro, qual seja, 2,3 leitos para cada mil habitantes. Então, a gestão e a procura de leitos realizada pela Unidade de Regulação será feita sobre esse contexto de deficiências no quantitativo de leitos, o que implicará certa demora no atendimento das demandas referentes à internação/transferência de pacientes, incluindo as urgentes, que constituíram a maioria no trabalho em registro.

Assim, com esse tópico, encerra-se o primeiro momento da análise, que focou nos aspectos relativos ao objeto das ações. Destarte, por meio da caracterização desses objetos das ACP's em tela, bem como a partir da identificação de outros elementos, tais como comarcas, juízes e promotores, partes substituídas e situação do objeto perante o SUS, foi possível traçar um perfil da atual judicialização no Estado de Minas Gerais a partir de um viés objetivo.

O intento maior desse primeiro ponto de vista foi fazer um paralelo com as demais dissertações de mestrado mencionadas aqui, sobretudo as de SIMÕES (2015), MEDRADO (2013), GOMES (2013) e CAMPOS NETO (2012). O efetivo cotejamento entre esses trabalhos e o presente, bem como as discussões pertinentes serão empreendidos no próximo capítulo. Além disso, almejou-se um estudo do perfil da judicialização sob um prisma objetivo como forma de se tentar compreender quais aspectos da política públicas estão sendo levados à apreciação judicial e se essa judicialização é justificável ou revela uma ingerência indevida do Judiciário nos demais Poderes. Igualmente, as conclusões a esse respeito serão trazidas no capítulo quinto.

Agora, num segundo momento da análise, a se iniciar no próximo item, serão discutidos aspectos relativos aos pedidos e, principalmente, no que tange aos seus fundamentos.

5.2.Fundamentos do pedido e outros aspectos relativos ao pedido

A análise acerca do fundamento dos pedidos das ACP'S propostas pelo MPE e pelo MPF contra o Estado de Minas Gerais no ano de 2015 foi realizada considerando os 02 (dois) grupos de objetos, pois se notou uma distinção de relevo entre as motivações das demandas nesses grupos.

Dessa maneira, conforme estudado no item acima, verificou-se que a maior parte das ACP's que veicularam pedidos relativos à bens e produtos em saúde pleiteavam tratamentos novos, ainda não padronizados no SUS ou pediam a ampliação do uso de alguma prestação já fornecida pela política pública. Essas hipóteses são as trabalhadas na STA nº 175 e para as quais o Ministro Relator, Gilmar Mendes, discriminou uma série de critérios a serem observados nos pedidos de prestações que o SUS ainda não fornece ou fornece de maneira restrita a certas doenças. Esses critérios, então, foram utilizados no presente trabalho para balizar a conformidade dos fundamentos dessas ACP's com a mencionada jurisprudência.

Nesse diapasão, estarão presentes fundamentos suficientes em harmonia com as orientações da STA 175 se nas demandas que versam sobre tratamentos novos forem atendidos 03 (três) critérios: comprovação de que o bem ou produto possui registro na ANVISA, comprovação de que o tratamento alternativo do SUS foi ineficaz e demonstração de que o tratamento novo obedece à chamada medicina baseada em evidências.

Por sua vez, as demandas que almejam ampliar o uso de uma prestação já padronizada devem se ater a 02 critérios: comprovação de que o tratamento alternativo do SUS foi ineficaz e comprovação de que o tratamento novo obedece à medicina baseada em evidências.

Contudo, para boa parte das ações analisadas, esses critérios definidos na STA nº175 não se aplicam, pois se tratam de demandas em que se solicita alguma prestação que o SUS já fornece para o tratamento judicializado. Essa situação verificou-se na grande maioria dos objetos do grupo dos serviços em saúde, consoante também observado alhures. Então, para perquirir a existência de fundamentos nessas ações que almejam prestações já disponibilizadas no SUS para o tratamento pedido, buscou-se averiguar a ocorrência de falhas no SUS. Então, demonstrada a presença desse requisito, restaria a ação ancorada em uma justa causa. Contudo, caso a judicialização envolvesse prestação já padronizada para o tratamento pedido e não demonstrada a ocorrência de problemas na política pública, a justa causa ou fundamentos suficientes não estariam presentes.

Nos itens subsequentes será perquirida a presença ou não desses fundamentos em consonância com STA nº 175 e com esse novo critério desenvolvido na dissertação em tela para tratamentos já padronizados.

5.2.1 Fundamentação nas ações do grupo dos bens e produtos em saúde

Antes de adentrar nos resultados encontrados em cada um dos 03 (três) subgrupos de objeto que compõem esse dos bens e produtos em saúde, necessário discriminar os 03 (três) tipos de pedidos encontrados, pois a análise da fundamentação ou justa causa irá variar de acordo com cada uma dessas espécies de pedido. O primeiro tipo é formado por requerimento de um item ainda não ofertado pelo SUS, que não constitui tratamento experimental e não se enquadra em hipótese de dispensa do registro pela ANVISA. O segundo tipo de pedido versa sobre a ampliação de tratamento já previsto em algum Protocolo Clínico do SUS. Por fim, tem-se também solicitações de itens já fornecidos exatamente para aquele tratamento judicializado.

Então, para a primeira hipótese de pedido (tratamento novo, ainda não disponibilizado no SUS), estará fundamentada a ação quando demonstrado que o bem ou produto em saúde detém registro na ANVISA, pois em regra está proibida no Brasil a comercialização de bens e produtos em saúde sem o devido registro. A essa regra, excetua-se aqueles casos em que o registro está dispensado, a exemplo dos medicamentos adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais para uso de programas em saúde pública pelo Ministério da Saúde. Ademais, o membro do Ministério Público tem de comprovar a ineficácia da alternativa disponibilizada no SUS para o tratamento do paciente, sendo insuficiente como meio de prova o relatório médico que se limita a afirmar que o medicamento pleiteado não pode ser substituído por nenhum outro. Desse modo, deve o médico indicar as razões da impropriedade do tratamento ofertado pelo SUS.

Por fim, nas demandas em que se pede um tratamento novo, necessária é a comprovação de que a prestação judicializada atende à medicina baseada em evidência, pois o não atendimento aos requisitos de eficácia, efetividade, segurança e eficiência colocaria em risco não só a saúde da parte substituída, como também a saúde pública.

Uma segunda hipótese de pedidos versa sobre a ampliação dos Protocolos Clínicos já previstos no SUS. Veja-se o exemplo da Risperidona, medicamento já padronizado para o tratamento de esquizofrenia refratária, mas judicializado com recorrência para o tratamento de déficit de atenção e hiperatividade. Nesses casos, deve ser comprovado pelo MP que a ampliação do uso do bem ou produto em saúde atende à medicina baseada em evidência e também devem ser apontadas as razões segundo as quais o tratamento alternativo do SUS é inapropriado ou ineficaz para o quadro clínico do paciente.

Não se faz necessária nessa segunda hipótese de pedido a demonstração de que o bem ou produto em saúde detém registro na ANVISA. Ocorre que o objeto já é disponibilizado no SUS e, portanto, ele automaticamente possui o referido registro, ou seja, não se trata de tratamento experimental.

Por último, quanto aos pedidos de bens e produtos já ofertados pelo SUS para o tratamento do paciente, deve o MP comprovar a ocorrência de falhas na política pública, de forma que no estudo em referência foram elencadas as seguintes em um rol exemplificativo: comprovação da negativa injustificada do ente competente em fornecer o bem ou produto padronizado; omissão do ente público e problemas de abastecimento ou na pactuação.

Importante destacar que a hipótese de judicialização de um bem ou produto já padronizado para o tratamento pedido não foi contemplada na STA nº175. Conforme já mencionado alhures, a STA nº 175 mirou as situações de não fornecimento de itens em saúde pelo Poder Público em virtude de proibição legal (medicamento sem registro na ANVISA), de uma decisão administrativa de não fornecimento (pela inexistência de evidências científicas) e, por último, em razão de uma omissão legislativa ou administrativa (tratamentos não experimentais ainda não testados pelo SUS).

Discriminada a forma de análise, passa-se aos resultados encontrados em cada subgrupo dos bens e produtos em saúde para as prestações não padronizadas, segundo se infere da tabela abaixo.

Tabela 23 - Fundamentos do pedido no grupo dos bens e produtos em saúde para prestações não padronizadas.

Medicamento com registro na ANVISA	Comprovou que o tratamento novo atende a "medicina baseada em evidências"	Comprovou que o tratamento alternativo do SUS é inadequado	Total de Especificações	%
Sim	Não	Sem PCDT/sem alternativa	80	42,55
Sim	Não	Não	74	39,36
Sim	Não	Sim	29	15,42
Não	Não	Sem PCDT/sem alternativa	02	1,59
Não	Não	Sim	02	1,06
Não	Não	Não	01	0,53
TOTAL			188	

Fonte: SIGAF/SES-MG. Elaboração própria.2015.

A presença da causa de pedir para as prestações não padronizadas depende da comprovação de 03 (três) critérios concomitantes, a saber: bem ou produto com registro no ANVISA; demonstração de que o tratamento novo atende à medicina baseada em evidências e comprovação de que o tratamento alternativo do SUS é inadequado. Isso posto, para esses 03 (três) critérios a resposta são 03 (três) “sim” e tal configuração não se apresentou em nenhum pedido sobre prestação não padronizada pelo SUS.

Ainda, necessário pontuar que o SUS não oferece nenhuma alternativa terapêutica para 82 dos 188 pedidos de bens e produtos em saúde presentes na Tabela 25.

Nessa hipótese em que o SUS não oferece alternativas ao tratamento do paciente (sem PCDT, sem alternativa), por óbvio não precisará ser comprovado que o tratamento alternativo do SUS é inadequado, mas ainda remanescerá a necessidade de demonstração dos 02 (dois) outros critérios remanescentes, quais sejam, bem ou produto com registro no ANVISA e demonstração de que o tratamento novo atende à medicina baseada em evidências. Ainda assim, não foram encontradas ações ou pedidos que atendessem a tais requisitos.

Além disso, a tabela acima revela que em expressivos 39,36 % dos pedidos de bens e produtos em saúde os membros dos MPE e MPF só se preocuparam em demonstrar que a prestação possui registro na ANVISA, nada se comprovando quanto à impropriedade do tratamento do SUS ou sobre as evidências científicas da prestação nova pedida. Um exemplo disso foi a ação nº 00081116220158130372 de Lagoa da Prata, em que foi judicializado o medicamento de especificação Lucentis. Nesse sentido, na fundamentação da inicial, o membro do MP apenas se limitou a afirmar de modo genérico que “as fórmulas burocráticas do Poder Público devem sucumbir, insofismavelmente, quando o que se põe a discutir é a preservação do maior bem do ser humano - A VIDA - e, de modo especial, a vida de um IDOSO financeiramente hipossuficiente”.

Outrossim, o *Parquet* atuante nessa aludida ACP lançou mão de argumentos não técnicos, como uma reportagem televisiva, para afirmar que o SUS constitui um adereço constitucional:

“Consignamos, apenas para fins de registro, que o tão propalado Sistema Único de Saúde (SUS), no plano fático, não passou, lamentavelmente, de um adereço constitucional, porque simplesmente não é capaz de cumprir as suas mais elementares finalidades. A propósito, convém mencionar reportagem televisiva realizada na data de 09/11/2011, pelo "Bom Dia Brasil", programa jornalístico da Rede Globo de Televisão, que noticiava mais uma situação reveladora de algo para além do caos na saúde pública brasileira, fazendo menção ao que seria o pior hospital do Brasil, oportunidade em que o Dr. Robert o D' Ávila, então presidente do Conselho Federal de Medicina, descreveu a falta de funcionalidade do SUS.” (Grifo nosso).

Certamente, ações coletivas usadas de modo privado, como a mencionada acima, e destituídas de fundamentos jurídicos técnicos e concatenados com as orientações doutrinárias e jurisprudenciais do Direito pátrio, acabam por transformar o SUS em um verdadeiro adereço constitucional.

Igualmente, na ação 01550065920158130479 da Comarca de Passos, o *Parquet* utilizou fundamentos de cunho moral e sentimental, distanciando-se da técnica própria do Direito:

“O que se deve esperar de um Poder Público que relega seus idosos à própria sorte? Um Estado que desampara seus cidadãos, que não aplica seus recursos onde deveriam ser aplicados para garantia dos direitos básicos de todos, principalmente dos idosos, já que há EXPRESSA PREVISÃO LEGAL para tanto.”

Já na ação 00026372020158130111, comarca de Campina Verde, o pedido do medicamento Enoxaparina passou muito longe de se fundar nas evidências científicas ou na impropriedade da alternativa do SUS (medicamento Warfarina), porque o fármaco judicializado foi prescrito por médico “respeitabilíssimo”: “na espécie, os fartos argumentos de prova material trazidos, nomeadamente os relatórios subscritos por médico do respeitabilíssimo hospital especializado no tratamento de câncer, revelam que a paciente necessita com urgência do medicamento rogado”.

Na ação 00052402120158130126, comarca de Capinópolis, também foi pleiteado o medicamento Lucentis, de forma que a fundamentação da ACP redundou nos seguintes argumentos:

“No caso em apreço, comprovada a necessidade imediata de utilização do medicamento excepcional prescrito ('Lucentis'), integra dever do Ministério Público propor ação civil pública buscando tutela jurisdicional impositiva que obrigue o ente público estadual a fornecer o medicamento pleiteado de forma contínua e duradoura, enquanto se fizer necessário.” (Grifo nosso).

Logo, para a promotora do caso, o dever de propositura de uma ação coletiva é lastreado não pela abrangência e relevância sociais do direito a ser protegido, mas pela necessidade do paciente. Assim, constata-se que a fundamentação utilizada pela promotora está muito distante da prevista na STA nº 175 ou nos Enunciados 4, 12 e 14 da I Jornada de Direito da Saúde do CNJ ou no Enunciado 59 da II Jornada de Direito da Saúde no CNJ.

Por sua vez, 15,42% dos pedidos, demonstraram o atendimento a dois critérios, quais sejam, registro na ANVISA e inadequação do tratamento do SUS.

O critério menos demonstrado foi o da evidência científica do tratamento novo e em apenas 03 (três) pedidos não houve a demonstração da presença de qualquer critério. Esses pedidos correspondem às ações de números 00343073920158130188;

00546624420158130035 e 00130634220154013803 e os medicamentos judicializados ali foram o Keppra e Fosfoetanolamina.

O medicamento Keppra só foi registrado na ANVISA em agosto de 2015, ao passo que as ações 00343073920158130188 e 00546624420158130035 foram propostas em março de 2015. A substância Fosfoetanolamina, objeto da ação nº 00130634220154013803, ainda se encontra em fase de estudo, constituindo produto experimental. A esse respeito, convém mencionar que o STF suspendeu em maio de 2016, no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5501 a eficácia da Lei 13.269/2016, que permitia o uso da referida substância por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna. Os motivos da suspensão consubstanciaram-se no caráter experimental da Fosfoetanolamina, sob pena de risco à saúde pública. Nesse sentido, assim dispôs o Ministro relator Marco Aurélio (BRASIL, 2016): “ao suspender a exigibilidade de registro sanitário da Fosfoetanolamina sintética, o ato atacado discrepa das balizas constitucionais concernentes ao dever estatal de reduzir o risco de doença e outros agravos à saúde dos cidadãos”.

Já no que se refere à demonstração da fundamentação e justa causa no grupo dos bens e produtos em saúde quando se tratar de pedido de prestação padronizada, mas não para o tratamento judicializado, será necessário demonstrar apenas o atendimento a 02 (dois) critérios: demonstração de que o tratamento novo atende à medicina baseada em evidências e que o tratamento alternativo do SUS é inadequado.

Tabela 24 - Fundamentos do pedido no grupo dos bens e produtos em saúde para prestações padronizadas, mas não para o tratamento pedido.

Tratamento novo atende a "medicina baseada em evidências"	Tratamento alternativo do SUS é inadequado	Total de Especificações	%
Não	Não	24	82,75
Não	Sem PCDT/sem alternativa	2	6,89%
Sim	Sem PCDT/sem alternativa	1	3,44%
Sim	Sim	2	6,89%
TOTAL		29	

Fonte: SIGAF/SES-MG. Elaboração própria.2015.

Observa-se, então, que quanto aos pedidos de tratamentos padronizados, mas não para o judicializado, esteve presente fundamentação em consonância com a STA nº 175 em 03 pedidos apenas de um total de 29. Esses pedidos, por sua vez, constam das ações de números

00064241120154013802, 00037315420154013802 e 00037921220154013802, todas da subseção judiciária de Uberaba e igualmente todas propostas pelo Procurador da República Thales Messias Pires Cardoso. Na primeira ação mencionada, foi pleiteado o medicamento Trastuzumabe; na segunda, o material Stent Farmacológico e a terceira ação envolveu o medicamento de especificação Rituximabe.

Na ação 00064241120154013802, cujo pedido versou sobre o Trastuzumabe para paciente portador de adenocarcinoma de estômago, restou comprovado que a parte substituída realizava tratamento no SUS, mas desejava complementar a quimioterapia padronizada com o uso de um medicamento, qual seja, Trastuzumabe, o qual encontra-se padronizado para câncer de mama, por meio da Portaria nº 73/2013 do Ministério da Saúde, e não para o câncer que acomete o paciente (câncer de estômago).

Nessa petição inicial, foram trazidos documentos médicos nos quais a médica prescritora relatou que as alternativas terapêuticas previstas nos PCDT do SUS foram analisadas e mostraram-se ineficientes, de modo que o uso do Trastuzumabe em associação à quimioterapia paliativa já em uso no âmbito do Hospital das Clínicas da Universidade Federal do Triângulo Mineiro mostrou-se a única alternativa ao paciente, que não pode ser submetido à cirurgia. Essas informações relatadas pela médica e transcritas na inicial atendem ao critério comprovação da ineficácia do tratamento do SUS. Importante destacar que a demonstração desse critério não se fez pela insuficiente menção em sede de petição inicial de ineficácia do tratamento do SUS. Ao revés, o relato médico que consta dos fatos da inicial foi minucioso, indicando as razões da impropriedade da alternativa do SUS ao quadro clínico do paciente.

Ainda na petição inicial, o Procurador da República Thales Messias Pires Cardoso mencionou a existência de evidências apresentadas pela médica prescritora, destacando o membro do Ministério Público que tais evidências afirmam o aperfeiçoamento clínico, a sobrevida livre de progressão (PFS) e a sobrevida global (OS).

Assim, com base nos estudos referidos pela médica e que embasaram a inicial da ACP em tela, fundamentou o *Parquet*:

“De acordo com as evidências apresentadas pela médica prescritora, que consistem em estudos randomizados controlados comparando esquemas quimioterápicos baseados em fluorouracila e cisplatino ou capecitabina e cisplatino com e sem adição de trastuzumabe, e o relatório médico de f. 10-1 1, há perspectiva de ganho de sobrevida global, sobrevida livre de progressão, da doença, qualidade de vida e taxa de resposta ao tratamento.”

Desta maneira, por meio de documentos e estudos médicos, o Procurador da República demonstrou o requisito da medicina baseada em evidência para judicializar o medicamento Trastuzumabe, de maneira a ampliar o uso desse medicamento que já é fornecido pelo SUS,

porém para outro PCDT. Desse modo, demonstrados esses dois critérios (ineficácia do tratamento do SUS e medicina baseada em evidências), nessa citada ação restou suficientemente apresentada a fundamentação.

Na segunda ação supramencionada, de nº 00037315420154013802, foi pleiteado um Stent Farmacológico. Igualmente, nesse pleito houve por parte do Procurador da República Thales Messias Pires Cardoso uma robusta fundamentação acerca das evidências científicas do pedido e da impropriedade do tratamento do SUS. Assim, o *Parquet* alegou que a CONITEC não considerou a hipótese do quadro clínico do paciente, apesar de sua condição indicar o uso do referido Stent. Isso ocorre, pois conforme documentos médicos juntados aos autos, o paciente não se enquadra na Portaria nº 29 do Ministério d Saúde de 27 de agosto de 2014, a qual prevê o fornecimento do Stent Farmacológico para pacientes com artérias coronárias inferiores a 2,5mm e diabéticos. Ademais, a médica subscritora relatou que o paciente já possui Stent convencional do SUS implantado em seu organismo, porém esse implante falhou e ele precisa de um novo, qual seja, o Farmacológico. Com isso, restou demonstrada a impropriedade do tratamento do SUS para o paciente Antônio da Rocha Nascimento. Quanto ao requisito da comprovação das evidências científicas do tratamento, foi trazido na petição inicial relatório da CONITEC, além de alusões à indicação do Stent Farmacológico para o quadro clínico do paciente em consonância com a normatização das Sociedades de Cardiologia de diversos países, incluindo a Sociedade de Brasileira de Cardiologia.

Na terceira ACP fundamentada em conformidade com a STA nº 175, de nº 00037921220154013802, foi requerido o medicamento oncológico Rituximabe. Mais uma vez, o Procurador da República Thales Messias Pires Cardoso, subscritor da petição inicial, comprovou a ineficácia do tratamento disponível no SUS, ao consignar que após o término do tratamento proposto pelo SUS, houve progressão da doença com massa cervical, axilar e de mediastino (torácica). Assim, esgotadas as alternativas terapêuticas previstas nos PCDT-SUS, restou à médica prescritora, amparada em protocolos de tratamento nacionais e internacionais, a imunoterapia baseada em esquema com Rituximabe.

Ressalta-se, também, que em 24 (vinte e quatro) de 29 (vinte e nove) pedidos constantes na Tabela 26 não houve comprovação de nenhum dos critérios da STA nº 175 elencados neste trabalho. Ademais, o SUS não ofereceu alternativas terapêuticas para apenas 03 pedidos, os quais constam de 03 ações diferentes (0040077-88.2014.8.13.0045, 00037315420154013802 e 00300876220158130393) e se referem às seguintes especificações: vacina de HPV para pessoas do sexo masculino, Stent Farmacológico para paciente que já se

utilizou do Stent convencional do SUS, mas não possui as condições clínicas da Portaria nº 29/14 do Ministério da Saúde e sonda Bóton, a qual é fornecida apenas a nível ambulatorial.

A título de exemplo desse rol de ações em que não houve qualquer demonstração dos critérios da STA nº 175, traz-se trecho da ação 0111150010499, comarca de Campina Verde:

“Consigna-se que CONCEIÇÃO e seu companheiro são usuários cadastrados do Sistema Único de Saúde (DOC. 04), do que resulta manifesta a hipossuficiência da paciente e família e, *ipso facto*, o dever dos entes demandados de fornecer a prestação reclamada”.

Nessa ACP, a o fundamento do pleito foi unicamente a hipossuficiência da parte substituída, não tendo sido demonstradas as evidências científicas do pedido de ampliação do uso do medicamento já padronizado Zoladex, nem ao menos que a alternativa do SUS, o fármaco “Danazol”, mostrou-se ineficaz no tratamento da endometriose.

Por fim, a demonstração dos fundamentos relativos às ações que veicularam bens e produtos em saúde já padronizados exige a comprovação de que a não entrega da prestação originou-se de uma falha imputada ao SUS.

Tabela 25 - Fundamentos do pedido no grupo dos bens e produtos em saúde para prestações padronizadas.

De quem foi a falha	Motivo	Total de Especificações	%
Propositores da ACP	Sem comprovação da negativa do SUS	28	52,9%
SUS	Problemas de abastecimento	10	18,9%
SUS	Omissão	7	13,2%
SUS	Negativa do ente competente	06	11,32%
Não consta	Não demonstrado o CID	1	1,9%
Não identificado	Não identificado	1	1,9%
TOTAL		53	

Fonte: SIGAF/SES-MG. Elaboração própria.2015.

Da Tabela acima, verificou-se que em dois pedidos não foi possível demonstrar de quem foi a falha; em 23 pedidos, representativos de 43,39% da amostra acima, a falha pôde ser atribuída ao SUS pelos seguintes motivos: problemas de abastecimento (i), omissão(ii) e negativa do ente competente para a dispensação do item pedido (iii).

Consequentemente, nesses 23 pedidos esteve presente a justa causa, os quais constam de 10 (dez) ações diversas. Nessa senda, convém destacar a ação 0014286-81.2014.8.13.0348,

na qual foram pleiteados perante a comarca de Jacuí dois objetos classificados no subgrupo dos medicamentos e com as especificações Diamicron e Ictus. Para fundamentar o pedido desses medicamentos já padronizados, o promotor atuante no caso asseverou o seguinte:

“Conforme se verifica da documentação anexa, a Secretaria Municipal de Saúde de Jacuí, por meio de seu Secretário de Saúde Ednaldo de Jesus Gonçalves, informou que os medicamentos não fazem parte da lista de remédios disponibilizados pelo Estado, ficando o Município impossibilitado de fornecer qualquer tipo de medicamento fora dos parâmetros legais dispostos pelo ente Federado. Ora, o simples fato do mencionado fármaco não estar previsto no programa disponibilizado pelo Poder Público, não pode restringir o direito à saúde da idosa Maria Aziza Rodrigues. A idosa possui uma única fonte de renda que é o benefício previdenciário, no valor mensal de 01 (um) salário mínimo (...) Assim, não tem condições financeiras de arcar com outras despesas adicionais. Outra alternativa não nos foi deixada, senão o ajuizamento da presente ação, uma vez que estamos tratando de algo especial e urgente, a vida e a saúde do ser humano e, mais especial ainda, dos nossos idosos.” (Grifo nosso).

Não obstante a negativa do ente municipal, esses dois medicamentos são fornecidos pelo SUS sob os princípios ativos Gliclazida e Carvedilol, constituindo eles fármacos do componente básico cuja dispensação é de competência do Município. Na página da SES/MG na rede mundial de computadores (http://www.saude.mg.gov.br/images/noticias_e_eventos/000_2016/2-abr-mai-jun/saf/16-06_Relacao-de-Medicamentos-Basicos-do-Estado-de-Minas-Gerais1.pdf) é possível acessar o campo Farmácia de Todos e lá existe a listagem completa de todos os medicamentos do componente básico, incluindo os judicializados nessa ação.

Dessa maneira, na supramencionada demanda, o Estado de Minas Gerais foi colocado no polo passivo, apesar de a distribuição de competências do SUS no que tange à assistência farmacêutica determinar que medicamentos do componente básico são de incumbência dos Municípios nos termos da Portaria do Ministério da Saúde nº 1554/13.

A par dessa inobservância dos instrumentos normativos que regulamentam a política pública de saúde no Brasil, algo muito corriqueiro na judicialização ora observada, pode-se destacar outro ponto interessante nessa fundamentação do pedido. Ocorre que o MP provocou o ente municipal e foi demonstrada a negativa de fornecimento apenas por parte desse ente público. Não obstante, a ACP foi proposta também contra o Estado de Minas Gerais, muito embora não tenha sido evidenciado na demanda que tal ente foi provocado administrativamente pelo paciente ou pelo MP a dispensar tais fármacos. Tampouco foi comprovado nos autos que, em resposta a um pedido de fornecimento, o Estado de Minas se recusou a dispensá-los ou simplesmente quedou-se inerte.

Igualmente, nas ACP's 00036745020158130348 e 00098383120158130348, propostas também na comarca de Jacuí, mas por promotores diversos, o pedido dos medicamentos padronizados Selozock e Aprensolina foi fundamentado tal qual na ação 0014286-81.2014.8.13.0348. Destarte, observa-se por parte dos membros do MPE atuantes em Jacuí uma certa padronização em suas ACP's em saúde, pois foi utilizado como fundamento da solicitação a negativa de fornecimento do SUS. De fato, essa negativa aconteceu, mas por parte do ente municipal, o único a ser procurado para o fornecimento desses fármacos e o único a quem o SUS atribui a dispensação de tais medicamentos. Assim, não restou evidenciada a negativa do Estado de Minas Gerais.

Na ação 00135684720158130446 da Comarca de Nepomucemo, o membro do MP requereu judicialmente em favor da parte substituída 07 (sete) objetos que se classificam no subgrupo medicamento e possuem as seguintes especificações: Hidroxicloroquina, Predsolona, Esomeprazol, Amitriptilina, Addera, Carbonato de cálcio e Azatioprina. O citado promotor salientou na inicial que o pai de paciente, o senhor Paulo Vítor de Arantes, procurou a Secretaria Municipal de Saúde, preenchendo uma documentação para fornecimento dos medicamentos e que os de competência da Secretaria de Saúde do Município já haviam sido requisitados. Contudo, até a data de propositura da ação, nenhum desses objetos foram entregues.

Esse caso ilustra exemplo da falha nomeada no presente trabalho de “omissão”, pois o paciente procurou o Município, foi atendido, dando entrada no processo administrativo de dispensação dos medicamentos, mas nenhum deles chegou de fato a ser entregue. Todavia, não está claro na petição inicial o exato motivo da não conclusão do procedimento administrativo perante o SUS de fornecimento dos mencionados fármacos. Assim, dentre 53 (cinquenta e três) pedidos de bens e produtos em saúde padronizados, em 07 (sete) deles a falha foi ocasionada pelo SUS, em virtude de alguma omissão, tal qual a narrada nessa ação nº 00135684720158130446.

Em outra ação, de nº 00191860620158130144, comarca de Carmo do Rio Claro, observou-se outro exemplo da falha imputada ao SUS, que é a relativa a problemas de abastecimento. Dessa forma, na mencionada ACP o paciente recebia o medicamento padronizado Sildenafil, tendo ocorrido interrupção por falha no sistema de dispensação. Senão, veja-se o que se relata na inicial:

"Narraram o paciente e sua esposa, entretanto, que **o fornecimento foi abruptamente interrompido**, sendo a omissão na destinação do medicamento constatada pelo serviço auxiliar desta Promotoria de Justiça, através de contato mantido com a Secretaria Regional de Saúde (f. 16), onde a informação percebida foi de que, **desde fevereiro/2016, "o status" interno do medicamento no sistema**

da Secretaria Estadual de Saúde é "aguardando entrega do fornecedor", sem qualquer previsão de restabelecimento da dispensação. "(Grifo nosso).

Apesar desses problemas descritos acima, os quais são atribuídos à política pública, o que se observou no grupo dos bens e produtos em saúde para a maior parte dos 53 (cinquenta e três) pedidos padronizados foram falhas atribuída ao propositor da ação. Assim sendo, em 28 desses 53 pedidos a falha foi imputada ao MP, em virtude da não comprovação da negativa do ente competente. Esses pedidos, por seu turno, foram distribuídos entre 15 ações.

Nessas 15 ACP's, então, não foi demonstrada fundamentação idônea ou indicativa da abrangência social da ação, pois não evidenciada nos autos a negativa do ente público demandado. Todavia, algumas considerações precisam ser tecidas no que concerne à fundamentação e exposição fática apresenta pelos promotores em algumas dessas ACP's.

Dessa maneira, em ações como a de nº 0006174-24.2015.8.13.0111 e 00591688120158130223, o representante do Ministério Público se limitou a fundar o pedido na hipossuficiência e na necessidade do paciente, não comprovando que a parte substituída ou o próprio MP receberam uma negativa, mesmo que injustificada, do ente público demandado.

Assim, na ação 0006174-24.2015.8.13.0111, comarca de Campina Verde, medicamentos Losartana, Hidroclorotiazida, Selozok, Marevan e Espironolactona, o promotor se limitou a arguir o seguinte:

“O quadro da paciente é sério e urgente, pois ela depende desses medicamentos de uso contínuo para manter sua sadia qualidade de vida e sob controle a cardiopatia que a acomete. Convém registrar que MARIA AMÉLIA é aposentada que aufero magro salário mínimo e usuária cadastrada do Sistema Único de Saúde (fls. 06), presumindo-se, ipso facto, a hipossuficiência da paciente (...) Dada à essencialidade e proeminência do direito à saúde, umbilical e fatalmente conectado ao direito à vida e à dignidade humana, estabeleceu-se, entre os doutos e os juristas, a plena sindicabilidade judicial das prestações destinadas à concreção de tal direito. **Assim sendo, o bem da vida buscado, seja ele qual for - medicamentos, insumos, cirurgias, tratamentos especializados, internações - deverá ser concedido, via jurisdicional, quando satisfatoriamente evidenciada a necessidade clínica do paciente e a omissão do Estado em atendê-la.** Na espécie, a vasta documentação adida, a toda evidência, constitui prova sólida, apta e suficiente para convencer tanto sobre a verossimilhança das alegações como acerca da gravidade e urgência do caso.” (Grifo nosso).

Em momento algum dessa petição inicial houve menção a qualquer pedido administrativo postulado pela paciente para recebimento desses medicamentos padronizados no âmbito do SUS, de modo a se comprovar a alegada omissão dos entes públicos. Não obstante, a demanda foi proposta com fundamento exclusivo na necessidade da paciente e na sua hipossuficiência, ao arrepio das orientações trazidas na STA nº 175 e nas Jornadas I e II de Direito de Saúde promovidas pelo CNJ.

Ademais, o promotor asseverou, ao arrepio do princípio da integralidade, que qualquer bem da vida buscado perante o Judiciário deve ser concedido. Além de revelar uma compreensão obtusa acerca do aludido princípio constitucional do SUS, essa fundamentação entende que a observância da política pública é exceção. Por último, essa afirmativa traduz interpretação da vida e da saúde como direitos absolutos, algo incompatível com a doutrina constitucionalista.

Outrossim, na ação 00591688120158130223, comarca de Divinópolis, medicamento Ciclofosfamida, o membro do MP se limitou a afirmar que a paciente não conseguiu os fármacos por meio do SUS. Todavia, não restou comprovado se e como a paciente provocou os entes públicos para fornecimento das prestações pedidas. Nem tampouco o *Parquet* notificou ou pediu esclarecimentos ao Poder Público. Em suma, não houve qualquer prova da negativa de fornecimento do item padronizado, limitando-se a inicial a expor o seguinte:

“Samira Mileib Romano hoje conta 08 (oito) anos de idade (...) portadora da Síndrome Nefrótico. Em decorrência desta patologia, a criança está em tratamento e necessita do medicamento Ciclofosmida (...) **Conforme previsto no relatório médico, Samira não pode ficar sem esta medicação e nem substituí-la devido ao risco de descontrole do tratamento**, o que colocaria em risco a vida da criança. **Acontece que o genitor da criança não possui condições financeiras para arcar com o referido medicamento e não o conseguiu através do SUS**, motivo pelo qual compareceu ao Ministério Público, solicitando auxílio para cuidar da saúde de sua filha. Diante destes argumentos, verifica-se que o referido medicamento é de suma importância para Samira Mileib, pois com ele obteve-se grande melhora em seu quadro clínico, não sendo recomendado a substituição por outras medicações distribuídas pelo SUS.” (Grifo nosso).

No excerto acima, além de evidenciada a falta de comprovação da alegada negativa do SUS, restou exemplificada a forma como muitos promotores alegam a impossibilidade de substituição do fármaco. Isto é, eles simplesmente afirmam que não pode haver a substituição, sem maiores esclarecimentos quanto às razões médicas para essa suposta impossibilidade de utilização dos fármacos do SUS.

No presente exemplo, a insubstituibilidade do fármaco deveu-se “à grande melhora em seu quadro clínico” com o uso da Ciclofosfamida, argumento pouco ou de modo algum técnico do ponto de vista médico. Ademais, o promotor argumenta pela impossibilidade de substituição do aludido fármaco, mas ele, em si, é um medicamento padronizado pelo SUS para o quadro clínico da paciente por meio do componente especializado de competência da SES/MG. Esse órgão, por seu turno, em nenhum momento no trecho acima foi mencionado. Em suma, por todas essas razões, tem-se aí um claro exemplo de ACP destituída de justa causa.

Na ação 03825140620158130702, da comarca de Uberlândia, também não foi comprovada a negativa do SUS, haja vista que o promotor adotou uma concepção absoluta do direito à saúde:

“Nesse contexto, inconcebível a recusa de medicamento sob o argumento de que o requerido não pode fornecer remédio que não seja padronizado. Já é tempo do Poder Público entender a gravidade das situações nas quais se encontram as pessoas que buscam o Ministério Público e o Poder Judiciário em busca de medicamentos. Não se pode desprestigiar a vida em razão de números, se o referido medicamento foi prescrito pelo profissional de saúde da rede pública”. (Grifo nosso).

Ainda, esses fundamentos revelam uma compreensão de que questões de ordem orçamentária e de repartição de competências do SUS são coadjuvantes e incontrastáveis com o direito absoluto à vida. Ademais, evidenciam que a receita médica configura prova absoluta.

Não obstante esses argumentos, ampla e acriticamente utilizados na judicialização da saúde, o medicamento pedido, qual seja, Somatropina, encontra-se padronizado para o tratamento da paciente substituída no componente especializado de incumbência da SES/MG. Apesar disso, o pedido administrativo voltou-se apenas para a Secretaria Municipal de Saúde de Uberlândia.

Essa situação delineada na ação acima se mostrou muito frequente nas ações aqui investigadas: quando o paciente busca o fornecimento perante um ente, mas o bem ou produto em saúde é dispensado por outro gestor do SUS, o qual não é provocado pela parte interessada. Tal panorama foi encontrado também na ação 00027705720158130242, comarca de Espera Feliz, medicamento Palivizumabe. Apesar da propositura dessa ACP, o referido fármaco foi incluído no elenco de medicamentos fornecidos pela SES/MG em 2010 no âmbito do componente estratégico. Ademais, foi informado nos autos que o paciente buscou a secretaria municipal para a dispensação, que negou atendimento, pois o item não é de competência desse ente e, de fato, não o é. Entretanto, mesmo não havendo demonstração de provocação da SES/MG a esse respeito e tampouco negativa administrativa imputada ao Estado de Minas Gerais, ele foi colocado no polo passivo da demanda.

Situação muito semelhante foi constatada na ação 00400674020158130035, comarca de Araguari, em que a promotora do caso ajuizou a citada demanda para pleitear o medicamento Alenia para tratamento de DPOC (doença pulmonar obstrutiva crônica). Ocorre que assim como verificado na ação 00027705720158130242, o cidadão apenas acionou o Município, sendo que o ente responsável pelo tratamento da DPOC é o Estado de Minas Gerais por meio do componente especializado. Não há nos autos comprovação de negativa da

SES/MG, mas apenas do Município, que, em verdade, não é competente para o tratamento vindicado.

Essas ações, além de revelarem a ausência de lastro probatório mínimo, mostraram ainda que há um certo padrão nesse comportamento. Em verdade, foram recorrentes as ações em que não foi comprovada a negativa de fornecimento, uma vez que paciente ou MP acionaram ente diverso do que dispensa o item pedido, consoante já argumentado acima. Outro padrão encontrado nessas ações foi a ausência de negativa do ente público pelo simples fato de que a demanda foi proposta sem a adoção de medidas administrativas suficientes para comprovar se o bem ou produto em saúde consta de alguma das listas do SUS. Essa hipótese revela considerável negligência e banalização do uso de ACP em defesa do direito à saúde, pois uma simples consulta ao endereço eletrônico da SES/MG, na aba “Farmácia de Todos” (<http://www.saude.mg.gov.br/farmaciadetodos>) permitiria ao membro do Ministério Público checar quais são os medicamentos dispensados pelo SUS estadual, além de conhecer a divisão desse fornecimento por componente da assistência farmacêutica.

Por meio de tais considerações, encerra-se o presente tópico, sobre a causa de pedir do grupo dos bens e produtos em saúde, em que ficou constatada a presença de fundamentação indicativa de justa causa em apenas 13 ações, correspondentes a 26 pedidos de um total de 270 concernentes ao grupo em exame. No item seguinte, prossegue-se com os resultados encontrados nesse segundo ponto de vista, relativo à fundamentação do pedido, só que no que tange ao grupo dos serviços em saúde.

5.2.2 Fundamentos das ações do grupo serviços em saúde

De forma semelhante à análise empreendida para o grupo dos bens e produtos em saúde, no dos serviços também foi perquirida a presença da fundamentação de forma individualizada para pedidos referentes a prestações padronizadas e não padronizadas. Convém pontuar, contudo, que nesse segundo grupo não foi encontrada hipótese de pedido relativo a serviço padronizado, mas não para o tratamento pleiteado (caso de ampliação de Protocolo Clínico).

Assim, para as prestações não padronizadas, continua a necessidade de demonstração dos 03 (três) critérios exaustivamente arrolados no item acima, de modo que a fundamentação em consonância com a STA nº 175 estará presente se para esses 03 (três) critérios a resposta for “sim”. Nesse sentido, veja-se a tabela abaixo.

Tabela 26 - Fundamentos do pedido no grupo dos serviços em saúde para prestações não padronizadas.

Registro na ANVISA	Comprovou que tratamento alternativo do SUS é inadequado	Comprovou atendimento à medicina baseada em evidências	Total de Especificações	%
Sim	Não	Não	22	73,33%
Sim	Sem alternativa/sem PDCT	Não	8	26,66%
TOTAL			30	

Fonte: SIGAF/SES-MG. Elaboração própria.2015.

Mais uma vez, demonstra-se que no grupo dos serviços foram predominantes os pedidos de prestações padronizadas, pois de um total de 199 requerimentos de serviços, apenas 30 deles referiram-se a prestações não padronizadas. Além disso, em nenhum desses 29 pedidos houve demonstração dos 03 critérios da STA nº 175.

Convém destacar que esses 30 constaram de 26 ações. Desse montante, fizeram parte todas as 14 ações em que foi judicializada internação compulsória, uma vez que tal pleito é exatamente o contrário do preconizado na política pública de saúde mental, que rechaça internações por longos períodos e a lógica de hospitais psiquiátricos. Por conseguinte, todo pedido de internação compulsória constituirá um pedido de prestação não padronizada.

Em adendo, necessário apontar algumas características dos fundamentos usados nessas ações cujo pleito foram serviços de saúde não padronizados. Dessa maneira, traz-se a lume a ação 00007464820158130471, da Comarca de Pará de Minas, em que foram pleiteados os seguintes itens: consulta com psicopedagogo e com psicólogo cognitivo comportamental com treinamento de pais e escolas, monitor especializado ou professor auxiliar, terapia ocupacional e Integração sensorial (TO). Na fundamentação da petição inicial, o promotor subscritor se valeu de argumentos sentimentais para convencer o magistrado da sua pretensão. Infelizmente, esse tipo de fundamento é muito comum na judicialização da saúde, seja em decisões ou em petições iniciais, em que a técnica do direito e o arcabouço doutrinário sedem espaço para a empatia que reveste o estimado direito à saúde, a qual vem embalada em argumentos morais e frases prontas típicas de manchetes de tabloides. Senão, veja-se excerto dessa ação nº 00007464820158130471: “(...)não foi possível

garantir ao pequeno cidadão brasileiro, pobre, hipossuficiente, gravemente enfermo, sem acesso aos tratamentos modernos(...).”

Destaca-se, também, nessa lógica de justificativas pouco técnicas, a ação nº 00101966720158130680 cujo trecho segue abaixo:

“Inquestionável que, bem comprovadas a **precisão do tratamento médico e a impossibilidade de sua aquisição pelo paciente, toma-se imperioso ao Estado lato sensu fornecê-lo**. Não se pode perder de vista que o **Sistema Único de Saúde (SUS), previsto no art. 200 da Constituição Federal, foi idealizado e implementado não para complicar, e sim para facilitar o acesso ao direito em comento, pertencente a todos e dever do Estado**. A saúde é **direito humano e fundamental, não podendo ficar sujeito à mercê de programas restritivos de governo** ou ao sabor de resoluções editadas ao arrepio das normas de grandeza constitucional. “(Grifo nosso).

Nessa ação 00101966720158130680 da comarca de Taiobeiras, a promotora veiculou na inicial pedido de uma radioterapia específica (MRT e IGTR) ao menor substituído, apesar de o SUS fornecer um amplo rol de serviços em oncologia por meio de seus CACONS (Centros de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia) e UNACONS (Unidades de Assistência de Alta Complexidade), incluindo aí radioterapias. Ocorre que na petição inicial não foi demonstrada a impropriedade do tratamento oferecido na política pública, mas simplesmente foi pedido um tratamento novo, que é menos invasivo. Outrossim, a promotora argumentou que o SUS foi idealizado na CR/88 “para facilitar e não complicar o acesso à saúde”. Essa afirmativa evidencia certa confusão quanto ao real significado do princípio da integralidade, que garante ao cidadão acesso a todas as prestações previstas no SUS e não que o SUS deve conferir ao cidadão acesso a toda e qualquer prestação de saúde disponível no mercado.

Além disso, pode-se identificar nas razões apresentadas pela promotora uma grande similitude com os argumentos padronizados elencados alhures, tais como embasamento da obrigação de fornecimento do Estado em função da necessidade e hipossuficiência da parte autora e não nas evidências científicas do novo tratamento ou na ineficácia do tratamento do SUS. Em adição, constata-se que a promotora adotou uma interpretação absoluta do direito à saúde, pois de acordo com seu entendimento, esse direito, por ser fundamental, não poderia ficar “à mercê de programas restritivos de governo ou ao sabor de resoluções editadas ao arrepio das normas de grandeza constitucional.”

Ora, se a vida, que recebe do ordenamento jurídico pátrio um dos níveis de proteção mais elevados, é relativizada por inúmeras normas infraconstitucionais¹⁷, que dirá a saúde e tantos outros direitos fundamentais. Nem mesmo o valor fundamental da dignidade da pessoa humana é absoluto, podendo ele ser relativizado em nome de valores comunitários (BARROSO, 2012).

Além disso, as normas que regulamentam o SUS foram elaboradas pelo legislador não com a finalidade de servirem como óbice aos direitos do cidadão, mas para definir os contornos e *modus operandi* de uma política pública de saúde universal e igualitária que em nenhum momento, seja em sede constitucional ou infraconstitucional, comprometeu-se em fornecer aos cidadãos todas as prestações que eles demandarem em matéria de saúde. Diante disso, interpretar as normas que operacionalizaram o SUS como mero entrave de ordem burocrática, tornou-se mais um fundamento corriqueiro na judicialização da saúde, ao arrepio das orientações doutrinárias e jurisprudenciais, sobretudo no que concerne à STA 175/CE.

Não só recorrente, esse argumento é flagrantemente contraditório, pois os propositores das ações em comento relegam à organização administrativa e à repartição de competências um papel coadjuvante ou, quiçá, as menosprezam. Em seguida, atacam o SUS e suas normas regulamentadoras como meros “adereços constitucionais” ou óbices ao direito à saúde. Provavelmente, o desprezo pelas normas regulamentadoras, sobretudo no que atine à distribuição de competências, regionalização, municipalização e hierarquização da política pública de saúde, é um forte ocasionador de desarranjos estruturais e organizacionais que dificultam ao SUS o cumprimento de suas finalidades constitucionalmente estabelecidas, tais como a universalidade e integralidade.

Em adendo, o conceito de burocracia utilizado na judicialização da saúde percebe-se um tanto quanto equivocado ou distante do originalmente pensado por Max Weber. Para o sociólogo alemão, burocracia significava um tipo de dominação racional marcada pelos seguintes atributos: formalização, profissionalização e qualificação dos funcionários, hierarquia, competência (técnica), impessoalidade, separação entre propriedade e administração e divisão de trabalho. A administração burocrática é, para Weber, a forma mais racional de dominação e tem como norte a eficiência, uma vez que ela busca alcançar o

17 No Código Penal (Decreto-Lei 2848/40) encontram-se normas que relativizam o direito à vida, a exemplo da previsão do aborto necessário (quando não há outro meio de salvar a vida da gestante) e terapêutico (quando gravidez resulta de estupro). Na Ação Direta de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54 o STF permitiu o aborto de feto anencéfalo. A Lei 9614/98, por sua vez, permite o abate de aeronaves consideradas hostis ao Estado. Por fim, a própria CR/88 permite a pena de morte, em caso de guerra declarada no âmbito de seu artigo 5º, XLVII.

máximo de rendimento, em razão de constituir um modelo preciso, pautado na disciplina e no rigor (WEBER, 2004).

Dessa maneira, a burocracia constituiu um modelo de relação e administração desenhado para fazer frente ao patrimonialismo típico das monarquias absolutistas, caracterizadas pela confusão entre patrimônio público e privado. A obediência a regras e à lei garantiria, então, impessoalidade e formalização à Administração Pública com a finalidade de se alcançar eficiência. Por conseguinte, a burocracia configura um sistema que prega a obediência a regras e leis. Porém, se as regras e leis forem incongruentes, o que se produzirá, na lógica da burocracia, é uma administração, pública ou privada, incongruente.

O conceito de burocracia que impera no imaginário popular e na judicialização da saúde é o que a conecta com a rigidez do aparelho estatal, que impede a concretização dos direitos do cidadão, dentre os quais, a saúde. Lado outro, frisa-se, o problema não está com a burocracia em si, mas com as regras e leis que são criadas e que devem ser seguidas no modelo burocrático de administração. As ações trazidas acima, fazem crer, nas palavras dos promotores, que as regras do SUS são incongruentes e visam apenas a atrapalhar o acesso do paciente à saúde. Tal compreensão é, no mínimo, equivocada e inconstitucional, pois já no art. 196 da CR/88, foi consignado que “a saúde é direito de todos e dever do estado, garantido mediante políticas políticas sociais e econômicas”. Logo, a saúde será garantida nos termos da política pública correspondente, que em nenhum instrumento normativo, comprometeu-se em garantir a todos os cidadãos quaisquer prestações pedidas. Esse não é o conceito de integralidade garantido na Lei Maior ou na Lei do SUS. Dessa feita, as regras que regulamentam o SUS não foram legisladas com o fito impedir o acesso do cidadão à saúde, mas para garantir racionalidade, economicidade e equidade a esse acesso, diante das limitações orçamentárias.

Prosseguindo na análise, registra-se que pesar dessas ACP'S destacadas acima envolverem pedidos de objetos não padronizados, a maior parte dos pleitos relativos aos serviços tratou de prestações padronizadas. Nesses casos, restará presente a justa causa se comprovado que a falha da não dispensação foi ocasionada pelo SUS.

Tabela 27 - Fundamentos do pedido no grupo dos serviços em saúde para prestações padronizadas.

De quem foi a falha	Motivo da falha	Total de Especificações	%
SUS	Tempo desarrazoado de espera	118	70%
Não identificado	Não identificado	23	14%
Propositores da ACP	Ação proposta antes do cadastro no SUSFÁCIL	07	4%
Propositores da ACP	Ação proposta dentro do prazo que a ANS dispõe para atendimento eletivo	06	4%
Propositores da ACP	Sem comprovação da negativa do SUS	06	4%
SUS	Questões de pactuação	05	3%
SUS	Questões de contratação/acesso	02	1%
Propositores da ACP	Prestação personalizada	01	1%
SUS	Negativa do ente competente	01	1%
TOTAL		169	

Fonte: SIGAF/SES-MG. Elaboração própria.2015.

Dessa forma, nos termos da tabela supra, dos 169 pedidos de serviços padronizados, em 126 deles, isto é, 74,55% a propositura da ação foi motivada por falha imputada ao SUS, como tempo desarrazoado de espera, questões relativas à pactuação, contratação/acesso deficitários e negativa do ente competente. Por conseguinte, nesses 126 pedidos que foram distribuídos em 123 ações estiveram presentes razões suficientes para as demandas em exame.

Quanto aos motivos dessa falha, assevera-se que as chamadas “questões de pactuação” refere-se ao fato de que a disponibilização desses serviços de média e alta complexidade à população depende de pactuações feitas entre os Municípios no âmbito da PPI (Programação Pactuada Integrada) e quando essas pactuações não são feitas ou são feitas a menor, a população fica desassistida, o que gera a judicialização de itens padronizados.

A PPI foi um importante instrumento desenvolvido no bojo da política de saúde para, em consonância com o processo de planejamento, definir e quantificar as ações de saúde para a população residente em cada território, bem como efetuar os pactos intergestores para garantia de acesso da população aos serviços de saúde.

Além disso, essa pactuação entre os municípios tem por objetivo organizar a rede de serviços, dando transparência aos fluxos estabelecidos e definir, a partir de critérios e

parâmetros pactuados, os limites financeiros destinados à assistência da população própria e das referências recebidas de outros municípios. Em face do exposto, a PPI auxilia na definição da programação das ações de saúde em cada território e norteia a alocação dos recursos financeiros para saúde, a partir de critérios e parâmetros pactuados entre os gestores municipais. Dessa feita, se um certo município não tem condições de fornecer determinado serviço de média e alta complexidade, ele deve fazer uma pactuação com outro município que disponibiliza tal serviço para que não haja desatendimento da população.

Na ação 00512870520158130045, a não disponibilização do exame de especificação colonoscopia deveu-se ao fato de que foram esgotadas as cotas pactuadas pelo Município de Caeté no ano de 2015, de forma que o paciente só poderia ser atendido em 2016. Esse mesmo argumento foi usado pelo Município de Ribeirão das Neves para justificar o não fornecimento de Tomografia no ano de 2015 e por isso foi ajuizada a ação 02081649420158130231.

Insta salientar que nessas duas ações foram feitos pedidos de serviços eletivos cujas autorizações e agendamentos são tarefas de competência municipal, uma vez que a realização das prestações previstas em PPI, tais quais os exames pedidos nessas ACP's, demandam uma articulação entre os municípios de origem dos pacientes e os executores.

Esses exemplos práticos, em consonância com a definição normativa de PPI, ilustram importantes dispositivos da Lei do SUS, como os relativos aos princípios da descentralização, regionalização e municipalização, pois o ente municipal na Lei nº 8080/90 ficou responsável pela execução da maior parte das ações de saúde, tais como esses serviços eletivos pleiteados nas ACP'S supramencionadas.

Ao ente estadual, por sua vez, incumbe a execução de certas ações em saúde, como a vigilância epidemiológica; vigilância sanitária; alimentação e nutrição e ações de saúde do trabalhador. Apenas em caráter supletivo, os Estados executarão ações e serviços em saúde de competência municipal. Logo, a competência de execução do Estado é apenas residual e apesar disso ele figura como réu nas ações ora estudadas.

Nessas ACP's 00512870520158130045 e 02081649420158130231 os Municípios que não efetuaram uma pactuação em quantidade adequada para o ano de 2015 também foram colocados no polo passivo, junto com o Estado de Minas Gerais. Todavia, caso eles não fossem réus nessas demandas, recaindo a obrigação de fornecimento apenas contra o ente estadual, restaria configurada uma grave distorção na política de saúde, pois seriam criadas obrigações e competências para os entes públicos desconexas com as definidas na Lei 8080/90 e em instrumentos normativos posteriores.

Em verdade, tal situação revela o quão prejudicial pode se revelar uma judicialização da saúde que desconsidera as normas regulamentadoras do SUS, premiando entes que negligenciam a política de saúde de sua população e punindo os que financiam e executam suas ações em saúde a contento. Infelizmente, os resultados apresentados no trabalho em exame revelam justamente que foram frequentes as ações em que a repartição de competências do SUS foi desconsiderada por ser entendida enquanto um entrave de ordem burocrática. Com isso, foram e são provocados sérios desarranjos na política pública, sendo criadas obrigações de grande vulto econômico a entes que não têm competência legal para a sua efetivação.

Outro motivo de falha imputada ao SUS foram as chamadas “questões de contratação/acesso”, que são verificadas quando o ente competente não realizou contratação de profissionais da área da saúde para atendimento aos seus Administrados, o que redundava em demandas reprimidas e dificuldade de acesso aos serviços de saúde. Como exemplo dessa negligência na contratação, tem-se a ação nº 00358529420158130431, da comarca de Monte Carmelo, em que o promotor requereu em favor da parte substituída consulta com neurologista. Ao procurar a Secretaria de Saúde do Município de Monte Carmelo, a paciente recebeu a informação de que não há previsão de agendamento da consulta médica em questão.

Convém destacar que essa ação foi proposta inicialmente apenas contra o ente municipal, mas em sede de decisão de antecipação de tutela, sem qualquer comprovação de negativa do ente estadual, esse foi colocado no polo passivo pela juíza da ação em referência. Essa atitude reflete um franco e temerário ativismo judicial que, assim como constatado em muitas das ACP'S em exame, desconsidera a repartição de competências do SUS. E, nesse caso particularmente, a aludida decisão desrespeitou, inclusive, a autonomia do membro do Ministério Público, que não entendeu que o Estado de Minas Gerais deveria figurar como réu nessa demanda.

O terceiro e último motivo de falha cometida pelo SUS e que ocasionou a demanda judicial foi o tempo desarrazoado de espera do cidadão para o fornecimento da prestação já padronizada. Esse motivo também foi o mais recorrente, tendo aparecido em 118 pedidos de serviços de um total de 169, o que redundava em uma representatividade percentual de 70% desse recorte. Por conseguinte, nesses 118 pedidos esteve presente a causa de pedir.

Para se chegar à conclusão de que o tempo de espera não foi razoável, o presente estudo usou como parâmetro dois instrumentos normativos: quanto aos pedidos de serviços caracterizados como urgentes e emergentes, o norte foi a Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) nº 1.451/95, que no seu art. 1º define a situação de urgência como uma

ocorrência imprevista de agravamento à saúde com risco ou sem risco potencial de vida, cujo portador necessita de assistência médica imediata; bem como a situação de emergência como aquela que implica em risco iminente de vida ou sofrimento intenso, exigindo, portanto, tratamento médico imediato (BRASIL, 1995). Convém registrar que esse parâmetro também é utilizado pelo Ministério Público de Minas Gerais, mais especificamente pelo Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa da Saúde (CAO-Saúde) em sua nota técnica nº 001/2014.

Noutro giro, quanto aos pedidos de serviços eletivos, foi utilizada como parâmetro a Resolução Normativa nº 259/11 da Agência Nacional de Saúde (ANS), que define os prazos máximos de espera a que o consumidor de planos privados de saúde pode aguardar para diversos tipos de atendimentos pleiteados. Assim, no que tange a pleito de atendimento em regime de internação eletiva, o prazo máximo de espera definido pela ANS para disponibilização pelo plano de saúde é em até 21 (vinte e um) dias úteis.

Esse último parâmetro pode não ser o melhor para se aferir o tempo de espera para atendimentos eletivos no SUS. Todavia, a própria política pública de saúde ainda não estabeleceu nenhum critério temporal para atendimento, nem tampouco a jurisprudência pátria ou a doutrina o fizeram. Convém frisar que até mesmo a STA nº 175 não arrolou critérios e orientações para as demandas em que se pleiteiam tratamentos padronizados. Nem nas Jornadas I e II de Direito de Saúde do CNJ foram estabelecidos critérios temporais para os atendimentos no âmbito do SUS. Entretanto, considerando que o estudo em exame alcançou como resultado a predominância da judicialização de serviços de média e alta complexidade já padronizados, foi necessário buscar por critérios e padrões temporais de atendimentos em saúde. Esses, por sua vez, permitiram uma forma de comparação, bem como a própria construção da análise em referência, que almejou perquirir as falhas e os motivos das falhas na política de saúde e também as cometidas pelos propositores das ACP's.

Isso posto, necessária a transcrição dos dispositivos da aludida Resolução que fixam os prazos máximos de espera para pacientes de planos privados de saúde:

“Art. 2º A operadora deverá garantir o acesso do beneficiário aos serviços e procedimentos definidos no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS para atendimento integral das coberturas previstas nos arts. 10, 10-A e 12 da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, no município onde o beneficiário os demandar, desde que seja integrante da área geográfica de abrangência e da área de atuação do produto.

Art. 3º A operadora deverá garantir o atendimento integral das coberturas referidas no art. 2º nos seguintes prazos:

- I – consulta básica - pediatria, clínica médica, cirurgia geral, ginecologia e obstetrícia: em até 7 (sete) dias úteis;
- II – consulta nas demais especialidades médicas: em até 14 (quatorze) dias úteis;
- III – consulta/sessão com fonoaudiólogo: em até 10 (dez) dias úteis;
- IV – consulta/sessão com nutricionista: em até 10 (dez) dias úteis;
- V – consulta/sessão com psicólogo: em até 10 (dez) dias úteis;
- VI – consulta/sessão com terapeuta ocupacional: em até 10 (dez) dias úteis;
- VII – consulta/sessão com fisioterapeuta: em até 10 (dez) dias úteis;
- VIII – consulta e procedimentos realizados em consultório/clínica com cirurgião-dentista: em até 7 (sete) dias úteis;
- IX – serviços de diagnóstico por laboratório de análises clínicas em regime ambulatorial: em até 3 (três) dias úteis;
- X – demais serviços de diagnóstico e terapia em regime ambulatorial: em até 10 (dez) dias úteis;
- XI – procedimentos de alta complexidade - PAC: em até 21 (vinte e um) dias úteis;
- XII – atendimento em regime de hospital-dia: em até 10 (dez) dias úteis;
- XIII – atendimento em regime de internação eletiva: em até 21 (vinte e um) dias úteis; e**
- XIV – urgência e emergência: imediato.”** (BRASIL, 2011, grifo nosso).

Na tabela abaixo, os 118 pedidos cujo motivo da falha do SUS foi o tempo desarrazoado de espera aparecem discriminados pela faixa de tempo de espera, a qual também foi construída tendo como parâmetro a Resolução Normativa nº 259/11 da Agência Nacional de Saúde (ANS).

Tabela 28 - Classificação do serviço por faixa de tempo de espera.

Subgrupo de objeto	Classificação do serviço	Faixa Tempo de Espera (ANS)	Nº Ocorrências
Exame	Eletivo	Acima de 21 dias	1
Internação/transferência	Eletivo	Acima de 21 dias	18
Internação/transferência	Eletivo	Não consta	1
Internação/transferência	Urgência	Até 02 dias	32
Internação/transferência	Urgência	Entre 02 e 03 dias	10
Internação/transferência	Urgência	De 04-07 dias	33
Internação/transferência	Urgência	De 08-10 dias	7
Internação/transferência	Urgência	De 11-14 dias	6
Internação/transferência	Urgência	De 15-21 dias	5
Internação/transferência	Urgência	Acima de 21 dias	5
TOTAL			118

Fonte: SIGAF/SES-MG. Elaboração própria.2015.

Ademais, o tempo de espera considerado baseou-se na data em que foi pleiteado administrativamente o serviço, o que foi comprovado no processo por meio de documentos médicos, tais como o pedido médico do serviço, a Autorização de Internação Hospitalar, o Laudo do SUSfácil/MG, dentro outros. Já o termo final de referência foi a data lançada no final da petição inicial da ACP. Esse tempo de espera, então, foi comparado com os prazos máximos definidos pela ANS, o que permitiu a construção da faixa de espera.

Então, dentre esses 118 pedidos de serviços cujo tempo de espera do paciente por atendimento foi não razoável, 20 deles trataram de prestação eletiva e os restantes 98 de urgentes. Em face do exposto, para as eletivas, o tempo de espera foi superior à faixa dos 21 dias e para os pedidos urgentes, o atendimento não foi imediato. Novamente, deve-se fazer referência ao Gráfico 01 para se relembrar o quantitativo insuficiente de leitos em Minas Gerais, que possivelmente pode ser a razão da morosidade no atendimento das demandas urgentes. Além disso, tal fato constitui importante lacuna no SUS que poderia ser alvo de uma ACP que buscasse discutir a oferta de leitos no Estado. Até o momento, contudo, uma ação coletiva com esse viés ainda não foi proposta.

Outrossim, dentre esses casos de espera não razoável, alguns merecem maior atenção, como o referente à ação 00095150920154013803, da subseção judiciária de Uberlândia, em que foi pedida uma internação/transferência para realização do procedimento de artroscopia.

Ocorre que o paciente substituído estava esperando pelo atendimento no SUS quanto à disponibilização desse serviço eletivo há mais de 03 anos. Há casos ainda de paciente que aguardava por atendimento desde o ano de 2009, como no exemplo do pedido de artroscopia dos ombros no âmbito da ACP 00130642720154013803 e desde 2011, como em relação à solicitação de reconstrução intra-articular artroscópica na ação 00130521320154013803.

Em adendo, convém mencionar o exemplo da ACP 00145609120154013803, Uberlândia, relativa à judicialização de exame de especificação videonasofibroscopia em que o tempo de espera foi de três anos e oito meses. Veja-se excerto de ofício subscrito pelo Diretor-Geral do HC-UFU, no qual ele justifica o excesso de prazo de espera do paciente pelo mencionado exame:

“Em atenção ao Ofício nº1094/2012/4ªPJ/SAÚDE/SI 4(Exames), e conforme as informações prestadas nos ofícios 325/2012, informamos que ainda não temos previsão para a realização do exame de videonasofibroscopia do paciente DOUGLAS SENA LOPES, tendo em vista que o mesmo teve seu pedido cadastrado no dia 12/03/2012 e, antes da deflagração da greve dos servidores públicos, estavam sendo realizados os exames cadastrados em junho de 2009.”
(Grifo nosso)

O relato do Diretor-Geral do HC, Dr. Luzmar de Paula Faria, dimensiona grave problema encontrado no SUS no que tange à oferta de serviços de média e alta complexidades. No exemplo trazido a lume, o paciente teve seu pedido de exame cadastrado em 2012 e ainda em 2015, ano da propositura da ACP em tela, ele não havia sido atendido.

Outrossim, muitos desses casos de longa espera tratam da especialidade médica de ortopedia/trauma, configurando importante indício de outro grave problema na política pública de saúde quanto a esse tipo de prestação. Sobre essa questão, convém fazer um paralelo com a Tabela 15, que classificou as internações/transferências por especialidade médica, sendo que a mais demandada foi a de ortopedia/trauma. Esse resultado apenas reforça o argumento de problemas nesse aspecto da política de saúde.

Quanto aos serviços de urgência, que somaram 98 dos 118 pedidos analisados nesse recorte, convém evidenciar que a faixa de espera predominante foi de 04-07 dias. Não obstante, tratam-se de serviços cujo atendimento deve ser imediato, em virtude do risco de vida a que correm os pacientes. A segunda faixa de espera mais comum foi a de até 02 dias de espera, o que não revela um prazo tão longo, considerando o contexto de carência de leitos. Mas ainda assim, não se pode considerar que foi respeitado o critério do Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) nº 1.451/95, que prevê que o atendimento de casos urgentes deve ser imediato.

Ainda sobre essas ações em que houve tempo desarrazoado de espera, algumas observações quanto à fundamentação das iniciais merecem ser apontadas. Como exemplo, apresenta-se a ação 01996526720158130702, Uberlândia, cujos argumentos da promotora não tangenciaram a questão da demora no atendimento, mas se referiram ao embate entre princípios, mas de um modo um tanto confuso e pautado por argumentos morais ou sentimentais. Senão, veja-se um excerto dessa inicial:

“No conflito entre a lei e os princípios constitucionais (dignidade da pessoa humana e integralidade da assistência à saúde) e, principalmente, entre a lei e a Justiça, prevalecem os princípios e a Justiça. Dessa forma, é vedado à Administração Pública impor qualquer sorte de restrição quanto à cobertura e atendimento na área da saúde, conclusão esta haurida não só da leitura isolada do artigo 194 da Constituição, mas levando-se em conta, também, a necessidade de interpretação sistemática que preserve os valores fundamentais da vida e da dignidade da pessoa humana. (...)Como podem os gestores permanecer impassíveis diante de tantas omissões e mortes! Essa ausência de cuidados só é comparável aos momentos de guerra. Nada justifica tamanha frieza. Para o paciente necessitado o Estado monopoliza a saúde, de maneira diabólica, pois sendo seu único caminho, não tendo recursos para custear serviços particulares, é condenado ao descaso, à humilhação e ao desrespeito. (...)E, mesmo que demonstrados impactos razoáveis no orçamento da saúde, é preciso comprovar a impossibilidade do cumprimento do dever constitucional em vista da totalidade do orçamento e dos relatórios atualizados de execução orçamentária (que ordinariamente apontam, como se sabe, superávit de arrecadação). O paradigma deve ser o orçamento global, e não apenas da saúde”. (Grifo nosso).

Por seu turno, os pedidos que representam falhas imputadas aos proponentes da ACP somaram 20 de um total de 169 e neles, portanto, não foi comprovada a justa causa. Esses vinte pedidos, por sua vez, foram encontrados em 17 (dezessete) ACP's. Dentre os motivos apontados como de falha dos propositores da ação tem-se “ação proposta antes do cadastro no SUSFÁCIL” (i), ação proposta dentro do prazo fixado na ANS para fornecimento de tratamento eletivo (ii); sem comprovação da negativa do SUS (iii) e prestação personalizada (iv).

O motivo de falha “ação proposta antes do cadastro no SUSFácil” ocorre quando a petição inicial da ACP foi elaborada antes mesmo de o paciente dar entrada no Laudo do SUSfácil. Consequentemente, nessas hipóteses, nem ao menos foi permitido à política de saúde qualquer prazo para avaliação do caso do paciente ou até mesmo para cumprimento da solicitação administrativa de internação/transferência.

Em verdade, esse tipo de demanda parece revelar o comodismo gerado pela judicialização da saúde, pois é muito mais fácil para o cidadão provocar o MP, a fim de que essa instituição ingresse com uma ACP, do que acionar o próprio SUS para um atendimento ou aguardar, minimamente, o início das providências administrativas, como o mero cadastro do paciente no SUSfácil.

Com isso, não se nega aqui que a política de saúde pode ser e de fato é morosa em muitos casos, sobretudo no que tange a serviços em saúde, consoante comprova o presente trabalho, haja vista o elevado número de pedidos judiciais que se fundaram no tempo não razoável de espera para atendimento. Ocorre que quando a ACP é proposta antes mesmo do cadastro administrativo do paciente no SUSfácil, a política de saúde e os entes públicos são demandados judicialmente sem ao menos ter se demonstrado qualquer comportamento ilegal ou inconstitucional por parte deles. Enfim, a ação surge antes mesmo de ter sido dada qualquer oportunidade para atuação ao SUS, especialmente no que se refere aos profissionais envolvidos no sistema de Regulação estadual.

Um exemplo desse tipo de ACP foi a de nº 0456150045932, da Comarca de Oliveira, em que a promotora do caso tachou a burocracia como um obstáculo à concretização da saúde do paciente e discussões em torno da responsabilidade solidária como inúteis.

“Com efeito, o paciente não pode ficar à mercê da burocracia pública e tampouco no meio de um debate inútil diante da obrigação solidária e impostergável dos entes federativos em promover a saúde pública de forma integral e eficaz.” (Grifo nosso).

Ocorre que a demanda acima versa sobre uma internação/transferência para tratamento ortopédico e possivelmente a questão burocrática apontada pela promotora trata-se do problema nacional da falta de leitos, sobretudo os relativos à especialidade da ortopedia. Por sua vez, o chamado “debate inútil” constitui o contraditório e ampla defesa, garantias constitucionais que conferem isonomia ao processo, garantindo a participação das partes envolvidas em paridade de armas no contexto de um paradigma democrático de processo inaugurado pela CR/88. Ademais, justamente porque a questão da repartição de competência no SUS é considerada por vários operadores do Direito como debate de somenos importância, é que são produzidos desarranjos organizacionais gravíssimos na política de saúde.

Necessário registrar que tampouco a questão da responsabilidade solidária dos entes públicos é questão inútil ou pacífica na jurisprudência, especialmente na mineira, pois em diversos julgados do TJMG os Desembargadores Oliveira Firmo e Renato Dresch entendem que a responsabilidade solidária dos entes só existirá quando o SUS negar o atendimento nos termos inicialmente definidos na rede regionalizada e hierarquizada. Logo, para esses magistrados, a responsabilidade solidária só terá aplicação em caráter subsidiário. Esse entendimento consta dos seguintes acórdãos: 0350565-96.2016.8.13.0000; 0013345-59.2011.8.13.0115; 1.0024.14.058378-2/001 e 1.0433.14.007819-0/001 .

Outro motivo de falha imputada ao propositor da ação surgiu da hipótese em que o prazo de espera por atendimento no SUS foi razoável em comparação com os definidos pela ANS. Reitera-se que no trabalho em tela o parâmetro usado para tratamentos eletivos foi o prazo de 21 (vinte e um) dias fixados pela ANS para plano particulares, uma vez que não há na jurisprudência e na legislação do SUS a fixação de prazos mínimos e máximos para atendimento, salvo quanto a atendimento emergenciais e urgentes.

O terceiro motivo de falha cometida pelos propositores da ACP foi a não comprovação da negativa do SUS. Como exemplo, traz-se à baila a ação 0015140054063 da comarca de Além Paraíba, na qual o membro do MPE judicializou a cirurgia "liberação pósterio medial bilateral ". Esse tratamento foi prescrito por médico da iniciativa privada, não tendo sido trazido aos autos comprovação de negativa do SUS, nem muito menos de pedido administrativo. Mais uma vez, os fundamentos trazidos pelo *Parquet* se limitaram à necessidade do paciente e à sua hipossuficiência, senão vejamos:

Conforme consta da documentação que instrui o Procedimento Preparatório, ora anexado, em especial laudos médicos, produzidos constantes às fls. 05, 06 a criança VALENTYNNA NASCIMENTO FAUSTINO é portadora de PTC bilateral (Pé torto congênito), a qual o faz ter uma deformidade em ambos os pés, dificultando sobremaneira sua locomoção e qualidade de vida. **Tal condição gera a imperiosa e urgente necessidade de realização do procedimento cirúrgico denominado de "Liberação Pósterio Medial Bilateral", único meio viável de completo restabelecimento de sua saúde** e reparação das deformidades presentes em seus membros inferiores. Consta dos autos que os **pais do requerente não dispõem de meios** para assegurar ao requerente tal procedimento cirúrgico, em decorrência de sua **hipossuficiência econômica**. (Grifo nosso).

Essa ação ilustra também o uso privado do MP, pois uma petição inicial com esses contornos, isto é, sem demonstração da negativa do SUS ou da impropriedade do seu tratamento alternativo, não se diferencia em nada de uma ação individual, posto que não comprovada a sua abrangência e conveniência para a sociedade.

Por fim, o quarto e último motivo de falha dos propositores da ACP foi o intitulado “prestação personalizada” e foi verificado em apenas uma demanda, de nº 00060515720158130327. Nessa ACP da comarca de Itambacuri, o *Parquet* pleiteou o Tratamento Fora do Domicílio (TFD). Ocorre que esse transporte da parte substituída para tratamento em Belo Horizonte já vinha sendo realizado no âmbito do SUS municipal, só que o que se estava pedindo judicialmente era uma maior comodidade nesse transporte. Por isso, esse motivo de falha foi aqui intitulado “prestação personalizada”. Assim, consta da petição inicial o seguinte:

“Ocorre que, segundo a genitora do menor, o transporte nos dias de tratamento do mesmo é realizado pela Secretaria Municipal de Saúde de Itambacuri, no entanto, o carro não a busca juntamente com seu filho, bem como não os leva de volta ao povoado de Cafelândia após o tratamento, gerando assim grandes transtornos. Além disso, em determinadas situações, eles têm de ficar na pousada em Belo Horizonte/MG, aguardando retorno do transporte da Secretaria de Saúde, o que, às vezes, demora dias. Por essa razão, o transporte deve ser regularizado, buscando-os e levando-os até o povoado de Cafelândia, bem como deve haver a disponibilidade de transporte para trazê-los logo após o tratamento, tendo em vista que o não acompanhamento adequado pode comprometer o tratamento oncológico da criança.” (Grifo nosso).

Constata-se que não houve omissão ou negativa do ente municipal em fornecer o transporte ao paciente, mas que ele tão somente não estava sendo feito da melhor forma para a parte substituída, em harmonia com suas necessidades. Ocorre que as políticas públicas são elaboradas em formatos genéricos, não sendo pensadas de modo particularizado para cada cidadão. Consequentemente, podem ocorrer situações como a narrada na aludida petição inicial. Isso posto, não há nesses fatos relatados nenhuma anormalidade legal ou constitucional da política pública, mas apenas o fato de que ela não se ajusta a todas as necessidades de um certo cidadão.

Ademais, em sendo o caso de impropriedade do TFD realizado pelo Município de Itambacuri, fato que atingiria a todos os Administrados de que dele necessitassem, restaria configurada uma hipótese de atuação do MP mais ampla. Isto é, seria o caso de no âmbito de uma ACP verdadeiramente coletiva o *Parquet* local questionar a eficiência do TFD do Município, algo que não foi demonstrado nessa ACP nº 00060515720158130327.

Outra consideração merece ser feita em relação a essa ação: o TFD constitui um instrumento instituído pela Portaria nº 55/99 da Secretaria de Assistência à Saúde (Ministério da Saúde) que permite por meio do SUS o encaminhamento de pacientes a outras unidades de saúde, a fim de realizar tratamento médico fora da sua microrregião, quando esgotados todos os meios de tratamento na localidade de residência/estado e desde que haja possibilidade de cura total ou parcial, limitado ao período estritamente necessário e aos recursos orçamentários existentes.

Dessa maneira, quando esse transporte for realizado dentro de um mesmo Estado da federação, a competência para sua realização é do município de origem do paciente. Essa situação foi a delineada na supramencionada ação 00060515720158130327, em que o paciente, do município de Itambacuri, necessita realizar tratamento oncológico em Belo Horizonte. Não obstante, o Estado de Minas Gerais foi colocado no polo passivo dessa ACP cujo objetivo é trazer maior comodidade ao transporte do paciente e adequação do TFD, que já vem sendo realizado pelo Município, às necessidades da parte substituída. Em face desse

panorama, questiona-se em que consiste a obrigação do ente estadual numa demanda dessa natureza. Em resumo, essa ação ilustra novamente o desarranjo na política pública de saúde que é causado por essa interpretação do Judiciário que desconsidera as normas infraconstitucionais regulamentadoras do SUS, especialmente no que toca à repartição de competência dos entes públicos, regionalização e hierarquização.

Por fim, em 23 pedidos não foi possível identificar de quem foi a falha ou o seu motivo. Isso corre, porque a aferição desse requisito demanda documentos, sobretudo médicos, legíveis, o que nem sempre se verificou nas ações da amostra.

Encerrando, então, esse item, acerca dos fundamentos das 342 ACP's analisadas, chega-se à conclusão que em 136 delas esteve comprovado, em harmonia com os parâmetros jurisprudenciais e doutrinários utilizados nesse estudo, as razões do pedido. Em relação aos bens e produtos em saúde a justa causa foi constatada em 26 (vinte e seis) pedidos, distribuídos em 13 ações. Quanto ao grupo dos serviços em saúde, as razões estiveram presentes em 126 pedidos, distribuídos em 123 ACP'S. Destarte, em 39,76% da amostra total de ACP's investigadas restou evidenciada fundamentação e a justa causa, segundo os critérios adotados nesta dissertação.

No item abaixo, foram analisados outros aspectos relativos ao pedido das ACP's em comento, sobretudo no que tange às justificativas apresentadas para a legitimidade ativa do MP nessas causas.

4.2.3 Justificativas para o uso de Ação Civil Pública para a proteção do direito individual indisponível à saúde

Conforme estudado alhures, a legitimidade ativa do Ministério Público para a propositura de uma ACP depende da demonstração do viés abrangente do direito a ser protegido, bem como da relevância social da demanda, tendo em vista que o processo coletivo tutela o interesse público primário. Nessa senda, ainda que a ACP veicule direito de viés individual e mesmo em nome de apenas uma parte substituída, seja ela hipossuficiente ou não, é imprescindível a comprovação dessa relevância e abrangência sociais da causa do pedido, sob pena de ilegitimidade ativa do membro do Ministério Público na propositura dessas ACP's.

O presente trabalho, com espeque na STA nº 175/CE, nos entendimentos jurisprudenciais dos tribunais pátrios e nos Enunciados das Jornadas de Direito da Saúde do CNJ, entende que restará demonstrado esse requisito comum às ações coletivas se comprovado que a prestação está registrada na ANVISA, que o tratamento novo atende à medicina baseada em evidências e que o tratamento alternativo do SUS é inadequado. O

atendimento a esses critérios sedimentados pela doutrina e, sobretudo, pela jurisprudência garante que o pedido judicializado em matéria de saúde atenderá aos critérios de segurança, eficácia e acurácia, de modo a não colocar em risco a saúde pública, além de impedir que o fornecimento de prestações alheias à legislação do SUS e às orientações de órgãos como a CONITEC e ANVISA tornem-se uma perniciosa regra.

Por conseguinte, ao racionalizar a judicialização da saúde e impedir o desrespeito à autonomia dos demais Poderes envolvidos na elaboração e execução da política pública de saúde, o atendimento a esses critérios configura verdadeira demonstração da fundamentação dessas ACP's e, concomitantemente, da demonstração da abrangência e relevância sociais da ação coletiva. Todavia, conforme comprovado alhures, apenas em 136 (cento e trinta e seis) ações foi observada fundamentação indicativa da justa causa.

Além disso, nenhuma ACP da amostra foi proposta com o fito de discutir, reformular ou reprogramar o SUS, pedido que, de *per si*, evidencia sua relevância social. Não obstante, em virtude de diversas falhas encontradas na política pública de saúde, poderiam ter sido propostas ACP's verdadeiramente dotadas de abrangência social. Conteúdo para uma ação coletiva com esse viés é o que não falta, pois conforme demonstrado acima, foram constatados vários aspectos deficitários do SUS que impactam os usuários. A título de exemplo, pode-se mencionar a deficiência no número de leitos, acarretando morosidade no atendimento das demandas, principalmente quanto aos serviços de alta e média complexidade em ortopedia; Municípios que não realizam pactuações em quantidade adequada e negativa injustificada de entes públicos no fornecimento de medicamentos a que estão obrigados, segundo repartição de competências do SUS. Mas, reitera-se, na amostra selecionada não foi encontrada nenhuma ACP que se dispusesse a discutir tais temas de evidente abrangência social.

Ao revés, o MP nas ações em comento apenas se preocupou em justificar a necessidade da ACP proposta, bem como sua legitimidade ativa, com base na condição da parte substituída. Todavia, segundo exposto acima, não é a condição da parta substituída que legitima o MP como substituto processual do paciente, mas sim a comprovação da relevância e abrangência sociais do pedido.

Tabela 29 - Justificativa para o uso da Ação Civil Pública.

Qualificação do substituído	Quantidade de ações	%
Não Consta	183	54%
Art. 127 e 129 da CR/88	97	28%
Art. 127 e 129 da CR/88 e direitos do idoso	43	13%
Art. 127 e 129 da CR/88 e direitos de menores	19	6%
TOTAL	342	100%

Fonte: SIGAF/SES-MG. Elaboração própria.2015.

Nota-se que em mais de cinquenta por cento das ACP's em estudo não houve sequer preocupação por parte do MP em demonstrar sua legitimidade ativa para as ações propostas, as quais apresentam uma série de particularidades, especialmente no que tange à sua fundamentação e à demonstração do seu viés abrangente e social.

Por sua vez, em 46% das ações restantes, a justificativa apresentada, qual seja, defesa dos direitos individuais homogêneos e dos direitos de idosos e menores não é suficiente, segundo a doutrina de MAZZILLI (2003, 2011 e 2012) e DIDIER; ZANETI (2012). Além disso, conforme já discorrido acima, a jurisprudência mineira, capitaneada pelo Desembargador Renato Dresch, vem entendendo pela ilegitimidade ativa do MP em ACP's cujas partes substituídas são cidadão não hipossuficientes, tendo em vista a disponibilidade do interesse dessas partes.

Encerrada a análise atinente ao segundo ponto de vista, focado no pedido, chega-se ao terceiro e último momento da análise aqui empreendida, o qual será tema do próximo tópico e versará sobre as decisões proferidas.

5.3 Análise das decisões

Nesse terceiro ponto de vista, buscou-se investigar se as decisões proferidas em sede de tutela provisória (decisões liminares e de antecipação de tutela) observaram os critérios arrolados pelo Ministro do STF, Gilmar Mendes, no âmbito da STA nº 175.

Tabela 30 - Observação dos critérios da STA nº 175 pelos juízes.

Decisão observou critérios da STA nº 175	Quantidade de Especificações	%
Sem parâmetro	227	48%
Não	206	44%
Sim	36	8%
TOTAL	469	100%

Fonte: SIGAF/SES-MG. Elaboração própria.2015.

Inicialmente, cumpre reiterar que os critérios definidos na STA nº 175 foram desenvolvidos para as hipóteses de pedidos referentes a prestações não padronizados ou padronizadas, mas não para o tratamento requerido.

Destarte, no tocante aos pedidos de prestações padronizadas, não foram definidos critérios de análise pela STA em comento. Em face do exposto, quando a demanda envolveu esse tipo de pedido, não foi possível analisar a decisão judicial à luz da STA nº 175 e esses casos foram denominados “sem parâmetro”, segundo se extrai da tabela acima.

Então, observa-se que em quase metade dos pedidos, isto é, em 48,4% deles não foi possível analisar as decisões proferidas sob o viés da STA nº 175. No que concerne a essa lacuna de parâmetros de análise quando a demanda envolver prestação padronizada, o presente trabalho sugeriu a investigação acerca de falhas na política pública, a exemplo de problemas de abastecimento, contratação, pactuação, negativa ou omissão do ente competente e espera desarrazoada por um atendimento no SUS.

Entretanto, nos restantes 242 pleitos das ACP's em análise foi possível aplicar os critérios da STA nº 175, em razão de esse montante se tratar de requerimentos de tratamentos novos, isto é, não padronizados ou padronizados, mas não para a prestação judicializada.

Apesar disso, em quase a totalidade desses mencionados pedidos, ou seja, em 206 deles os juízes não se pautaram nas diretrizes fixadas na STA nº 175.

Dessa maneira, necessário destacar algumas dessas decisões alheias à jurisprudência dos tribunais superiores em matéria de saúde que, à semelhança da fundamentação trazida nas petições iniciais, apresentaram um evidente padrão. Então, o primeiro padrão a ser salientado é o de decisões que interpretam a saúde e a dignidade da pessoa humana como princípios absolutos e incontrastáveis com a legislação infraconstitucional.

Veja-se que na ação nº 07761094620148130079 da comarca de Contagem, em que o juiz atuante asseverou que “nenhuma norma pode impor restrições ao acesso amplo e igualitário à saúde”. Já na ação nº 01326943020148130704, comarca de Unaí, o magistrado doutrinou da seguinte forma: “a Constituição Federal, em seu artigo 5º, *caput*, garante a todos os indivíduos o direito à vida. Trata-se de direito fundamental, absoluto, que não deve sofrer limitações, senão as exceções previstas na própria Carta Magna.” Também na ação nº 00019477120158130440, comarca de Mutum, foi deferida a antecipação de tutela com espeque nesse suposto viés absoluto e irrestringível do direito à saúde. Dessa feita, o juiz ponderou que “Considerando que o direito à saúde é pelo art. 196 da Constituição Federal, não sendo admissível sua restrição por norma infraconstitucional, defiro a antecipação dos efeitos da tutela”. A juíza prolatora da decisão liminar no processo 00648858220158130479, foi mais enfática ao afirmar que “considerando que o direito à saúde é dever do Estado, cujos entes são solidariamente responsáveis, segundo aquele dispositivo constitucional e que ele prepondera sobre outros, pois a vida é direito supremo e inalienável (...).”

Em outro julgado, relativo à ação 0042150053926, Arcos, o juiz do caso entendeu que o direito à vida está, inclusive acima da legalidade:

“A jurisprudência do STF se consolidou no sentido de que nesta seara não há espaço para a discricionariedade do administrador público, o qual se encontra vinculado à concretização das garantias mínimas dos administrados, devendo o Judiciário zelar pelo cumprimento de tal mister, não havendo que se falar em infringência ao Princípio da Separação dos Poderes. **Nessa ordem de ideias, a invocação de eventuais procedimentos burocráticos (falta de vaga) não pode ser oposta à pronta solução caso porquanto a vida/saúde está acima de qualquer exigência de ordem administrativa ou até mesmo legal.**” (Grifo nosso).

Outro padrão encontrado na motivação dessas decisões foi o de que argumentos relativos a limites orçamentários, estrutura do SUS, pactuações e repartição de competência entre os entes definidos na legislação infraconstitucional sanitária constituem argumentos de segunda ordem ou tratados como meros empecilhos burocráticos a ofuscar o direito absoluto à saúde. Em Juiz de Fora, por exemplo, o magistrado Marcelo Cavalcanti Piragibe Magalhães,

em reiterados processos afirmou que “não pode o paciente ficar ao sabor dos programas de medicamentos fomentados pelo Ministério da Saúde (...) quando esses não atendem a todos os casos reclamados”. Esse bordão foi repetido nas ações de números 02962293220158130145, 03118125720158130145, 0153156-02.2015.8.13.0145, as quais envolvem, respectivamente, os seguintes medicamentos: Lucentis, Denosumabe e Tansulosina. Logo, para diferentes objetos e partes substituídas, foi usada na comarca de Juiz de Fora uma mesma fundamentação que torna a não observância da política pública de assistência farmacêutica uma regra. Além disso, essa fundamentação uniformizada revela inobservância do contraditório e ampla defesa.

Como mais um exemplo desse tipo de decisão, segue abaixo excerto da fundamentação apresentada no bojo da ação nº 00338768720148130172, comarca de Conceição das Alagoas:

“Conforme premissa constitucional, configura direito social de todo e qualquer cidadão a saúde. Referida premissa, por certo, obriga o Poder Público ao fornecimento de atendimento médico adequado e, por óbvio, entrega do tratamento especializado de que carecem os necessitados(...) **No caso em apreço, não se pode afirmar abusivo o custo, considerando a notória capacidade orçamentária, mormente do Estado de Minas Gerais.**” (Grifo nosso).

Ainda, na decisão judicial proferida na ação 00149798020158130461, comarca de Ouro Preto, a juíza compreendeu que o mínimo existencial seria absoluto, pois incontrastável com a reserva do possível: “nenhum argumento no sentido da reserva do possível pode atingir o direito ao mínimo existencial à integridade da saúde humana”.

Outrossim, na ação 0604150022431, a juíza da comarca de Santo Antônio do Monte resolveu analisar o direito à saúde de um modo amplo, conforme ela mesma definiu, admitindo que, de fato, não iria se ater a questões de ordem econômica e orçamentária:

“**No caso, não restam dúvidas no sentido de que o direito à saúde deve ser amplamente protegido e há de ser analisado de modo amplo**, a fim de garantir aos necessitados a efetividade do direito que lhe é garantido. **Desse modo, devem ser prestados todos os insumos necessários, não cabendo limitação de cotas que impeçam o seu pleno exercício quando a demanda de urgência exige uma ampliação no número de atendimentos**”. (Grifo nosso).

Já na ação 0035150175939, de Araguari, foi o magistrado categórico ao afirmar que mesmo que o medicamento não conste da RENAME, ele deve ser fornecido de modo irrestrito, em nome do direito à saúde, dignidade da pessoa humana, bem-estar etc. Assim, traz-se à baila um recorte dessa decisão:

“Cumprе ressaltar que, **ainda que o medicamento não faça parte da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais - RENAME, este deve ser fornecido de forma irrestrita**, pois a negativa viola os preceitos constitucionais da garantia do direito à saúde, ao bem-estar físico, psicológico e mental, e à dignidade da pessoa humana.” (Grifo nosso).

Em Araguari, assim como verificado em Juiz de Fora, constatou-se situação mais grave ainda, pois em diversas ações, como na mencionada supra ou nas de números 00233452820158130035 e 01085831520158130035 o juiz Márcio José Tricote se valeu da mesma fundamentação que preconiza o fornecimento irrestrito de medicamentos. Essa situação revela franco desrespeito ao contraditório e ampla defesa e mina o direito de ação enquanto instrumento de diálogo e participação das partes em condição de isonomia no processo, uma vez que não importa a parte ou o pedido, o aludido juiz defere os pleitos com base nos mesmos fundamentos.

Como uma variante desse segundo padrão de decisões que compreendem as questões orçamentárias e de distribuição de competências no SUS como meros obstáculos burocráticos, há a ação nº 0027007-82.2015.8.13.0040, de Araxá. Nela, o magistrado atuante fundamentou o dever do Estado de fornecimento do medicamento Lucentis como consequência do dever que possui o cidadão de pagar tributos. Segue parte da mencionada decisão:

“(...) não é o cidadão que existe em função do Poder Público. A realidade é diametralmente oposta. Pois se assim não fosse, nenhuma justificativa haveria para a própria existência do Estado. **Enfim, o cidadão não se exime de suas obrigações tributárias para com o Estado, sob a alegação de insuficiência financeira. Daí porque o Estado não pode se desobrigar de seus encargos sob esse mesmo fundamento(...)**”(Grifo nosso).

Já no terceiro padrão decisório evidenciado nessas ações, têm-se julgados que se fundam apenas na necessidade do paciente e na sua hipossuficiência, motivação que também foi largamente utilizada nas petições iniciais. Assim sendo, a decisão abaixo (ação nº 01162792820158130480, comarca de Patos de Minas), além de o julgador desconsiderar o custo dos direitos sociais e questões orçamentárias, deferiu a tutela de urgência com espeque unicamente na necessidade do paciente, mostrando-se completamente alheio às orientações da STA nº 175, das Jornadas de Direito de Saúde realizadas pelo CNJ e ao dever de motivação das decisões. Senão, veja-se o trecho abaixo:

É indubitável que estando o cidadão necessitando de medicação sem a qual não pode sobreviver, e não podendo comprá-la é obrigação do Poder Público assisti-lo, provendo-lhe as necessidades e fornecendo-lhe os medicamentos necessários. A efetivação do direito à saúde, na proteção da subsistência e da vida digna deve prevalecer sobre a genérica alegação de danos ao erário público, mesmo ante eventual risco de irreversibilidade da medida” (Grifo nosso).

Outro exemplo desse padrão decisório encontra-se na ação 00026372020158130111. Senão, vejamos:

“Com efeito, a obrigação de fazer tem como primordial elemento caracterizadora da prestação de serviço, que vem a ser o fornecimento da medicação CLEXANE 20 AMPOLAS POR DEZ DIAS, vez que o **requerente não possui condições para custear a medicação referida, sendo esta indispensável para melhoria de sua saúde**” (Grifo nosso).

A ação 00056263020158130133, comarca de Carangola, também se funda na hipossuficiência da parte substituída para concessão do pleito: “É assegurado ao cidadão, desprovido de recursos financeiros, o direito a uma prestação integral dos serviços públicos de saúde, aí incluído o fornecimento de medicamentos para tratamento de doença grave”.

Em muitos outros julgados, ao arrepio do contraditório, do direito de ação e do diálogo democrático que, em tese, caracteriza o processo no novo paradigma inaugurado pela CR/88, a receita médica do profissional especialista apresentou-se como prova absoluta e irrefutável do direito do autor.

Assim, traz-se a lume a decisão a seguir, da comarca de Oliveira, proferida nos autos de nº 00261228120158130456:

“O objetivo primeiro da internação compulsória é para tratar o HIV e tuberculose e depois o alcoolismo. No caso dos autos, o relatório médico de fls. 18 indica o quadro de tuberculose, HI V e alcoolismo do requerido, bem como a imprescindibilidade de sua internação, **sendo que a indicação de procedimento a ser adotado por profissional habilitado torna presumida a sua necessidade.**” (Grifo nosso).

Como mais um exemplo desse quarto padrão decisório, tem-se a ação 01825337820158130707 da Comarca de Varginha, em que o magistrado prolator da tutela provisória de urgência também se utilizou da prescrição médica em caráter absoluto:

“(...)o melhor é prestigiar a indicação médica o quanto antes, porquanto não se convém correr riscos em relação à saúde de uma pessoa pela procrastinação do feito, em razão de sua natureza, direito fundamental, que se sobrepõe a qualquer tipo de regulamentação ou burocracia tendente a inviabilizar o seu pleno exercício(...)”. (Grifo nosso).

Ainda nesse julgado, é possível identificar os matizes de outros padrões decisórios acima já elencados, como a percepção de que a saúde é um direito absoluto e que suas regras regulamentatórias são meros aborrecimentos burocráticos que apenas tornam dificultoso o acesso à saúde. Nota-se, enfim, que essas construções de entendimentos alheios à doutrina e à jurisprudência dos tribunais superiores minam a paridade de armas no processo, tornando-o um monólogo inconstitucional.

Por último, a decisão proferida na ação 00087895720158130508, comarca de Piranga, condensa a maioria dos argumentos padronizados particularizados acima. Veja-se um recorte dessa decisão que constituiu um retrato da judicialização da saúde verificada na dissertação em referência:

Os fundamentos legais e constitucionais que amparam a antecipação da tutela já encontram-se descritos na exordial e por isso não encontro necessidade de novamente transcrevê-los. A necessidade do uso permanente não é permitida apenas com alegação da parte, mas através de **prescrição médica.** Esta por sua vez, se apresentada deve ser imediatamente acolhida, e sem qualquer embaraço ser

propiciado ao paciente acesso ao medicamento (...) **Dentro das reservas orçamentais certamente tem o Município de Piranga previsão para o custeio destes medicamentos.** Por outro lado o consagrado princípio da reserva de administração, como inerente ao princípio da separação de poderes e o princípio da garantia da prévia reserva orçamentária para o deferimento das prestações positivas do Município, **não podem suplantam o princípio da dignidade humana (...)**” (Grifo nosso).

Assim, o juiz prolator, decidindo de modo inconstitucional e ilegal, de acordo apenas com o seu livre convencimento, entendeu que o que prescrevem os médicos deve ser imediatamente acolhido, pois comprova a necessidade do paciente; ele supôs que o Município de Piranga tem recursos orçamentários para custeio medicamentos e por isso também deferiu o pleito, ao arrepio do impacto econômico dessa decisão; ele também desconsiderou as normas de caráter orçamentário e de divisão de competências entre os entes no que tange ao SUS, considerando a dignidade da pessoa humana como princípio absoluto, que não pode ser suplantado por tais normas.

Outrossim, merece referência a decisão proferida na ação 00061960820158130556 em que a juíza da comarca Rio Pardo de Minas afirmou que integralidade configura direito de acesso a todos os meios disponíveis na medicina, algo que é rechaçado na jurisprudência dos tribunais superiores, sobretudo na STA nº 175. Nela, Gilmar Mendes foi categórico ao pontuar que o direito subjetivo à saúde cinge-se apenas às prestações ofertadas no âmbito da política de saúde, sendo uma exceção o fornecimento de bens e serviços não contemplados nela. Abaixo, segue excerto da mencionada ação 00061960820158130556:

“Por sua vez, o artigo 198, II, da Constituição Federal de 1988, ao dispor que o atendimento à saúde deve ser integral, pretende tomar possível o pleno exercício do direito à saúde, promovendo o acesso de todos aos meios disponíveis na medicina, não apenas para a obtenção da cura das moléstias, mas, também, para amenizar desconfortos e dores e prevenir que a situação se agrave, preservando a saúde e a vida. Nesse sentido deve ser compreendido o termo "atendimento integral" utilizado no dispositivo.” (Grifo nosso).

Trata-se, claramente, o exemplo acima de decisão que se furta a observar a técnica do Direito, sobretudo no que tange à doutrina e legislação pátrias em matéria de direito sanitário. Em verdade, integralidade, nos termos do art.7º, II, da Lei 8080/90, traduz um “conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do Sistema”. Em face do exposto, a integralidade se dá dentro do sistema que é o SUS e não na medicina, de modo genérico, tal qual preconizado pela juíza, em franca contradição com a Lei do SUS.

Por fim, em apenas 08% (oito por cento) dos pedidos verificou-se a observância das orientações exaradas pelo Ministro Gilmar Mendes e que se encontram hoje cristalizadas em

muitos Enunciados das Jornadas de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a exemplo dos Enunciados de números 04, 12, 14 e 16 da I Jornada.

Um exemplo foi a ação 00172909820158130637, comarca de São Lourenço, em que a juíza atuante postergou a análise quanto ao Micofenolato e Hidroxicloroquina para depois da apresentação da contestação. Quanto aos dois outros medicamentos pedidos, Prednisona e Omeprazol, o pleito foi indeferido, porque não houve comprovação da negativa ou inércia na entrega por parte do SUS. Ademais, a magistrada registrou que são medicamentos de competência do Município por meio da Farmácia Básica e esse ente não integrou o polo passivo. Logo, nessa ação foi privilegiada a formatação da política pública, conforme orientação contida na STA nº175.

Entendimento semelhante consta da decisão proferida na ação 00118145620154013803, Uberlândia, em que o juiz Osmar Vaz de Mello Fonseca Júnior, diante do pedido do medicamento oncológico Abiraterona asseverou que “o possível direito subjetivo individual do cidadão ao recebimento de determinado medicamento para tratamento oncológico somente surge quando da sua indicação por médico vinculado a um CACON ou UNACON”. Ademais, o julgador fez referência à nota técnica elaborada pelo Núcleo de Avaliação de Tecnologias em Saúde (NATS) do Hospital das Clínicas da UFMG. Essa descreve que o Abiraterona é indicado para quadros clínicos de grave comprometimento, o que não foi demonstrado no caso da parte substituída nessa ação, segundo entendimento do citado juiz. Dessa feita, nessa decisão foram sopesadas a alternativa oferecida pela política pública e as evidências científicas do tratamento novo.

Em outra decisão, proferida na ação 00153069320158130697, comarca de Turmalina, foram utilizadas as orientações do CNJ que recomendam a comprovação de que as alternativas do SUS foram utilizadas, mas falharam. Nesse sentido, a juíza destacou o seguinte:

“Há que se desfocar que no relatório consta apenas que se recomenda a opção pelos novos anticoagulantes orais pelas dificuldades em controle de RNI em pacientes moradores da zona rural nada mais (f. 21). Também não é possível se aferir se foram esgotadas as possibilidades de fármacos fornecidos pelo SUS. Diante de tudo isso, entendo que não está demonstrada a verossimilhança das alegações, considerando, para tanto, o teor do enunciado 16 das Jornadas de Saúde do CNJ”.

Na ação 00103388020154013803, Uberlândia, o juiz Osmar Vaz de Mello Fonseca Júnior deferiu o fornecimento do medicamento AZACITIDINA (VIDAZA), por ter considerado suficiente a prova médica, que indicou que o paciente estava em uso de uma medicação alternativa que se demonstrou ineficaz. Assim, veja-se a fundamentação utilizada por esse magistrado:

“Salienta, ainda, a médica especialista, que: a) o paciente, ora representado, está em uso do medicamento alternativo (Eritropoietina), mas não apresentou melhora clínica ou laboratorial; b) a medicação prescrita (Azacitidina) tem por objetivo melhorar sua condição clínica, a qualidade de vida, e, ainda, diminuir o risco de transformação em leucemia aguda ; c) o fármaco prescrito é utilizado para a doença que acomete o representado, já com ampla literatura a respeito; d) o Azacitidina não é coberto pelo SUS e não há substituto (...)Em complemento, verifica-se do estudo elaborado pelo NATS - Núcleo de Avaliação de Tecnologias em Saúde que o medicamento prescrito é indicado para tratar a enfermidade que acomete o representado. Nos termos desse documento, estudos demonstraram que a Azacitidina apresentou benefícios em termos de sobrevida global quando comparada ao tratamento convencional nos pacientes com risco intermediário e de alto risco. Esse aumento de sobrevida foi acompanhado de melhora na qualidade de vida dos pacientes e não aumentou a toxicidade e mortalidade. “

Mais uma vez, observa-se aqui uma preocupação com as evidências científicas do tratamento, tendo sido usada como elemento balizador desse aspecto nota técnica elaborada pelo NATS. Ademais, quanto a essas decisões em que algum ou alguns critérios da STA 175 ou até mesmo dos enunciados do CNJ em matéria de saúde foram observados pelos juízes, convém registrar que o juiz mais frequente dentro dessas 28 ações foi Osmar Vaz de Mello Fonseca Júnior, da subseção judiciária de Uberlândia.

Por fim, convém pontuar que mesmo observando os critérios da jurisprudência capitaneada pelos tribunais superiores, em nenhuma dessas decisões foi feita uma análise sobre o aspecto da economicidade e eficiência do tratamento pleiteado, tal qual exposto por GADELHA (2014). Com tais considerações, encerra-se a análise dos resultados, bem como o presente capítulo quinto. Dessa feita, no próximo capítulo da dissertação em exame serão tecidas algumas discussões em torno dos resultados aqui encontrados.

6 DISCUSSÃO

Neste capítulo serão condensados os principais resultados encontrados no Capítulo 05, de forma a se construir o perfil da judicialização da saúde em Minas Gerais, à luz do processo coletivo. Nesse momento, então, serão traçados os paralelos com outras dissertações aqui referidas, como o trabalho de SIMÕES (2015), MEDRADO (2013), CAMPOS NETO (2012) e GOMES (2013). Ainda, esse perfil da judicialização da saúde mineira delineado a partir da amostra das 342 ACP's aqui investigadas será cotejado com a política pública de saúde para fins de se compreender os pontos fortes e fracos do SUS e qual aspecto dele está sendo levado para apreciação judicial.

Essa análise será conduzida tal qual delineado no capítulo quinto de forma pormenorizada, considerando cada ponto de vista destacado: aspectos objetivos das ações, fundamentos e aspectos dos pedidos e, enfim, aspectos relativos às decisões.

6.1 Discussão relativa aos aspectos objetivos

Os aspectos objetivos perquiridos neste trabalho foram: comarcas demandadas, juízes e promotores que atuaram nos processos, objeto dos pedidos, perfil do paciente substituído, perfil dos réus, padronização ou não do objeto pedido e resultado da decisão.

Dentre esses aspectos objetivos investigados, alguns deles também foram objeto de algumas dissertações trazidas à baila no capítulo quarto. Então, a discussão sobre os elementos objetivos inicia-se com esse ponto de convergência entre o trabalho em tela e as demais dissertações de mestrado aqui referidas.

Assim sendo, à semelhança de Simões (2015) e Medrado (2013), no presente estudo foi constatado que as comarcas mais demandadas, quais sejam, Uberlândia, Juiz de Fora, Araguari e Passos, correspondem às regiões mais desenvolvidas economicamente de Minas Gerais. Esse resultado, evidencia uma linearidade na judicialização da saúde no Estado em referência, pois tal constatação foi encontrada em trabalhos que se debruçaram sobre ações do período de 1999-2009 (SIMÕES, 2015 e CAMPOS NETO, 2012) e também sobre ações da segunda década dos anos 2000, como em Medrado (2013).

Para além de evidenciar um padrão na judicialização da saúde, tal resultado atinente às comarcas mais demandadas corrobora algumas das críticas à judicialização da saúde apresentadas no quarto capítulo dessa dissertação. Destarte, o fenômeno em apreço, por ser predominantemente utilizado pelas parcelas da população com melhores condições socioeconômicas, acaba acirrando desigualdades e gerando distorções na política pública de saúde, que em tese é universal.

Noutro giro, diferentemente dos demais trabalhos investigados no capítulo quarto, este buscou constatar quais foram os juízes e membros do MP que mais atuaram na amostra aqui trazida. O objetivo desse ponto da análise foi identificar quais agentes públicos do Direito foram responsáveis pelo perfil da judicialização da saúde que vem sendo delineado no Estado.

De mais a mais, conhecer esses dados acerca dos promotores e juízes permite uma certa forma de fiscalização sobre o trabalho desempenhado por aqueles que geram despesas

correspondentes a uma fatia do orçamento da saúde que supera o de programa regulamentares do SUS. Nessa senda, convém lembrar com espeque no Gráfico 04 que o Programa de Medicamentos Básicos, no ano de 2015, teve um orçamento de R\$ 158,8 milhões e o Programa de Medicamentos de Alto Custo, no mesmo período, teve orçamento de R\$ 171,7 milhões. Já o orçamento da judicialização da saúde nesse mesmo ano foi de R\$238,2, nos termos do Relatório Anual de Gestão (RAG) da SES/MG.

Outrossim, concluiu-se que os operadores de Direito da comarca mais demandada, qual seja, Uberlândia, também foram os mais atuantes nas ACP's exploradas. Ressalta-se, além disso, que foi verificada uma concentração de ações propostas por apenas um membro do MP, que é o Procurador da República da subseção de Uberlândia, Cléber Eustáquio Neves, o qual assinou 46 petições iniciais, o que representa 13,45% do montante total da amostra. Essa informação dimensiona a responsabilidade e o peso assumido por apenas um agente público, de Poder diverso do próprio Executivo, no âmbito da judicialização observada no Estado de Minas Gerais. Sobre a atuação desses agentes públicos, serão aprofundadas as discussões no segundo ponto de vista, acerca dos fundamentos do pedido.

Outro denominador comum encontrado nas dissertações mencionadas no Capítulo 04 e a presente foi a franca predominância de julgados de deferimento, de maneira que neste trabalho constatou-se que as decisões concessivas do pedido foram encontradas em 88,59% das ACP's propostas. Gomes (2013), em uma análise de 783 ações, constatou que em 71,1% delas houve deferimento. Já no trabalho desenvolvido por Simões (2015), concluiu-se que das 423 ações individuais que formaram sua amostra, em 66,9% delas houve acolhimento do pedido da parte autora.

Diante disso, conclui-se que também no resultado das decisões é encontrado mais um padrão na judicialização da saúde. Convém destacar, em harmonia com o teor da STA nº 175, que a concessão de prestações em saúde, sobretudo as alheias à política pública dessa seara, deveria ser medida excepcional a se amparar em robusta instrução processual. Entretanto, esse resultado de predominância massiva das decisões de deferimento comprova que tornou-se uma regra no âmbito do Judiciário o desrespeito às diretrizes da política pública de saúde.

Além disso, esse resultado também comprova que a atual judicialização da saúde observada em Minas Gerais é marcada pela uniformização dos julgados, tendência que viola diversos direitos consagrados em sede constitucional e reforçados no âmbito do Novo Código

de Processo Civil, tais como o direito de ação, de contraditório, de ampla defesa, além da própria noção de participação democrática trazida pela Lei Maior.

Ainda, nessas decisões *standards*, verificou-se a uniformização de fundamentação, sendo comuns as que interpretam a saúde e a dignidade da pessoa humana como princípios absolutos e incontestáveis com a legislação infraconstitucional. Esse tema, contudo, será esmiuçado no terceiro ponto de vista.

Convém anotar que essa uniformização não acomete apenas a fundamentação dos julgados, mas também é amplamente verificada nos fundamentos apresentados pelos membros do Ministério Público nas petições iniciais das ACP's. Todavia, esse ponto será tratado no segundo ponto de vista em que se dividiu a presente análise.

Outro aspecto objetivo trazido no presente trabalho e também nas outras dissertações estudadas aqui foi a condição do objeto perante o SUS. Nesse ponto, também pôde ser constatado mais um ponto de convergência, pois chegou-se à conclusão comum de que predominam pedidos judiciais de itens não padronizados. Essa foi a constatação da pesquisa empreendida por Simões (2015) e alcançada também nesta em referência.

Em verdade, nos 469 pedidos apurados aqui, 52,45% deles envolviam item não disponibilizado no SUS ou padronizado, mas não para o tratamento pedido. Essa margem apertada deveu-se ao fato de que no âmbito das ACP's predominam pedidos de serviços e, dentre eles, o de internações/transferências, as quais correspondem a 153 (cento e cinquenta e três) pedidos, dos quais massivos 150 (cento e cinquenta) referem-se a internações/transferências padronizadas. Esse expressivo montante acabou por aproximar a quantidade total de pedidos de prestações não padronizadas para um percentual de 50% (cinquenta por cento) da amostra.

Insta salientar que na dissertação elaborada por Gomes (2013) igualmente se observou que os pedidos de serviços, especialmente de procedimentos, também versam em sua maior parte sobre prestações já fornecidas no SUS. Segundo a mencionada pesquisadora, em uma avaliação de 1002 procedimentos, 93,60% deles tinham cobertura no SUS.

Sobre os objetos mais demandados, assim como Medrado (2013), concluiu-se na dissertação em tela que o item mais judicializado foram as internações/transferências, as quais correspondem a 153 ações e pedidos, de forma que em cada ACP foi pedido apenas 01 tipo ou

especificação de internação/transferência. Assim, esse objeto esteve presente em 44,73% de um total de 342 ações apuradas.

Na pesquisa realizada por Raquel Medrado (2013), verificou-se também que os medicamentos foram o 4º grupo mais demandado e dentre eles, o fármaco mais solicitado no Judiciário foi o Ranibizumabe (Lucentis). Nesse quesito houve novamente mais uma semelhança com a presente dissertação, pois aqui também se observou que o medicamento mais judicializado foi o Lucentis.

Superado esse momento em que foi delineado o perfil da judicialização da saúde mineira em linhas gerais, passa-se agora a uma análise individualizada dos aspectos objetivos dentro dos dois grandes grupos de objeto: bens e produtos (i) e serviços em saúde (ii). Dessa feita, será possível enxergar quais aspectos da política pública de saúde foram levados à apreciação judicial, além de compreender as potencialidades e pontos fracos do SUS.

6.1.1 Aspectos objetivos do grupo dos bens e produtos em saúde

Conforme exposto alhures, no capítulo terceiro, o SUS apresenta uma política de assistência farmacêutica ampla, prevendo o fornecimento de medicamentos de atenção básica, de alto custo e do componente estratégico. Todavia, a política pública de saúde pátria ainda não apresenta um programa nesses moldes para a dispensação à população de um amplo rol de dietas e insumos/materiais.

Essa omissão da política pública em apreço acabou se refletindo na judicialização da saúde, pois conforme demonstrado no capítulo acerca dos resultados, as dietas foram o terceiro subgrupo mais demandado e os insumos/materiais alcançaram a quinta colocação de um total de 10 (dez) subgrupos encontrados.

Além disso, essa lacuna na política pública pôde transparecer a partir de outro item estudado na presente dissertação: a condição do objeto perante o SUS. Quanto a isso, constatou-se que foram feitos 17 (dezessete) pedidos de dietas cuja totalidade classificou-se como não padronizado. Em relação ao subgrupo insumo/material foram feitos 15 (quinze) pedidos, dos quais 13 (treze) não eram ofertados pelo SUS. Esses dados indicam, portanto, a ausência de uma política de dispensação desses itens.

Cumprido destacar que no tocante às fraldas (especificação mais demandada dentro do subgrupo dos insumos/materiais), apesar de elas não serem ofertadas pelo SUS, o programa Farmácia Popular as subsidia, desde que cumpridos certos requisitos: paciente acima de 60

anos, compra feita em farmácias conveniadas, compra a cada 10 dias, sendo o limite de até 40 fraldas por compra.

Quanto ao subgrupo dos medicamentos, o panorama é bem diferente, pois o SUS conta com programas sólidos de dispensação ao paciente de diversos medicamentos. No entanto, os fármacos são o segundo objeto mais judicializado, perdendo apenas para as internações/transferências.

Consoante exposto no capítulo precedente, os medicamentos mais pedidos nas ACP's são aqueles classificados como de alto custo, tais como o Lucentis e Avastin, usados no tratamento do Edema Macular Relacionado à Idade ou Retinopatia Diabética. Há também a Risperidona, pedida para o Déficit de Atenção, que ocupa a terceira colocação; o Denosumabe, usado na osteoporose, ocupa o quarto lugar e o Xarelto, usado para tratar doenças cardiovasculares é o quinto fármaco mais judicializado.

Em face do exposto, nesse perfil da judicialização de medicamentos não se constata problemas graves relativos à assistência farmacêutica na Atenção Básica e no componente estratégico.

Lado outro, a judicialização massiva de medicamentos de alto custo, em tese, poderia evidenciar falhas nesse aspecto do SUS. Um possível problema, então, seria o subfinanciamento desse Programa de medicamentos do componente especializado (alto custo). Essa constatação, contudo, deve ser analisada em consonância com os dados extraídos do RAG (2015), os quais demonstram que em 2015 o orçamento da rubrica Sentenças (duzentos e trinta e oito milhões e duzentos mil reais), que corresponde à judicialização da saúde, foi maior que o próprio orçamento do Programa de Medicamentos de Alto Custo (cento e setenta e um milhões e setecentos mil reais). Essa informação traz à tona uma clara contradição no fenômeno em análise, pois ao mesmo tempo em que a judicialização expõe uma falha no SUS, ela também contribui para o seu agravamento. Isso ocorre, porque apesar do subfinanciamento do componente de alto custo, esse programa está sendo preterido em nome da rubrica Sentenças.

Esse panorama revela um paradoxo da judicialização da saúde, que cinge-se quanto ao agravamento de iniquidades no acesso a esse direito pelos cidadãos. Ocorre que o citado programa de dispensação de medicamentos de alto custos do SUS é de caráter geral, ao passo que a judicialização beneficia apenas aqueles cidadãos que acionaram o Judiciário. Assim, esse fenômeno concentra ou, quiçá, retira recursos que poderiam beneficiar maior número de usuários no âmbito dos programas correntes do SUS.

Daqui, pode-se extrair outra gravíssima contradição da judicialização delineada no Estado de Minas Gerais: a atuação de órgãos como o MP e a Defensoria em ações individuais travestidas de ACP apenas amplia as iniquidades provocadas pela judicialização, além de tornar esse fenômeno ainda mais massivo. O fato de não terem sido encontradas na amostra analisada ACP's que visassem discutir o próprio SUS (sobretudo no que tange à inclusão de novas tecnologias, cumprimento do mínimo constitucional em saúde, execução integral da despesa programada no orçamento da saúde) apenas confirma o fato de que as ACP's propostas em quase nada se diferenciam de ações individuais, porque não conseguem demonstrar a sua conveniência para a sociedade. Ao revés, atendem ao interesse apenas da parte substituída, multiplicam-se tal qual as demandas individuais, não cumprindo, enfim, o escopo para o qual foram criadas: trazer segurança jurídica, pacificação social e racionalização das demandas de massa, como as que envolvem o direito à saúde. Outro elemento que corrobora o fato de que as ACP's apuradas são verdadeiras ações individuais são os fundamentos do pedido apresentados pelo MP. Essa temática, contudo, será objeto de discussão em tópicos mais à frente.

Ainda no que tange aos medicamentos, necessário destacar uma questão peculiar que abrange os 02 (dois) mais requisitados: Ranibuzumabe (Lucentis) e Bevacizumabe (Avastin). Nessa senda, na judicialização da saúde observada neste e em outros trabalhos (MEDRADO, 2013), observou-se que o Lucentis e Avastin, registrados na ANVISA e autorizados para tratamento oncológico, foram prescritos por médicos e pedidos judicialmente para tratar doença diversa, qual seja, DMRI. Essa situação configura o chamado uso "*off-label*", ou seja, uma utilização não autorizada na Bula, a qual, segundo o Enunciado 50, aprovado na II Jornada de Direito da Saúde do CNJ (2015), não deve ser deferida judicialmente, salvo comprovação da evidência científica. Ocorre que esse critério foi o menos demonstrado nas petições iniciais, estando presente em apenas 03 (três) ACP's de um total de 342 (trezentas e quarenta e duas). Portanto, quanto aos 02 (dois) fármacos mais pedidos nas ações aqui apuradas, observou-se por parte de juízes e promotores uma flagrante negligência quanto às orientações da STA nº 175 e do CNJ.

Essa situação, contudo, tornou-se diferente a partir de 2016 e apenas para o Avastin. Ocorre que, a partir do ano passado, a ANVISA autorizou em caráter excepcional e temporário o uso do Avastin no tratamento da DMRI (RDC nº 111 de 06 de setembro de 2016). Todavia, para o Lucentis, ainda não autorizado pela ANVISA para uso na DMRI, segue a premente necessidade de comprovação das evidências científicas de seu uso *off-label*,

em compasso com a STA nº 175 e com o Enunciado 50 da II Jornada de Direito da Saúde do CNJ (2015).

Outrossim, nas ACP's em comento, Lucentis e Avastin caracterizaram-se enquanto medicamentos não padronizados e que não possuíam um PCDT, nem tampouco uma alternativa terapêutica no SUS para tratamento da DMRI. Essa situação, em que o SUS ainda não possui uma alternativa de tratamento para certas doenças, configurou-se, no entanto, como minoritária. Isso ocorre, porque em 31,48% dos 270 dos pedidos referentes ao grupo dos bens e produtos em saúde, o SUS não ofereceu alternativa ou PCDT.

Analisando os outros três medicamentos mais judicializados, verifica-se que para o Denosumabe, quarto medicamento mais judicializado e usado para tratar osteoporose, o SUS oferece como alternativas terapêuticas os seguintes fármacos: Calcitonina, Pamidronato, Risendronato, Raloxifeno, Alendronato, Carbonato de cálcio, a associação Carbonato de Cálcio + Colecalciferol e a associação Fosfato de Cálcio Tribásico + Colecalciferol. Já para o Xarelto, quinto medicamento mais pedido e usado em doenças cardiovasculares, o SUS tem como alternativa a Warfarina.

Por fim, a Risperidona, terceiro medicamento mais judicializado e pleiteada para tratar o Déficit de Atenção e Hiperatividade, constitui um fármaco que é disponibilizado no SUS, mas para outro PCDT. Quanto ao tratamento do Déficit de Atenção e Hiperatividade, verifica-se a existência de 02 (duas) políticas públicas para esse tratamento e no bojo das quais pode ocorrer a dispensação do medicamento Metilfenidato (cujo nome comercial é Ritalina): Centros de Atenção Psicossocial Infantil (CAPSi) e Centro Psíquico da Adolescência e Infância (CEPAI), unidade da FHEMIG (Fundação Hospitalar do Estado de Minas Gerais). Veja-se, então, que ainda é muito restrito o tratamento dessa moléstia no âmbito do SUS, pois nem todos os cidadãos mineiros têm acesso aos citados centros, sendo que muitos deles, como o da FHEMIG, concentram-se na cidade de Belo Horizonte.

Insta salientar que a Risperidona encontra-se padronizada no SUS estadual apenas para tratamento da esquizofrenia refratária, até porque não há indicação na bula desse medicamento para tratamento de Hiperatividade. Desse modo, as ACP's que pretendem o uso da Risperidona no tratamento do Déficit de Atenção e Hiperatividade têm como pano de fundo a ampliação do uso de um medicamento já disponível no SUS.

Em suma, apesar de o SUS ofertar alternativas terapêuticas para a maior parte dos pedidos de bens e produtos em saúde, sobretudo quanto ao subgrupo dos medicamentos, só

houve demonstração do critério ineficácia ou impropriedade do tratamento do SUS em 33 (trinta e três) pedidos.

Destarte, com essas considerações, encerra-se a discussão objetiva acerca dos subgrupos dieta, insumo/material e medicamentos, componentes do grupo dos bens e produtos em saúde.

6.1.2 Aspectos objetivos do grupo de serviços em saúde

Assim como empreendido para os objetos do grupo bens e produtos em saúde, aqui será iniciada uma análise objetiva dos serviços em consonância com a política pública de saúde, a fim de que se possa constatar qual aspecto do SUS está sendo judicializado.

Inicialmente, cumpre salientar que, em sua maioria, os serviços judicializados nas ações apuradas abrangeram a média e alta complexidades, que se diferenciam da atenção básica em virtude do maior volume tecnológico empregado e pelo alto custo de seus serviços.

Em adendo, enquanto a Atenção Básica é definida como de responsabilidade da gestão municipal, a Assistência de Média e Alta Complexidade depende do grau de descentralização presente no Estado. Desse modo, a administração deste nível de complexidade da assistência em saúde cabe parcialmente ao Município quando esse se encontra em Gestão Plena do Sistema Municipal, situação na qual este se torna corresponsável pela gestão da Assistência em Média e Alta Complexidade.

Quanto ao acesso aos serviços ofertados pelo SUS, destaca-se que a oferta de procedimentos de Média e Alta Complexidade é regulada pelos pactos intermunicipais ou inter-regionais, em sua respectiva Programação Pactuada Integrada (PPI). A PPI consiste num instrumento desenvolvido pelo SUS para dinamizar a sistemática da assistência à saúde, com o escopo de se cumprir os princípios da universalidade e integralidade.

Assim, a PPI almeja garantir à população a cobertura dos serviços de Média e Alta complexidade disponíveis ou não em seu Município de residência, devendo orientar a alocação de recursos e definição de limites financeiros para todos os municípios de um Estado.

Então, os Municípios que pactuaram a gestão plena do sistema municipal, a partir da Portaria GM/MS nº 2.203, de 5 de novembro de 1996 (NOB 96), ou que tenham se comprometido a gerir os serviços de Média/Alta Complexidade a partir da Portaria GM/MS 399/2006 (Pacto pela Saúde), através da suas Secretarias Municipais de Saúde, devem estabelecer um planejamento municipal/regional hierarquizado para formar a rede Municipal

e/ou Regional de Atenção em Média/Alta Complexidade, com a finalidade de prestar assistência à população local que necessite ser submetida a esses procedimentos.

Nos casos em que não existam serviços credenciados ao SUS e habilitados para fornecer um dado procedimento eletivo de Média ou Alta Complexidade no Município ou na microrregião de residência de um paciente, pode-se requerer o Tratamento Fora de Domicílio – TFD. Este constitui um instrumento legal, instituído pela Portaria nº 55 da Secretaria de Assistência à Saúde (Ministério da Saúde) que permite através do SUS o encaminhamento de pacientes a outras unidades de saúde para a realização de tratamento médico fora da sua microrregião, quando esgotados todos os meios de tratamento na localidade de residência/estado, e desde que haja possibilidade de cura total ou parcial, limitado ao período estritamente necessário e aos recursos orçamentários existentes.

Destarte, o TFD consiste em uma ajuda de custo ao paciente, e em alguns casos, também ao acompanhante, encaminhados por ordem médica às unidades de saúde de outro município ou Estado da Federação, quando esgotados todos os meios de tratamento na localidade de residência do mesmo. Reitera-se que tal instrumento destina-se a pacientes que necessitem de assistência médico-hospitalar cujo procedimento seja considerado de Alta e Média Complexidade eletiva (ou seja, sem caráter de urgência) e que conste na Tabela de Procedimentos do SUS.

Apesar da ampla regulamentação do acesso aos serviços de média e alta complexidade no SUS, os pedidos de internação/transferência para realização de tratamento nesses componentes da política pública foram os mais judicializados nas ACP's aqui investigadas. Esse resultado também foi alcançado por MEDRADO (2013). Além disso, de um total de 199 pedidos de objetos do grupo serviços, 169 trataram de prestações já padronizadas.

Essa conclusão apenas endossa o afirmado por Jorge Solla e Arthur Chioro (2012) nos termos do Capítulo 03, para os quais o grande gargalo do SUS encontra-se na atenção secundária e terciária, pois ela exige maior nível de investimento, em virtude de envolver alto nível tecnológico. No entanto, o que se observa na prática é o sub-financiamento desse elemento da política pública.

Os dados trazidos pelo RAG (2015) ilustram o quão cara é a média e alta complexidades, haja vista seu orçamento bilionário, que saltou de R\$879,9 milhões de reais em 2009 para R\$ 1.356,9 bilhões de reais em 2015. A título de comparação e dimensionamento do peso da média e alta Complexidades quanto aos demais programas do SUS, nota-se que o orçamento de medicamentos de alto custo em 2015 foi de R\$ 171,7 milhões de reais e o de medicamentos da atenção básica, de R\$ 158,8 milhões de reais.

Nesse intervalo, houve um aumento percentual de 54% (cinquenta e quatro por cento) dos gastos públicos com a assistência hospitalar e ambulatorial. No mesmo período, de 2009 a 2015, o acréscimo de gastos com a rubrica Sentenças, que corresponde à judicialização da saúde, foi de 591% (quinhentos e noventa e um por cento). O déficit de leitos encontrados no Estado de Minas Gerais é mais outra prova do sub-financiamento dos níveis secundário e terciário da Atenção e uma possível causa do elevado número de ações em que se pleiteiam internações/transferências padronizadas.

Todavia, para perquirir as causas e o perfil da judicialização no grupo dos serviços, necessário observar os subgrupos de objetos de forma pormenorizada. Assim, o primeiro subgrupo de análise é o das internações compulsórias, onde se verifica um franco descompasso entre a judicialização da saúde e a política pública de saúde mental.

A reforma da política de saúde mental brasileira foi desenhada à semelhança do próprio SUS, com o objetivo de se afastar da lógica hospitalocêntrica, típica do período militar. Dessa feita, as Redes de Atenção Psicossocial (RAPS) foram construídas com o fito de constituírem serviços substitutivos aos hospitais psiquiátricos. Além disso, com esse programa, privilegiou-se o atendimento interdisciplinar, a inserção comunitária do paciente dependente químico e portador de sofrimento mental, humanização, fim do isolamento e de internações em caráter permanente, dentre outras mudanças. Também foi previsto nesse novo desenho da política pública de saúde mental o tratamento em enfermaria ou leito hospitalar, só que o caráter dessa internação é temporário, com duração até a estabilização clínica do paciente.

Ao revés, o perfil da judicialização do tratamento dos dependentes químicos e portadores de sofrimento mental aponta para uma orientação totalmente inversa: os pedidos contidos nas ACP's versaram sobre a internação compulsória desses pacientes por tempo indeterminado. Na amostra analisada foram constatados 14 (quatorze) pedidos de internações compulsórias, dos quais 10 (dez) referiam-se a tratamento de dependentes químicos e apenas 04 (quatro) para saúde mental.

Logo, trata-se de uma situação singular, em que a judicialização tem como justificativa não uma omissão do SUS em desenvolver tratamentos para a enfermidade vindicada. Nem tampouco trata-se de falta de alternativa terapêutica no SUS. Ocorre, todavia, simplesmente um descontentamento da população em relação à política pública desenvolvida. Assim, o Estado quer acabar com a lógica de internações por longos períodos desses pacientes em hospitais psiquiátricos, ao passo que as famílias dos doentes querem justamente a manutenção desse sistema.

A ação judicial nº 00390977120148130327, comarca de Itambacuri, evidencia essa situação, pois a juíza apontou uma contradição na petição inicial, uma vez que o médico afirma que a parte substituída:

” está progredindo, mesmo que lentamente; que ela comparece à UBS, oportunidade em que poderiam ser ministrados medicamentos e **necessita apenas de um responsável e foi afirmado genericamente nos relatórios que ninguém quer ser, apesar de possuir vários irmãos e mãe viva no mesmo Município**”. (Grifo nosso).

Em face do exposto, a juíza não concedeu a antecipação de tutela para internação compulsória da paciente.

Infelizmente, essa forma de tratamento destinada aos pacientes psiquiátricos pelos seus responsáveis não é uma novidade. Todavia, o que realmente espanta nessas ações é que tal intenção de isolar os pacientes acaba sendo albergada pelo Ministério Público ao propor ACP's desse quilate. E, justamente o MP, órgão incumbido da defesa do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, a exemplo dos interesses dos pacientes psiquiátricos, que ficam à mercê de parentes que, não raro, esquivam-se do exercício de curatela e ladeiam os limites do crime de abandono de incapaz.

O subgrupo das internações/transferências revela também muitas singularidades. Primeiramente, das 153 (cento e cinquenta e três) ações sobre esse subgrupo de objeto, 150 (cento e cinquenta) veicularam prestações já padronizadas. Esse panorama pode revelar 02 (duas) situações distintas: falhas na política pública, que não consegue ofertar aos cidadãos as internações/transferências previstas ou uma judicialização desnecessária, destituída de lastro probatório mínimo. Provavelmente, o sub-financiamento das atenções secundária e terciária, cujo reflexo é o número deficitário de leitos em Minas Gerais, é um forte indicativo de que a judicialização do objeto em comento foi motivada por falhas na política de saúde. O número insuficiente de leitos, por seu turno, pode conduzir ao tempo desarrazoado de espera por atendimento, motivo de falha mais recorrente nessas demandas de internação/transferência.

Dessa maneira, no que tange às internações/transferências de urgência, que devem ter atendimento imediato, o prazo de espera mais comum até a propositura da ACP foi de 04-07 dias. Em resumo, dos 169 (cento e sessenta e nove) pedidos de serviços, 118 (cento e dezoito), isto é, quase setenta por cento, foram motivados pela falha do SUS relativa ao tempo não razoável de espera. E dentro desse recorte de 118 (cento e dezoito) pedidos, 117 (cento e dezessete) constituíram internações/transferências.

Convém registrar que dentre as especialidades médicas mais demandadas nesse subgrupo foram destaques as seguintes, em ordem decrescente de pedidos: ortopedia/trauma, cardiovascular, neurologia e pâncreas/fígado/vias biliares. Igualmente, no que tange ao

subgrupo das consultas, também foram mais judicializadas as da especialidade de ortopedia e neurologia. Destarte, esses dois subgrupos conjugados, internação/transferência e consultas, revelam possível disformidade na política pública no que tange à oferta dessas especialidades médicas aos usuários do SUS, sobretudo a de ortopedia.

Quanto ao subgrupo das consultas e exames, à semelhança das internações/transferências, também se constatou que predominaram pedidos de prestações já padronizadas. Assim, das nove consultas, apenas duas eram não padronizadas e a totalidade dos 07 pedidos de exames eram prestações padronizadas.

No subgrupo dos procedimentos e outros serviços houve um certo equilíbrio entre os pedidos de prestações padronizadas e não padronizadas. Desse modo, dos 05 (cinco) pedidos de procedimento, 03 (três) eram padronizados. Já quanto aos outros serviços, dos 05 (cinco) pedidos, 02 (dois) eram padronizados, 02 (dois) não padronizados e 01 (um) não pôde ser identificado.

Destoando da tendência encontrada no grupo dos serviços, em que foram majoritários os pedidos de objetos já padronizados, quanto ao subgrupo das terapias o resultado foi exatamente o inverso: todos os 06 (pedidos) constituíram prestação não padronizada. Convém anotar que no tocante à fisioterapia domiciliar, especificação mais judicializada dentro desse subgrupo, o SUS oferta o serviço de fisioterapia no âmbito das Unidades Básicas de Saúde, mas não em caráter domiciliar.

Enfim, por meio dessas considerações, encerra-se a discussão sob o prisma dos aspectos objetivos das ações e passa-se no próximo tópico à discussão afeta ao segundo ponto de vista, qual seja, fundamentos do pedido.

6.2 Discussão relativa aos fundamentos do pedido e outros aspectos do pedido

O critério balizador utilizado neste trabalho para aferição da fundamentação do pedido nas ACP's foram as orientações da paradigmática STA nº 175, do ano de 2010, que reverberaram em importantes Enunciados das Jornadas de Direito à Saúde do CNJ e na jurisprudência dos Tribunais pátrios. Resumidamente, tais critérios cingiram-se quanto a demonstração de 03 elementos: registro do tratamento no ANVISA, ineficácia do tratamento do SUS e evidências científicas. Convém registrar que esses nortes se aplicam quando o pleito versar sobre tratamento novo, ainda não padronizado no SUS ou padronizado, mas para outro PCDT. No trabalho em referência foi abordada para além dessas hipóteses, uma terceira, que

é a judicialização de tratamento já disponibilizados no SUS e diante desses casos, buscou-se perquirir as razões que motivaram a provocação do Poder Judiciário: falha imputada ao SUS ou ao proponente da ação.

Essas linhas gerais, então, orientaram os resultados encontrados no quesito fundamentos do pedidos e tal qual empreendido para os aspectos objetivos das ações, aqui a discussão será conduzida considerando cada grupo de objeto.

6.2.1 Fundamentos do pedido no grupo dos bens e produtos em saúde

Em relação aos 270 pedidos relativos a bens e produtos em saúde, 188 exemplificaram prestações não padronizadas; 29, pedidos padronizados, mas não para o tratamento judicializado e 53 constituíram pretensões já disponibilizadas no SUS. Diante disso, conclui-se que no grupo dos bens e produtos, a maior parte dos pedidos vindicados, isto é, aproximadamente 70% envolveram itens ainda não ofertados pela política pública.

Não obstante a predominância desse tipo de pleito, o critério definido na STA 175/CE menos comprovado pelos promotores foi o da medicina baseada em evidências. Esse, talvez, seria o critério, dentre os três acima mencionados, com maior potencial para revelar o interesse público e a conveniência dessas ações coletivas. Isso ocorre, porque a comprovação desse elemento sinalizaria que o tratamento novo respeita as normas de segurança em saúde pública, pois atende aos critérios de eficácia, eficiência e efetividade, tal qual consignado por Gadelha (2014). Entretanto, as evidências científicas foram tratadas apenas em três ações, quais sejam, as de números 00064241120154013802, 00037315420154013802 e 00037921220154013802, todas da subseção judiciária de Uberaba e igualmente todas propostas pelo Procurador da República Thales Messias Pires Cardoso.

O Segundo critério da STA nº 175/CE menos demonstrado foi o da ineficácia ou impropriedade do tratamento alternativo do SUS, o qual esteve presente em 33 pedidos apenas. O SUS, por sua vez, não ofereceu alternativa para 85 pedidos e, obviamente, nesses casos, inócua a comprovação de tal critério. Importa salientar que para a aferição do cumprimento desse requisito, não foram consideradas as petições iniciais que se limitaram a afirmar que o tratamento vindicado era insubstituível, sem apontar as razões dessa impossibilidade de intercâmbio com as alternativas do SUS. Igualmente, não foram consideradas os argumentos que se limitaram a alegar a ineficácia do tratamento previsto na

política pública, sem ao menos indicar quais itens dispensados pelo SUS foram utilizados pelo paciente.

A frequência desses dois tipos de fundamentos rasos, que se limitam apenas a apontar a insubstituibilidade do tratamento ou impropriedade da política pública, parece ser fruto do entendimento comumente verificado nessa judicialização de que as prescrições do médico especialista são provas absolutas. Tanto elas não são, que a própria jurisprudência tratou de condicionar o deferimento de prestações alheias às previsões do SUS à comprovação das evidências científicas do novo tratamento. Essa medida se faz crucial na atual judicialização da saúde por diversos motivos.

Primeiramente, para se evitar que a não observância da política se torne uma regra, em que a CONITEC, órgão incumbido da avaliação de inclusão e exclusão de tecnologias do SUS, acabaria tendo sua importante missão usurpada por prescrições de médicos especialistas que não observam a segurança, eficácia e eficiência dos tratamentos pedidos.

Em segundo, o crivo da medicina baseada em evidência é fundamental para o resguardo do interesse público e segurança em matéria de saúde coletiva, tal qual tecido por Gadelha (2014). Isso ocorre, porque os médicos especialistas são usados pela indústria farmacêutica como peça de propaganda de produtos anunciados como mais modernos e melhores que os do SUS, mas que, em verdade, não apresentam ganhos substantivos em segurança e eficácia ante os tratamentos já padronizados. Nesta dissertação, com espeque em Simões (2015), foi trazido o exemplo da insulina Glargina, que foi incorporada ao SUS mineiro em 2005 por conta da pressão das demandas judiciais. Não obstante, em estudos posteriores, realizados pelo Centro Colaborador de Farmacoeconomia e Estudos Epidemiológicos da UFMG, restou evidenciada a ausência de benefícios clínicos superiores dessa insulina em relação às outras já disponíveis no mercado que justificassem seu preço elevado.

Terceiro, o atendimento aos critérios da medicina baseada em evidência ilustra, por todos esses argumentos, a tutela do interesse público primário, ao impedir gastos do Estado com prestações alheias à tríade mencionada por Gadelha (2014): eficácia, efetividade e eficiência.

Como derradeiro argumento, não existe em matéria de Direito prova absoluta, sob pena de restarem vilipendiados o contraditório, a ampla defesa e isonomia no âmbito do processo. Em face do exposto, petições iniciais e decisões que interpretam as prescrições médicas como tal, lançam por terra o novo paradigma processual inaugurado com a Constituição Cidadã.

No que tange às petições iniciais que veicularam prestações já padronizadas, foi proposto nesse estudo um novo critério para aferição dos fundamentos ou justa causa dessas ações: a comprovação de falhas imputadas ao SUS. Assim, quanto aos bens e produtos em saúde, dos 53 pedidos de itens já disponibilizados no SUS, em 23 deles foi demonstrada a falha na política pública pelas seguintes razões: problemas de abastecimento, omissão e negativa injustificada do ente competente.

Dessa feita, para a maior parte desses pleitos, a falha foi imputada aos propositores da ação, em virtude da não comprovação da negativa do SUS. Esse foi o reflexo de uma situação muito recorrente nas ações da amostra: o membro do Ministério Público ou o paciente buscavam atendimento ou informações perante um ente público não competente para a dispensação do item pedido e a negativa, justificada, dele era tomada como fundamento da demanda. Essa situação foi verificada, por exemplo, em pedidos de tratamento da DPOC e de doença do trato respiratório em crianças, ambas de responsabilidade do Estado de Minas Gerais, por meio dos componentes especializado e estratégico e para os quais já existem PCDT's. Não obstante, foi acionado para responder a requerimentos administrativos preparatórios da ACP apenas os entes municipais, que, de fato, não dispensam tais itens, em virtude das regras de competência do SUS. Nessas e em muitas outras ações, sobretudo as que versam sobre prestações do componente básico, de competência municipal, apenas tal ente foi questionado administrativamente. Apesar disso, a demanda incluiu o Estado de Minas Gerais no polo passivo.

Esse panorama indica que muitas dessas ACP's, que não tangenciam o interesse público ou demonstram a sua relevância para a sociedade, poderiam ser evitadas caso os procedimentos administrativos preparatórios que as subsidiam fossem instruídos de modo mais diligente. Basta lembrar que no próprio sítio eletrônico da SES/MG consta o rol dos medicamentos disponibilizados pelo SUS dos municípios mineiros (componente básico) e pelo gestor estadual (componentes especializado e estratégico).

Além disso, o TJMG, em parceria com o NATS (Núcleo de Avaliação de Tecnologias em Saúde) do HC/UFMG elaborou um banco de notas técnicas em matéria de saúde para auxiliar os magistrados que decidem acerca dessa matéria. Essas notas, que inclusive trazem as evidências científicas dos tratamentos judicializados, também indicam se o item requerido é ofertado no SUS, se possui registro na ANVISA, dentre outras informações pertinentes. Esse banco de notas, por sua vez, não constitui informação restrita aos Tribunais, estando disponível na rede mundial de computadores no endereço eletrônico da Biblioteca Digital do TJMG:

[http://bd.tjmg.jus.br/jspui/browse?type=author&value=N%C3%BAcleo+de+Avalia%C3%A7%C3%A3o+de+Tecnologias+em+sa%C3%BAde+\(NATS\)](http://bd.tjmg.jus.br/jspui/browse?type=author&value=N%C3%BAcleo+de+Avalia%C3%A7%C3%A3o+de+Tecnologias+em+sa%C3%BAde+(NATS)). Apesar dessa ampla gama de ferramentas, administrativas e normativas, disponíveis aos operadores do Direito, resta por imperar na judicialização da saúde uma padronização de petições iniciais que se contentam em apenas fundamentar os pedidos no art. 196 da CR/88.

E, ainda assim, o art. 196 é invocado apenas parcialmente, pois se é olvidado que o direito à saúde, além de dever do estado, é garantido mediante políticas sociais e econômicas. Essas, por sua vez, são desconsideradas em nome da chamada responsabilidade solidária dos entes, a qual é interpretada de forma incontrastável com as leis infraconstitucionais do SUS, relativas à repartição de competências, regionalização, hierarquização e municipalização.

A consequência de tudo isso é a desorganização da política pública e o acirramento de iniquidades no próprio SUS, em que se premiam os entes que não cumprem com suas atribuições e se castigam os entes comprometidos com os princípios do SUS. Isso ocorre, porque esses últimos terão um duplo gasto: um, em razão do atendimento aos compromissos determinados em consonância com a repartição de competências do SUS e dois porque terão de cumprir as obrigações que lhe foram cominadas em sede de judicialização da saúde. Como reflexo dessa distorção da responsabilidade solidária e do desprezo pelas normas de repartição de competências no SUS, a atual judicialização da saúde parece incentivar os entes públicos a não cumprirem as suas responsabilidades para com a política pública de saúde. No fim das contas, a forma de repartição de competência restará por ser construída pelo próprio Judiciário.

Como último elemento de discussão relativo aos fundamentos das ações sobre bens e produtos em saúde, frisa-se a constatação de uma franca uniformização das petições sociais. Assim sendo, destacam-se como alguns dos argumentos mais recorrentes os de cunho moral e sentimental, a par de qualquer técnica própria do Direito e em detrimento de entendimentos consolidados na doutrina e jurisprudência.

Foram comuns, também, as interpretações da saúde, dignidade e vida como direitos absolutos e irrestingíveis. Esse entendimento, também avesso ao Direito, passa a justificar pleitos e decisões sem qualquer compromisso com o interesse público, pois desconsideram as evidências científicas e os impactos econômicos da judicialização indiscriminada da saúde em um cenário de sub-financiamento da política de saúde. Em adendo, foram frequentes os pedidos fundados apenas na necessidade do paciente, lastreada em receita médica tida por prova absoluta, ao arrepio do contraditório e ampla defesa, e na hipossuficiência da parte substituída. Por fim, constatou-se, reiteradamente, o uso equivocado do princípio da

integralidade, como se ele autorizasse o fornecimento de quaisquer medicamentos, dietas e insumos/materiais disponíveis no mercado.

6.2.2 Fundamentos do pedido no grupo dos serviços em saúde

A lógica da discussão no grupo dos serviços em saúde é a mesma desenvolvida para o dos bens e produtos, com a única diferença que aqui não foram encontrados pedidos de itens padronizados, mas não para o tratamento requerido. Dessa maneira, foram analisados para os pleitos de serviços aqueles não padronizados e padronizados apenas.

Destarte, de um total de 199 pedidos referentes ao grupo dos serviços em saúde, apenas uma minoria de 30 constituiu itens não padronizados. Essa foi uma das principais discrepâncias observadas entre os dois grandes grupos de objetos aqui analisados, tendo em vista que, diferentemente dos serviços em saúde, para os bens e produtos predominaram pedidos de itens não padronizados. Além disso, desses 30 requerimentos, apenas para 08 o SUS não apresentou alternativa. Não obstante, em 20 pedidos não houve comprovação do critério ineficácia do tratamento do SUS. Ainda, em nenhum desses pedidos houve demonstração das evidências científicas. Por conseguinte, nenhuma das 26 ACP's que veicularam tais pretensões foram fundamentadas à luz dos parâmetros utilizados neste trabalho.

Convém registrar que fizeram parte desse conjunto de pedidos não disponibilizados no SUS todas as ações que tiveram por objeto as internações compulsórias. Nesse ponto, necessário endossar que o SUS não se furtou a tratar da matéria de saúde mental. O que se verifica, na verdade, são posições antagônicas entre o desenho da política pública pelo Estado e as intenções dos familiares dos pacientes portadores de sofrimento mental. Assim, enquanto o SUS orienta-se a partir de um tratamento multidisciplinar e aberto, por meio das Redes de Atenção Psicossocial (RAPS), a lógica da judicialização é justamente oposta e caminha no sentido de reforçar o paradigma hospitalocêntrico, indo na contramão da reforma psiquiátrica. Trata-se, enfim, de situação delicada e singular, em que não se verifica por parte do Estado omissão ou negligência aparente nesse tipo de enfermidade, existindo programas voltados para o atendimento dessas demandas. O que a judicialização desse objeto pode revelar é um descontentamento da população para com a forma de abordagem adotada pelo SUS, devendo-se se questionar, contudo, se essa insatisfação é justificável ou não. Isto é, a população pode estar insatisfeita com a política de tratamento em saúde mental do SUS, porque ela não funciona ou porque simplesmente ela não é a mais cômoda para os familiares. As ações aqui

analisadas não permitem chegar a uma conclusão substantiva a esse respeito, podendo-se, afirmar apenas que existiram ações em que ficou constatado que a família do doente furtava-se da responsabilidade de curatela.

Um exemplo muito claro dessa situação foi a ação 00390977120148130327, em que os familiares da parte substituída procuraram o MP para judicializar a internação compulsória, ao argumento de que a paciente não aceitava se medicar e se submeter ao tratamento psiquiátrico. Contudo, em sede de antecipação de tutela, foi constatado pela juíza exatamente o oposto, isto é, que a paciente comparecia à Unidade Básica de Saúde, oportunidade em que poderia ser medicada; que ela possuía boa aparência e que seu médico constatou progressão no seu quadro clínico. Ainda, finalizou a magistrada que a parte substituída “necessita apenas de um responsável e foi afirmado genericamente nos relatórios que ninguém quer ser, apesar de possuir vários irmãos e mãe viva no mesmo Município”. Por todas essas razões, então, não foi concedida a antecipação de tutela no caso em apreço.

Além disso, necessário frisar que uma internação compulsória constitui medida gravosa cuja concessão deve ser fruto de ampla instrução probatória e processual, não podendo ser fundamentada apenas no voluntarismo de familiares ou responsáveis que simplesmente não desejam arcar com o ônus de cuidar de alguém portador de sofrimento mental. Aliás, justamente por conta desse estigma e do lamentável histórico de afastamento desses pacientes do convívio social é que o SUS vem adotando políticas e programas que se norteiam pelo tratamento aberto desses pacientes.

Quanto aos itens padronizados, que constituíram 169 de um total de 199 solicitações, observou-se que a falha pela não disponibilização do item pedido pôde ser imputada ao SUS em 126 casos. Esses dados apenas corroboram a doutrina trazida neste estudo, mormente a desenvolvida por Jorge Solla e Arthur Chioro (2012), que anunciaram as atenções secundária e terciária como um dos maiores entraves do SUS, tendo em vista seu alto custo e o baixo investimento estatal nesse importante componente da política de saúde.

Consequentemente, o que se constata é que o paciente tem acesso de certo modo facilitado aos níveis básicos da política pública em comento, mas muito dificilmente conseguirá caminhar pelos diversos níveis da atenção à saúde, precipuamente no que tange àqueles dotados de maior carga tecnológica. Os resultados alcançados pela dissertação em tela endossam essa afirmativa, pois foram encontrados pleitos atinentes a elementos da atenção primária, sobretudo quanto a pedidos de medicamentos do nível básico, mas tais requerimentos foram minoritários.

Lado outro, predominaram solicitações de serviços, especialmente de internações/transferências, de média e alta complexidades com destaque para as especialidades de ortopedia/trauma, cardiovascular e neurologia. Ainda, dentre essas requisições de itens dos níveis secundários e terciários da atenção à saúde, registrou-se que foram majoritárias aquelas já disponibilizadas pelo SUS, sendo que as demandas tiveram como mote, na maior parte dos casos, o tempo desarrazoado de espera por atendimento. Então, dentre esses 169 pedidos de serviços padronizados, em 118 deles constatou-se tal falha do SUS. A faixa de espera mais recorrente foi a de 04-07 dias para serviços urgentes, considerando-se como termo inicial a data do cadastro do paciente no SUSfácil/MG e como termo final, a propositura da ação. Ocorre que para tratamentos urgentes, o atendimento deve ser imediato, segundo dispõe a Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) nº 1.451/95.

Diante desse cenário, o atual perfil da judicialização da saúde em Minas Gerais revela grave problema na política pública com evidente abrangência social. Apesar disso, não foi apurada no trabalho em tela qualquer ação coletiva com o intuito de questionar o financiamento da média e alta complexidades, o número de leitos ofertados pelo SUS mineiro ou questões atinentes a prazos razoáveis de espera na fila do SUS. Tampouco questões sobre demanda reprimida relativa a tratamentos ortopédicos, campeão de pedidos no grupo dos serviços, foram matéria das ACP's em exame.

Esse fato deve ser cotejado com algumas importantes ACP's que tramitam contra o Estado de Minas Gerais e não fizeram parte da presente análise. Essas demandas apresentaram como objetivo precípua obrigar o ente estatal ao fornecimento de vaga em hospital público ou privado (mediante compra de leito neste caso) para os pacientes de determinada região que necessitem de internação. Exemplos desse tipo de demanda são as ACP's de números 0074120029959 (de Bom Despacho), 0105120291049 (de Governador Valadares), 0066755-03.2015.8.13.0338 (de Itaúna) e 0455216-84.2014.8.13.0701 (de Uberaba). Sobre essas ações, necessário pontuar algumas questões de relevo.

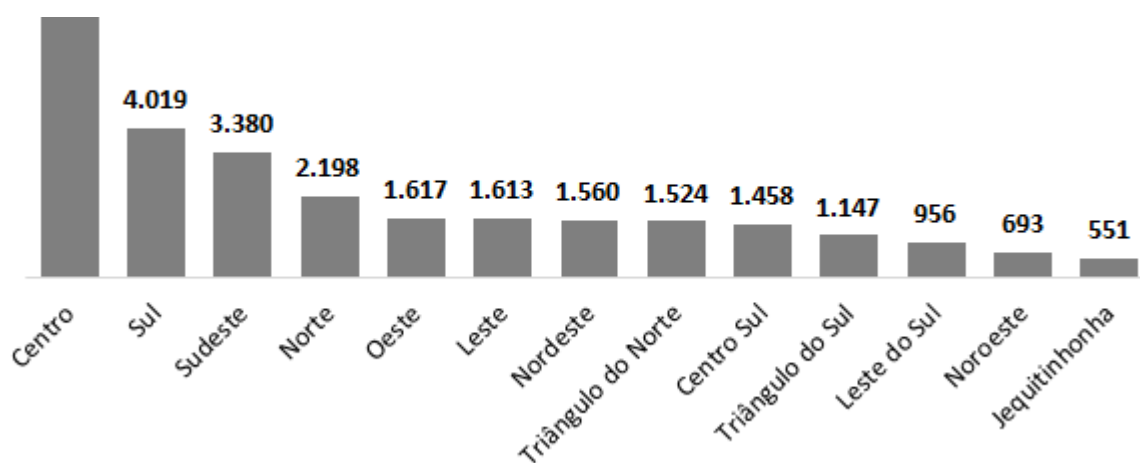
Nessa senda, apesar dessas ACP's beneficiarem um número indeterminado de pacientes que necessitam de internação, tais demandas não almejam discutir a questão da insuficiência de leitos no Estado ou o sub-financiamento da média e alta Complexidades. Em suma, nessas ações o MP não buscou agir sobre a causa da demora nos atendimentos de pacientes que buscam internações/transferências no SUS, mas tão somente sobre a consequência, qual seja, não internação de pacientes ou morosidade no atendimento aos usuários do SUS, obrigando, assim, os entes Públicos daquelas regiões a providenciarem

esses atendimentos. Essa medida acaba trazendo ainda mais distorções na política pública, mormente no que tange ao programa da atenção ambulatorial e hospitalar, pois o Judiciário determinou nessas ações a priorização de certas regiões que não são as mais deficitárias no que tange ao número de leitos ofertados.

Dessa forma, o Poder Judiciário extrapolou os limites de sua competência, pois não se contentou com o juízo de adequabilidade, aplicação e interpretação do Direito à luz do caso concreto, mas assumiu o papel de criador autônomo das soluções exigidas pelos fins e interesses sociais (ROCHA; PINTO, 2008), competência própria dos Poderes Legislativo e Executivo.

No gráfico abaixo é possível verificar que as macrorregiões do Estado de Minas Gerais com maior deficiência em leitos são: Jequitinhonha, Noroeste e Leste do Sul cujas cidades polo são respectivamente Diamantina, Patos de Minas e Ponte Nova.

Gráfico 6 – Distribuição de leitos por Macrorregião de saúde em Minas Gerais no mês de dezembro de 2015.



Fonte: Adaptado de Ministério da Saúde - Cadastro Nacional dos Estabelecimentos de Saúde do Brasil – CNES

Contudo, nas ACP's mencionadas acima, o Poder Executivo estadual e dos Municípios réus foram obrigados a privilegiar as macrorregiões Leste (Governador Valadares), Oeste (Itaúna e Bom Despacho) e Triângulo do Sul (Uberaba). Elas, apesar do pequeno número de eleitos na comparação com as macros Centro, Sul e Sudeste, não configuram as regiões mais carentes do Estado no que tange a esse serviço em saúde. Como consequência dessa atuação judicial que tangencia os limites da atividade política,

possivelmente, nos casos acima narrados, os cidadãos das regiões em situação mais crítica serão preteridos, porque essas ações coletivas não almejam atacar a causa do problema que atinge esse aspecto da política pública.

Esse é apenas mais um exemplo de como a judicialização da saúde pode acarretar distorções graves na política pública, aumentando as desigualdades de acesso. Além disso, essas demandas ilustram a forma como o processo coletivo vem sendo manejado na atual judicialização da saúde: em benefício de poucos ou muitos cidadãos, mas sempre sem se comprometer a discutir e reformular a política pública em si. Com isso, as ACP's trataram do direito à saúde apenas a partir do seu viés individual, de modo que sua faceta social e, portanto, indisponível é negligenciada.

Em face do exposto, defende-se no trabalho em tela que as ACP's da amostra e aquelas citadas acima, pleiteando a internação de vários pacientes de uma dada região, constituem, em verdade, ações individuais travestidas de ação coletiva. Outro elemento que corrobora essa conclusão é o fato de que esses processos não conseguem comprovar sua conveniência para a sociedade, pois, como defendido e demonstrado aqui, eles acabam acirrando iniquidades e distorções na política de saúde que tornam o acesso a esse direito ainda mais tormentoso. Outrossim, endossa esse argumento o fato de a região norte de Minas Gerais, a mais vulnerável do Estado em termos socioeconômicos, quase não ter aparecido nas ações aqui referidas.

Por meio dessas considerações, encerra-se aqui a discussão relativa ao segundo ponto de vista.

6.3 Discussões relativas às decisões

Os resultados encontrados tanto no ponto de vista da fundamentação, como no das decisões revelaram que ambas foram marcadas pela uniformização de entendimentos, mesmo em se tratando de ações, partes e pedidos diversos. Desse modo, pode-se concluir que petições iniciais rasas e decisões igualmente superficiais se retroalimentam, construindo na judicialização da saúde verificada no Estado de Minas Gerais um paradigma de processo liberal, típico de períodos que antecederam a CR/88.

Isso ocorre provavelmente, porque as decisões foram marcadas pela lógica do interesse individual, apesar de o novo paradigma inaugurado com a Lei Maior preconizar o interesse público e coletivo. Assim, foram recorrentes as decisões que deferiram a prestação vindicada com base apenas na hipossuficiência e necessidade do cidadão, corroborada por

receita de médico especialista que se furtou a apresentar as evidências científicas do tratamento novo solicitado. Dessa feita, em muitos julgados, os juízes se esqueceram do viés social do direito à saúde.

Outrossim, verificou-se como padrão decisório recorrente aquele que toma os direitos à vida e à saúde como absolutos, incontrastáveis com questões de ordem financeira e orçamentária. Ainda, foram comuns decisões que interpretaram o artigo 196 de forma isolada da legislação infraconstitucional ou até mesmo de outros dispositivos constitucionais, como se o direito à saúde se encerrasse nele ou, pior, como se a regulamentação do SUS se limitasse a tal dispositivo. Insta salientar que, além disso, esse artigo foi invocado de forma parcial, pois para muitos juízes ele se encerra na frase “a saúde é direito de todos e dever do Estado”.

Essas características das decisões indicam uma vez mais a presença do paradigma de Estado Liberal de Direito na atual judicialização da saúde, pois os juízes continuam a acreditar que a sua função se limita a aplicar a lei geral e abstrata, o que contribui para a padronização dos julgados. Essa lógica fazia todo o sentido no paradigma Liberal de Direito, marcado por uma sociedade homogênea. Todavia, no contexto do Estado Constitucional de Direito, marcado pelo perfil heterogêneo da sociedade atual, o juiz não se limita a declarar o direito. Ao revés, o magistrado é chamado a interpretar e dar sentido ao caso concreto, em virtude dos diversos interesses em jogo e considerando o contexto plural, inclusive do ponto de vista normativo, em que se insere a atividade jurisdicional. Nesse diapasão, é impensável no neoconstitucionalismo decidir em matéria de saúde apenas com espreque no art. 196 da CR/88 ou, quiçá, com apoio em apenas parte desse dispositivo, sob pena de se produzirem decisões rasas, padronizadas, alheias ao contraditório e ampla defesa e, enfim, que acabam acirrando as iniquidades na política pública.

As desigualdades também são aumentadas quando se observam decisões que, ancoradas numa interpretação da prescrição médica como prova absoluta, deferem pretensões que não atentam para a segurança, eficácia e eficiência do tratamento judicializado. Essa tríade constitui o critério da medicina baseada em evidência, o qual foi o menos comprovado nas ACP's. A despeito disso, as pretensões vindicadas pelo MP foram atendidas em 88,59% das ações da amostra, conforme se extrai do Gráfico 06.

Em adendo, convém frisar que, apesar de 8% dos 469 pedidos se utilizarem das orientações definidas na STS nº 175 nos termos da Tabela 30, não houve discussão relativa à equação custo *versus* benefícios do tratamento novo, principalmente quando essa solicitação visa a apenas conferir uma diminuta expectativa de vida ao paciente e não melhorar sua condição de saúde em caráter definitivo. O questionamento que se propõe diante dessa

hipótese é se o Estado deveria comprometer o orçamento da política pública para atender a tal tipo de demanda, principalmente se se considerar os enxutos recursos de Municípios pequenos e de baixa arrecadação, que são obrigados a custear tratamentos caríssimos a poucos pacientes, comprometendo, assim, a política pública de saúde e até mesmo a de outras pastas para garantir que um ou alguns cidadãos consigam alguns meses de vida.

Em suma, essa questão sensível, que traz à tona as múltiplas facetas da dignidade da pessoa humana (BARROSO, 2012), apenas encerra uma das muitas particularidades que envolvem o direito à saúde, de viés concomitantemente subjetivo e social, que exige a todo momento dos julgadores um árduo trabalho de sopesamento.

Destarte, as complexidades e interesses, muitas vezes antagônicos, que envolvem tal matéria apenas confirmam o contexto plural e complexo do novo paradigma de Direito introduzido pela Constituição Cidadã. Diante desse cenário, a saúde não pode ser tratada no âmbito do Judiciário de forma superficial pelos operadores do Direito, especialmente por aqueles que vão criar para o ente público demandado a obrigação de fornecimento.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste derradeiro capítulo chega-se à conclusão de que as potencialidades do Estado Constitucional de Direito e suas principais ferramentas para tangenciar o interesse público primário e os direitos coletivos, como as Ações Cíveis Públicas (ACP's), não são plenamente exercidas hodiernamente. Principalmente, considerando o contexto da saúde, constatou-se no estudo em tela que as ACP's, previstas como instrumento para racionalização dessa litigância de massa, acabaram por endossar a judicialização indiscriminada da saúde.

Esse efeito indesejado surgiu, em virtude de as ACP's da amostra analisada, em sua maioria, não apresentarem justa causa, ou seja, lastro probatório mínimo que justificasse a intervenção do Judiciário. Tal consequência se produziu seja porque nessas demandas não foi demonstrada falha imputada à política de saúde ou seja porque elas foram propostas de forma alheia à jurisprudência adotada aqui como parâmetro: a STA nº 175/CE do STF. De forma reflexa, nessas ações destituídas de fundamentação indicativa de justa causa, também não esteve presente o requisito da conveniência social, elemento caracterizador do processo coletivo.

Em face do exposto, o panorama que se delinea é o seguinte: essas ACP's fundamentadas de forma rasteira e destituídas de relevância para a sociedade, porque tutelam o direito à saúde unicamente em sua faceta subjetiva, configuram, em verdade, ações individuais travestidas de coletivas. Portanto, em 206 ACP's da amostra, o membro do Ministério Público, de acordo com a argumentação aqui exposta, não teria legitimidade ativa para atuar.

Outrossim, forçoso concluir que o processo coletivo, importante instrumento de pacificação social e de harmonização do ordenamento jurídico em um cenário heterogêneo, não foi usado para discutir os obstáculos que geram as dificuldades no acesso à saúde. Nesse diapasão, ao mirar apenas as consequências do problemas encontrados na política pública e não as suas causas, essas demandas individuais mascaradas de coletivas acabaram provocando ainda mais iniquidades e fragmentariedades na política pública de saúde. Provas disso são o orçamento “inchado” da rubrica Sentenças, que supera o de programas fundamentais do SUS, como o de medicamentos básicos e de alto custo. Em adendo, há o fato de que as regiões mais pobres do Estado de Minas Gerais quase não apareceram na amostra em estudo, revelando que os cidadãos mais necessitados foram justamente os negligenciados pela atual judicialização da saúde.

Além disso, observou-se que as petições iniciais e as decisões apresentaram um certo padrão em sua fundamentação ou motivação, o qual, não raro, alicerçou-se em argumentos que contrariam a doutrina, a jurisprudência e os parâmetros da legalidade. De mais a mais, essa uniformização de iniciais e decisões rasas, que se retroalimentam, violam o direito de ação e o direito de atuação no processo de forma colaborativa e em paridade de armas. Destarte, o atual perfil da judicialização da saúde delineado no Estado de Minas Gerais endossa o paradigma Liberal de Direito em plena vivência do Estado Constitucional de Direito. Por conseguinte, apesar de o Ministério Público e o Judiciário terem sido conclamados a assumir novos papéis no neoconstitucionalismo, enquanto instâncias de solução de conflitos metaindividuais no contexto da democracia contra hegemônica, essas instituições ainda não conseguiram se desvencilhar de suas antigas formas de atuação.

Por fim, como reflexão derradeira, surge a seguinte questão: no novo constitucionalismo inaugurado com a Lei Maior de 1988, foi alargado o conceito de legalidade e as normas de direito fundamental foram alçadas ao centro do ordenamento jurídico, dotadas de força imperativa. Com isso, expandiram-se as possibilidades de atuação judicial, sobretudo no que concerne ao controle da Administração Pública, aí incluído o controle de políticas públicas. Dessa feita, a Administração Pública foi retirada de sua zona de conforto, estando constantemente sob a vigília dos cidadãos, Promotores, Juízes e Defensores.

Todavia, torna-se urgentemente necessária a definição de quem exercerá o controle acerca das atividades do Judiciário, com a finalidade de se evitar arbitrariedades como as encontradas no estudo em comento, ao longo das petições iniciais e decisões transcritas alhures. Isto é, resta saber quais ferramentas do neoconstitucionalismo irão permitir que o Judiciário seja retirado da zona de conforto em que ele se instalou, de forma a que esse Poder se torne mais transparente. Caso contrário, corre-se o risco de o novo constitucionalismo ter produzido apenas uma dança das cadeiras entre os Poderes, na qual o Judiciário encontra-se atualmente entronado e laureado. Esse desequilíbrio na balança que harmoniza os três Poderes Públicos, em virtude de o Judiciário ter sido alçado a um espécie de “casta superior”, atuando como salvador dos demais Poderes e da própria sociedade, pode simplesmente significar a perpetuação dos males do paradigma de Estado Liberal de Direito, para além de outros efeitos trágicos para o Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. Ações Coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos. Rio de Janeiro: Forense, 2000

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 240: 83-103, abr./jun. 2005. Disponível em <file:///C:/Users/Dell/Downloads/43620-92340-1-PB.pdf>. Acesso em 19 set. 2014.

BARROSO, Luis Roberto. Aqui, lá e em todo lugar: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. Revista dos Tribunais, 919:127-196, 2012.

_____ Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Revista Jurídica UNIJUS, Uberaba, v.11, n. 15, 2008. Disponível em <http://www.uniube.br/publicacoes/unijus/arquivos/unijus_15.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2013.

BATISTA, Onofre Alves. Princípio constitucional da eficiência administrativa. 2 ed. rev. atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BRASIL, Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Resolução de Diretoria Colegiada – RDC nº 111 de 6 de Setembro de 2016. Dispõe sobre a autorização de uso excepcional, de caráter temporário, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), do medicamento Avastin® (25 mg/ml solução para diluição para infusão), no tratamento da Degeneração Macular Relacionada à Idade (DMRI). Diário Oficial da União. Brasília, 08 de setembro de 2016.

BRASIL. Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias do SUS. Protocolos e Diretrizes. Disponível em: <http://conitec.gov.br/protocolos-e-diretrizes>. Acesso em 12 abr. 2016.

BRASIL, Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 1451/95. Diário Oficial da União. Brasília, 17 de março de 1995. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1995/1451_1995.htm>. Acesso em: 19 dez. 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Regulação em Saúde. Coleção Progestores/Para entender a gestão do SUS, Brasília, 2007, 1º edição. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/colec_progestores_livro10.pdf. Acesso em: 15 mar. 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais... Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 fev. 2015.

BRASIL, Decreto nº 5144/2004. Regulamenta os §§ 1o, 2o e 3o do art. 303 da Lei no 7.565, de 19 de dezembro de 1986, que dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica, no que concerne às aeronaves hostis ou suspeitas de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins. Diário Oficial da União, Brasília, 16 de julho de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5144.htm>. Acesso em: 15 jan. 2017.

BRASIL, Decreto nº 7508/2011. Regulamenta a Lei no 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 28 de junho de 2011.

BRASIL, Decreto nº 7647/2011. Dispõe sobre a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde e sobre o processo administrativo para incorporação, exclusão e alteração de tecnologias em saúde pelo Sistema Único de Saúde - SUS, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 21 de dezembro de 2011.

BRASIL, Decreto-Lei nº 2848/1940. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Diário Oficial da União, Brasília, 07 de dezembro de 1940. Acesso em: 15 jan. 2017.

BRASIL, Lei nº 8080/1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 19 de setembro de 1990.

BRASIL, Lei 12401/2011. Altera a Lei no 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. Diário Oficial da União, Brasília, 28 de abril de 2011. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112401.htm>. Acesso em: 27 mar. 2016.

BRASIL, Lei nº 13105/2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 16 de março de 2015.

BRASIL. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. Portaria nº 399 de 22 de fevereiro de 2006. Divulga o Pacto pela Saúde 2006 – Consolidação do SUS e aprova as Diretrizes Operacionais do Referido Pacto. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2006/prt0399_22_02_2006.html. Acesso em: 11 mai. 2016.

BRASIL. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. Portaria nº 1554 de 30 de julho de 2013. Dispõe sobre as regras de financiamento e execução do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Disponível em: <http://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2014/abril/02/pt-gm-ms-1554-2013-alterada-1996-2013.pdf>. Acesso em: 11 mai. 2016.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria Executiva. Sistema Único de Saúde: princípios e conquistas. Brasília: Ministério da Saúde, 2000.

BRASIL. Resolução Normativa da Agência Nacional de Saúde nº 259/2011. Dispõe sobre a garantia de atendimento dos beneficiários de plano privado de assistência à saúde e altera a Instrução Normativa – IN nº 23, de 1º de dezembro de 2009, da Diretoria de Normas e Habilitação dos Produtos – DIPRO. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTc1OA==>. Acesso em: 19 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1327846/MG. Relator: Napoleão Nunes Maia Filho. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 09 de junho de 2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF. Ministro Relator: Celso de Mello – Tribunal Pleno. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 04 de maio de 2004.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186/DF. Relator: Ricardo Lewandowski – Tribunal Pleno. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 26 de abril de 2012.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relatora: Carmen Lúcia - Tribunal Pleno. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 07 de maio de 2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 271.286/RS. Relator: Celso de Mello – Segunda Turma. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 24 de novembro de 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 248.869. Relator: Maurício Correa - 2ª Turma. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 07 de agosto de 2003.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Liminar nº 47/PE. Relator: Gilmar Mendes – Tribunal Pleno. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 30 de março de 2005.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Liminar nº 175/CE. Relator: Gilmar Mendes – Tribunal Pleno. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 17 de março de 2010.

CAMPOS NETO, Orozimbo Henriques. As ações judiciais por anticorpos monoclonais em Minas Gerais, 1999-2009: médicos, advogados e indústria farmacêutica. 2012. 81 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Mestrado em Saúde Pública da Faculdade de Medicina da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estudos sobre direitos fundamentais. 1ed. 3. Tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

DIDIER, Fredie Jr.; ZANETI, Hermes Jr. Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo. Vol. 04. Salvador: Jus Podium, 2012.

DO VALLE, Vanice Regina Lírio. Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle e Judicial. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. Possibilidades e limites do controle judicial sobre as políticas públicas de saúde: um contributo para a dogmática do direito à saúde. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução Nelson Boeira. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FIRMO, Osvaldo Oliveira Araújo. Direito à saúde: reflexão sobre a ética da decisão judicial. Revista do Instituto dos Magistrados do Ceara, Fortaleza, v. 1n. 29 e 30, p. 293-306, jan./dez, 2011.

GADELHA, Maria Inês. O papel dos médicos na judicialização da saúde. Revista CEJ, Brasília, Ano XVIII, n. 62, p. 65-70, jan./abr. 2014

GIDI, Antônio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2003, nº 108.

GIOVANELLA, Lígia; MENDONÇA, Maria Helena Magalhães. Atenção Primária à Saúde. In: Políticas e Sistemas de Saúde no Brasil. GIOVANELLA et. al. (orgs.). Rio de Janeiro, Ed. Fiocruz, 2008.

GOMES, Fernanda de Freitas Castro. A judicialização da saúde em Minas Gerais: uma avaliação dos processos judiciais relacionados aos procedimentos ambulatoriais e hospitalares no período 1999-2009. 2013. 103 f. Dissertação (Mestrado) - Programa de Mestrado em Saúde Pública da Faculdade de Medicina da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013.

LEONEL, Ricardo de Barros. Manual do processo coletivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de processo Civil, teoria do processo civil. vol. 01. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Intervenção do Ministério Público no processo civil: críticas e perspectivas. In Carlos Alberto Salles. Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social. São Paulo: RT, 2003.

_____. Regime Jurídico do Ministério Público. 6. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007b.

_____. A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 25ª e., rev., ampl. E atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. A atuação do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. V. 73, Set-Out/2011. São Paulo.

MINAS GERAIS. Secretaria de Estado da Saúde de Minas Gerais. Sistema Estadual de Regulação Assistencial de Minas Gerais. Belo Horizonte, 1º ed., dezembro de 2005. Disponível em:

<http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/2/docs/cartilha_sistema_estadual_regulacao_assisten_cial_mg.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2016.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Mandado de Segurança nº 1.0000.15.036523-7/000. Relator: Des. Moreira Diniz – 4ª Câmara Cível. Diário de Justiça Eletrônico, Belo Horizonte, 29 de outubro de 2015.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo de Instrumento nº 1.0704.15.011710-6/001. Relator: Renato Dresch. Diário de Justiça Eletrônico, Belo Horizonte, 13 de setembro de 2016.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível 1.0701.14.040823-1/001. Relator: Renato Dresch. Diário de Justiça Eletrônico, Belo Horizonte, 15 de dezembro de 2016.

NORONHA, José Carvalho de; LIMA, Luciana Dias e MACHADO, Cristiani Vieira. O Sistema Único de Saúde – SUS. In: Políticas e Sistemas de Saúde no Brasil. GIOVANELLA et. al. (orgs.). Rio de Janeiro, Ed. Fiocruz, 2012.

MEDRADO, Raquel Guedes. SOS SUS: A judicialização das políticas públicas de saúde - Um estudo de caso em Minas Gerais. 2013.117f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Mestrado em Administração Pública da Fundação João Pinheiro, Belo Horizonte, 2013.

MENICUCCI, T.M.G. Público e privado na política de assistência à saúde: atores, processo e trajetória. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2007.

MENICUCCI, T.M.G.; BRASIL, F. P. D. Construção de agendas e inovações institucionais: análise comparativa da reforma sanitária e reforma urbana. Revista Estudos de Sociologia, n.29, 2010. Disponível em <<http://piwik.seer.fclar.unesp.br/estudos/article/viewFile/2971/2713>> Acesso em 08/01/2015.

NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (coord.). A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

OECD, Health Data 2005. Statistics and Indicators for 30 countries. Disponível em:<<http://www.oecdbookshop.org/oecd/dispatch/>>. Acesso em 20 de fevereiro de 2017.

PAIM, Jairnilson Silva. Modelos de atenção à saúde no Brasil. In: Políticas e Sistemas de Saúde no Brasil. GIOVANELLA et. al. (orgs.). Rio de Janeiro, Ed. Fiocruz, 2012.

PEREIRA, Lucimara Ribeiro. Judicialização da saúde e mudanças organizacionais: o impacto das decisões judiciais na estrutura da Secretaria de Estado de Saúde de Minas Gerais – SES-MG. 2012. 155 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Mestrado em Administração Pública da Fundação João Pinheiro, Belo Horizonte, 2012.

ROCHA, Heloisa Helena Nascimento; PINTO, Luciana Moraes Raso Sardinha. Poder Judiciário e inclusão social: considerações acerca do papel do controle judicial das políticas públicas para a efetividade dos direitos sociais. In: PIRES, Maria Coeli Simões; BARBOSA, Maria Elisa. Consórcios Públicos: instrumento do federalismo cooperativo. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

RODRIGUES, Camila Lins. Sistemas de atenção à saúde e políticas de medicamentos na América Latina: uma análise do Brasil e da Argentina. *Revista Economia e Políticas Públicas*. Universidade Estadual de Montes Claros, Montes Claros, vol. 3, nº 0, 1º Semestre/2015, p. 111-134.

SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Porto: Edições Afrontamento, 2003.

SÃO PAULO, Conselho Nacional de Justiça. Enunciados aprovados na I Jornada de Direito da Saúde de 15 de maio de 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENRIA_15_5_14_r.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2016.

SÃO PAULO, Conselho Nacional de Justiça. Enunciados aprovados na II Jornada de Direito da Saúde de 18 a 19 de maio de 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/05/96b5b10aec7e5954fcc1978473e4cd80.pdf>>. Acesso em: 05 dez. 2016.

SÃO PAULO. Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo. Súmula nº 07. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/conselho_superior/sumulas>. Acesso em 09 de outubro de 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed. rev. atual. amp. Porto Alegre: Livraria, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito do Consumidor* n. 67, 2008, p. 125-172. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2016.

SCOREL, Sarah. História das políticas de saúde no Brasil de 1964 a 1990: do golpe militar à reforma sanitária. In: *Políticas e Sistemas de Saúde no Brasil*. GIOVANELLA et. al. (orgs.). Rio de Janeiro, Ed. Fiocruz, 2012.

SEN, Amartya Kumar. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SIMÕES, Fabrício Henrique dos Santos. *Judicialização do acesso ao tratamento do diabetes no estado de minas gerais*. 2004. 107 f. Dissertação (Mestrado)– Programa de Mestrado em Saúde pública da Faculdade de Medicina da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015.

SOLLA, Jorge; CHIORO, Arthur. *Atenção Ambulatorial Especializada*. In: *Políticas e Sistemas de Saúde no Brasil*. GIOVANELLA et. al. (orgs.). Rio de Janeiro, Ed. Fiocruz, 2012.

STARFIELD, B. Atenção Primária: equilíbrio entre necessidades de saúde, serviços e tecnologia. Brasília: Unesco, Ministério da Saúde, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades? *Senso Incomum, Conjur*, 18 de dezembro de 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades>>. Acesso em: 02 de abr. de 2016.

----- Dilema de dois juízes diante do fim do Livre Convencimento do NCPC. *Senso Incomum, Conjur*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mar-19/senso-incomum-dilema-dois-juizes-diante-fim-livre-convencimento-ncpc#_ftn1>. Acesso em: 02 abr.2016.

UGÁ, Maria Alicia D.; PORTO, Sílvia Marta e PIOLA, Sérgio Francisco. Financiamento e alocação de recursos em saúde no Brasil. In: *Políticas e Sistemas de Saúde no Brasil*. GIOVANELLA et. al. (orgs.). Rio de Janeiro, Ed. Fiocruz, 2012.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VILAÇA, Eugênio. As redes de atenção à saúde. *Ciência Saúde Coletiva*, vol. 15, n. 05, Rio de Janeiro, agosto de 2010.

YOSHINAGA, Juliana Yumi. Judicialização do Direito à saúde: a experiência do estado de São Paulo na adoção de estratégias judiciais e extrajudiciais para lidar com esta realidade. *Revista eletrônica sobre a reforma do Estado*, nº 24, Salvador, dez/jan/fev de 2011.

