

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS**

**Denise Vieira Travassos**

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE:  
estudo de Casos de Três Tribunais Brasileiros**

Belo Horizonte

2012

**Denise Vieira Travassos**

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE:  
estudo de Casos de Três Tribunais Brasileiros**

Tese apresentada ao Colegiado do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Odontologia da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Odontologia – área de concentração em Saúde Coletiva

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Efigênia Ferreira e Ferreira

Co-Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Daniela Freitas Marques

**Faculdade de Odontologia da UFMG**

Belo Horizonte

2012

T779j Travassos, Denise Vieira  
2012 Judicialização da saúde e Sistema Único de Saúde : estudo  
de casos de  
T três tribunais estaduais./ Denise Vieira Travassos. 2012.  
132 f.: il.  
Orientadora: Efigênia Ferreira e Ferreira  
Co-orientadora: Daniela Freitas Marques  
Tese ( Doutorado)- Universidade Federal de Minas  
Gerais,  
Faculdade de Odontologia.  
1.Direito à saúde – legislação & jurisprudência -Teses. 2.  
Sistema Único de Saúde – legislação & jurisprudência - Teses.  
I. Ferreira, Efigênia Ferreira e. II. Marques, Daniela Freitas. III.  
Universidade Federal de Minas Gerais. Faculdade de  
Odontologia. IV.Título.


BLACK

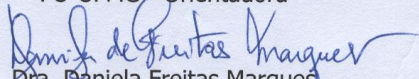
D047

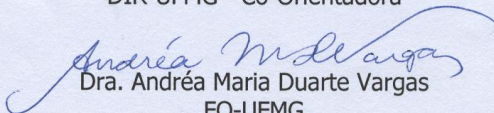


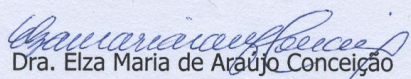
UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS  
FACULDADE DE DONTOLOGIA  
Programa de Pós-Graduação em Odontologia

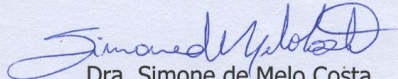
Tese intitulada "*Judicialização da saúde e Sistema Único de Saúde: estudo de caso de três tribunais estaduais*", área de concentração em **Saúde Coletiva**, apresentada por **Denise Vieira Travassos**, para obtenção do grau de **Doutor em Odontologia, APROVADA** pela Comissão Examinadora constituída pelos seguintes professores:

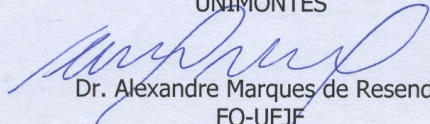
  
Dra. Efigênia Ferreira e Ferreira  
FO-UFMG - Orientadora

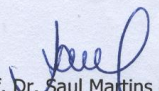
  
Dra. Daniela Freitas Marques  
DIR-UFMG - Co-Orientadora

  
Dra. Andréa Maria Duarte Vargas  
FO-UFMG

  
Dra. Elza Maria de Araújo Conceição  
FO-UFMG

  
Dra. Simone de Melo Costa  
UNIMONTES

  
Dr. Alexandre Marques de Resende  
FO-UFJF

  
Prof. Dr. Saul Martins de Paiva  
Coordenador do Colegiado do  
Programa de Pós-Graduação em Odontologia

Belo Horizonte, 28 de agosto de 2012.



UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS  
Faculdade de Odontologia  
Colegiado do Programa de Pós-Graduação em Odontologia  
Av. Pres. Antônio Carlos, 6627 - Pampulha  
Belo Horizonte - MG - 31.270-901  
Tel: (31) 3409 2470 Fax: (31) 3409 2472  
[www.odonto.ufmg.br](http://www.odonto.ufmg.br) - [odonto-posgrad@ufmg.br](mailto:odonto-posgrad@ufmg.br)



Ata da Comissão Examinadora para julgamento da Tese de Doutorado em Odontologia, área de concentração em **Saúde Coletiva**, da candidata **Denise Vieira Travassos**.

Aos 28 de agosto de 2012, às 14:00 h, na sala de Pós-Graduação (3403) da Faculdade de Odontologia, reuniu-se a Comissão Examinadora, composta pelos professores Dra. Efigênia Ferreira e Ferreira, Dra. Daniela Freitas Marques, Dra. Andréa Maria Duarte Vargas, Dra. Elza Maria de Araújo Conceição, Dra. Simone de Melo Costa e Dr. Alexandre Marques de Resende. A Professora Dra. Efigênia Ferreira e Ferreira, Orientadora da Tese, na qualidade de Presidente da sessão, apresentou a Comissão Examinadora e declarou abertos os trabalhos. A candidata foi dado o tempo de até 50 (cinquenta) minutos para fazer a exposição oral sobre o seu trabalho "**Judicialização da saúde e Sistema Único de Saúde: estudo de caso de três tribunais estaduais**". Encerrada a exposição, foi iniciada a arguição, dentro do limite de tempo de 30 (trinta) minutos, pelos Professores Dra. Andréa Maria Duarte Vargas, Dra. Elza Maria de Araújo Conceição, Dra. Simone de Melo Costa e Dr. Alexandre Marques de Resende, com limite de 30 (trinta) minutos para a resposta. Terminadas as arguições, a Presidente suspendeu os trabalhos por 10 minutos para que os examinadores pudessem decidir pelo resultado a ser dado à candidata. A Comissão Examinadora opta pela **APROVAÇÃO** da candidata. Para constar, lavrou-se a presente ata, que vai assinada por mim, Dra. Efigênia Ferreira e Ferreira, Presidente e pelos demais membros desta comissão examinadora. Belo Horizonte, 28 de agosto de 2012.

Dra. Efigênia Ferreira e Ferreira  
FO-UFMG - Orientadora

Dra. Andréa Maria Duarte Vargas  
FO-UFMG

Dra. Simone de Melo Costa  
UNIMONTES

Dra. Daniela Freitas Marques  
DIR-UFMG - Co-Orientadora

Dra. Elza Maria de Araújo Conceição  
FO-UFMG

Dr. Alexandre Marques de Resende  
FO-UFJF

## DEDICATÓRIA

A Deus, por toda uma vida de privilégios que tem me oferecido;  
Ao meu pai, Edison, por encontrar nele um exemplo de caráter, disciplina e compromisso;  
A minha mãe, Jovita, pelo carinho dedicado por toda uma vida;  
Aos meus irmãos, Edison e Daisy, pelo apoio e conforto nos momentos mais difíceis;  
Ao meu marido, Fábio pelo amor e companheirismo;  
Ao meu filho, Francisco, que me fez compreender o sentido da vida.

## AGRADECIMENTOS

A Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Efigênia Ferreira e Ferreira, orientadora e amiga, que soube me fazer percorrer estes passos com a dose certa de serenidade e seriedade;

A Prof<sup>a</sup>. Elza Maria de Araújo Conceição, mais que uma amiga, pelo carinho, estímulo e apoio na minha vida profissional e pessoal;

Aos meus Colegas de Departamento, pela caminhada conjunta;

Aos Professores Wagner Castro, Elisa, Célia e Tarcilia pela presença constante e amizade;

Aos meus colegas nesta jornada Aline, Carolina e Marco Túlio;

A meus Colegas de trabalho, e amigos, do CASEU: José Carlos, Karla, Lumena, Ana Teresa e Geralda, pela ajuda, compreensão e torcida;

A Prof<sup>a</sup>. Raquel Conceição Ferreira, cujo apoio e dedicação tornaram viável a conclusão deste trabalho;

**A todos que de forma direta e indireta contribuíram para que este trabalho fosse realizado.**

## RESUMO

O direito à saúde, considerado um dos direitos humanos fundamentais, muitas vezes tem sua garantia procurada através do poder judiciário. O objetivo desse trabalho foi descrever e analisar as características das ações impetradas contra o Sistema Único de Saúde (SUS) e que tiveram recurso em segunda instância quanto aos resultados dessas ações nos registros de três tribunais brasileiros. Foi realizada uma pesquisa dos acórdãos nos sítios dos Tribunais de Justiça dos Estados de Pernambuco (PE), Rio Grande do Sul (RS) e Minas Gerais (MG), utilizando-se um roteiro próprio. Foram analisados 558 acórdãos e a maioria das decisões foi favorável aos usuários (86,2%) nos três grupos, embora em MG tenha sido observado maior número de ações favoráveis ao SUS e ao usuário-SUS ( $p < 0,05$ ). Houve maior frequência de ações ordinárias (73,1%) e na maior parte das ações não foi possível verificar o representante jurídico do autor (54,5%), e nas que foram possível essa verificação, a defensoria pública foi mais frequente (71,5%), sendo este percentual ainda maior no RS (90,2%). Houve um grande número de pedidos liminares (83,8%) que foram quase sempre deferidos (91,2%), com alegação de urgência/emergência do pedido em quase totalidade deles (98,8%). Na maior parte das decisões não foi possível verificar a situação econômico-financeira do demandante e o representante do autor (69,1% e 54,5%, respectivamente). A titularidade das ações foi predominantemente individual nos três estados, tendo estas ações maior frequência de resultados favoráveis aos usuários, principalmente quando o conteúdo da decisão fundamentou-se na alegação de urgência e emergência e nas prescrições de profissionais de saúde do SUS. As doenças e agravos encontrados nas decisões foram agrupados segundo a Classificação Internacional das Doenças – CID10. Avaliou-se a distribuição das doenças/agravos dos demandantes por local de origem do acórdão e segundo a demanda requerida. A distribuição das doenças/agravos variou entre os tribunais, com distribuição desigual na demanda requerida. A alta ocorrência de demandas por medicamentos motivou uma análise especial dessa variável (caracterizada quanto à origem do acórdão, características da ação, do demandante e quanto ao resultado). Os medicamentos foram classificados de acordo com a inclusão na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME). As doenças mais alegadas pelos demandantes foram as do aparelho circulatório (17,2%). Na maior parte das ações, a demanda requerida foi por medicamentos (79,6%). A maioria dos medicamentos não era pertencente à RENAME. Houve mais demanda por medicamentos entre as ações cuja representação jurídica foi de um advogado particular e mais ações demandando medicamentos entre as originadas em prescrições de profissionais de saúde particular. A argumentação legal mais frequentemente utilizada nas decisões favoráveis aos usuários foram os artigos da Constituição Federal (Art. 1; Art. 5; Art. 6 ao 9, Art. 198 a 203; Art. 23) e leis específicas de cada Estado. Os princípios de direito que fundamentaram, com maior frequência, as decisões favoráveis ao usuário foram direito à vida, à saúde e dignidade da pessoa humana; os que fundamentaram as decisões favoráveis ao SUS foram mínimo existencial e reserva do possível, distributividade, razoabilidade e isonomia. A justiça tem sido procurada como alternativa de acesso aos serviços de saúde, principalmente no que diz respeito à assistência farmacêutica. O usuário tem buscado de forma individual garantir seu direito à saúde, recorrendo ao próprio poder público para a propositura da ação, mas percebe-se uma diferença de postura jurídica entre os tribunais avaliados, embora com uma forte tendência do judiciário em acolher estas solicitações. O impacto destas decisões deve ser melhor analisado e compreendido pelos dois lados envolvidos no processo, o Poder Judiciário e os Serviços Públicos de saúde como forma de não provocar maiores iniquidades no sistema.

**Palavras-chave:** Direito a Saúde, Poder Judiciário, Sistema Único de Saúde.



## ABSTRACT

Court decisions are sought as a way to protect the social rights of citizens. The aim of the present study was to describe and compare records from three Brazilian courts in cases involving the public healthcare system and the results of these cases. A survey was made of the judgments listed on electronic sites of Justice Halls in states of Pernambuco, Rio Grande do Sul and Minas Gerais. A total of 558 judgments were analyzed. There was a greater frequency of ordinary cares (73.1%). In the majority of cases, it was not possible to identify the juridical representative of the defendant (54.5%). In those cases in which such identification was possible, a public defender was the most common (71.5%), with an even higher percentage in the state of Rio Grande do Sul (90.2%). The cases were predominantly individual in all three states. There were a large number of requests for injunctions (83.8%), which were nearly always deferred (91.2%), with the allegation of urgency/emergency in nearly the entirety of such cases (98.8%). The majority of decisions were favorable to the users of the public healthcare system (86.2%) in all three states, although a greater number of decisions favoring the public healthcare system or the user/public healthcare system were observed in the state of Minas Gerais ( $p < 0.05$ ). In most decisions, it was not possible to determine the economic-financial status of the plaintiff or representative of the defendant (69.1% and 54.5%, respectively). Diseases were classified based on the International Classification of Diseases. The distribution of diseases by claimants per local of origin of the court decision and demand was analyzed. Medications were classified based on their appearance or non-appearance on the Brazilian National List of Essential Medications, denominated RENAME. The chi-square test was employed to assess associations regarding the requests for medications ( $p < 0.05$ ). The most common diseases were related to the circulatory system (17.2%). The majority of demands were for medications (79.6%), most of which are not listed on the RENAME. The distribution of diseases/conditions varied among the different courts. Distribution in demands was unequal in relation to the diseases. There was greater demand for medications among cases with juridical representation involving a private attorney and among those founded on prescriptions issues by health professionals from the private sector. The legal argument most often used in decisions favorable to the users of the public healthcare system were the articles of the Constitution (Article 1, Section 5, Article 6-9, Article 198 to 203, Article 23) and specific laws of each state. The principles of law that underling most frequently the decisions were favorable to the users were the right to life, health and human dignity, and justifying the decisions favorable to SUS were existential minimum, reserve as possible, distributive, reasonableness and isonomy. The courts are sought as an alternative for access to healthcare services and there was a tendency on the part of the courts to grant these requests. However, differences in juridical stances are perceived among the courts analyzed. The impact of such decisions should be analyzed in depth and understood by both sides involved in the process (courts and public healthcare services) in order to avoid the aggravation of inequalities in the system.

**Keywords:** Right to Health, Brazilian Public Healthcare System, Jurisprudence

## LISTA DE ABREVIATURA

CID10	-	Classificação Internacional das Doenças
MG	-	Minas Gerais
ONG	-	Organização Não Governamental
PE	-	Pernambuco
RENAME	-	Relação Nacional de Medicamentos Essenciais
RS	-	Rio Grande do Sul
SUS	-	Sistema Único de Saúde
TJMG	-	Tribunal do Estado de Minas de Gerais
TJPE	-	Tribunal do Estado de Pernambuco
TJRS	-	Tribunal do Estado Rio Grande do Sul

## SUMÁRIO

### PARTE I

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 REVISAO DA LITERATURA.....	13
2.1 Conceito de Saúde.....	13
2.2 O Direito à Saúde.....	15
2.3 O Direito Brasileiro.....	22
2.4 O Sistema Único de Saúde (SUS).....	27
2.5 Alocação de recursos.....	29
2.6 Reserva do possível e mínimo existencial.....	33
2.7 Judicialização da Saúde.....	35
2.8 Os caminhos legais de um processo pelo direito à saúde.....	39
3 OBJETIVOS.....	44
3.1 Objetivo Geral.....	44
3.2 Objetivos Específicos.....	44
4 METODOLOGIA.....	45
4.1 Cálculo amostral.....	46
4.2 Variáveis .....	47
4.2 Análise.....	49
4.3 Questões éticas.....	49
REFERÊNCIAS .....	50
5 RESULTADOS E DISCUSSÃO.....	57
5.1 Primeiro Artigo.....	58
5.2 Segundo Artigo.....	81
5.3 Terceiro Artigo.....	105
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	130
APÊNDICE	
APÊNDICE A - Roteiro de avaliação dos acórdãos.....	132

## 1 INTRODUÇÃO

Usufruir de saúde é uma condição que pode ser considerada básica para existência de qualquer ser humano, pois desta deriva a capacidade para exercer as demais atividades necessárias para ter uma boa qualidade de vida ou até mesmo de sobrevivência.

A responsabilidade de proporcionar saúde deveria ser compartilhada entre o indivíduo e Estado. O indivíduo ao fazer escolhas favoráveis para que alcance uma vida saudável, embora o poder de decisão do indivíduo seja limitado por fatores externos muitas vezes impossíveis de serem modificados pelo próprio indivíduo. Enquanto o Poder Público teria a obrigação de proporcionar meios de recuperação e manutenção desta saúde, independentemente da situação econômica do cidadão.

As políticas públicas no país nem sempre conseguem oferecer as condições básicas de vida como água tratada e saneamento básico, o que dizer quando um cidadão necessita de cuidados especiais, que demandam gastos maiores a serem feitos apenas com ele.

O surgimento da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida causou uma revolução em vários aspectos na saúde pública brasileira. Houve um avanço rápido nas pesquisas, com descobertas, na mesma velocidade, de medicamentos que poderiam proporcionar melhor qualidade de vida. Como estes tratamentos não estavam disponíveis e acessíveis a todos, o que se observou, em termos de movimento social, foi uma forte capacidade de união da minoria inicialmente atingida pela doença para defender seu direito de receber tratamento.

Este movimento de defesa dos direitos pela saúde, proporcionado inicialmente pelos pacientes portadores do vírus da deficiência humana (HIV), parece ter causado uma consciência em alguns setores da população de seus direitos e da possibilidade de luta para a satisfação dos mesmos.

No cenário econômico, no qual há uma distribuição de renda concentrada em poucas pessoas e muitas vivendo com recurso quase insuficiente para a alimentação da família e, com descrença nas instituições, que são alvo constante de denúncias, o indivíduo ao se sentir desamparado procura alternativas para satisfazer as suas necessidades. A via mais procurada na busca desta garantia tem sido a judicial.

A interferência do Poder Judiciário nos órgãos públicos de saúde, obrigando-os às mais diversas ações como fornecimento de medicamentos, tratamentos, internações ou qualquer outra solicitação do cidadão que encontre amparo legal, é questionada por muitos setores da sociedade; no entanto, as decisões encontram amparo no direito.

Questionamentos surgem da chamada judicialização da saúde sob diferentes aspectos:

o orçamentário, o ético, o legal e do equilíbrio entre os poderes. Argumentos defendendo e contrapondo todos os pontos de vista podem ser encontrados.

Quanto ao orçamento, na falta de recursos, os gestores públicos defendem que não há como atender às necessidades de toda a população e garantir saúde. Por outro lado, a um indivíduo que apresenta uma doença, o que lhe interessa é a sua própria saúde ou a sua vida.

Princípios éticos que deveriam nortear o pensamento moderno da medicina ou da saúde pública devem ser analisados à luz desse problema: a justiça social e a equidade. É questionável o argumento de que ao privar um indivíduo de um determinado tratamento para que o recurso seja utilizado em prol de uma coletividade poderá conseguir realmente uma melhora significativa na qualidade de vida das pessoas. Até que ponto seria justo sacrificar alguns para que muitos possam usufruir de uma melhor qualidade de vida?

Mesmo para os profissionais de saúde há consequências. O principal instrumento das ações são as prescrições, que muitas vezes são feitas de maneira displicente, pois o profissional nem imagina que será usada como peça fundamental em um processo judicial. Muitas vezes são encontradas irregularidades nas prescrições, que são descobertas pelos os gestores dos Sistema Único de Saúde e que ao contestarem as sentenças verificam as informações dos receituários e encontram situações irregulares como prescrições alheias à especialidade do médico ou até mesmo a utilização da Instituição Pública para a prescrição de paciente de clínica particular; situações estas que podem até ensejar denúncias contra os profissionais nos Conselhos de Medicina (CALLEGARI, 2006).

A existência do direito à saúde tem seu fundamento em leis, como a própria Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, assim como as leis infraconstitucionais. Essas leis reconheceram a existência deste direito que, ainda assim, é questionado por alguns, em termos de eficácia das normas que garantem os direitos fundamentais, da possibilidade de exigência de uma prestação positiva ao Poder Público ou do que poderia ser exigido. Uma revisão sistemática sobre o assunto demonstrou que, a maioria dos estudos brasileiros tem abrangência local e são concentrados na assistência farmacêutica, com número muito reduzido, que incluem Estados do nordeste. A maioria dos estudos centraliza a atenção em Estados do sul e sudeste, especialmente em São Paulo (PENALVA *et al*, 2011) .

Para proporcionar uma melhor compreensão da judicialização da saúde, em seu momento atual, foi desenvolvido o presente estudo. O objetivo foi realizar uma análise descritiva das decisões judiciais de três tribunais brasileiros, sobre os resultados em segunda instância proferidas pelos Tribunais de Justiça de Minas Gerais, Pernambuco e Rio Grande do

Sul, que envolveram o Sistema Único de Saúde e o seu cumprimento por parte deste órgão, apenas em demandas que envolvam a saúde pública.

## **2 REVISAO DA LITERATURA**

### **2.1 Conceito de Saúde**

O conceito de saúde mais abrangente foi dado pela Organização Mundial de Saúde (OMS) em 1946, definindo a saúde “como um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a simples ausência de doenças e outros danos”. Apesar das críticas a esta concepção de saúde, ela foi determinante para o reconhecimento deste direito fundamental do ser humano, tendo consolidado a concepção da necessidade de integração do indivíduo na sociedade, além da higidez física e mental. A saúde ficou reconhecida como indispensável à dignidade humana bem como a sua estreita relação com as condições sócio ambientais e econômicas (SILVA, 2007).

As críticas tecidas ao conceito da OMS eram principalmente porque a saúde passaria a ser algo ideal, inatingível e impossível de ser aplicado na prática. Em virtude disso surgiu a idéia de objetivar o conceito, considerando-o simplesmente, saúde, como ausência de doença, ligada unicamente ao aspecto biológico, sem considerar os demais fatores no seu entorno (SCLAR, 2007).

Em resposta às críticas, a OMS, em conferências posteriores, trabalhou e aprimorou o conceito de saúde. Em setembro de 1978, foi realizada a primeira Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde, que resultou na adoção de uma Declaração que reafirmou o significado da saúde como um direito humano fundamental e uma das mais importantes metas sociais mundiais, a Declaração de Alma-ATA. Concluiu-se que, a promoção e a proteção da saúde dos povos é essencial para o contínuo desenvolvimento econômico e social e, conseqüentemente, condição única para a melhoria da qualidade de vida dos homens e para a paz mundial (OPAS/OMS, 1978).

Em 1986, a Carta de Ottawa listou condições e recursos fundamentais, identificando campos de ação na promoção da saúde e ressaltando a importância da equidade. No mesmo sentido, em 1988, a Conferência da Austrália enfatizou a importância das políticas públicas como pressuposto para vidas saudáveis, destacando a responsabilidade das decisões políticas, especialmente as de caráter econômico para a saúde (MENDES, 2004).

A quarta Conferência foi realizada em Bogotá, Colômbia, em 1992 trazendo a discussão para a situação da saúde na América Latina, com o intuito de tentar conciliar

interesses econômicos e sociais na situação paradoxal de desigualdades no território (OPAS/OMS, 1992).

A normatização do conceito de saúde, por parte das autoridades, representou avanços na tentativa dos povos de conquistar melhoras das condições de vida e de saúde. O conceito foi trabalhado consagrando o coletivo, pensando no bem comum, no entanto, em âmbito individual estes conceitos tornam-se muitas vezes falhos.

Na prática, há uma lacuna quase que impossível de ser preenchida. Não há como estabelecer precisamente quando um indivíduo encontra-se saudável ou doente, pois muitas vezes uma pessoa pode estar saudável, mas não estar isenta de doença e o contrário também pode ser encontrado, nem todos os isentos de doença estariam sempre sadios. Muitas pessoas encontram-se ativas e produtivas, sem qualquer queixa ou sintomatologia, sem comprometimento fisiológico ou emocional evidente ou de suas atividades laborais, mas na verdade são portadoras de alguma doença ou condição patológica. O contrário também é verdadeiro, existem pessoas com comprometimentos, sofrimentos e limitações sem qualquer sinal clínico de patologias (ALMEIDA FILHO, 2000).

O conceito de saúde, além do componente biológico, tem um componente subjetivo, que envolve as necessidades de saúde que são as condições percebidas pelas pessoas que podem ser também diagnosticadas por profissionais (TRAVASSOS; MARTIN, 2004).

Não há um limite claro entre o que seria um sintoma normal, possivelmente ignorado pela maioria da população, e condições incapacitantes que requeiram suporte e tratamento. A maioria das pessoas tem sintomas subjetivos de saúde e, o que varia é a severidade e a interferência nas atividades diárias e na qualidade de vida. As pessoas que são mais sensíveis frequentam mais os serviços de saúde (ERIKSEN; URSIN, 2004).

A compreensão do que é saúde varia, portanto, de acordo com o indivíduo, suas crenças e valores, principalmente em função da causa de sua doença e a possibilidade de controle de sua situação; servindo estes fatores, inclusive, como preditores de adesão dos pacientes aos tratamentos propostos, forma de utilização dos serviços de saúde e escolhas saudáveis de estilo de vida (STREET; RICHARD; HAIDET, 2011).

A percepção em saúde é um indicador que pode ser usado como um preditor de morbidade e de mortalidade, sendo às vezes de maior valor até mesmo que o diagnóstico médico. Uma melhor percepção em saúde pode ser relacionada ao gênero (melhor percebida pelos homens), nas classes sociais mais favorecidas e nas pessoas com ocupação (ARTAZCOZ *et al*, 2004).

O nível de saúde percebida é usado em estudos e pode estar relacionado à saúde objetiva e à demanda por utilização dos serviços de saúde, por isso pode ser um indicador útil de avaliação das necessidades e no desenvolvimento de programas de saúde. Há uma relação positiva entre condição socioeconômica e percepção de saúde descrita na literatura. Comunidades menos favorecidas parecem apresentar piores níveis de saúde percebida (FERNANDEZ-MARTINEZ *et al*, 2012).

Mesmo as crianças já possuem percepções do que são saúde e doença, de acordo com a sua experiência de vida. Em estudo realizado com crianças de 7 a 12 anos, em uma escola e um hospital, percebeu-se que elas relacionavam a saúde a uma condição indispensável e essencial para se estar vivo, proporcionando a sensação de liberdade e bem estar. Já a doença foi descrita de forma diferenciada: para os escolares era algo teórico e para os hospitalizados, significava algo que lhe causava dor, sofrimento, podendo chegar á privações do seu cotidiano (MOREIRA; DUPAS, 2003).

Em um estudo realizado nos Estados Unidos, com o objetivo de avaliar a percepção de saúde cardiovascular em comunidades menos favorecidas, observou-se que as crenças, valores culturais, contexto social e interesses devem ser levados em consideração pelos gestores de saúde no planejamento das ações, pois seria necessária uma abordagem que envolvesse as perspectivas sociológica, psicológica, organizacional e cultural (BRYANT *et al*, 2010).

## **2.2 O Direito à Saúde**

Os direitos fundamentais são a representação, em leis, dos direitos humanos que, decorrentes do chamado direito natural, representam um conjunto de valores e interesses reconhecidos como necessários à existência humana (COMPARATO, 1997).

A existência do ser humano, que possui um conjunto de características que o distingue dos demais seres: a liberdade, a autoconsciência a sociabilidade, a historicidade e a sua unicidade existencial, é o próprio fundamento e a razão que justifica os direitos humanos. Direitos estes que são inerentes a todos, enquanto pessoas, sendo, portanto, universais, o que os diferencia dos demais direitos, que só existem e são reconhecidos, no caso da existência de situações especiais pré-definidas (COMPARATO, 1997).

Um marco no entendimento dos direitos humanos fundamentais é o pensamento do filósofo Alexy (2008), que construiu uma teoria acerca destes direitos na Constituição Alemã. Segundo o autor:



Para a teoria dos direitos fundamentais, é importante a distinção entre regras e princípios. Essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais... Nesse sentido, a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais (ALEXY, 2008, p. 85).

Há várias formas de distinguir regras e princípios, sendo o mais comum a generalidade. Assim, os princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto e as regras, ao contrário, tem grau de generalidade baixo.

Outra forma de diferenciar regras de princípios seriam as possibilidades de soluções em caso de colisões. O conflito entre as regras é resolvido pela inserção de uma cláusula de exceção que elimine a outra ou, não sendo isso possível, declarando uma delas inválida. A colisão de princípios é solucionada de outra maneira. Nenhum deles é declarado inválido, um dos princípios cede em relação a outro. O que ocorre é que um dos princípios tem precedência ao outro no caso concreto, em outro caso pode ser resolvido de forma oposta. As circunstâncias do caso é que determinarão qual o princípio tem o maior peso (ALEXY, 2008).

Os princípios, dentro de um ordenamento jurídico, podem ser assim considerados:

Enunciações normativas de valor genérico que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas (p 306)... Alguns se revestem de tamanha importância que o legislador lhes confere força de lei, inclusive no plano constitucional... como o princípio da isonomia. ...(p307) Os princípios gerais de direito põem-se, dessarte, como as bases lógicas do ordenamento jurídico, que recebe o seu sentido ético, a sua medida racional e sua força vital ou histórica. (REALE, 2000, p. 319)

Os direitos fundamentais podem ser classificados de acordo com a ordem cronológica de surgimento em direitos de primeira, segunda e terceira gerações, ou dimensões como alguns preferem chamar, admitindo-se ainda, a existência de direitos de 4ª geração (SARLET; FIGUEIREDO, 2007).

Os direitos de primeira geração são os chamados direitos negativos representados pelos direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade. Não dependem de regulamentação para serem usufruídos e importam um dever de abstenção por parte do Estado (ROCHA, 2006).

Os direitos fundamentais sociais são considerados os de segunda geração, não são direitos contra o Estado e sim que se materializam através dele, com prestações materiais positivas (KRELL, 2002).

Os de terceira geração são também chamados de direitos de solidariedade e de fraternidade, são os de titularidade coletiva ou difusa, tendo como destinatário o ser humano (ROCHA, 2006).

Os direitos sociais surgiram em nível constitucional somente no século XX, primeiramente com a Constituição do México (1917), a da Alemanha (1919) e a do Brasil (1934). Na Alemanha pós-guerra houve uma decisão de não inclusão dos direitos fundamentais na Lei Fundamental Alemã, como forma de proteção dos acontecimentos da época da tomada do poder pelos nazistas. Desta forma, há um direcionamento obrigatório da atuação estatal no sentido de garantir o bem estar social sem criar direitos subjetivos para o cidadão (KRELL, 2002).

A Declaração Universal dos Direitos do Homem foi adotada em 1948 pela Assembléia Geral das Nações Unidas, com 48 membros votando a favor e com oito abstenções. A Declaração teria como objetivo estabelecer um padrão a ser alcançado para as nações envolvidas. Os direitos humanos declarados são, em sua maioria, direitos individuais, que requerem um dever de abstenção dos governos como forma de garantir as liberdades individuais e deveres positivos de oferecer ações que proporcionem melhores condições de vida para os cidadãos (ANNAS, 2005).

Em seu texto, a Declaração defende de que toda pessoa “tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal (artigo 3º) e o direito de receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei (artigo 8º)”. Declara ainda, no art. 25, que:

Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle (BRASIL, 2005, p83.).

A Declaração proporcionou o início de um código internacional de direitos humanos, servindo como padrão para nortear as condutas governamentais em vários setores e tem um relacionamento direto com a medicina, saúde pública e a força dos sistemas de saúde (BACKMAN *et al*, 2008).

Os conflitos ideológicos dos países participantes das Nações Unidas retardaram em

quase 15 anos a assinatura dos dois tratados internacionais sobre direitos humanos. Eles foram divididos em dois: a Convenção Internacional de Direitos Civis e Políticos que incluem os direitos de igualdade, de liberdade e segurança pessoal, liberdade de locomoção, religião, expressão e associação; a Convenção Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que garante o bem estar do ser humano, incluindo o direito ao trabalho, recebendo um salário justo, direito a condições de vida favoráveis, a educação e o direito de todos de usufruir do mais alto estado de condições de saúde física e mental (ANNAS, 2005).

Os códigos internacionais de direitos humanos consistem em um sistema legal juridicamente vinculado. Entre os mais importantes para os sistemas de saúde são a Convenção Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e a Convenção de Direitos da Criança. A maioria dos países ratificou o primeiro e apenas dois, os Estados Unidos da América e a Somália, não ratificaram o segundo. O direito à saúde é parte integrante do corpo destes tratados internacionais (BACKMAN *et al*, 2008).

A Convenção Internacional para os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, é específico em relação à Saúde como garantia dos jurisdicionados, dispondo:

- Art. 12 - 1. Os estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental.  
 2. As medidas que os estados-partes no presente Pacto deverão adotar, com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito, incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar:
- c) A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças.
  - d) A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade (BRASIL, 2005, p. 84).

O Protocolo sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado em El Salvador, em 1988, dispõe, em seu artigo 10 que:

- 1 - Toda pessoa tem direito à saúde, compreendendo-se como saúde o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social.
- 2 - A fim de tornar efetivo o direito à saúde, os estados-partes comprometem-se a reconhecer a saúde como bem público e, especialmente, a adotar as seguintes medidas para garantir esse direito:
  - a) assistência primária à saúde, entendendo-se como tal a assistência médica essencial ao alcance de todas as pessoas e famílias da comunidade;
  - b) extensão dos benefícios dos serviços de saúde a todas as pessoas sujeitas à jurisdição do Estado;
  - c) total imunização contra as principais doenças infecciosas;
  - d) prevenção e tratamento das doenças endêmicas, profissionais e de outra natureza;
  - e) educação da população com referência à prevenção e ao tratamento dos problemas da saúde;
  - f) satisfação das necessidades de saúde dos grupos de mais alto risco e que, por sua situação de pobreza, sejam mais vulneráveis (BRASIL, 2005, p. 84).

O Comitê Internacional para os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais se fundamentou nos seguintes aspectos: a obrigação de garantir um mínimo e a realização de garantia progressiva dos direitos. Ressaltou que a garantia do mais alto padrão de saúde, não é, e não pode significar, necessariamente, ser saudável (CHINKIN, 2006).

Ainda no período pós-Segunda Guerra Mundial, o direito à saúde ganhou maior importância devido aos fatos relatados de pesquisas realizadas em campos de concentração com prisioneiros. Inicialmente, a intenção foi a de proteção da autonomia das pessoas e os indivíduos de pesquisa. Posteriormente, foi surgindo a idéia de responsabilidade legal do Estado com a saúde pública (FELDMAN, 2006).

A garantia do direito à saúde, além dos tratados internacionais, foi sendo incorporada em legislações internas de alguns países. Parece haver, pelo menos em termos legais, um compromisso maior com os direitos de saúde dos países de baixa renda. No entanto, a provável explicação para este fato não seria um maior atendimento da população, mas sim o fato dos estados de melhor renda possuírem textos constitucionais mais antigos, tendo sido redigidos em momentos nos quais não havia ainda a necessidade de discussão em torno do direito à saúde. Assim, as constituições concebidas antes de 1948, ano da Declaração Universal dos Direitos do Homem, não incluem o direito à saúde e, as que foram promulgadas nos últimos 60 anos, tendem a reconhecer este direito. Entre os componentes de um reconhecimento de um direito à saúde pelos Estados pode-se citar: a inclusão de medicamentos essenciais, princípios dos serviços de saúde (acessibilidade, princípios de disponibilidade, adequação, qualidade), e princípios gerais de direitos humanos (participação, responsabilidade, atenção aos grupos vulneráveis) (PEREHUDOFF, 2008).

Em um estudo realizado a respeito da possibilidade de pedir judicialmente medicamentos essenciais em países de baixa e média renda, verificou-se que dez, dos doze países estudados, continham o direito à saúde em suas constituições (Brasil, Bolívia, Colômbia, Costa Rica, Equador, Nigéria, Panamá, El Salvador, África do Sul e Venezuela) e dois não (Argentina e Índia). Em seis (Argentina, Colômbia, Costa Rica, Equador, El Salvador e Venezuela) os tratados internacionais desfrutam do *status* de direito constitucional. Dos 71 casos estudados, verificou-se que em 59 deles foi possível ter acesso a medicamentos essenciais através dos tribunais (HOGERZEIL *et al*, 2006).

Em 186 legislações de países membros da Organização Mundial de Saúde (constituição escrita, cartas de direitos e outros) verificou-se que 135 Constituições (73%) incluem algum tipo de cláusula referente à saúde, 90 constituições (51%) foram mais específicas em relação à infra-estrutura bens e serviços e 4 (2%) constituições incluem o

direito a medicamentos essenciais como parte do direito à saúde. Em 31 constituições há a determinação dos tratados internacionais terem superioridade às leis nacionais, destes, 4 não possuem qualquer referência do direito à saúde em suas legislações, entretanto, o direito à saúde deve ser garantido, indiretamente. Destacaram-se as Constituições do Panamá, que impõe um dever ao Estado de fornecer medicamentos em atenção primária a todas as pessoas, a da Síria que exige o fornecimento de medicamentos para todos os cidadãos e a do México que considera os medicamentos como um direito das mulheres trabalhadoras e suas famílias. A Constituição do Panamá foi considerada a que proporciona as maiores garantias em direito à saúde entre todas as estudadas (PEREHUDOFF, 2008).

Na Europa, existe a Convenção Europeia de Direitos Humanos, que se limita a direitos civis e políticos, não tendo disposição sobre o direitos à saúde, incluído na Carta Social Europeia. Os sistemas regionais como, por exemplo, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, oferecem formas de fiscalização eficazes e se prestam a possibilidade de reivindicação judicial dos direitos humanos; no entanto, este tribunal não tem poderes de exigir o cumprimento da Carta Social (CHINKIN, 2006).

A Inglaterra não possui uma constituição escrita e as leis que regulam a relação entre os cidadãos e o Estado são desenvolvidas pelos tribunais e pelo Parlamento. O *Human Rights Act* de 1998, que entrou em vigor, na realidade, em outubro de 2000, incorporou à legislação britânica a Convenção Européia de Direitos Humanos. No seu artigo 2º há a previsão do direito à vida. Os questionamentos são os mesmos de vários países: estariam agora as autoridades britânicas obrigadas a oferecer todo e qualquer tipo de tratamento aos cidadãos? Estariam vinculados os pedidos à existência de recursos? O estilo de vida do paciente deverá ser levado em consideração por ter agravado a sua situação? Até agora, os tribunais tendem a não defender aqueles que demandam contra o sistema de saúde britânico, argumentando que existe um direito para fornecer um certo tipo de tratamento. Os tribunais defendem a posição de que uma decisão do poder público não pode ser substituída se a decisão foi razoável (BRAHAMS, 2000).

Na constituição espanhola, o direito à saúde, caracterizado como proteção da saúde, é considerado como um direito fundamental, tendo sido regulamentado por lei desde 1986, reconhecendo-o como direito subjetivo, e confirmando que se trata de um direito individual, afirmando que, para o exercício (primeiramente, para seu cumprimento e, depois, para a sua garantia), os titulares do direitos estão legitimados a usar a via administrativa e a judicial. Na legislação espanhola há, portanto, a possibilidade de se pleitear, através da justiça, a obrigação do governo para aumentar ou melhorar os serviços de saúde disponíveis e a obrigação em

conceder uma determinada prestação em saúde (ESCOBAR, 2008).

Na África do Sul, o Tribunal Constitucional tem oferecido orientações sobre como os juízes podem contribuir para um maior entendimento das obrigações dos estados com relação ao direito à saúde, e da divisão adequada de tarefas entre o Judiciário e outras áreas do governo. A Constituição sul africana inclui no seu escopo os direitos econômicos e sociais, desta forma, há a inclusão do direito à saúde (CHINKIN, 2006).

Em estudo realizado para avaliar os sistemas de saúde de 194 países usou-se o reconhecimento legal do direito à saúde como um dos indicadores que deveriam fazer parte destes sistemas. Avaliou-se a ratificação de tratados internacionais que possuem o reconhecimento do direito à saúde e a incorporação ao direito interno. Embora a ratificação da Convenção Internacional para os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais tenha sido ampla, apenas 63 países incluíram o tema em suas constituições ou em outra lei interna. O reconhecimento do direito à saúde não tem como consequência apenas decisões judiciais que melhoram a prestação de serviços de saúde, mas também levam a mecanismos de responsabilização não judiciais, que são importantes no estabelecimento deste serviços. Portanto, seria recomendável que os países que ratificaram os tratados internacionais também reconhecessem em suas leis a existência deste direito (BACKMAN, 2008).

A Constituição colombiana de 1991 fez uma reforma da segurança social como forma de implementar o Estado Democrático de Direito e minimizar a exclusão social. Assim, a partir desse momento, o sistema de segurança social em saúde passou a ser um fundamento, baseado nos princípios da dignidade humana e da solidariedade social. O direito à saúde foi garantido a todas as pessoas e reconhecido como direito subjetivo individual (ARANGO, 2008).

O direito à saúde torna os governos responsáveis pela prevenção, tratamento e controle de doenças e a criação de condições para garantir o acesso aos serviços de saúde, bens e serviços necessários. Devido ao fato de todos os direitos humanos (econômico, social, cultural, civil e político) serem considerados interdependentes e indivisíveis, os governos são responsáveis por implementar condições progressivas para garantir o direito à saúde, assim como os direitos relacionados à educação, à informação, privacidade, condições dignas de vida e trabalho (BRAVEMAN; GRUSKIN, 2003).

### 2.3 O Direito Brasileiro

A Constituição Federal da República Brasileira (Constituição Federal) 1988 inseriu os direitos sociais no corpo de sua redação, o que lhes daria a condição de direitos fundamentais e todas as consequências decorrentes deste *status*, inclusive de ser um direito subjetivo. O fato do Estado não criar as condições materiais e institucionais necessárias à fruição não retiram deles esta condição (KRELL, 2002).

A Constituição estabelece em seu artigo 1º que a República Federativa do Brasil tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. No artigo 3º foram elencados os objetivos fundamentais do Estado: construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. O artigo 5º, em seu parágrafo primeiro, dispõe que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (BRASIL, 1988)”.

Além disto, é previsto no artigo 5º, §2º que os direitos e garantias fundamentais expressos constitucionalmente não excluirão outros decorrentes dos tratados internacionais dos quais a República Federativa do Brasil faça parte. No parágrafo seguinte do mesmo artigo há a previsão da equivalência de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos às emendas constitucionais, caso sejam aprovadas em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros (BRASIL, 1988).

Os direitos fundamentais sociais são elencados de forma explícita, não restando dúvida da existência deles no ordenamento jurídico, entre eles o direito à saúde, a atual Constituição Brasileira, no art. 6º dispõe que: “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (BRASIL, 1988).

As Constituições brasileiras anteriores eram omissas em relação ao direito à saúde. Previam, apenas, que cabia ao Estado cuidar da assistência pública e da prestação de assistência médica e hospitalar ao trabalhador filiado ao regime previdenciário. A garantia do direito à saúde, na compreensão atual, só pode ser observada no texto da atual Constituição, o que ocorreu após 40 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos (BARROSO, 2003).

O Brasil é signatário dos vários tratados internacionais que protegem os direitos

fundamentais e um deles, a Convenção de Viena, é o que disciplina a questão da integração entre o ordenamento jurídico internacional e o ordenamento jurídico nacional. Desta forma, o Brasil construiu um sistema de proteção dos direitos humanos ao integrar ao ordenamento jurídico nacional as proteções oferecidas pelas normas jurídicas de direito internacional (BRASIL, 2006a).

Da análise sistemática da Constituição Federal de 1988 pode-se inferir que o direito à saúde foi eleito como um direito extremamente relevante de forma direta ou indireta, ao estabelecer como fundamento do Estado a dignidade da pessoa humana, assegurar a inviolabilidade do direito à vida e, ao incluir o direito à saúde como um direitos social.

No capítulo dos Direitos e Garantias Fundamentais, está positivado de forma mais pormenorizada, o direito à saúde, no texto constitucional, em seu art. 196 e 197. No art. 196 dispõe que:

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

E no 197 há a afirmação de que as ações e os serviços de saúde são de relevância pública. Continuando a disposição da mesma matéria encontra-se o art. 198 que fornece informações a respeito do Sistema de Saúde, seu financiamento, a descentralização e a hierarquização:

As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

§ 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:

I - no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º;

II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios;

III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.

§ 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá:

I - os percentuais de que trata o § 2º;

II - os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus



- respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais;
- III - as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal;
- IV - as normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União (BRASIL, 1988).

A Lei 8080/90 (Lei Orgânica da Saúde) confirma o disposto constitucionalmente em relação ao direito à saúde, que seria um direito fundamental, ao dispor no seu art. 2º que: “a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício” (BRASIL, 1990a). No artigo 6º dispõe que estão incluídas no campo de atuação do SUS a atenção integral, inclusive a farmacêutica (BRASIL, 1990a).

O período de 1995 a 2002 pode ser considerado de grande importância na consolidação do direito à saúde no Brasil, com momentos de expansão de políticas específicas de saúde, mas que ainda reflete as contradições e dilemas característicos do tema. Da análise da tendência das leis produzidas no período pode-se verificar que foram produzidas algumas que reafirmaram o direito à saúde, em sua abrangência ampla, garantido constitucionalmente, e outras que segmentam o direito à saúde, garantindo direitos a determinados grupos, como por exemplo, pacientes HIV positivos (BAPTISTA; MACHADO; LIMA, 2009).

No art. 23, inciso II da Constituição estabeleceu-se a obrigação de cuidar da saúde como competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Este dispositivo legal é o fundamento para a defesa daqueles que acreditam que deve haver uma responsabilidade solidária do poder público como um todo em garantir a saúde do cidadão (BRASIL, 1988).

A Constituição atribuiu competência para legislar sobre proteção e defesa da saúde de forma concorrentemente à União, aos Estados e aos Municípios (art. 24, XII, e 30, II). À União cabe o estabelecimento de normas gerais (art. 24, § 1o); aos Estados, complementar a legislação federal (art. 24, § 2o); e aos Municípios, legislar sobre os assuntos de interesse local, podendo igualmente complementar a legislação federal e a estadual, no que couber (art. 30, I e II) (BRASIL, 1988).

Ainda na legislação infraconstitucional é importante ressaltar as previsões específicas para grupos tutelados com legislações que são a criança e o adolescente e o idoso.

Assim, no Estatuto da Criança e do Adolescente há a previsão no art. 11 da assistência à saúde da criança e do adolescente: “Art. 11. É assegurado atendimento integral à saúde da criança e do adolescente, por intermédio do Sistema Único de Saúde, garantido o acesso

universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde” (BRASIL, 1990b).

Na mesma linha, houve a previsão da garantia legal da proteção à saúde no Estatuto do Idoso, no seu Capítulo IV, que trata do direito à saúde, garantindo a assistência integral, universal, igualitário e contínuo (BRASIL, 2003).

É importante lembrar que essas normas são de ordem pública, prevalecendo sempre que ocorrer confronto com outras pertencentes aos ramos do Direito Privado. O Direito de Saúde não pode ser compreendido apenas no sentido de proteção de indivíduo em relação a outro, mas qualquer forma de agressão a esse direito, de forma individual ou coletiva, por parte de ente público ou privado (DIAS, 2003).

O direito à saúde está vinculado ao direito de saúde, que seriam aquelas “normas jurídicas que estabelecem os direitos e as obrigações em matéria de saúde, para o Estado, os indivíduos e a coletividade, regulando de forma ordenada as relações entre eles, na prática ou abstenção de atos, no interesse da coletividade” (DIAS, 2003, p. 5).

Na análise do direito à saúde, deve-se diferenciar os planos do direito individual e do coletivo. No plano individual, a garantia do direito à saúde envolve a liberdade de escolha entre tipos de tratamento. Há ainda o direito do profissional de saúde para determinar o tratamento, podendo escolher entre todas as alternativas existentes aquela que, em seu entender, é a mais adequada.

No plano social, o direito à saúde pode ser avaliado da seguinte forma: as obrigações dos indivíduos em virtude das necessidades coletivas, como por exemplo, as que são adotadas com o objetivo de controle de doenças infecto-contagiosas (vacinação e isolamento). Por outro lado, o Estado deve garantir a oferta de cuidados de saúde, para quem deles necessitem (NOGUEIRA; PIRES, 2004).

O direito à saúde possui as duas dimensões, uma negativa, de direito de defesa e outra positiva, que é prestacional. O direito de defesa significa que a saúde deve ser protegida contra qualquer tipo de agressão que pode ser gerada. Assim, Estado e particulares tem a obrigação de não afetar a saúde das pessoas. Na mesma dimensão estaria a impossibilidade de retrocesso da legislação. A Constituinte outorgou o direito à saúde, a condição de direito social no elenco das “cláusulas pétreas”. Sendo assim, nem mesmo uma emenda constitucional poderá impor restrições.

Na dimensão positiva há o direito de ser feito um pedido para que o Estado conceda alguma prestação material, comportando limites, dentro de alguns aspectos, por determinação de legislação infraconstitucional e por interpretação do judiciário, quando demandado

(SARLET; FIGUEIREDO, 2007).

No entanto, há o entendimento que na Constituição não consta que o direito à saúde seja um direito subjetivo público, nem que exista a possibilidade de responsabilizar a autoridade no caso de falha na prestação (KRELL, 2002).

Por outro lado, outros entendem que ao ser disposto como um direito fundamental à saúde gera um dever correspondente, em relação ao Estado e a terceiros. O Estado tem o dever de efetivar a saúde, através de políticas públicas e com decisões práticas, que possibilitem a garantia do direito. Por outro lado, há uma série de consequências para os particulares, principalmente como dever de abstenção, de não comprometer a integridade física do outro. Existe a possibilidade, extrema, de serem tomadas medidas até mesmo contra a vontade da pessoa, para a proteção de sua saúde (SARLET; FIGUEIREDO, 2007).

A obrigação positiva e negativa do Estado em relação ao direito à saúde é também relatada por outra autora que interpreta que o Estado deve respeitar os direitos humanos no geral, sendo esta a dimensão negativa: o Estado não pode, ou não deveria, interferir de um modo direto ou indireto no estilo de vida das pessoas. Isto inclui a obrigação do Estado de abster-se de impedir cuidados tradicionais de prevenção, de comercializar drogas inseguras e de obrigar as pessoas a se submeterem a tratamentos médicos ou impor condições discriminatórias para que se submetam a tratamentos ofertados pelo serviço público. A obrigação de proteger os indivíduos seria a obrigação positiva, contra atos estatais e não estatais, requerendo do Estado medidas legislativas, judiciais, administrativas, orçamentárias e econômicas para esta proteção (CHINKIN, 2006).

Há uma necessidade de buscar uma forma de tornar coerentes as leis positivadas e o sentimento da comunidade em relação ao direito, pois a norma jurídica preconiza em sentido, de ser o direito à saúde universal, integral e gratuito, no entanto, o que ocorre na prática são violações constantes, fruto de desigualdades que se aprofundam e agravam as iniquidades do sistema de saúde (VENTURA *et al.*, 2010).

Uma crítica recorrente ao direito à saúde é que ele não seria um direito passível de ser reclamado judicialmente. Se esta perspectiva for tomada como verdadeira, estaria negando qualquer qualidade de legalidade aos direitos sociais e econômicos, reservando esta característica apenas para os direitos civis e políticos tradicionais. Este tipo de entendimento tem fortes raízes nos Estados Unidos, país que não ratificou qualquer tratado internacional que contenha direitos sociais e econômicos. Os direitos sociais, mesmo que considerados como direito humano, não possuem, por si só, uma capacidade legal forte de exigir seu cumprimento. As leis enfatizam o direito individual à saúde quando este direito sempre

deveria ser considerado levando-se em conta a coletividade. A existência de um direito à saúde individual levaria a se questionar como pesar o direito de um indivíduo contra o do outro, ou como resolver o conflito de direitos (CHINKIN, 2006).

## 2.4 O Sistema Único de Saúde (SUS)

O sistema de saúde brasileiro foi regulamento pela Lei 8080/90, Lei Orgânica da Saúde, que disciplina no território nacional, os serviços e ações em saúde. A lei estabelece em seu art. 2º que: “a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício” (BRASIL, 1990a).

As diretrizes a serem seguidas pelo Estado foram traçadas, impondo-lhe o dever de assegurar acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde.

Os princípios do Sistema Único de Saúde (SUS) são estabelecidos no artigo 7º:

- I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;
- II - integralidade de assistência, entendida como um conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;
- III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral;
- IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;
- V - direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde;
- VI - divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e sua utilização pelo usuário;
- VII - utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática (BRASIL, 1990a).

O artigo define, ainda, em seu inciso IX, a divisão administrativa descentralizada, regionalizada e hierarquizada das ações e serviços de saúde. Por outro lado, estabelece a integração, em nível executivo e a conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos das três esferas.

Na divisão de atribuições cabe aos Municípios a execução de ações e serviços de menor complexidade, aos Estados os de média e alta complexidade e à União as de alta complexidade. A lógica do financiamento não segue a mesma diretriz, baseada na complexidade das ações o repasse de verbas destinadas segue critérios como a densidade populacional e a arrecadação tributária. Este modelo muitas vezes gera discrepâncias que tornam inviáveis ou ineficazes políticas públicas de saúde. Isto pode ocorrer com Municípios que funcionam como pólos regionais, nos quais o Estado atua custeando ações e serviços de

alta complexidade, e ainda possuem de custear os serviços de pequena complexidade que são obrigatórios para a esfera municipal (GANDINI; BARIONE; SOUZA, 2008).

Ainda em relação ao custeio das ações de saúde, é fácil perceber que a legislação pretendia estabelecer uma solidariedade entre os entes federados, a portaria 698/GM, de 30 de maio de 2006, “define que o custeio das ações de saúde é de responsabilidade das três esferas de gestão do SUS [...]” (BRASIL, 2006b).

No tocante ao fornecimento de medicamentos, o SUS representa uma política pública cujo princípio fundamental é a consagração da saúde como um direito universal. É necessária uma reforma do Estado no sentido de efetivação deste direito, e para isto, exige-se que o mesmo formule políticas com o objetivo de desmercantilizar a saúde, com incentivo de formas não lucrativas de assistência (ELLIAS, 2004).

A equidade e a integralidade são princípios doutrinários do SUS. A equidade é um princípio de justiça social, com o objetivo de diminuir as desigualdades, direcionando os investimentos e ações para as maiores necessidades da população. A integralidade tem dois significados: considerar a pessoa na sua totalidade e a articulação da saúde com outras políticas públicas (CUNHA; CUNHA, 1998).

A justiça social é a obrigação de tratamento igualitário, em relação ao Estado, é a necessidade de uma justa distribuição das verbas para saúde, não significando que deva ser dado o mesmo tratamento a todos, pois as situações clínicas e sociais são diferentes, mas deve comportar a adesão a alguns dados objetivos, como o valor da vida e o respeito a uma proporcionalidade das intervenções (SGRECCIA, 2002).

Um conceito de equidade sugere que: “pessoas diferentes deveriam ter acesso a recursos de saúde suficientes para suas necessidades de saúde e que o nível de saúde observado entre pessoas diferentes não deve ser influenciado por fatores além do seu controle.” (LUCCHESI, 2003, p. 441).

Uma das primeiras interpretações de equidade, que deriva do pensamento aristotélico, entende que as pessoas iguais deveriam ser tratadas igualmente e as desiguais deveriam ser tratadas desigualmente, segundo o princípio da proporcionalidade natural. A diferenciação seria orientada pelo merecimento da pessoa frente à sociedade. Equidade em saúde é entendida como a diferença entre as pessoas em suas condições sociais e sanitárias, tendo necessidades diferenciadas. Desta forma, uma ação guiada pela equidade deveria proporcionar a cada pessoa a satisfação de suas necessidades, que são diferenciadas. Equidade pode ser assim considerada dar a cada um conforme suas necessidades (FORTES 2008).

A equidade é um conceito ético fundamentado no princípio da justiça distributiva. A

equidade em saúde reflete uma preocupação em reduzir as desigualdades de oportunidades em ser saudável associadas ao fato de se pertencer a grupos sociais vulneráveis. Em termos práticos, buscar a equidade em saúde significa eliminar disparidades de saúde que são sistematicamente associadas a desvantagens sociais ou à marginalização, eliminando as disparidades e até certo ponto, amortecendo os efeitos prejudiciais à saúde (BRAVEMAN; GRUSKIN, 2003).

A teoria da justiça como equidade foi apresentada por John Rawls em 1971, com a publicação da obra *A Theory of Justice*, que estabeleceu um novo marco em filosofia política na segunda metade do século XX, no mundo ocidental (SILVEIRA, 2007).

O filósofo defendeu ser justa a ação que tenha consequências desiguais para os diversos envolvidos apenas quando resultam em benefícios compensatórios para cada um, e particularmente para os membros “menos favorecidos”, “menos afortunados” da sociedade. A equidade seria uma desigualdade aplicada a uma “boa causa”, tendo uma função reparadora em minimizar os efeitos da loteria social, priorizando as necessidades dos “mais desfavorecidos” (FORTES, 2008).

O princípio da integralidade que para o SUS significa empregar os meios necessários para efetivação do cuidado de acordo com a complexidade das ações parece ter um entendimento diferente para o judiciário. Esse último relaciona o princípio a uma noção de consumo (VIEIRA, 2008).

O SUS, como uma política pública que tem como princípio fundamental a consagração da saúde como direito universal, encontra-se em estruturação e portanto, vulnerável. A efetivação do direito à saúde exige uma série de providências, entre elas a reforma do Estado, buscando medidas com objetivo de desmercantilizar a prestação de serviços em saúde e a busca de novas modalidades de gestão que se mostrem capazes de viabilizar a eficácia social do sistema de saúde (ELLIAS, 2004).

## **2.5 Alocação de recursos**

A partir da década de 70, com a crise do Estado de Bem-Estar ocorreu uma necessidade de revisão do papel do Estado, avaliando o direito à saúde na sua relação com o fundo público. Os direitos sociais estão inter-relacionados com a dimensão econômica e a saúde é um bem que pode ser mercantilizado. O direito à saúde deixa de ser visto como uma decorrência dos ideais humanitários de solidariedade, de moralidade ética, de justiça social e de necessidade básica articulada à sobrevivência, e passa a ser visto como uma exigência dos

processos de acumulação de capital típicos do sistema capitalista (NOGUEIRA; PIRES, 2004).

O avanço tecnológico na área da saúde tem proporcionado uma ampliação da oferta de medidas assistenciais no campo da medicina. No entanto, deve-se diferenciar o direito de uma necessidade: uma necessidade transforma-se em direito quando existem condições históricas, técnico-científicas, sociais e econômicas para ser oferecida em escala ampla. Uma grande parcela da população conseguiu alcançar um nível satisfatório de saúde, porém, aqueles com saúde ruim ou péssima estão aumentando em muitas áreas do mundo, as diferenças continuam existindo entre os países e dentro de um mesmo país (OLINDA, 2005).

Este avanço não levou os benefícios a todas as populações. Os países mais ricos experimentaram um ganho significativo em qualidade e expectativa de vida nos últimos anos, que não pode ser observado em países pobres nos quais milhares de pessoas ainda morrem por ano de doenças evitáveis. A indústria farmacêutica prioriza claramente os mais abastados, deixando de fazer pesquisas e desenvolver medicamentos para doenças que só existem nos países em desenvolvimento (DAHL & YAMADA, 2008).

Culturalmente, há uma tendência à valorização do modelo assistencial como meio de obtenção e/ou preservação da saúde, que reproduz e produz uma necessidade desenfreada de consumir produtos e serviços na tentativa de conseguir saúde ou de prolongar a vida (COSTA, 1999).

A compreensão de que garantir saúde compreende ações mais complexas é contemplada na Constituição Federal que reconhece, em linha com o pensamento mais atual, que a oferta de serviços e produtos médicos por si só não basta para proteger a saúde da população, sendo necessária a implementação de políticas públicas abrangentes. A própria Lei 8.080/1990, reafirma em seu art. 3º que, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer determinam significativamente os níveis de saúde da população, e estes, por sua vez, expressam a organização social e econômica do país (OLINDA, 2005).

A eficácia dos direitos fundamentais sociais positivos, que dependem de prestações materiais, está claramente dependente de recursos públicos disponíveis. A obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada não é posição pacífica na jurisprudência nem na doutrina. No entanto, a negação desta obrigação teria como consequência a renúncia do reconhecimento da qualidade de verdadeiros direitos. A ineficácia do Estado em promover os serviços sociais básicos não está na falta de leis que os regulamente, mas sim na formulação, implementação e manutenção de políticas públicas

(KRELL, 2002).

Um dilema frequentemente levantado pelos autores é a escassez de recursos para serem aplicados na garantia do direito à saúde. As necessidades da população podem ser consideradas infinitas, e os recursos para atendê-las têm valor pré-determinado. Apesar de a saúde ser um bem fundamental e de especial importância, deve-se considerar ainda que o recurso arrecadado pelo Estado tem de atender a outros interesses da sociedade (FERRAZ; VIEIRA, 2009).

É, sem dúvida, difícil ter de reconhecer que mesmo a saúde, um dos bens mais importantes na vida das pessoas, tem preço e, portanto, limites. Por isso mesmo, é imprescindível adotar critérios para determinar de forma eficiente e justa a alocação dos recursos escassos em saúde. No Brasil, está-se vinculado, em termos de investimentos em saúde, a um limite mínimo determinado constitucionalmente, mas tudo o que ultrapassar esse patamar compete com outras áreas. Assim, o que se pode e quer gastar em saúde é sempre *relativo* ao que se pode e quer investir em outras áreas (FERRAZ; VIEIRA, 2009).

Por escassez “absoluta”, indica-se o que ocorre em menor ou maior escala em todos os países do mundo, mesmo nos ricos. Por maiores que sejam os recursos destinados exclusivamente à saúde, no processo de alocação em que entram as demais áreas, haverá sempre menos recursos disponíveis que os necessários para atender a todas as necessidades de saúde da população. Isso implica, evidentemente, a necessidade de fazer escolhas, muitas vezes difíceis, entre as diversas políticas de saúde possíveis. O Estado precisa determinar quanto e como vai investir em saúde, o que depende de decisões políticas e da valoração do “bem” saúde por aqueles que detêm o poder de decisão. Portanto, a escassez de recursos deve ser discutida, pois no reconhecimento e definição do conteúdo do direito à saúde, este é o principal argumento utilizado por aqueles que se opõem à sua existência (FERRAZ; VIEIRA, 2009).

Aumentar os recursos para a saúde pode significar ter que gastar menos em outras áreas como educação, habitação, entre outras áreas, ou seja, este custo deve ser suportado por toda a sociedade (VIEIRA, 2008).

Em decisão de um caso analisado nos tribunais da África do Sul, no qual um portador de doença renal crônica solicitou diálise de forma contínua, o pedido foi rejeitado. Fundamentou-se que os direitos, como o direito para saúde, são limitadas pelos recursos, o que deve ser garantido em um tratamento de emergência. O recurso poderia ser necessário para evitar danos no caso de uma situação súbita ou uma catástrofe, não incluindo a doença crônica, com a finalidade de prolongar a vida. Isso pode parecer uma solução insustentável a



partir da perspectiva do indivíduo, mas as suas necessidades devem ser vistas à luz das necessidades da população em geral. A população precisa de ter certeza de que não será deixada sem tratamento no caso de necessidade (CHINKIN, 2006).

A maioria dos orçamentos públicos não é infinito e escolhas devem ser feitas. A implementação progressiva do direito à saúde exige que o Estado delibere o que deve ser implementado primeiro. Nestas circunstâncias, não seria justo que a decisão dos gastos públicos, que devem ocorrer de forma equitativa e efetiva, fosse decidida por um tribunal de justiça. O autor transcreve uma decisão da Corte Sul-Africana, no caso de diálise renal, como forma de descrever o dilema de alocação de recursos que considera que os tribunais não são o lugar adequado para resolver o problemas pessoais angustiantes e dos médicos é que estão na base dessas escolhas. Embora essas funções de revisão sejam importantes, há áreas onde a incapacidade institucional e modéstia constitucional adequadas exigem que sejamos especialmente cautelosos. Infelizmente os recursos são limitados e não encontra-se nenhuma razão para interferir com a alocação realizada por aqueles mais bem equipados do que o próprio juiz para lidar com as dolorosas escolhas que tiveram de ser feitas nestes casos (HOGERZEIL *et al*, 2006 ).

Uma divisão justa dos recursos deve ser feita de forma que os mais pobres contribuam com menos recursos, não só em termos absolutos, mas também proporcionalmente ao que recebem. Isso significaria que a falta de recursos não deve ser o fator que restringe um indivíduo de receber tratamento, baseado no conhecimento científico. O financiamento justo pode aumentar o acesso dos menos favorecidos aos serviços de saúde e, conseqüentemente, com o ganho de qualidade de vida pode ajudar a diminuir a prevalência e a severidade da pobreza. O financiamento equitativo somente é possível se os recursos forem distribuídos, em termos de aplicação e captação, para os membros da sociedade que são saudáveis e para os menos saudáveis, e para ricos e pobres. A implementação desta estratégia exige construção de um consenso público em torno de compromissos com a equidade e direitos humanos (BRAVEMAN & GRUSKIN, 2003).

O argumento da necessidade de aumento dos recursos para a saúde é unânime, assim como a noção que sempre haverá um limite para este aumento. Em 2006, enquanto o produto interno bruto aumentou 3,7%, as despesas com saúde do Ministério da Saúde aumentaram 7,5% e os gastos com medicamentos 26,0%. Os custos dos tratamentos são impossíveis de serem suportados por qualquer tipo de sistema de saúde até mesmo dos países mais ricos (VIEIRA, 2008).

As decisões judiciais que envolvem os direitos sociais afetam um número maior de

peças que somente as envolvidas no processo judicial (Estado e demandante), pois serão cumpridas através de um fundo público, sustentado pela coletividade. Devido à realidade de escassez de recursos, cidadãos poderão ter algumas de suas necessidades preteridas em razão da escolha alocativa determinada judicialmente ter favorecido quem impetrou uma ação (WANG, 2009).

Em um processo judicial que procura a prestação em direito à saúde é praticamente desnecessária a avaliação da capacidade do demandante em custear o tratamento solicitado, pois, provavelmente, os custos são mesmo inviáveis para a maioria da população brasileira. Todos os critérios sugeridos para fundamentar os pedidos judiciais, além do financeiro, quais sejam: medicamentos com eficácia comprovada, sem alternativas equivalentes e outros, também não se mostram suficientes na prática. Não há recursos suficientes para atender a todos que necessitam, escolhas devem ser feitas dentro de algum critério de justiça distributiva e de prioridades (WANG, 2009).

O raciocínio na bioética implica na capacidade de tomar decisões moral e legalmente aceitas, em casos que envolvam conflitos de valores e em situações que as decisões vão excluir de seu benefício determinado grupo de indivíduos. Analisa-se a realidade, a complexidade micro e macrosocial, micro e macroeconômica e a repercussão das decisões no interior de uma sociedade com seu sistema de valores (SOARES & PIÑEIRO, 2002).

## **2.6 Reserva do possível e mínimo existencial**

O Tribunal Constitucional da Alemanha entende que os direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado estariam condicionados à disponibilidade de recursos, ou seja, os direitos sociais de prestações positivas estão sujeitos à chamada “reserva do possível”, no sentido daquilo que o indivíduo pode esperar da sociedade. A transferência de teorias jurídicas desenvolvidas para países com outra realidade e com outro ordenamento jurídico é questionável. Condicionar o cumprimento das normas a orçamentos em excesso seria a mesma coisa que dizer que eles não têm qualquer eficácia (KRELL, 2002).

Outra doutrina, a do “mínimo existencial”, também não teria aplicabilidade em um país com a Constituição como a brasileira, pois a construção do conceito com fundamentação decorrente da dignidade da pessoa humana, do direito à vida e da integridade física como forma de exigir prestações do Estado não é necessária, uma vez que estes direitos já estão expressos, explicitamente, no texto legal. O conceito poderia ser útil para definir o núcleo essencial dos direitos sociais (WANG, 2009).

Os Direitos Fundamentais de primeira geração são utilizados como suporte para a defesa dos de segunda geração na teoria do mínimo existencial. O Tribunal Constitucional Alemão baseou-se no princípio da dignidade humana, direito à vida e à integridade física para criar um direito subjetivo do cidadão perante o Estado. Não há que se falar em direito à vida se não se tratar de uma vida digna. A teoria de um mínimo existencial também apresenta diversas nuances em países emergentes quando comparada a países ricos, as realidades socioeconômicas, legais e políticas são diferentes (KRELL, 2002).

A reserva do possível e o mínimo existencial, mesmo que fossem aplicados no ordenamento jurídico, não impediriam o poder judiciário de intervir na efetivação e garantia dos direitos sociais, mas pode-se dizer que estabelecem um norte para que tudo seja feito com cautela e responsabilidade, nunca se esquecendo da escassez dos recursos públicos (WANG, 2009).

A discussão em torno do mínimo existencial com o objetivo de identificar quais prestações seriam necessárias para a garantia de uma vida com dignidade, se dá em função da escassez de recursos, tanto do demandante para garantir aquilo que o mesmo julga necessário para sua sobrevivência, como por parte do Estado, que teria de garantir bens para a satisfação das carências.

O mínimo existencial poderia ter a função de estabelecer um rol de direitos que comporia o mínimo vital, tendo como objetivo evitar a total ineficácia jurídica dos direitos fundamentais sociais, no entanto, não pode ser reduzido ao direito de subsistir. É impossível se estabelecer um núcleo mínimo necessário dentro de cada direito social, mesmo porque estaria sujeito ao subjetivismo como a própria norma dos direitos fundamentais está (GUERRA; EMERIQUE, 2006).

Os direitos sociais, entre eles à saúde, deveriam ser condicionados à reserva do possível e ao aumento das concessões de medicamentos pela via judicial causa distorções quando não está vinculada à reserva orçamentária (VIEIRA, 2008).

Por vezes, fica difícil convencer operadores do direito e cidadãos da escassez de recursos diante do cenário político atual, uma vez que o desvio de recursos ou a sua má utilização é frequente. Somente no ano de 2011, operações da Polícia Federal flagraram desvio de R\$ 3,2 bilhões de recursos públicos, dinheiro que teria alimentado, por exemplo, os pagamentos de propina a funcionários públicos, empresários e políticos. O valor é mais do que o dobro do apurado pela polícia em 2010 (R\$ 1,5 bilhão) e 15 vezes o apontado em 2009 (R\$ 219 milhões) (HAUBERT, 2012).

## 2.7 Judicialização da Saúde

Assim como o direito à saúde, o acesso ao judiciário é considerado um direito humano, apesar de uma série de direitos serem fundamentais para o bom funcionamento de um sistema judicial, o que considera-se mais importante é o direito a um julgamento justo. Através dos tratados de direitos humanos, leis nacionais, políticas públicas e decisões judiciais, o direito a um julgamento justo ajudou a identificar as principais características desejáveis de um sistema judiciário como: um poder independente e celeridade das decisões (BACKMAN *et al.*, 2008).

A Constituição Federal conferiu grande importância ao Poder Judiciário, fortalecendo-o perante os demais poderes. Estabeleceu em seu artigo 5º, inciso XXXV que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988).

Há ainda a obrigação do Poder Judiciário, ao ser acionado, apreciar um pedido e emitir uma decisão, processo previsto pelo art. 5, inciso XXXV da Constituição Federal, sendo que o devido processo legal deve observar o também o disposto no art. 93, IX da Constituição Federal, que “todos os julgamentos dos órgão do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade” (BRASIL, 1988).

A partir dos anos 70, o Poder Judiciário começou a se destacar como forma de garantia de direitos, ocorrendo um *boom* das discussões judiciais e a invasão do direito sobre o social como forma de garantir proteção aos mais vulneráveis. O cidadão passou a utilizar-se dos recursos criados pelo legislador, a fim de lhe proporcionar vias alternativas para a defesa e eventuais conquistas de direitos. Este movimento, chamado de judicialização, ocorreu em várias áreas como na saúde e na política (VIANNA; BURGOS; SALLES, 2007).

Em termos genéricos, pode-se considerar a judicialização como o fenômeno constituído pela influência do Poder Judiciário nas instituições políticas e sociais (BORGES & UGÁ, 2009).

Na área da saúde, o movimento ganhou destaque e força com os pacientes infectados por HIV, que utilizaram a via judicial como forma de garantir o fornecimento de medicamentos. O indivíduo começou a ter consciência de que a saúde é um direito seu e um dever do Estado. Desta forma, a discussão em torno do tema, que é um fenômeno recente, torna-se necessária e poderá fornecer dados e esclarecimentos a respeito da situação.

Considera-se possível três posicionamentos quanto à eficácia da atuação do judiciário no campo do direito à saúde nas demandas que envolvem o SUS. Uma corrente entende que deveria se limitar aos serviços prestados dentro do âmbito do próprio serviço fornecido pelo

Estado; outra compreende que o direito à vida e à integridade física do indivíduo é absoluto, o que implicaria considerar a prescrição de tratamentos/medicamentos de forma absoluta, vinculando a obrigatoriedade de fornecimento da prestação pelo SUS; por último, há o entendimento de que a eficácia do direito à saúde deve ser ampla e o judiciário analisaria o caso concreto da forma a estabelecer a prestação devida pelo Estado (VENTURA *et al.*, 2010).

A análise de casos relativos à possibilidade de requerer judicialmente direitos à saúde e à educação nas Cortes Superiores Brasileiras levou à conclusão de que a procura pelo poder judiciário como forma de garantir direitos sociais e econômicos ainda é pequena, sendo em sua maioria impetrada de forma individual. O direito à saúde é visto como corolário do direito à vida, sendo, portanto, inalienável e indisponível, decorrente do direito à vida. No entanto, coexiste uma corrente de pensamento, fundamentada na separação dos poderes, na ofensa de princípios orçamentários e no princípio da reserva do possível, que não caberia ao Poder Judiciário interferir nas decisões do Poder Executivo para atender uma demanda, afastando a possibilidade de judicialização do direito à saúde (PIOVESAN, 2008).

Críticas são feitas à atuação do Judiciário na concessão de prestações positivas em questões de direito à saúde. A primeira e mais frequente seria que o direito à saúde se trata de norma programática, e deveria acontecer através de políticas sociais e econômicas, não através de decisões judiciais. O Poder Executivo seria o competente para avaliar os gastos públicos com saúde e para tomar decisões. A outra crítica é a fundamentada na reserva do possível. Os recursos públicos são finitos para serem investidos em todas as áreas sociais, impondo ao Estado tomadas de decisões difíceis. Investir recursos em determinado setor sempre implica deixar de investi-los em outros. O orçamento não comporta a efetivação dos direitos sociais. As decisões individuais atendem às necessidades de um jurisdicionado, impedindo ou dificultando as possibilidades de ações coletivas de saúde (BARROSO, 2008).

O processo de judicialização da saúde no Brasil iniciou-se na década de 90 com as reivindicações das pessoas que viviam com HIV, no entanto, outras parcelas da sociedade parecem ter aproveitado da experiência desse movimento para criar um novo itinerário terapêutico (VENTURA *et al.*, 2010).

A utilização de mecanismos diversos daqueles do SUS para viabilizar acesso aos medicamentos tem gerado prejuízos à equidade na saúde. A grande quantidade de demandas tem causado transtornos para as finanças públicas, pois sua concessão não está vinculada à reserva orçamentária, prevista quando da formulação das políticas e do planejamento dos programas e o Estado acaba sendo ineficiente, perdendo seu poder de compra (VIEIRA,

2008).

Além disso, o fornecimento de medicamentos pela via judicial pode estar privilegiando uma parcela da população que tem mais recursos financeiros para pagar advogados, ou mais acesso à informação, em detrimento daqueles que têm mais necessidade (VIEIRA, 2008).

A intervenção do Poder Judiciário na questão do acesso aos medicamentos, tratamentos ou cirurgias, sem observância às normas consolidadas que disciplinam o acesso à saúde, comprometem o esforço do Poder Executivo e a organização legal do Sistema Único de Saúde.

Os estudos mostram que a atuação dos tribunais ocorre principalmente em áreas nas quais as políticas de saúde deixam lacunas, ou seja, a atuação dos tribunais é uma consequência das próprias deficiências da administração pública, tendo dois lados opostos. Pode ser interessante no sentido de responsabilizar o Estado em desenvolver procedimentos adequados para o fornecimento de tratamentos na rede pública, mas em contrapartida, corre-se o risco da prática se tornar habitual e necessária para garantir o acesso ao tratamento, o que seria contraditório, pois o direito à saúde deveria ser um direito social de cidadania (BAPTISTA; MACHADO; LIMA, 2009).

A judicialização dos direitos sociais pode ser considerada pouco útil porque a intervenção do Poder Judiciário não tem como efeito a efetivação desses direitos, que necessitam de outros meios para se concretizarem na prática como recursos financeiros, planejamento, material entre outros (WANG, 2009).

Estudos têm demonstrado que há uma aplicação de recursos extras com as demandas judiciais que podem comprometer as ações de gestão no serviço público (VIEIRA; ZUCCHI, 2007).

Na Secretaria de Estado de Saúde do Rio de Janeiro realizou-se uma pesquisa com o objetivo de avaliar as ações de mandado de segurança impetradas contra este município. Verificou-se que a partir do ano de 2000 houve um grande aumento no número dessas ações, solicitando medicamentos para todos os tipos de indicações terapêuticas, inclusive de atenção básica. No final do ano de 2002, somavam-se 2.733 ações judiciais contra o Estado. O estudo verificou também que há solicitação de medicamentos da atenção básica, o que poderia indicar omissão por parte das gestões municipais (a quem compete o fornecimento) e estaduais (a quem compete parte do financiamento) (MESSEDER, OSORIO-DE-CASTRO; LUIZA, 2005).

A complexidade da situação atual da inter-relação entre Judiciário e a saúde é tão severa que foi realizada uma audiência pública em 2010, no Supremo Tribunal Federal, para discussão de diretrizes para a solução dos conflitos. Como reflexo deste debate, o Conselho Nacional de Justiça editou uma recomendação que defende a adoção de medidas com vistas a subsidiar os magistrados na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Entre as medidas sugeridas aos juízes pode-se citar:

1. Instruir as ações, sempre que possível, com relatórios médicos, descrição da doença com a classificação internacional da doença;
2. Prescrição de medicamentos observando a denominação genérica ou princípio ativo e a posologia;
3. Evitar autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária, ou em fase experimental, exceto se previsto em lei;
4. Julgar as medidas de urgência apenas depois de ouvidos os gestores (VALLE, CAMARGO, 2010/2011).

O fenômeno não é exclusividade da justiça brasileira já que vários estudos vêm demonstrando que há ações judiciais contra o poder público, requerendo a prestação de tratamentos, procedimentos e medicamentos.

Um estudo, citado anteriormente, a respeito da possibilidade de pedir judicialmente medicamentos essenciais em 12 países de baixa e média renda, verificou-se que em 10 deles havia casos de demandas judiciais nas quais os demandantes obtiveram êxito ao pedir medicamentos através de tribunais. Mais de 90% dos casos são de nove países da América Central e Latina. Entre 1991 e 1997, três países (Colômbia, Costa Rica e Venezuela) tiveram relatos do primeiro caso bem sucedido entre 1998 a 2004; sete outros países, incluindo países fora das Américas (África do Sul e Índia). A maioria dos casos (50 casos, 70%) era individual; 27 (38%) eram casos de interesse público, e 14 (20%) foram apoiados pela Organização Não Governamental (ONG). Em 61 (86%) casos, o sistema de Seguridade Social ou Ministério da Saúde foram os réus. Cerca de metade dos casos foi relacionada ao tratamento de pacientes portadores do HIV (HOGERZEIL *et al.* 2006).

A Justiça Constitucional Colombiana tem recebido, de forma crescente, tanto em número como em percentuais, demandas para garantia do direito à saúde. Em 1994, dos 21 pedidos de revisão realizados pela Corte em direito à saúde, foram concedidas 13 tutelas (61,9%) e negadas 8 (38,1%). Em 1998, foram 79 pedidos analisados, tendo sido concedidas total ou parcialmente 66 (87,4%) e negadas 13 (12,6%). Em 2003, a Corte se pronunciou em

290 casos, concedendo total ou parcialmente 194 (66.9%) e negando 95 (32.8%) (ARANGO, 2008).

## **2.8 Os caminhos legais de um processo pelo direito à saúde**

Assim, como o direito à saúde é garantido pelos tratados internacionais, a faculdade de procurar a via judicial para reivindicar os direitos de cidadão e o direito à vida também é garantido pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (BRASIL, 2005).

O Estado tem como uma das suas funções a obrigação de buscar a realização prática das normas jurídicas com o objetivo de dirimir os conflitos entre as pessoas. Estes conflitos podem ser decorrentes do impedimento à satisfação voluntária por parte do interessado ou da omissão da satisfação por quem poderia ou deveria atendê-la (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1991).

A solução dos problemas, pela via do direito, tenta alcançar soluções que tornem possível a manutenção da paz social (WAMBIER; ALMEIDA; TALAMINI, 2005).

Para que os envolvidos no processo procurem a justiça é necessária a presença de um representante no processo, já que a própria pessoa é legalmente proibida de defender seus próprios direitos judicialmente. As partes devem, obrigatoriamente, estar representadas em juízo por pessoas que são estranhas ao conflito e por isso possuem, além do conhecimento intelectual necessário, um afastamento psicológico para que o processo atinja a sua finalidade de eliminar o conflito. Por este motivo, o advogado, ao lado do Ministério Público e da Defensoria Pública, é considerado indispensável à administração da justiça (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1991).

Um dos princípios gerais do direito processual é a garantia do duplo grau de jurisdição. Este princípio garante a possibilidade, caso seja de interesse de uma das partes ou já previsto legalmente, de revisão da decisão, por meio de um recurso das causas já julgadas pelo juiz de primeiro grau, a chamada primeira instância. Desta forma, poderá haver um novo julgamento por parte de uma jurisdição de segundo grau, chamada segunda instância (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1991).

A organização das Justiças Estaduais é estabelecida pela Constituição (art. 93-100 e 125). Para que tenha efetividade deste princípio do duplo grau de jurisdição, todas as Justiças Estaduais são organizadas de forma a possuírem os juízes de primeiro grau, representados pelos juízes singulares e o segundo grau de jurisdição que são os tribunais (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1991).



A divisão da capacidade legal para analisar os processos entre os diferentes órgãos de organização judiciária consiste na verificação excludente da matéria. Na necessidade de recorrer à justiça, deve-se primeiramente analisar se está diante de uma matéria de competência de alguma das esferas de justiça especial (militar, trabalhista ou eleitoral). Ao se responder negativamente a estas perguntas indaga-se qual o tipo de matéria: civil ou penal (WAMBIER; ALMEIDA; TALAMINI, 2005).

Os juízes dos Estados devem exercer a jurisdição dentro dos limites territoriais de suas respectivas circunscrições territoriais. Esta competência territorial determina o local no qual deve ser proposta a ação (WAMBIER; ALMEIDA; TALAMINI, 2005).

As ações podem ser classificadas de acordo com a tutela pleiteada no processo de conhecimento em declaratórias, condenatórias e constitutivas. Para esse estudo, interessam as condenatórias que são aquelas nas quais o autor busca uma condenação do réu ao cumprimento de uma obrigação ativa (WAMBIER; ALMEIDA; TALAMINI, 2005).

Podem ser assim considerados todos os processos que visam obter a impor ao réu uma prestação de dar, fazer ou não-fazer (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1991).

O autor de um pedido pode requerer a antecipação da satisfação de seu pedido pois, a demora da solução do processo pode prejudicar o alcance do objetivo desejado. O juiz pode se adiantar, para antes do momento reservado para o julgamento final, conceder em parte ou no todo, um provimento que só ocorreria depois da solução definitiva do processo (THEODOR JUNIOR, 1999).

O art. 273 de Código de Processo Civil estabelece os requisitos e as condições para o pedido e julgamento do pedido de antecipação de tutela no processo ordinário:

O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação;

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§ 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada (BRASIL, 1973).

Os requisitos para a concessão que está presente no *caput* do artigo são: prova

inequívoca e verossimilhança da alegação

A prova inequívoca são as alegações relacionadas aos fatos. Pode-se entender que é exigido que o autor apresente alguma prova constitutiva do seu direito e que consiga produzir no juiz, antes da fase do contraditório, um convencimento que o fato provavelmente ocorreu. Não haveria ainda a necessidade de uma produção de provas suficientes para que o processo fosse julgado em seu mérito, pois esta será uma fase processual seguinte.

A verossimilhança refere-se às alegações, aos fundamentos de direito ou aos efeitos jurídicos que se pretende extrair dos fatos. Como a lei subordina o exame deste requisito à existência de prova inequívoca dos fatos, ela recai sobre as alegações ou sobre a possibilidade de verificação dos efeitos jurídicos nos fatos provados (MAGADAN, 2009).

Além destes pressupostos genéricos de natureza probatória, existem os previstos no inciso do art. 273 do Código de Processo Civil que são: o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação e o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório (THEODORO JUNIOR, 1999).

O que realmente legitima a concessão de uma tutela antecipada é a urgência do pedido, que não permite uma espera para a análise do processo, para condução a juízo de certeza. Assim, o juiz poderá prover a medida, fundamentado em um conhecimento inicial e superficial do processo, baseado no chamado *fumus boni iuris*.

O receio de que poderá ocorrer um dano irreparável ou de difícil reparação corresponde ao risco concreto, atual e grave, devendo estes elementos estar presentes concorrentemente. O dano ainda deverá ser iminente, de forma que não é viável a espera até o final do processo. O juiz poderá conceder a medida com uma cognição sumaríssima, sem ouvir a outra parte, inaudita altera parte, ou em cognição sumária, depois de ouvida a outra parte (MAGADAN, 2009).

A liminar através da qual o juiz concede a tutela antecipada é passível de execução imediata, mas pode ser revogada a qualquer tempo desde que a decisão seja fundamentada (WAMBIER; ALMEIDA; TALAMINI, 2005).

Nos processos judiciais que procuram proteger a vida de um cidadão é comum encontrar-se a procura por uma via processual mais célere e diferenciada do processo ordinário que é o mandado de segurança.

O mandado de segurança está previsto no artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição, no Título dos “Direitos e Garantias Fundamentais”, com a seguinte redação:

[...] Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por hábeas corpus ou hábeas data, quando o responsável pela ilegalidade

ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público (BRASIL, 1988).

O mandado de segurança é uma garantia constitucional e é instrumento processual com vistas a assegurar direitos que tutelam os bens da vida. O conceito de direito líquido e certo, que daria legitimidade processual para impetrar o remédio constitucional é de entendimento diverso, no entanto, a jurisprudência predominante entende que este ocorre no plano processual, em um fato certo, capaz de ser comprovado. Deve ser oposto contra “ato de autoridade pública”, entendido como qualquer manifestação ou omissão do Poder Público ou de seus delegados no desempenho de atribuições públicas. Ressalte-se que as omissões das autoridades também podem violar direito líquido e certo do indivíduo, legitimando a impetração do mandado de segurança (BRASIL, 1988).

O direito líquido e certo tem de ser demonstrado através de prova documental, sem deixar dúvidas, a respeito dos fatos narrados pelo impetrante. O rito é sumário, o impetrante busca uma intervenção rápida do poder judiciário. É possível o pedido liminar em ação de mandado de segurança, com forma de proteção do bem e assim viabilizar a eficácia da sentença ao fim do processo (LEYSER, 2002).

Outro caminho procurado pelos pacientes é a ação civil pública, que é disciplinada pela Lei 7347/85. A legitimação para propositura é estabelecida no art. 5º, fazendo parte dos possíveis autores o Ministério Público, a Defensoria Pública e Associações, destina-se à tutela de interesses difusos, coletivos e/ou individuais homogêneos (BRASIL, 1985).

Apesar de alguns questionamentos é comum encontrar ações civis públicas propostas pelo Ministério Público na defesa do interesse de um único paciente, ou de um grupo determinado e restrito. O fundamento para estas ações está no caput do art. 127 da Constituição Federal, que lhe atribuiu legitimidade para defender direitos individuais indisponíveis. Dentro dos limites legais esta prática pode ser um caminho eficiente no combate à ineficácia do Poder Público na implementação de políticas públicas.

A possibilidade de recorrer ao judiciário como forma de garantir os direitos fundamentais é uma forma de assegurar a tutela desses direitos. O próprio Estado deve viabilizar, através de normas e procedimentos, que este acesso seja possível a todos.

A Constituição Federal procura promover legalmente essa assistência, promovendo meios formais de proteção, dispõe no art. 5º, LXXIV, que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. Há, ainda, a previsão de um órgão estatal, a Defensoria pública, no artigo 134, atribui a este a orientação

jurídica e a defesa, em todos os graus dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV. (BRASIL, 1988).

A Lei Federal de 05/02/50, mas que ainda está em vigor, assegura assistência judiciária ao hipossuficiente economicamente, considerado pela lei, em seu art. 2º como “aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família” (BRASIL, 1950).

Devem-se diferenciar, para melhor compreensão, conceitos distintos, que muitas vezes são usados como sinônimos: a justiça gratuita e a assistência judiciária (PIERRI, 2008).

A justiça gratuita refere-se ao fato do demandante não ser obrigado a efetuar o pagamento das custas processuais, que são, para este indivíduo, gratuitas. O solicitante poderá fazer jus ao benefício mesmo que tenha bens, desde os seus rendimentos não sejam suficientes para arcar com custas e honorários sem prejuízo de seu sustento. A propriedade de um bem não deveria ser considerada empecilho à concessão da gratuidade, pois não é, em si, um sinal de riqueza com o condão de afastar o benefício e não seria razoável exigir que a pessoa se desfizesse deste bem para arcar com os custos de um processo (PIERRI, 2008).

A assistência judiciária refere-se ao fato de ser o Estado obrigado a oferecer um representante na ação para assistir ao demandante no processo. Esta obrigação estatal pode ser desempenhada por advogados, principalmente, ou através de instituições que prestam o serviço gratuitamente (PIERRI, 2008).

De nada adiantaria garantir os direitos legalmente se não fosse possível, a todos, o acesso efetivo à justiça, assim, este direito é imprescindível como medida de garantia de todos os demais. A assistência judiciária oferece uma oportunidade para que o cidadão tenha seu interesse reconhecido, antes um privilégio de poucos, alcance um maior número de pessoas. No entanto, muitas vezes seu alcance é limitado pois, para muitos brasileiros a simples garantia que não terá de arcar com as custas processuais não é suficiente, uma vez que a demanda gera outros custos indiretos, que podem ser muitas vezes até superiores aos obtidos com a assistência judiciária (MADRID, 2007).

### 3 OBJETIVOS

#### **3.1 Objetivo Geral**

Identificar e analisar as decisões judiciais de segunda instância relacionadas ao SUS, no ano de 2009, que envolva a obrigação do poder público em garantir algum direito à saúde do usuário, nos Estado de Minas de Gerais, Rio Grande do Sul e Pernambuco.

#### **3.2 Objetivos Específicos**

Descrever e analisar os registros das ações impetradas em três tribunais brasileiros relacionadas ao Sistema Único de Saúde (SUS) quanto a:

1. Características das ações;
2. Resultados das ações;
3. Distribuição das demandas requeridas e dos agravos apresentados;
4. Distribuição das demandas por medicamentos;
5. Fundamentações legais e de princípios de direito das decisões

## 4 METODOLOGIA

Estudo transversal, com base em dados secundários, obtidos nos acórdãos dos Tribunais dos Estados de Minas de Gerais (TJMG), Rio Grande do Sul (TJRS) e Pernambuco (TJPE), disponíveis nos sítios eletrônicos dos respectivos tribunais. Foram incluídos os acórdãos referentes ao ano de 2009, em cujas ementas constavam dados relativos ao SUS e a condenação ou absolvição de cumprimento de uma obrigação ao usuário.

Optou-se pela segunda instância, pelo fato de serem as decisões disponibilizadas por meio eletrônico. Além disso, a pesquisa se restringiu, mesmo nesta instância, àquelas decisões colegiadas dos tribunais.

Os Tribunais se organizam de acordo com as Constituições Estaduais e cada um estabelece dentro de sua estrutura organizacional sua missão, visão, valores, princípios, entre outros (MINAS GERAIS, 2010). A missão deve decrescer a finalidade da existência da organização ou a sua razão de ser.

É o que dá direção e significado a existência da organização, orientando escolhas e decisões demonstrando coesão nas ações. A visão também pode ser estabelecida e deve se mostrar coerente com o propósito da organização e com sua missão, sendo uma meta pretendida pela organização descrever os objetivos a serem alcançados e suas estratégias para prazos determinados (PERNAMBUCO, 2009).

Os valores organizacionais são aqueles baseados na cultura, na história e representam um conjunto de crenças e princípios que orientam as atividades da organização (MINAS GERAIS, 2010).

A escolha dos três estados deu-se por conveniência tendo sido baseada nos fatos abaixo relacionados.

O Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE) pode ser considerado o berço do Direito no Brasil, com a formação do Direito passando pelas escolas de Olinda e Recife. Ao mesmo tempo, o Nordeste é o lugar dos contrastes socioeconômicos. Nas diretrizes descritas pelo Tribunal de Pernambuco, a sua missão seria a de atender a sociedade na prestação de serviços jurisdicionais, aplicando as leis e garantindo a agilidade, a eficácia e a ética de suas ações, e a visão, ser um Poder Judiciário ágil e disponível, que atende aos anseios dos cidadãos em todas as suas necessidades de Justiça e contribui para o pleno exercício da cidadania. Constam como valores os seguintes princípios básicos: ordem, segurança, paz, cooperação, solidariedade e justiça (PERNAMBUCO, 2009).

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) foi selecionado por ser estado onde se

realiza a pesquisa e por representar um tribunal mais voltado às tradições e à cultura. O próprio Estado tem múltiplas faces: regiões sul e triângulo, extremamente ricas, e norte e nordeste, extremamente pobres. É uma justiça mais conservadora e tradicionalista. O TJMG descreve como sendo sua missão: garantir, no âmbito de sua competência, a prestação jurisdicional com qualidade, eficiência e presteza, de forma a atender aos anseios da sociedade e constituir-se em instrumento efetivo de justiça, equidade e de promoção da paz social. Como valores organizacionais pretende ser uma Instituição aberta a todos, sem distinções, ser imparcial, isento, adotar a cooperação, a cordialidade e respeito como princípios básicos, a valorização das pessoas entre outros (MINAS GERAIS, 2010).

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) pertence a um Estado com índole, até certo ponto, "independente" do Brasil. Apresenta posições jurídicas controvertidas e sendo influenciada pela cultura Argentina e dos países vizinhos e, a homogeneidade e a europeização da sociedade gaúcha. A missão descrita por este tribunal é a de prestar para a sociedade, tutela jurisdicional, de forma indistinta conforme garantia Constitucional e legal e nas leis, distribuindo justiça de modo útil e a tempo. A visão seria proporcionar altos índices de satisfação para a sociedade, sendo uma Instituição moderna e eficiente no cumprimento do seu dever (RIO GRANDE DO SUL, 2010).

Por se tratar de decisões colegiadas, serão analisados os acórdãos, denominação dada a estas decisões (BRASIL, 2002).

A apreciação dos três permitirá contraste e comparações mas, ao mesmo tempo, não significa esgotar o tema.

#### **4.1 Cálculo Amostral**

O cálculo amostral foi feito pelo método de estimativa de proporções, para amostra finita, segundo o total de acórdãos disponíveis em cada sítio, considerando a prevalência de eventos de 50%, o erro de 5% e significância de 95%. Obteve-se o total da amostra, após o acerto final, de 283 para Minas Gerais-MG (n= 1681), 256 para o Rio Grande do Sul-RS (n=1000).

O total de acórdãos do Rio Grande do Sul para o ano de 2009 foi de 3464. No entanto, a correção foi feita para 1000 decisões, total disponibilizado para pesquisa no *sítio* do Tribunal via *internet*. No estado de Pernambuco (PE), em função do número e acórdãos disponíveis, foi considerado o universo, 86 unidades de análise.

As palavras chave utilizadas para a pesquisa dos acórdãos foram: SUS e direito à

saúde. Houve a substituição dos acórdãos sorteados que não continham o objeto de interesse para análise, como os de caráter previdenciário ou de ressarcimentos de danos, pelo imediatamente seguinte até o limite do próximo sorteado.

A seleção dos acórdãos foi feita por meio de uma tabela de números randômicos, construída no programa *Microsoft Office Excel 2007*, para cada estado.

## 4.2 Variáveis

Utilizou-se como instrumento para a coleta de dados, um formulário elaborado para este fim contendo as seguintes variáveis: n° do acórdão do Tribunal; data de Julgamento em 2ª Instância; Legitimidade passiva; Profissional de Saúde; nome do relator; exigência de prescrição; Situação de saúde, agravo ou doença citada no acórdão; Pedido Liminar; Titularidade da Ação; Demanda Requerida; Resultado em 1ª Instância; A decisão menciona ser caso de urgência ou emergência; Argumentação legal da decisão e Argumentação de princípios de direito presentes na decisão (APÊNDICE A).

Para análise cada variável foi categorizada como se segue: o tipo de ação (ação ordinária, mandado de segurança, ação civil pública, ação cautelar inominada), a representação jurídica do autor (Defensoria Pública, Ministério Público ou advogado particular); condição econômico-financeira alegada pelo autor (foi avaliado se o mesmo litigava sob o pálio da justiça gratuita ou se foi mencionado na decisão o fato do demandante ser hipossuficiente economicamente), a titularidade da ação (individual, coletivo ou individual e coletiva, quando o pedido se fundamentava em apenas um paciente mas pedia a extensão a outros com a condição semelhante), existência de pedido liminar (antecipação de tutela ou liminar), a decisão do pedido liminar (deferimento ou indeferimento na ação), a existência de fundamentação da urgência e emergência alegada no pedido, o resultado em segunda instância (favorável ao usuário, ao SUS ou usuário-SUS) e o tipo de recurso julgado; a demanda requerida na ação (tipo de pedido realizado pelo usuário); a doença ou agravo alegado pelo demandante; a origem do profissional de saúde (do serviço público-SUS ou particular); a observância do poder judiciário de exigir a prescrição por parte do profissional de saúde e argumentações legais e princípios gerais de direito presentes nas decisões.

As doenças e agravos foram categorizados segundo a Classificação Internacional de Doenças (CID-10) e agrupados, tendo sido avaliado a distribuição das doenças e agravos dos demandantes por local de origem do acórdão e segundo a demanda requerida.

As doenças e agravos foram assim agrupados: Doenças do aparelho circulatório; Transtornos mentais e comportamentais e doenças do sistema nervoso; Doenças do sistema



osteomuscular e do tecido conjuntivo, pele e do tecido subcutâneo; Neoplasias; Doenças endócrinas, nutricionais e metabólicas; Doenças do aparelho geniturinário e Doenças do aparelho digestivo; Doenças do aparelho respiratório; Doenças do olho e anexos e doenças do ouvido e da apófise; Algumas doenças infecciosas e parasitárias; Outras doenças (causas externas de morbidade e mortalidade; lesões, envenenamentos; afecções originadas no período perinatal; malformações congênitas; deformidades e anomalias cromossômicas; fatores que influenciam o estado de saúde e o contato com os serviços de saúde e sintomas; sinais e achados anormais de exames clínicos e de laboratórios, não classificados em outra parte).

As demandas por medicamentos foram caracterizadas quanto à origem do acórdão, quanto às características da ação, do demandante e quanto ao resultado em segunda instância. Os medicamentos demandados foram categorizados segundo a sua inclusão ou não na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), tendo como referencial a lista de 2008. A variável demanda por medicamentos foi construída com duas categorias: “sim” (acórdãos cuja ação demandava pelo menos um medicamento pertencente à RENAME) e “não” (acórdãos cuja ação demandava medicamentos que não constavam na RENAME).

Para os argumentos legais foram determinadas as seguintes categorias: Saúde e seguridade social: argumentos que incluem os artigos constitucionais do art. 196 a 203, que são os que fazem parte do capítulo que dispõe sobre a saúde, seguridade e assistência social; solidariedade dos entes estatais: artigo 23 da Constituição Federal, que estabelece a obrigação concorrente entre os entes estatais em cuidar da saúde; princípios Fundamentais: do artigo 1º ao 5º da Constituição Federal, que contém os princípios fundamentais, direitos e garantias individuais e coletivos; Direitos Sociais: do artigo 6º ao 9º da Constituição Federal, artigos que estabelecem os direitos sociais; Outros argumentos da Constituição Federal (artigos 37, 106, 127, 129, 170, 193, 194, 208, 212, 224 a 227.); Outras disposições relativas à saúde (Lei 8080/90, Lei 9787/99, 9656/ 98, Política Nacional de Atenção Oncológica, notas técnicas e portarias); Estatuto da criança e do adolescente e Estatuto do idoso; Leis Estaduais, específicas de Pernambuco, Minas Gerais e Rio Grande do Sul (Art. 158, 159, 166 e 169 da Constituição Estadual de Pernambuco, Súmula 18 do Tribunal de Justiça de Pernambuco; art. 186 e 190 da Constituição do Estado de Minas Gerais, art. 144 da Lei Orgânica do Município de Belo Horizonte, nota técnica da Secretaria Estadual de Saúde de Minas Gerais; art. 241 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, lei estadual 9808/93 RS).

Os argumentos de princípios de direito foram agrupados nas seguintes categorias: Direito à saúde; Direito à vida; Dignidade da Pessoa Humana; Mínimo existencial e reserva

do possível; Integralidade; Razoabilidade; Distributividade; Isonomia; Outras argumentações (Economicidade, eficiência, integridade física, orçamento, probidade administrativa, proporcionalidade, soberania dos direitos coletivos, universalidade).

### **4.3 Análise**

Os dados foram analisados empregando-se o *Software Package for Social Sciences (SPSS for Windows, version 17.00)*, sendo submetidos à análise descritiva, com obtenção de frequência absoluta e relativa. A comparação entre os tribunais dos três Estados quanto às características das ações e quanto aos seus resultados foi realizada pelo teste qui-quadrado ou exato de Fisher, considerando-se um nível de significância de 5%.

### **4.4 Questões éticas**

Por tratar-se de pesquisa que analisou banco de dados públicos e disponibilizados via *internet*, o que dispensa a aprovação do Comitê de Ética em pesquisa, mas ainda assim alguns princípios éticos foram observados. Dentre os especificados na Resolução 196/96, os que merecem destaque são: adequação aos princípios científicos, obediência à metodologia adequada e o cuidado na preservação do anonimato dos envolvidos nos processos judiciais.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, R. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- ALMEIDA FILHO, N. O conceito de Saúde: o ponto-cego da epidemiologia? *Rev. Bras. Epidemiol* [online] v. 3, n. 1-3, p. 4-20, 2000.
- ANNAS, G. J. Human Rights and Health: The Universal Declaration of Human Rights at 50 In: GRUSKIN, S. *Perspectives on Health and Human Rights*. New York: Routledge, 2005.
- ARANGO, R. El derecho a la salud en la jurisprudencia constitucional colombiana. *Revista da Defensoria Pública*, v. 1, n. 1, p. 91-130, jul./dez. 2008.
- ARTAZCOZ, L. *et al.* La salud de las personas adultas. *Gac Sanit* [online], v. 18, sup. 1, p. 56-68, 2004.
- BACKMAN, G. *et al.* Health systems and the right to health: an assessment of 194 countries. *The Lancet*, v. 372, n. 9655, p. 2047-2085, dez. 2008.
- BAPTISTA, T. W. F; MACHADO, C. V; LIMA, L. D. Responsabilidade do Estado e direito à saúde no Brasil: um balanço da atuação dos Poderes. *Ciência e Saúde Coletiva*, v. 14, n. 3, p. 829-839, 2009
- BARROSO, A. F. *Aspectos relacionados à efetivação do direito à saúde no Brasil através do Poder Judiciário*. 2003 22 f. Monografia (Curso de Atualização em Introdução ao Direito Sanitário) - ENSP/FIOCRUZ, Rio de Janeiro, 2003.
- BARROSO, L. R. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Rev. Jur. UNIJUS*, Uberaba-MG, v.11, n. 15, p.13-38, nov. 2008.
- BORGES, D. C. L; UGÁ, M. A. D. As ações individuais para o fornecimento de medicamentos no âmbito do SUS: características dos conflitos e limites para a atuação judicial. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo v. 10, n. 1 p. 13-38 mar/jul. 2009.
- BRAHAMS, D. UK: impact of European human rights law. *Lancet* v. 356, p. 1433–34, 2000.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado; 1988.

BRASIL. Lei Federal 1060 de 05 de fevereiro de 1950. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. *Diário Oficial da União* de 13 fev. 1950

BRASIL. Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União* de 17 jan. 1973

BRASIL. Lei 7347 de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico dá outras providências. *Diário Oficial da União* de 25 jul. 1985.

BRASIL. Lei Orgânica da Saúde 8080 de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. *Diário Oficial da União* de 20 set. 1990a

BRASIL. Lei 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial da União* de 16 set. 1990b

BRASIL. Lei 10406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União* de 11 jan. 2002.

BRASIL. Lei 10.471 de 01 de outubro de 2003. Cria o Estatuto do Idoso. *Diário Oficial da União* de 03 de out. de 2003.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde, Programa Nacional de DST e Aids. *O Remédio via Justiça: Um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/AIDS no Brasil por meio de ações judiciais*. Brasília: Ministério da Saúde; 2005.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Manual de direito sanitário com enfoque na vigilância em saúde*. Brasília, DF: Ministério da Saúde; 2006a.

BRASIL. *Portaria nº 698/GM* de 30 de março de 2006. Define que o custeio das ações de saúde é de responsabilidade das três esferas de gestão do SUS, observado o disposto na Constituição Federal e na Lei Orgânica do SUS. 2006b Disponível em: <[www.portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/29.pdf](http://www.portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/29.pdf)>. Acesso em: 15 jun. 2012.

BRAVEMAN, O.; GRUSKIN, P. Poverty, equity, human rights and health. *Bulletin of the World Health Organization*, v. 81, n. 7, 2003

BRYANT, L. L *et al.* Perceptions of cardiovascular health in underserved communities. *Prev Chronic Dis*, v. 7, n. 2, mar. 2010.

CALLEGARI, D. C. Medicina e Justiça. *Jornal do CREMESP*, São Paulo, n. 231, nov. 2006, Disponível em: <<http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Jornal&id=753>>. Acesso em: 10 jun 2012.

CHINKIN, C. Health and Human Rights. *Public Health*, v. 120, p. 52–60, 2006.

CINTRA, A. C. A; GRINOVER, A. P; DINAMARCO, C. R. *Teoria Geral do Processo*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; 1991.

COMPARATO, F. K. Fundamento dos Direitos Humanos. 1997. Disponível em: <<http://www.iea.usp.br/artigos>>. Acesso em: 13 jun. 2012.

COSTA, V. O. Direito à Saúde no Brasil: entre a prevenção de doenças e o tratamento de doentes. *São Paulo em Perspectiva*, v. 13, n. 3, p. 137-143, 1999.

CUNHA, J. P. P; CUNHA, R. R. E. Sistema único de Saúde- SUS: princípios. In: CAMPOS, F E; OLIVEIRA JÚNIOR, M.; TONON, L. M. *Planejamento e Gestão em Saúde*. Belo Horizonte: Coopmed; 1998.

DAHL, C. A.; YAMADA, T. Global health inequity: scientific challenges remain but can be solved. *J. Clin. Invest*, v. 118, p. 1242–1243, 2008.

DIAS, H. P. *Direito Sanitário*. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Brasília, DF, 2003.

ELLIAS, P. E. Estado e Saúde: os desafios do Brasil contemporâneo. *São Paulo em Perspectiva*, v. 18, n. 3, p. 41-46, 2004.

ERIKSEN, H. R; URSIN, H. Subjective health complaints, sensitization, and sustained cognitive activation (stress). *J Psychosom Res*, v. 56, p. 445-448, 2004.

ESCOBAR, G. Las garantías del derecho fundamental a la salud en Espana. *Revista da Defensoria Pública*, ano 1, n. 1, p. 3-33, jul./dez. 2008.

FELDMAN, D. The contribution of human rights to improving public health. *Public Health* v. 120, p. 61–70, 2006.

FERNANDEZ-MARTINEZ, B. *et al.* Estado de saúde percebido em idosos: desigualdades regionais e sociodemográficas na Espanha. *Rev. Saúde Pública* [online], v. 46, n. 2, p. 310-319, 2012.

FERRAZ, O. L. M; VIEIRA, F. S. Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante. *Rev Ciênc Sociais*, v. 52, n. 1, p. 223-251, 2009.

FORTES, P. A. C. Reflexão bioética sobre a priorização e o racionamento de cuidados de saúde: entre a utilidade social e a equidade. *Cad. Saúde Pública*, v. 24, n. 3, p. 696-701, 2008.

GANDINI, J. A. D; BARIONE, S. F; SOUZA, A. E. *A judicialização do direito à saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial: critérios e experiências.* São Paulo: Academia Brasileira de Direito, 2008.

GUERRA, S; EMERIQUE, LMB. O Princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, v. 7, n. 9, p. 379-397, 2006.

HAUBERT, M. *Nos jornais: PF flagra desvio recorde de recursos públicos em 2011.* Folha de São Paulo. [online]. 2012. Disponível em: <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/nos-jornais-pf-flagra-desvio-recorde-de-recursos-publicos-em-2011/>>. Acesso em: 06 jan. 2012

HOGERZEIL, H. V. *et al.* Is access to essential medicines as part of the fulfilment of the right to health enforceable through the courts? *Lancet*, v. 368, p. 305–11, 2006.

KRELL, A. J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional comparado.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LEYSER, M. F. V. R. *Mandado de segurança Individual e Coletivo.* São Paulo: WVC Editora, 2002.

LUCCHESI, P. T. R. Equidade na gestão descentralizada do SUS: desafios para a redução de desigualdades em saúde. *Ciência e Saúde Coletiva*, v. 8, n. 2, p. 439-448, 2003.

MADRID, D. M. Assistência judiciária: ausência de efetividade ao acesso à justiça. *Panóptica*, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, p. 45-61. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>. Acesso: 25/04/2012

MAGADAN, Y. G. *Hipótese de antecipação de tutela: exame do artigo 273 do Código de Processo Civil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

MENDES, I. A. C. Development and health: the declaration of Alma-Ata and posterior movements. *Rev. Latino-Am. Enfermagem*, v. 12, n. 3, p. 447-448, 2004.

MESSEDER, A. M, OSORIO-DE-CASTRO, C. G. S; LUIZA, V. L. Mandados judiciais como ferramenta para garantia do acesso a medicamentos no setor público: a experiência do Estado do Rio de Janeiro, Brasil. *Cad. Saúde Pública*, v. 21, n. 2, p. 525-534, 2005.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Referencial estratégico*. Belo Horizonte: 2010 Disponível em: <[http://www.tjmg.jus.br/institucional/planejamento/imagens/referencial\\_estrategico.pdf](http://www.tjmg.jus.br/institucional/planejamento/imagens/referencial_estrategico.pdf)>. Acesso em: 16 jan. 2012.

MOREIRA, P. L.; DUPAS, G. Significado de saúde e doença na percepção da criança. *Rev Latino-am Enfermagem*, v. 11, n. 6, p. 757-62, nov./dez. 2003.

NOGUEIRA, V. M. R; PIRES, D. E. P. Direito à saúde: um convite à reflexão. *Cad. Saúde Pública*, v. 20, n. 3, p. 753-760, 2004.

OLINDA, C. L. Direitos e equidade: princípios éticos para a saúde. *Arq Med ABC*, v. 30, n. 2, p. 69-75, 2005.

OPAS/OMS. *Declaração de Alma-Ata*. Conferência Internacional sobre Cuidados Primários em Saúde. 1978. Disponível em: <<http://www.opas.org.br>> Acesso em: 13 jan. 2012.

OPAS/OMS. *Declaração de Santafé de Bogotá*. Conferência Internacional de Promoção da Saúde. Santafé de Bogotá, Colômbia, 9-12 de novembro de 1992. Disponível em: <<http://www.opas.org.br/coletiva/uploadArq/Santafe.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2012

PENALVA, J. *et al. Judicialização do Direito à Saúde: O caso do Distrito Federal*. Belo Horizonte: Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2010/2011.

PEREHUDOFF, K.S. *Health, Essential Medicines, Human Rights & National Constitutions*. World Health Organization, Geneva, Switzerland University Program: Master of Health Science (International Public Health) Institution: Vrije Universiteit Amsterdam, 2008

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça de Pernambuco. *Plano Estratégico Decenal 2010/2019*. Recife: 2009. Disponível em: <<http://www.tjpe.jus.br/planodecenal/LivroPED.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2012.

PIERRI, J. C. C. Diferenças Entre Assistência Jurídica, Assistência Judiciária e Justiça Gratuita. *Saber Digital - Revista Eletrônica do CESVA*, Valença, v.1, n.1, p.7-17, mar./ago. 2008.

PIOVESAN, F. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. *Revista da Defensoria Pública*, Ano 1, n. 1, p. 161-178, jul./dez. 2008.

REALE, M. *Lições Preliminares de Direito*. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *A Estratégia do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: 2010. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/export/poder\\_judiciario/planejamento\\_estrategico/doc/Plano\\_Estrategico\\_TJRS.pdf](http://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/planejamento_estrategico/doc/Plano_Estrategico_TJRS.pdf)>. Acesso em: 16 jan. 2012.

ROCHA, R. C. K. *A eficácia dos direitos sociais e a reserva do possível*. 2006. Disponível em: <<http://www.redeagu.gov.br>>. Acesso em: 18 jan. 2012.

SARLET, I. W; FIGUEIREDO, M. F. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Direitos Fundamentais e Justiça*. v. 1, p. 171-213, 2007.

SCLIAR, M. História do Conceito de Saúde. *PHYSIS - Rev. Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 1, p. 29-41, 2007.

SGRECCIA, E. *Manual de Bioética*. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

SILVA, B. M. P. *O Sistema Único de Saúde: descompasso entre realidade normativa e realidade fática*. 2007. São Paulo. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2007

SILVEIRA, D. C. Teoria da justiça de John Rawls: entre o liberalismo e o comunitarismo. *Trans/Form/Ação*, v. 30, n. 1, p. 169-190, 2007.

SOARES, A. M; PIÑEIRO, W. E. *Bioética e Biodireito*. São Paulo: Edições Loyola; 2002.



STREET J.; RICHARD L; HAIDET, P. How well do the doctors Know their patients? Factors affecting physician understanding of patients health beliefs. *J Gen Intern Med*, v.2, n,1, p.21-27, jan 2011.

THEODORO JÚNIOR, H. *Curso de direito Processual Civil: Processo de execução e processo cautelar*. 24. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense; 1999.

TRAVASSOS, C; MARTIN, M. *Uma revisão sobre os conceitos de acesso e utilização de serviços de saúde*, Rio de Janeiro, 2004

VALLE, G. H. M.; CAMARGO, J. M. P. A audiência pública sobre a judicialização da saúde e seus reflexos na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 11, n. 3 p. 13-31, nov. 2010/fev. 2011.

VENTURA, M. *et al.* Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. *Physis Revista da Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 11, p. 77-100, 2010.

VIANNA, L. W; BURGOS, M. B; SALLES, P. M. Dezessete anos de judicialização da política. *Tempo soc*, v. 19, n. 2, p. 39-85, 2007.

VIEIRA, F. S. Ações judiciais e direito à saúde: reflexão sobre a observância aos princípios do SUS. *Rev Saúde Pública*, v. 42, n. 2, p. 365-9, 2008.

VIEIRA, F. S.; ZUCCHI P. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. *Rev Saúde Pública*, v. 41, n. 2, p. 214-22, 2007

WAMBIER, L. R.; ALMEIDA, F. R. C; Talamini, L.. *Curso Avançado de Processo Civil: teoria geral e processo de conhecimento*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

WANG, D. W. L. Reserva do Possível, Mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista de Direito Sanitário*, v. 10, n. 1, p. 308-318, 2009.

## 5 RESULTADOS E DISCUSSÃO

Os resultados e a discussão serão apresentados sob a forma de artigos científicos

ARTIGO
5.1 Primeiro artigo: Judicialização da Saúde: um estudo de caso de três tribunais brasileiros
5.2 Segundo artigo: Agravos e demandas requeridas em ações judiciais contra o Sistema Único de Saúde em três tribunais estaduais brasileiros
5.3 Terceiro artigo: Análise dos fundamentos de decisões de ações judiciais contra o serviço público de saúde de tribunais brasileiros

## 5.1 PRIMEIRO ARTIGO

### **Judicialização da Saúde: um estudo de caso de três tribunais brasileiros** **Judicialization in Health Care: A case study of three state courts in Brazil**

Denise Vieira Travassos<sup>1</sup>  
Daniela de Freitas Marques<sup>2</sup>  
Efigênia Ferreira e Ferreira<sup>1</sup>

#### **RESUMO**

A via judicial é procurada como forma de garantir proteção aos direitos sociais do cidadão. O objetivo deste trabalho foi descrever e comparar registros de três tribunais brasileiros quanto às características e resultados das ações relacionadas ao Sistema Único de Saúde (SUS). Foi realizada uma pesquisa dos acórdãos nos sítios eletrônicos dos Tribunais de Justiça dos estados de Pernambuco, Rio Grande do Sul e Minas Gerais, utilizando-se um roteiro próprio. Analisou-se 558 acórdãos. Houve maior frequência de ações ordinárias (73,1%), na maior parte das ações não foi possível verificar o representante jurídico do autor (54,5%). Nas que foram possíveis, a defensoria pública foi mais frequente (71,5%), principalmente no Rio Grande do Sul (90,2%). A titularidade das ações foi predominantemente individual nos três grupos. Houve um grande número de pedidos liminares (83,8%) que foram quase sempre deferidos (91,2%), com alegação de urgência/emergência em quase a totalidade deles (98,8%). A maioria das decisões foi favorável aos usuários (97,8%) nos três grupos. Na maior parte das decisões não foi possível verificar a situação econômico-financeira do demandante e o representante do autor (69,1% e 54,5%). As decisões estudadas demonstraram que o usuário tem buscado de forma individual garantir seu direito à saúde, recorrendo ao próprio poder público para a propositura da ação, mas percebe-se uma diferença de postura jurídica entre os tribunais avaliados. Há uma forte tendência do Judiciário em acolher estas solicitações.

Palavras-chave: Direito à Saúde, Sistema Único de Saúde, Jurisprudência

#### **ABSTRACT**

Court decisions are sought as a way to protect the social rights of citizens. The aim of the present study was to describe and compare records from three Brazilian courts in cases involving the public healthcare system and the results of these cases. A survey was made of the judgments listed on electronic sites of Justice Halls in states of Pernambuco, Rio Grande do Sul and Minas Gerais. A total of 558 judgments were analyzed. There was a greater frequency of ordinary cares (73.1%). In the majority of cases, it was not possible to identify the juridical representative of the defendant (54.5%). In those cases in which such identification was possible, a public defender was the most common (71.5%), with an even higher percentage in the state of Rio Grande do Sul (90.2%). The cases were predominantly individual in all three states. There were a large number of requests for injunctions (83.8%), which were nearly always deferred (91.2%), with the allegation of

---

<sup>1</sup> Programa de Pós-Graduação em Odontologia, Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Av. Presidente Antônio Carlos 6627. Belo Horizonte – MG, CEP: 31270-901. E-mail: detravassos@gmail.com

<sup>2</sup> Departamento de Direito Penal. Faculdade de Direito. Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)

urgency/emergency in nearly the entirety of such cases (98.8%). The majority of decisions were favorable to the users of the public healthcare system (97,8%) in all three states, although a greater number of decisions favoring the public healthcare system or the user/public healthcare system were observed in the state of Minas Gerais ( $p < 0.05$ ). In most decisions, it was not possible to determine the economic-financial status of the plaintiff or representative of the defendant (69.1% and 54.5%, respectively). The decisions studied demonstrate that public healthcare users seek their right to healthcare in an individual fashion, turning to the public power for a decision on the case. However, differences in juridical stances are perceived among the courts analyzed. Moreover, there is a strong tendency on the part of the court to accept these requests.

**Keywords:** Right to Healthcare, Brazilian Public Healthcare System, Jurisprudence

## INTRODUÇÃO

O conceito de saúde mais abrangente foi dado pela Organização Mundial de Saúde (OMS, 1946) definindo a saúde “como um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a simples ausência de doenças e outros danos”. Apesar das críticas a esta aceção de saúde, ela foi determinante para o reconhecimento deste direito fundamental do ser humano, tendo consolidado a concepção da necessidade de integração do indivíduo na sociedade, além da higidez física e mental<sup>1</sup>.

A saúde foi considerada um direito humano fundamental<sup>2</sup>, tendo sido incluído como uma garantia a ser oferecida aos povos pelos governos em vários tratados internacionais, em seu sentido mais abrangente<sup>3</sup>.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e o Protocolo sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1988) consideraram a saúde como condição indispensável à dignidade humana, bem como a sua estreita relação com as condições socioambientais e econômicas e a obrigação do Estado em proporcionar condições ao pleno exercício desses direitos<sup>2</sup>.

O direito à saúde torna os governos responsáveis pela prevenção, tratamento e controle de doenças e a criação de condições para garantir o acesso aos serviços de saúde, bens e

serviços necessários. Devido ao fato de todos os direitos humanos (econômicos, sociais, culturais, civis e políticos) serem considerados interdependentes e indivisíveis, os governos são responsáveis por implementar condições progressivas para garantir o direito à saúde, assim como os direitos relacionados à educação, à informação, privacidade, condições dignas de vida e trabalho<sup>4</sup>.

As Constituições brasileiras anteriores foram omissas em relação à garantia do direito à saúde. Previam, muitas vezes, apenas que cabia ao Estado cuidar da assistência pública e da prestação de assistência médica e hospitalar ao trabalhador filiado ao regime previdenciário. A garantia do direito à saúde só foi contemplado no texto da atual Constituição de 1988, o que ocorreu após 40 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>5</sup>.

O Brasil possui um sistema de proteção dos direitos humanos que integra o ordenamento jurídico nacional e as proteções oferecidas pelas normas jurídicas de direito internacional<sup>6</sup>. A saúde foi eleita como um direito extremamente relevante na Constituição Federal, pois o princípio da dignidade da pessoa humana é considerado como um dos fundamentos do Estado e é assegurada ainda a inviolabilidade do direito à vida<sup>7</sup>.

Entretanto, o disposto em lei, que todos têm direito à saúde, independente de raça, gênero, idade e classe social, muitas vezes não é a realidade dos fatos; percebe-se que há uma grande insatisfação/descrença em relação ao Sistema Único de Saúde (SUS)<sup>5</sup>. Muitas vezes, o cidadão tem a sensação subjetiva de não acolhimento de seus anseios, por parte dos serviços públicos de saúde, sensação esta que pode ser fundada em uma necessidade real ou percebida de sua própria saúde.

A compreensão do que é saúde varia de acordo com o indivíduo, suas crenças e valores, principalmente em função da causa de sua doença e a possibilidade de controle de sua situação, podendo estes fatores influenciar a adesão dos pacientes aos tratamentos propostos e a forma de utilização dos serviços de saúde<sup>8</sup>.

Há a necessidade de buscar uma forma de tornar coerentes as leis positivadas e o sentimento da comunidade em relação ao direito. A norma jurídica preconiza um entendimento, de ser o direito à saúde universal, integral e gratuito, no entanto, as situações vividas pelos pacientes caminham em sentido oposto. Vivenciam-se constantes violações desses princípios preconizados em lei que agravam as iniquidades do sistema de saúde<sup>9</sup>.

Em algumas situações nas quais os usuários do Sistema Único de Saúde ficam insatisfeitos com a resposta do serviço público, pode haver o questionamento judicial dessa prestação.

Este movimento, chamado de judicialização, na área da saúde iniciou-se na década de 70 e, no Brasil, ganhou força com os pacientes contaminados pelo vírus da síndrome de imunodeficiência adquirida (HIV), que se uniam, através de Organizações Não Governamentais (ONG) ou outras associações criadas na defesa de pacientes para, de forma coletiva, pleitearam por novos medicamentos e tratamentos. Pode ser considerada como um marco a liminar julgada favorável, em 25 de julho de 1996, movida pelo Grupo de Apoio à Prevenção à Síndrome de Imunodeficiência Adquirida (AIDS) (GAPA-SP) contra o Estado de São Paulo, para o fornecimento gratuito de medicamentos pelo Poder Público. A decisão abriu um precedente para o ajuizamento de outras demandas. Em 2001, as ações judiciais tiveram grande impacto no orçamento público e no Programa Estadual de Doenças Sexualmente Transmissíveis (DST/ AIDS) de São Paulo. Cerca de 80% (R\$ 3 milhões) do orçamento a ser gasto nesse ano para a compra de medicamentos antiaids foi usado no cumprimento de ordens judiciais<sup>2</sup>.

Uma crítica recorrente ao direito à saúde é que ele não seria um direito passível de ser reclamado judicialmente. Se esta perspectiva for tomada como verdadeira, estaria negando qualquer qualidade de legalidade aos direitos sociais e econômicos, reservando esta característica apenas para os direitos civis e políticos tradicionais<sup>10</sup>.

A Judicialização da Saúde vem crescendo de forma vertiginosa e a cada ano há um incremento das ações judiciais contra o Poder Público<sup>11</sup>. As decisões dos processos que podem ser favoráveis aos cidadãos obrigam os sistemas de saúde a arcarem com a viabilização desses direitos, que podem nem sempre significar benefícios para o próprio indivíduo, mas podem acarretar desequilíbrios sociais. Uma revisão sistemática sobre o assunto demonstrou que a maioria dos estudos tem abrangência local e concentrada na discussão da assistência farmacêutica. A maioria dos estudos centralizou a atenção em estados do Sul e Sudeste, especialmente no estado de São Paulo e um número muito reduzido incluiu os estados do Nordeste<sup>12</sup>.

Este estudo teve como objetivo a descrição e a análise dos registros de três tribunais brasileiros quanto às características das ações relacionadas ao Sistema Único de Saúde (SUS) e quanto aos resultados dessas ações.

## **METODOLOGIA**

Estudo transversal, com base em dados secundários, obtidos nos acórdãos dos Tribunais de Justiça dos estados de Minas de Gerais (TJMG), Rio Grande do Sul (TJRS) e Pernambuco (TJPE), disponíveis nos sítios eletrônicos dos respectivos tribunais. Foram incluídos os acórdãos referentes ao ano de 2009, em cujas ementas constavam dados relativos ao SUS e a condenação ou absolvição de cumprimento de uma obrigação ao usuário.

Os três estados foram escolhidos por conveniência, buscando-se a representação de três regiões distintas do Brasil: Sul (Rio Grande do Sul), Sudeste (Minas Gerais) e Nordeste (Pernambuco). Optou-se pela segunda instância pelo fato de serem estas as decisões disponibilizadas por meio eletrônico. Além disso, a pesquisa se restringiu, mesmo nesta instância, àquelas decisões colegiadas dos tribunais.

O cálculo amostral foi feito pelo método de estimativa de proporções, para amostra finita, segundo o total de acórdãos disponíveis em cada sítio, considerando a prevalência de eventos de 50%, o erro de 5% e significância de 95%. Obteve-se o total da amostra, após o acerto final, de 283 para Minas Gerais - MG (n= 1.681) e 256 para o Rio Grande do Sul-RS (n=1.000).

O total de acórdãos do Rio Grande do Sul para o ano de 2009 foi de 3.464. No entanto a correção foi feita para 1000 decisões, total disponibilizado no *sítio* do Tribunal, via internet. No estado de Pernambuco (PE), em função do número de acórdãos disponíveis, foi considerado o universo, 86 unidades de análise. As palavras-chave utilizadas para a pesquisa dos acórdãos foram: SUS e direito à saúde. Houve a substituição dos acórdãos sorteados que não continham o objeto de interesse para análise, como os de caráter previdenciário ou de ressarcimentos de danos, pelo imediatamente seguinte até o limite do próximo sorteado.

A seleção dos acórdãos foi feita por meio de uma tabela de números randômicos, construída no programa Microsoft Office Excel 2007, para cada estado.

Utilizou-se, como instrumento para a coleta de dados, um formulário elaborado para este fim. As seguintes variáveis foram coletadas: o tipo de ação (ação ordinária, mandado de segurança, ação civil pública, ação cautelar inominada); a representação jurídica do autor (Defensoria Pública, Ministério Público ou advogado particular e ONGs); condição econômico-financeira alegada pelo autor (justiça gratuita, hipossuficiente economicamente); a titularidade da ação (individual, coletiva ou individual e coletiva, quando o pedido se fundamentava em apenas um paciente mas pedia a extensão a outros com a condição semelhante); existência de pedido liminar (antecipação de tutela ou liminar); decisão do pedido liminar (deferimento ou indeferimento na ação); a existência de fundamentação da urgência e emergência alegada no pedido; o resultado em segunda instância (favorável ao usuário, ao SUS ou usuário-SUS) e o tipo de recurso julgado. Advogados, Ministério Público



e Defensoria Pública poderiam ser considerados representantes de ações tanto individuais como coletivas, de acordo com o descrito na propositura da ação.

Considerou-se não informado aqueles julgamentos que se extinguiram sem resolução do mérito, principalmente por perda da necessidade de decisão, por exemplo, pela morte do demandante.

Os dados foram analisados empregando-se o *Software Package for Social Sciences* (SPSS for Windows, version 17.00), sendo submetidos à análise descritiva, com obtenção de frequência absoluta e relativa. A comparação entre os tribunais dos três estados quanto às características das ações e quanto aos seus resultados foi realizada pelo teste qui-quadrado ou exato de Fisher, considerando-se um nível de significância de 5%.

A coleta de dados foi feita em bancos de dados públicos, disponibilizados pela *internet*, o que dispensa a aprovação de projeto em comitês de ética em pesquisa, sem prejuízo do respeito às normas.

## **RESULTADOS**

Foram analisados 558 acórdãos, sendo 282 de Minas Gerais representando 99,6% da amostra para esse estado, 222 do Rio Grande do Sul (86,7%) e 54 (62,8%) de Pernambuco.

Os tipos de ações mais frequentes foram as ações ordinárias (73,1%), seguidas dos mandados de segurança (19,9%). Houve maior frequência de ações ordinárias no TJRS e de mandado de segurança nos TJMG e TJPE (Tabela 1).

O principal recurso que levou a análise da decisão em segunda instância foi a apelação (52,8%) (incluídas aquelas decisões revistas em grau de reexame necessário), seguido pelo agravo de instrumento (38,4%). Os agravos internos e embargos de declaração apareceram em 4,8% e 4,0% dos acórdãos, respectivamente.

Tabela 1: Frequência e comparação das características das ações demandadas de acordo com Tribunais de Justiça de Minas Gerais (TJMG), do Rio Grande do Sul (TJRS) e de Pernambuco (TJPE).

Características da ação	Tribunal							
	TJMG		TJRS		TJPE		TOTAL	
<i>Tipo de ação</i>	n°	%	n°	%	n°	%	n°	%
Ação ordinária	178	63,1	210	94,6	20	37,0	408	73,1
Mandado de segurança	85	30,1	1	0,5	25	46,3	111	19,9
Ação civil pública	19	6,7	11	5,0	8	14,8	38	6,8
Ação cautelar inominada	0	0	0	0	1	1,9	1	0,2

\*Diferença com significância estatística dos três tribunais entre si (p<0,05)

*Representante jurídico do autor\**

Defensoria pública	37	46,8	138	90,2	8	33,3	183	71,5
Advogado particular	16	20,3	2	1,3	2	8,3	20	7,8
Ministério público	26	32,9	13	8,5	12	50,0	51	19,9
Organização não-governamental	0	0	0	0	2	8,3	2	0,8

\*Diferença com significância estatística dos três tribunais entre si (p<0,05)

*Titularidade das ações*

Individual	274	97,2	221	99,5	51	94,4	546	97,8
Coletiva	5	1,8	1	0,5	3	5,6	9	1,6
Individual e coletiva	3	1,1	0	0	0	0	3	0,5

p>0,05 - Sem diferença significativa entre os grupos

Nota: ausência de dados sobre propositura da ação em 203 acórdãos do TJMG, 69 no TJRS e 32 no TJPE.

Quanto ao representante jurídico do autor, na maior parte das ações havia ausência dessa informação (54,5%); sendo maior a falta desse registro nos acórdãos dos TJMG. Nos acórdãos identificados, observou-se que a Defensoria Pública representou a maior parte das ações (71,5%). Houve maior frequência de ações representadas pela Defensoria Pública no TJRS (Tabela 1).

Do total de ações analisadas, 61,6% solicitaram antecipação de tutela e 22,2%

requereram outras liminares judiciais. A frequência de solicitação de antecipação de tutela foi maior no TJRS e a de solicitação de liminar maior nos TJMG e TJPE. Os pedidos liminares foram concedidos na grande maioria das ações (91,2%), com percentual de pedidos liminares indeferidos significativamente maior nos TJMG e TJRS (Tabela 2).

A existência de fundamentação da decisão na urgência e emergência alegada no pedido foi encontrada na maioria das ações (81,2%), independentemente do Tribunal de Justiça analisado (TJMG=79,8%; TJRS=80,2%; TJPE=92,6%) ( $p=0,56$ ).

Tabela 2: Resultados dos pedidos de liminares e das concessões de pedidos nos tribunais de Minas Gerais, Rio Grande do Sul e Pernambuco, 2009

	Tribunal						Total	
	TJMG *		TJRS		TJPE			
<i>Pedido</i>	n°	%	n°	%	n°	%	n°	%
<i>liminares</i>								
Antecipação de tutela	156	55,3	166	74,8	22	40,7	344	61,6
Liminar	76	27,0	19	8,6	29	53,7	124	22,2
Não informado	50	17,7	37	15,7	3	5,6	90	16,1
	*Diferença com significância estatística dos três tribunais entre si ( $p<0,05$ )							
<i>Concessão de pedidos</i>	n°	%	n°	%	n°	%	n°	%
Deferida	204	88,3	171	92,4	51	100	426	91,2
Indeferida	26	11,3	12	6,5	0	0	38	8,1
Não informado	52	0,4	39	1,1	3	0	94	0,7
	*Diferença com significância estatística do TJPE para os TJMG e TJRS ( $p<0,05$ )							

Quanto ao resultado dos recursos em segunda instância, houve predominância de resultados favoráveis aos usuários (97,8%). Houve um maior número de decisões em segunda instância favoráveis ao SUS (20,2%) e favorável a ambos (4,3%) no Estado de Minas Gerais, se comparado com os outros dois Estados (Tabela 3). Nos resultados favoráveis aos usuários ( $n=481$ ), houve maior frequência de ações ordinárias no Rio Grande do Sul (58,2%)

comparativamente a Minas Gerais (36,4%) e Pernambuco (5,4%) e maior frequência de ações do tipo mandado de segurança em Minas Gerais (73,7%) comparativamente ao RS (1,1%) e PE (25,3%) ( $p=0,000$ ). Entre os resultados favoráveis ao SUS e favoráveis ao Usuário-SUS, não foi observada diferença significativa na distribuição da frequência dos tipos de ações entre os tribunais ( $p>0,05$ ).

Tabela 3: Resultados das ações em segunda instância nos tribunais de Minas Gerais, Rio Grande do Sul e Pernambuco, 2009

Resultado em 2ª Instância	TJMG		TJRS		TJPE		TOTAL	
	n°	%	n°	%	n°	%	n°	%
Favorável usuário	212	75,2	217	97,7	52	96,3	481	97,8
Favorável SUS	57	20,2	4	1,8	0	0	61	1,6
Favorável SUS e usuário	12	4,3	1	0,5	1	1,9	14	0,5
Não informado	1	0,4	0	0	1	1,9	2	0,1

\*Diferença com significância estatística do TJMG para o TJRS e TJPE ( $p<0,05$ )

## DISCUSSÃO

Os resultados deste estudo mostraram que, de modo geral, houve variabilidade nas ações que envolviam a saúde pública e nas decisões judiciais entre os Tribunais de Justiça dos estados de Minas Gerais, Rio Grande do Sul e Pernambuco.

O estudo obteve resultados satisfatórios nos três tribunais, embora não tenha sido obtida a amostra calculada para nenhum deles pela limitação da reposição de perdas. No estado de Pernambuco, não foi possível a reposição das perdas por se tratar da análise do universo. Considerando-se o universo do estudo, ou seja, o número total de acórdãos no ano de 2009, houve uma diferença entre os três tribunais, desproporcional à população de cada estado. O maior número de ações encontradas neste estudo foi no estado do Rio Grande do Sul (3.464), que possuía, em 2009, aproximadamente 10 milhões de habitantes, quase a

metade da população de Minas Gerais (19 milhões de habitantes), com um total de 1.681 acórdãos no mesmo período. Por outro lado, o estado de Pernambuco (8 milhões de habitantes) apresentou 86 acórdãos, número bem inferior aos demais tribunais estudados. Estes dados sugerem maior procura pelo Poder Judiciário para garantia do direito à saúde no estado do Rio Grande do Sul e que outros fatores, além do tamanho da população, podem ter influenciado essa procura.

Contudo, como foram analisados somente tribunais de segunda instância, essa comparação entre os estados pode não refletir a demanda real, pois somente incluiu as decisões nas quais houve recurso pela parte sucumbente na primeira instância de julgamento, procurando uma revisão da decisão e um segundo julgamento da ação, ou nos casos de reexame necessário da decisão. Portanto, esta limitação permeia todos os resultados apresentados. Adicionalmente, uma discussão da diferença acerca da procura pela efetivação dos direitos à saúde pela população dos diferentes estados deveria incluir também o cenário da saúde suplementar.

No entanto, esses estados brasileiros apresentam diferenças socioeconômicas e culturais que poderiam justificar os resultados encontrados. Há características específicas em relação aos tipos de doenças e agravos mais prevalentes<sup>13,14</sup> e o acesso aos serviços de saúde<sup>14, 15</sup>. O acesso aos serviços de saúde é melhor nas regiões Sul e Sudeste e apresenta piores índices nas regiões Norte e Nordeste do país. Interessante ressaltar também, que há discrepâncias socioeconômicas não só entre as regiões, mas também internamente. Um bom exemplo é a região Sul, uma das mais desenvolvidas do país, mas que apresenta maior desigualdade social<sup>16</sup>.

Em alguns estados, como os pedidos judiciais estão se avolumando e tornando um problema para o orçamento público, os serviços de saúde estão se organizando para acompanhar o perfil das demandas. Há relatos deste acompanhamento entre os estados

estudados, Minas Gerais<sup>11</sup> e Rio Grande do Sul<sup>17</sup>, sendo também identificadas iniciativas em São Paulo<sup>18</sup>. No entanto, não foi possível identificar que o mesmo ocorra no estado de Pernambuco; a baixa frequência de ações encontradas na segunda instância ou a falta de pesquisa nesta região do país são duas possíveis explicações para este achado.

Quando comparamos os tribunais estudados e os tipos de ações encontradas, verificou-se que as ações ordinárias foram mais prevalentes no TJRS e os mandados de segurança no TJMG e TJPE. Interessante ressaltar que o tipo de ação mais frequente nos estados de MG e RS foi a que apresentou maior frequência de resultados favoráveis aos usuários no tribunal correspondente, efeito não observado entre os resultados favoráveis ao SUS. Estes resultados sugerem haver uma predisposição de resultado favorável ao usuário relacionado ao tipo de ação escolhida e o tribunal no qual será impetrado o pedido. Estudos específicos poderiam avaliar melhor as causas e consequências deste resultado, se há influência na escolha do tipo de ação pelos representantes jurídicos dos pacientes nos estados citados, baseada na jurisprudência de cada tribunal.

A opção pela ação ordinária justifica-se pela possibilidade de produzir provas durante o processo, por exemplo, através de receitas, atestados médicos ou até mesmo perícia, para comprovar o pedido realizado e, caso tenha uma necessidade premente de receber a prestação, o demandante tem a possibilidade de pedir antecipação de tutela e conseguir um adiantamento do pedido. Nos mandados de segurança, o paciente busca uma intervenção rápida do poder judiciário, no entanto, as provas que comprovam o pedido devem ser demonstradas no momento da propositura da ação<sup>19</sup>. A ação civil pública reveste-se da particularidade da representação ser específica, só podendo ser feito pelo Ministério Público, Defensoria Pública e Associações, destinando-se á defesa de direitos específicos<sup>20</sup>. A escolha do tipo de ação é decisão que deve ser tomada em conjunto entre o representante jurídico do autor e o próprio autor, de acordo com a expectativa e as características do direito a ser pleiteado.

Houve um predomínio de ações com representação jurídica da Defensoria Pública. Resultados semelhantes foram encontrados no estado do Rio de Janeiro<sup>21,22</sup> e no Distrito Federal<sup>21</sup>. Em alguns estados, a Defensoria Pública e o Ministério Público são mais atuantes. Em estudos nos quais se verificou um predomínio da representação da Defensoria Pública, relata-se que a comprovação da hipossuficiência da pessoa é requisito para a propositura da ação por este órgão e a condição socioeconômica é avaliada no caso concreto. Em outros, como São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul, um dos critérios para o acesso à Defensoria Pública é a renda familiar que deve ser, no máximo, de três salários mínimos<sup>21</sup>.

A participação da Defensoria Pública no estado do Rio Grande do Sul foi maior, estado esse com o maior número de hipossuficientes informados. Neste estudo, o maior número de ações no estado de Rio Grande do Sul pode ser explicado pela posição atuante da Defensoria, o que facilitaria o acesso dos menos favorecidos para pleitear seus pedidos. O Ministério Público tem participação destacada no estado de Pernambuco (50,0%), assim como a Defensoria Pública (33,3%).

O acesso à justiça é condição imprescindível para o exercício dos direitos de um cidadão. Neste sentido, a assistência judiciária é garantida ao hipossuficiente, economicamente, considerado pela lei, em seu art. 2º como “aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família”<sup>23</sup>. A Constituição Federal procura promover legalmente esta assistência<sup>7</sup> aos que comprovarem insuficiência de recursos, considerando além da defensoria pública, o Ministério Público e a advocacia pública como funções essenciais ao acesso à Justiça por viabilizarem esse acesso<sup>24</sup>.

Portanto, apesar de alguns questionamentos, é comum encontrar ações civis públicas propostas pelo Ministério Público na defesa do interesse de um único paciente ou de um grupo determinado e restrito, baseado na capacidade conferida pela própria Constituição

Federal, que lhe atribuiu legitimidade para defender direitos individuais indisponíveis, como o direito à saúde. Dentro dos limites legais, esta prática pode ser um caminho eficiente no combate à ineficácia do Poder Público na implementação de políticas públicas, podendo beneficiar segmentos sociais hipossuficientes<sup>25</sup>.

No total dos acórdãos nos quais foi possível verificar o representante, a participação de advogados particulares foi pequena, achado semelhante ao descrito no Distrito Federal<sup>12</sup>; por outro lado, em desacordo com o predomínio da condução das ações por advogados particulares encontrado no estado de São Paulo<sup>26</sup>, Santa Catarina<sup>27</sup> e Minas Gerais<sup>28</sup>.

Uma possível explicação para este achado é que a maioria dos estudos se concentra em pedidos de medicamentos, diferentemente do presente estudo e do realizado no Distrito Federal, que analisou qualquer tipo de demanda. Como para a propositura de uma ação, o indivíduo necessita, obrigatoriamente, de estar representado juridicamente, este dado sugere que muitos usuários do SUS que buscam o Poder Judiciário o fazem com apoio no próprio Poder Público, ou seja, através da Defensoria Pública ou Ministério Público.

No presente estudo, a falta de dados sobre a situação econômica dos demandantes das decisões analisadas não permitiu avaliar se eram hipossuficientes ou se foi concedido a eles o benefício da justiça gratuita, impossibilitando discutir se são pessoas em situação de vulnerabilidade social. A variável foi incluída no estudo como de interesse pelo fato de alguns autores discutirem se a judicialização da saúde estaria priorizando o atendimento das pessoas que poderiam arcar com os custos de um processo<sup>11</sup>, atendendo, portanto, às necessidades de pessoas que teriam condições de pagar pelo tratamento pleiteado<sup>26, 28, 29, 30,31</sup> e, assim, o Judiciário estaria agravando a situação dos menos favorecidos. No entanto, embora não se possa dizer com certeza que quem procura um advogado particular pode realmente arcar com os custos de tratamento em saúde, pode-se dizer que a afirmação contrária leva a um dado



confiável, ou seja, pode-se considerar que quem recorreu ao Poder Público, como forma de viabilizar o acesso ao Poder Judiciário, não pertence a uma classe mais favorecida<sup>12</sup>.

Há ainda a possibilidade do cidadão, mesmo sendo hipossuficiente, procurar a justiça utilizando-se de advogados particulares, pois a remuneração de um advogado privado pode ser relativamente baixa ou pode haver parceria entre o Poder Público e advogados privados para a atuação jurídica<sup>12</sup>.

O que deve ser considerado na análise é se o cidadão poderia dispor do valor para custear as despesas judiciais sem comprometer a sua subsistência e de sua família, o que é um dado relativo ao valor do tratamento do qual se necessita e a renda familiar. Esta variável já foi utilizada em outro estudo, que considerou que aqueles que eram beneficiários da justiça gratuita eram considerados hipossuficientes economicamente, tendo sido encontrado que a concessão da justiça gratuita e, conseqüentemente, o reconhecimento da hipossuficiência econômica é característica majoritária nas demandas por medicamentos<sup>9</sup>.

No entanto, as comparações e discussões quanto à representação jurídica das ações e sua relação com a condição de hipossuficiência precisam ser avaliadas com cuidado, devendo ser confirmadas por outros estudos, considerando-se a alta proporção de ações com ausência de informações sobre esta representação e sobre a condição socioeconômica.

Nos três tribunais estudados, as ações foram propostas predominantemente de forma individual, com baixa frequência de ações propostas de forma coletiva. Estes resultados conduzem à reflexão sobre a possibilidade de aumento das desigualdades em função de privilégios às demandas individuais contrapondo-se o direito à vida e à saúde na esfera individual e na coletiva. O desvio de recursos para atender de forma individualizada aos pedidos poderia gerar a falta deste recurso para o suprimento das necessidades coletivas.

Nesse sentido, o direito individual seria um obstáculo às necessidades de toda a população, constituindo um equívoco considerar o não fornecimento de determinado serviço

como mitigação do próprio direito à saúde. Ao se determinar como uma obrigação do Estado o atendimento pleno de todas as necessidades de um indivíduo, haveria uma priorização de direitos de alguns cidadãos em despeito aos dos demais, privilegiando o indivíduo e não a coletividade<sup>32</sup>.

Sob a ótica de um indivíduo, que se encontra doente, com uma necessidade urgente, considera-se que a sua demanda deve ser atendida de forma integral e com celeridade, pois há, para o mesmo, a possibilidade de sofrer com o descaso ou com a ineficiência do Estado em cumprir com as suas obrigações legais de garantias ao direito à saúde e à vida. Esperar um sacrifício de sua integridade física ou mesmo de sua vida, em prol dos direitos coletivos, não seria uma atitude factível em termos de conduta individual<sup>9</sup>.

Não há dúvidas que o direito à saúde compreende o plano coletivo e o individual. No individual, implicaria a possibilidade de escolhas distintas e alternativas, entre elas, os recursos a serem procurados e o tipo de tratamento a ser submetido. No plano coletivo, o direito à saúde pode ser avaliado em duas vertentes: na primeira, a obrigação de se submeter às normas impostas pelo Estado; na segunda, remete-se à garantia da oferta de cuidados da saúde dos quais todos necessitam, o que corresponde ao ideal de igualdade e que, por sua vez, se submete ao pleno desenvolvimento do Estado<sup>33</sup>. As leis enfatizam mais o direito individual à saúde, entretanto, este direito deveria ser considerado levando-se em conta a coletividade. A existência de um direito à saúde individual leva ao questionamento de como pesar o direito de um indivíduo contra o do outro, ou como resolver o conflito de direitos<sup>10</sup>.

O argumento do direito à saúde, especialmente o individual, reveste-se de uma importância singular para o Judiciário, que tem o dever de decidir quando solicitado, quase sempre em situação de prestações de cunho emergencial, cujo indeferimento acarretaria o comprometimento irreversível ou mesmo o sacrifício de outros bens essenciais, como a vida, a integridade física e a dignidade da pessoa humana<sup>34</sup>. Pondera ainda o autor que o

indeferimento de uma prestação referente à saúde por falta de recursos poderia ser comparado ao de condenar, mesmo que indiretamente, uma pessoa à morte, pena esta proibida no ordenamento jurídico brasileiro<sup>34</sup>.

Houve uma pequena frequência de ações com representação jurídica de Organizações Não Governamentais. Assim, a participação dessas organizações, que foram tão importantes para o surgimento e fortalecimento do processo de judicialização da saúde no Brasil, principalmente nas demandas relacionadas aos portadores do vírus HIV, que já possuem tratamentos mais bem estabelecidos nos protocolos dos serviços de saúde e consolidaram seus direitos depois de anos de reivindicações<sup>2</sup>, parecem ter perdido força e já não são tão procuradas pelo usuários<sup>12</sup>. Conclui-se que o perfil dos demandantes já não é o mesmo do início do movimento de judicialização, quando houve uma mobilização de pessoas com os mesmos interesses. Os usuários têm preferido a solicitação individual dos pedidos à procura de associações para a defesa de seus direitos, sem uma preocupação com a coletividade.

O indivíduo, quando procura a via judicial, seja pela urgência do agravo a saúde ou pela demora já apresentada pelos serviços, deseja a rápida satisfação de suas necessidades, isto pode ser comprovado pelo alto número de pedidos liminares. Nesse estudo, houve uma grande porcentagem de deferimento desses pedidos pelo Judiciário, nos três estados estudados. Alto percentual de concessão de tutela foi também observado no Rio de Janeiro (96,9% das ações)<sup>9</sup>, Distrito Federal (91,95%)<sup>12</sup> e em São Paulo (93,5%)<sup>35</sup>.

Estas decisões estão fundamentadas na descrição de situações que levam o Judiciário a acreditar em um prejuízo na demora de concessão de uma determinada prestação. Por outro lado, muitas vezes a medida se torna irrevogável pelo cumprimento, por exemplo, no caso de intervenções cirúrgicas, tornando também irreversível o dano causado ao orçamento do ente estatal. Nas decisões quanto à concessão de antecipação de tutela, o principal critério judicial seria a constatação da necessidade do demandante em ter acesso urgente a determinado

medicamento ou procedimento, tendo como respaldo os documentos fornecidos pelo demandante, em geral, os receituários médicos<sup>9,21</sup>. O tribunal de Minas Gerais e do Rio Grande do Sul se mostraram mais conservadores na concessão desses pedidos, com o maior percentual de pedidos indeferidos, fator que pode ser mais uma vez explicado pela aproximação dos serviços públicos de saúde e de justiça<sup>11, 17,18, 26</sup>.

Neste estudo, observou-se a alegação de urgência e emergência em quase totalidade das ações com solicitação de pedidos liminares. Resultados semelhantes foram encontrados em Minas Gerais<sup>11</sup>, São Paulo<sup>36</sup> e Distrito Federal<sup>12</sup>, com alto percentual de concessão dos pedidos de liminares usando como fundamento a urgência do pedido, em face da possibilidade de se causar dano irreversível à saúde do demandante.

O conceito de urgência e emergência, definido pelo Conselho Federal de Medicina, considera a urgência como a “ocorrência imprevista de agravo à saúde com ou sem risco potencial de vida, cujo portador necessita de assistência médica imediata” e emergência “a constatação de condições de agravo à saúde que impliquem risco iminente de vida ou sofrimento intenso, exigindo, portanto, tratamento médico imediato”<sup>37</sup>. Se nem mesmo neste conceito fica realmente fácil definir e diferenciar uma condição da outra, pode-se imaginar o que acontece com a percepção de um usuário e de um juiz ou desembargador no momento de emitir uma decisão. Como os próprios profissionais de saúde não têm a clara noção destes conceitos, o usuário vai utilizá-los de acordo com a necessidade ou percepção a respeito do seu próprio estado de saúde e sua experiência de vida<sup>38</sup>. O mesmo, possivelmente, é o que acontece com o julgador ao proferir sua decisão no processo. Neste estudo, observou-se que, para a maioria das ações nas quais foi alegada urgência e emergência, houve o deferimento destes pedidos liminares, independentemente do tribunal.

Enquanto a concessão da medida liminar pode causar danos ao erário, o indeferimento poderia causar um comprometimento irreversível da saúde, integridade física, dignidade da

pessoa humana e, muitas vezes, da própria vida do cidadão. A urgência/emergência por si só pode acarretar resultados que podem ser desfavoráveis, tanto para o usuário como para o SUS, sobretudo pela exígua discussão do caso.

O maior número de decisões foi favorável aos usuários nos três estados, o que se assemelha ao observado em São Paulo, onde 90,3% das ações julgadas foram julgadas como procedentes, ou seja, os demandantes, pacientes do SUS, obtiveram a prestação pretendida na maioria das vezes<sup>35</sup>. No presente estudo, houve ainda um pequeno número no qual os desembargadores optaram por conceder o pedido de forma parcial, o que foi considerado como favorável a ambos. O estado de Minas Gerais apresentou mais decisões favoráveis ao SUS ou de concessão parcial do pedido frente aos outros dois estados estudados, sugerindo uma diferença de posicionamento nas decisões de acordo com o tribunal avaliado. Há ainda que se ponderar o fato do TJRS ser conhecido como um tribunal de vanguarda, muitas vezes proferindo decisões inéditas entre os tribunais brasileiros<sup>39</sup>, o que poderia explicar, em parte, algumas destas diferenças encontradas neste estudo.

Este dado deve ser analisado com mais profundidade pois, sugerem que fatores como o tipo de ação mais frequente no estado e o perfil sócio-econômico do demandante podem estar interferindo nos resultados.

O movimento de judicialização da saúde é uma realidade para ambos, Poder Judiciário e Sistema Único de Saúde. A participação da Defensoria e do Ministério Público parece estar viabilizando o acesso aos processos judiciais. Embora o processo de judicialização tenha começado de forma coletiva no país, o que se observa atualmente é que o cidadão tem buscado de forma individual garantir seu direito à saúde, mesmo que recorrendo ao próprio Poder Público como forma de auxílio no processo. Os tribunais estudados demonstram que há uma forte tendência do Judiciário em acolher as solicitações de prestações feitas ao Sistema Único de Saúde, inclusive com concessões de liminares fundamentando-se, muitas vezes, na

urgência/emergência da necessidade da prestação, acreditando evitar, desta maneira, que o usuário possa sofrer algum dano irreversível pela demora na prestação.

### **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

No estudo realizado, baseado nos recursos julgados em segunda instância de ações impetradas contra os serviços públicos de saúde, evidenciou-se diferenças entre os Estados estudados quanto ao tipo da ação demandada e a participação do poder público na representação jurídica dessas ações. Os resultados sugerem maior acesso ao poder judiciário e maior representação pela defensoria pública no Estado do Rio Grande do Sul. Esse Estado, juntamente com Pernambuco, apresentou maior frequência de resultados favoráveis aos usuários comparativamente a Minas Gerais. Esses dois Estados, MG e PE, também foram os que concederam mais pedidos de liminares.

As diferenças entre as decisões dos Tribunais de Justiça devem ser estudadas com a finalidade de se compreender as características regionais de acesso aos serviços tanto de saúde como os relacionados ao poder judiciário, da eficiência na prestação dos serviços públicos, posturas dos profissionais de saúde e dos gestores locais e ainda do conhecimento e da capacidade de exercício dos direitos, garantidos por lei, por parte da população, bem como os valores e concepções utilizados pelos juízes no momento de julgar estes recursos.

### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

1 Silva BMP. *O sistema Único de Saúde: descompasso entre realidade normativa e realidade fática. São Paulo*. [Tese] São Paulo (SP): Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; 2007

2 Brasil, Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde, Programa Nacional de DST e Aids. *O Remédio via Justiça: Um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/aids no Brasil por meio de ações judiciais / Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde, Programa Nacional de DST e Aids*. Brasília: Ministério da Saúde; 2005.

- 3 World Health Organization. *The Right to health*. Suíça: Genebra, 2008.
- 4 Braveman O, Gruskin P. Poverty, equity, human rights and health. *Bulletin of the World Health Organization* 2003; 81 (7).
- 5 Barroso AF. *Aspectos Relacionados À Efetivação Do Direito À Saúde No Brasil Através Do Poder Judiciário*. [Monografia]. Rio de Janeiro (RJ): ENSP/FIOCRUZ; 2003.
- 6 Brasil. Ministério da Saúde. *Manual de direito sanitário com enfoque na vigilância em saúde*. Brasília: Ministério da Saúde, 2006.
- 7 Brasil. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado; 1988.
- 8 Street Jr, Richard L; Haidet, Paul. How well do the doctors Know their patients? Factors affecting physician understanding of patients health beliefs. *J Gen Intern Med* 2011; 26(1): 21-27.
- 9 Ventura M; Simas L; Pepe VLE; Schramm FR. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. *Physis Revista da Saúde Coletiva*. Rio de Janeiro, 2010, 20(11): 77-100.
- 10 Chinkin C. Health and Human Rights. *Public Health* 2006; 120: 52–60
- 11 Marques ORA, Melo MB, Santos APS. Ações Judiciais no âmbito do Sistema Único de Saúde do Brasil Bases Legais e Implicações: um estudo de caso em um Tribunal da Região Sudeste. *Rev Direito Sanit* 2011; 12 (1): 41-66.
- 12 Penalva J. *Judicialização do Direito à Saúde: O caso do Distrito Federal*. Belo Horizonte Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2010/2011.
- 13 Cesse EAP. *Epidemiologia e Determinantes Sociais das Doenças Crônicas Não Transmissíveis no Brasil*. [Tese] Recife: Centro de Pesquisas Aggeu Magalhaes – FIOCRUZ; 2007.
- 14 Zapponi ALB, Melo ECP. Distribuição Da Mortalidade Por Câncer De Mama E De Colo De Útero Segundo Regiões Brasileiras. *Rev. Enferm*. 2010 18(4): 628-631.
- 15 Gutierrez MS. *A oferta de tomógrafo computadorizado para o tratamento do acidente vascular cerebral agudo, no Brasil, sob o ponto de vista das desigualdades geográficas e sociais*. [Dissertação] Brasília (DF): Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca; 2009.
- 16 Travassos C, Oliveira EXG, Viacava F. Desigualdades geográficas e sociais no acesso aos serviços de saúde no Brasil: 1998 e 2003. *Ciência & Saúde Coletiva* 2006; 11(4): 975-986.
- 17 Picon PD. Ações judiciais e evidências científicas. In: Keinert TMM, Silvia Helena Bastos Paula SHB de, Bonfim JRA, organizadores. *As ações judiciais no SUS e a promoção do direito à saúde*. São Paulo: Instituto de Saúde, 2009.

18 Filho MN, Chieffi AL, Correa MCMMA S-Codes: um novo sistema de informações sobre ações judiciais da Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo. *Bepa* 2010; 7(84): 18-30.

19 Leyser, MFVR. *Mandado de segurança Individual e Coletivo*. WVC Editora: São Paulo. 2002. 188p.

20 Brasil. Lei 7347 de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico dá outras providências. *Diário Oficial da União* de 25/07/1985.

21 Edais VL, Ventura M, Sant'ana JMB, Figueiredo TA, Souza VR, Simas L. Caracterização de demandas judiciais de fornecimento de medicamentos "essenciais" no Estado do Rio de Janeiro, Brasil. *Cad Saude Publica* 2010; 26(3): 461-471.

22 Messeder AM, Osorio-de-Castro CGS, Luiza VL. Mandados judiciais como ferramenta para garantia do acesso a medicamentos no setor público: a experiência do Estado do Rio de Janeiro, Brasil. *Cad Saúde Pública* 2005; 21:525-34.

23 Brasil. Lei Federal 1060 de 05 de fevereiro de 1950 Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. *Diário Oficial da União* de 13 de fev. 1950, p. 2161

24 Oliveira SS. Defensoria pública brasileira: sua história. *Revista de direito público* 2007; 2, (2): 59-74.

25 Gandini JAD, Barione SF, Souza AE. *A judicialização do direito à saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial - critérios e experiências*. São Paulo: Academia Brasileira de Direito, 2008. Disponível em: [http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art\\_id=1451&categoria=Sanitário](http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=1451&categoria=Sanitário). Acesso em: 09 jul. 2012

26 Chieffi AL, Barata RCB. Ações judiciais: estratégia da indústria farmacêutica para introdução de novos medicamentos. *Rev Saúde Pública* 2010; 44(3): 421-9.

27 Pereira JR, Santos RID, Nascimento Junior JMD, Schenkel EP. Análise Das Demandas Judiciais Para O Fornecimento De Medicamentos Pela Secretaria De Estado Da Saúde De Santa Catarina nos Anos De 2003 e 2004. *Cienc Saude Colet* 2010, 15 (Supl 3): 3551-3560.

28 Machado MAA. Acesso a medicamentos via poder judiciário no Estado de Minas Gerais. [Dissertação] Belo Horizonte (MG): Faculdade de Farmácia da Universidade Federal de Minas Gerais; 2010.

29 Vieira FS, Zucchi P. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. *Rev Saude Publica* 2007; 41(2):214-222.

30 Vieira FS. Ações judiciais e direito à saúde: reflexão sobre a observância aos princípios do SUS. *Rev Saúde Pública* 2008; 42(2):365-369.



- 31 Borges DCL; Ugá MAD. As ações individuais para o fornecimento de medicamentos no âmbito do SUS: características dos conflitos e limites para a atuação judicial. *Revista de Direito Sanitário* 2009; 10 (1): 13-38.
- 32 Gontijo, CD. A judicialização do direito à saúde. *Rev Med Minas Gerais* 2010; 20(4): 606-611.
- 33 Nogueira VMR, Pires DEP. Direito à saúde: um convite à reflexão. *Cad Saúde Pública* 2004; 20(3): 753-760.
- 34 Sarlet IW, Figueiredo MF. Algumas considerações Em Torno Do Conteúdo, Eficácia E Efetividade Do Direito À Saúde Na Constituição De 1988. *Direitos Fundamentais e Justiça* 2007; 1: 171-213.
- 35 Marques SB; Dallari SG. Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. *Rev Saúde Pública* 2007; 41(1):101-107
- 36 Edais PVL, Figueiredo TA, Simas L, Osorio-de-Castro CGS, Ventura M. A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica. *Cienc Saúde Coletiva* 2010; 15(5): 2405-2414.
- 37 Brasil. Conselho Federal de Medicina. Resolução 1.451/1995. *Diário Oficial da União* 1995; 17 Mar.
- 38 Rocha, AFS. *Determinantes da Procura de Atendimento de Urgência pelos Usuários nas Unidades de Pronto Atendimento da Secretaria Municipal de Saúde de Belo Horizonte* [Dissertação]. Belo Horizonte (MG): Escola de Enfermagem- Universidade Federal de Minas Gerais; 2005.
- 39 Farpas separatistas: Presidente do TJ-RS critica presidente do TRF-3. *Revista Consultor Jurídico* 2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-jul-04/presidente-tj-rs-responde-criticas-presidente-trf>. Acesso em: 18 jun. 2012.

## 5.2 SEGUNDO ARTIGO

### **Caracterização dos agravos e demandas presentes em ações judiciais contra o Sistema Único de Saúde em três tribunais estaduais brasileiros**

### **Characterization of demands and diseases conditions in judicial cases against the public healthcare system in three states in Brazil**

#### RESUMO

**Objetivo:** verificar distribuição das demandas requeridas e doenças/agravos apresentados pelos que procuraram a justiça exigindo prestação de serviços públicos de saúde. **Metodologia:** pesquisa realizada nos sítios eletrônicos dos Tribunais de Justiça dos estados de Pernambuco, Rio Grande do Sul e Minas Gerais, em 2009 para análise de recursos julgados. Doenças foram classificadas segundo a Classificação Internacional das Doenças. Avaliou-se: distribuição das doenças dos demandantes por local de origem do acórdão e demanda requerida. Medicamentos foram classificados segundo constassem ou não na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME). A ocorrência de demandas por medicamentos foi caracterizada, empregando-se o teste qui-quadrado para avaliar as associações dessa variável com a origem do acórdão, as características da ação, do demandante e quanto ao resultado do recurso judicial ( $p < 0,05$ ). **Resultados:** analisou-se 558 acórdãos. As doenças mais alegadas foram as do aparelho circulatório (17,2%). A distribuição das doenças/agravos variou entre tribunais. Houve uma distribuição desigual na demanda requerida em relação às doenças. Observaram-se mais demandas por medicamentos (79,6%), a maioria não incluídos na RENAME. Ações que demandaram medicamentos foram principalmente ações ordinárias e mandado de segurança. Houve mais demanda por medicamentos entre as ações com representação jurídica de advogado particular. Houve mais ações demandando medicamentos entre as fundamentadas em prescrições de profissionais de saúde particular. **Conclusão:** a justiça é procurada como alternativa de acesso aos serviços de saúde, principalmente a assistência farmacêutica. Os pedidos são, na maioria, medicamentos não pertencentes à RENAME, prescritos por profissionais particulares. Há uma tendência dos tribunais em acatar estes pedidos. O impacto destas decisões deve ser melhor analisado e compreendido pelos dois lados envolvidos no processo, Judiciário e Serviços Públicos de Saúde, para não agravar iniquidades no sistema.

**Palavras-chave:** Direito à Saúde, Sistema Único de Saúde, Jurisprudência, Medicamentos

#### ABSTRACT

**Objective:** The aim of the present study was determine the distribution of the demands and diseases/conditions in demands against the public healthcare services and characterize cases of demands for medications in Brazil. **Methods:** A survey was carried out of electronic sites of the Justice Halls in the states of Pernambuco, Rio Grande do Sul and Minas Gerais in 2009. Diseases were classified based on the International Classification of Diseases. The

distribution of diseases by claimants per local of origin of the court decision and demand was analyzed. Medications were classified based on their appearance or non-appearance on the Brazilian National List of Essential Medications, denominated RENAME. **Results:** A total of 558 judgments were analyzed. The most common diseases were related to the circulatory system (17.2%). The majority of demands were for medications (79.6%), most of which are not listed on the RENAME. The distribution of diseases/conditions varied among the different courts. There was greater demand for medications among cases with juridical representation involving a private attorney and based on prescriptions by health professionals from the private sector. **Conclusion:** The courts are sought as an alternative for access to healthcare services, especially with regard to pharmaceutical care. Most requests were for medications not listed by the RENAME and prescribed by private health professionals. There was a tendency on the part of the courts to grant these requests. The impact of such decisions should be analyzed in depth and understood by both sides involved in the process in order to avoid inequalities.

**Keywords:** Right to Health, Jurisprudence, Unified Health System, Medicines

## INTRODUÇÃO

Usufruir de saúde é uma condição básica para a existência de qualquer ser humano. O acesso aos serviços de saúde no Brasil melhorou consideravelmente após a criação do Sistema Único de Saúde (SUS) (1), porém ainda permanece uma desigualdade no uso dos serviços, sendo menor entre os menos favorecidos (2).

No entanto, no artigo 6º da Constituição Federal da República Brasileira, de 1988, o direito à saúde é elencado explicitamente entre os direitos fundamentais, com todas as consequências decorrentes deste *status*, inclusive de ser um direito subjetivo (3).

No capítulo dos Direitos e Garantias Fundamentais, nos artigos 196 e 197, o direito à saúde está positivado de forma mais pormenorizada. O art. 196 dispõe que: “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (4). A Lei 8080/90 (Lei Orgânica da Saúde) confirma o disposto constitucionalmente em relação ao direito à saúde, no seu art. 2º que “a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições

indispensáveis ao seu pleno exercício”. O artigo 6º inclui no campo de atuação do SUS a atenção integral, inclusive a farmacêutica (5).

Na Constituição não consta que o direito à saúde seja um direito passível de ser exigido do poder público, nem que exista a possibilidade de responsabilizar a autoridade no caso de falha na prestação (3). No entanto, pode-se interpretar que, ao ser elencado como um direito fundamental, a saúde geraria um dever correspondente, em relação ao Estado e a terceiros. O Estado tem o dever de efetivar, através de políticas públicas e com decisões práticas, a garantia do direito à saúde (6).

Se esta perspectiva for tomada como verdadeira, que o direito à saúde não seria um direito passível de ser reclamado judicialmente, estar-se-ia negando qualquer qualidade de legalidade aos direitos sociais e econômicos, reservando esta característica apenas para os direitos civis e políticos tradicionais. Este tipo de entendimento tem fortes raízes nos Estados Unidos, país que não ratificou qualquer tratado internacional que contenha direitos sociais e econômicos. Os direitos sociais, mesmo que considerados como direitos humanos, não possuem, por si só, uma capacidade legal forte de exigir seu cumprimento. As leis enfatizam o direito individual à saúde, no entanto, o conteúdo desse direito deveria ser sempre considerado levando-se em conta o direito de toda a coletividade. A existência de um direito à saúde individual levaria a questionar como pesar o direito de um indivíduo contra o do outro, ou como resolver o conflito de direitos (7).

Contudo, quando o cidadão não obtém êxito na satisfação de suas necessidades de saúde pelo poder público, tem a sensação subjetiva de ter um direito negado, direito este, muitas vezes, primordial para a garantia de sua saúde ou mesmo de sua vida. No cenário econômico de distribuição desigual de renda e no campo político, de total descrença nas instituições, que são alvo constante de denúncias, o indivíduo que se sente desamparado procura satisfazer a sua necessidade de alguma forma. A saída muitas vezes encontrada é a

procura pelo Poder Judiciário como meio para concretizar este direito.

A interferência do Poder Judiciário nos órgãos públicos de saúde, obrigando-os às mais diversas ações como fornecimento de medicamentos, tratamentos, internações ou qualquer outra solicitação do cidadão que encontre amparo legal, é questionada por muitos setores da sociedade, no entanto, as decisões encontram amparo no direito. Críticas à chamada judicialização da saúde existem sob diferentes aspectos: o orçamentário, o ético, o legal, o do equilíbrio entre os poderes. Argumentos defendendo e contrapondo todos os pontos de vista podem ser encontrados (8).

A complexidade da inter-relação entre Judiciário e a saúde levou o Supremo Tribunal Federal à discussão de diretrizes para a solução dos conflitos oriundos das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Como resultado deste debate, o Conselho Nacional de Justiça editou uma recomendação que subsidia os magistrados na solução desses conflitos, que inclui medidas tais como: Instruir as ações, sempre que possível, com relatórios médicos, descrição da doença pela Classificação Internacional de Doenças (CID-10); Prescrição de medicamentos observando a denominação genérica ou princípio ativo e a posologia; e Evitar autorizar medicamentos ainda não registrados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária, ou em fase experimental, exceto se previsto em lei e julgar as medidas de urgência apenas depois de ouvidos os gestores (9).

O fenômeno não é exclusividade da justiça brasileira, há ações judiciais contra o poder público em outros países, requerendo a prestação de tratamentos, procedimentos e medicamentos, com evidências de aumento na última década (10, 11). Baseado neste contexto social, de procura de uma via alternativa para a garantia do direito à saúde, este estudo teve como objetivo verificar a distribuição das demandas requeridas e dos agravos apresentados pelos que procuraram a Justiça exigindo uma prestação através do Sistema Único de Saúde, ou seja, nos serviços públicos de saúde.

## **METODOLOGIA**

Estudo transversal com base em dados secundários, obtidos nos acórdãos dos Tribunais dos estados de Minas de Gerais (TJMG), Rio Grande do Sul (TJRS) e Pernambuco (TJPE), disponíveis nos sítios eletrônicos dos respectivos tribunais. Foram incluídos os acórdãos referentes ao ano de 2009, em cujas ementas constavam dados relativos a demandas contra o SUS e a condenação ou absolvição de cumprimento de uma obrigação para o usuário. A opção pela segunda instância foi motivada pela possibilidade de acesso, por meio de consulta pública, através da *internet*, nos tribunais selecionados.

Os dados somente incluem as decisões nas quais houve recurso pela parte que ficou insatisfeita com a decisão de primeira instância de julgamento, procurando uma revisão desta decisão e um segundo julgamento da ação, ou nos casos de reexame necessário da decisão. Portanto, esta limitação permeia todos os resultados apresentados. Há de se considerar ainda que o foco desse estudo foi apenas os serviços públicos, não incluindo processos que envolvam a saúde suplementar.

Os três estados foram escolhidos por conveniência, buscando-se a representação de três regiões distintas do país: Sul (Rio Grande do Sul), Sudeste (Minas Gerais) e Nordeste (Pernambuco). No estado de Pernambuco, totalizaram-se 86 acórdãos disponíveis, os quais foram todos incluídos. O total de acórdãos em Minas Gerais (1.681) e Rio Grande do Sul (3.464) foi de 5.143, sendo calculada uma amostra representativa a ser pesquisada em cada estado. O método de estimativas para proporções foi empregado para o cálculo amostral, considerando-se a prevalência de eventos de 50%, o erro de 5% e significância de 95%. Obteve-se o total da amostra, após o acerto final, de 283 para Minas Gerais (MG) e 256 para o Rio Grande do Sul (RS). A população finita considerada no Rio Grande do Sul foi de 1.000 acórdãos, número de decisões disponíveis para pesquisa no sítio do tribunal, via *internet*.

Dessa forma, estimou-se a necessidade de avaliação de um total de 625 acórdãos. Nos estados de Minas Gerais e Rio Grande do Sul, os acórdãos foram aleatoriamente selecionados por meio de uma tabela de números randômicos, construída no programa *Microsoft Office Excel 2007*.

Buscando atingir a amostra estimada, optou-se pela substituição dos acórdãos sorteados que não continham o objeto de interesse para análise, como, por exemplo, aquelas decisões que tinham conteúdo previdenciário ou de ressarcimento de danos, pelo imediatamente seguinte até o limite do próximo sorteado.

Um formulário foi utilizado para a coleta de dados, registrando-se as seguintes variáveis de interesse: a demanda requerida na ação (tipo de pedido realizado pelo usuário exigindo a prestação de dar ou de fazer por parte do poder público); a doença ou agravo alegado pelo demandante; tipo da ação (ordinária, mandado de segurança, ação civil pública e ação cautelar inominada); titularidade da ação (pedido judicial de forma individual ou coletiva); representação jurídica (Defensoria Pública, advogado particular, Ministério Público ou Organizações Não Governamentais (ONG)); a existência de alegação de urgência/emergência na condição do demandante; a origem do profissional de saúde (do serviço público-SUS ou particular); a observância do Poder Judiciário de exigir a prescrição por parte do profissional de saúde; o resultado do recurso julgado em segunda instância (decisão favorável ao usuário, ao poder público-SUS ou se foi favorável/desfavorável a ambos, usuário e SUS – quando o pedido é concedido apenas em parte).

Inicialmente, foi realizada uma análise descritiva, obtendo-se a frequência absoluta e relativa dos agravos ou doenças alegados pelos demandantes e de todas as demandas requeridas nas ações. As doenças e agravos foram categorizados segundo a Classificação Internacional de Doenças (CID-10). Avaliou-se a distribuição das doenças e agravos dos demandantes por local de origem do acórdão e segundo a demanda requerida. A alta

ocorrência de demandas por medicamentos motivou uma análise especial dessa variável. Desta forma, os medicamentos demandados foram caracterizados conforme estarem incluídos ou não na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), tendo como referencial a lista de 2008.

Quando dois ou mais medicamentos foram requeridos pelo mesmo demandante, contendo medicamentos incluídos e não incluídos na RENAME, classificou-se como ambos. A variável “demanda por medicamentos” foi construída, com duas categorias: “sim” (acórdãos cuja ação demandava pelo menos um medicamento pertencente à RENAME) e “não” (acórdãos cuja ação demandava medicamentos que não constavam na RENAME).

A ocorrência de demandas por medicamentos foi caracterizada, empregando-se o teste qui-quadrado para avaliar as associações dessa variável com a origem do acórdão, as características da ação, do demandante e quanto ao resultado em segunda instância ( $p < 0,05$ ). A análise dos dados foi realizada empregando-se o *Software Package for Social Sciences (SPSS for Windows, version 17.00)*.

A coleta de dados foi feita em banco de dados públicos, disponibilizados pela *internet*, o que dispensou a submissão do projeto em Comitê de Ética em Pesquisa, sem prejuízo do respeito às normas.

## **RESULTADOS**

Foram analisados 558 acórdãos, sendo 282 (99,6%) de Minas Gerais, 222 (86,7%) do Rio Grande do Sul e 54 (62,8%) de Pernambuco.

As doenças que mais frequentemente originaram alguma demanda foram as do aparelho circulatório (17,2%), seguidas pelos transtornos mentais e comportamentais e doenças do sistema nervoso (15,9%). As doenças do sistema osteomuscular e do tecido conjuntivo agregadas com as de pele e do tecido subcutâneo, as neoplasias e as doenças



endócrinas, nutricionais e metabólicas apresentaram frequências semelhantes nos pedidos (Tabela 1).

Tabela 1: Distribuição das doenças e agravos registrados nos acórdãos dos Tribunais de Justiça de Minas Gerais, Rio Grande do Sul e Pernambuco, ano 2009

Doenças e agravos (agrupadas conforme CID 10)	n	%
Doenças do aparelho circulatório	75	17,2
Transtornos mentais e comportamentais + doenças do sistema nervoso	69	15,9
Doenças do sistema osteomuscular e do tecido conjuntivo + pele e do tecido subcutâneo	57	13,1
Neoplasias	56	12,9
Doenças endócrinas, nutricionais e metabólicas.	56	12,9
Doenças do aparelho geniturinário + Doenças do aparelho digestivo	39	9,0
Doenças do aparelho respiratório	30	6,9
Doenças do olho e anexos + doenças do ouvido e da apófise	19	4,4
Algumas doenças infecciosas e parasitárias	17	3,9
Outras doenças*	17	3,9
Total**	435	100,0

\*Outras doenças incluíram causas externas de morbidade e mortalidade (2; 0,5%); Lesões, envenenamentos (2 (0,5%); afecções originadas no período perinatal (1; 0,2%); malformações congênitas; deformidades e anomalias cromossômicas (6; 1,4%); fatores que influenciam o estado de saúde e o contato com os serviços de saúde e sintomas (3; 0,7%), sinais e achados anormais de exames clínicos e de laboratórios, não classificados em outra parte (6; 1,4%).\*\*Em 123 (22,0%) acórdãos não havia registro da doença ou agravo.

Considerando separadamente cada Tribunal de Justiça, em Minas Gerais e Rio Grande do Sul, as doenças e agravos mais frequentes nas ações judiciais foram as do aparelho circulatório, transtornos mentais e comportamentais e doenças do sistema nervoso. Já em Pernambuco, as neoplasias foram as mais frequentes (Tabela 2).

Na análise dos acórdãos, constatou-se que, em grande parte das ações, a demanda requerida foi por medicamentos (79,6%) (Tabela 3). Dos casos que demandaram medicamentos, em 69 (15,5%) não havia registro do nome do medicamento na decisão judicial analisada. Nos demais (n=375), 251 (66,9%) eram demandas por medicamentos não pertencentes à lista da RENAME, 48 (12,8%) pertencentes à lista e 20,3 % ambos (n=76). O total de medicamentos demandados foi de 721, pois em algumas ações havia a solicitação de mais de um medicamento. Desses, a maioria 523 (72,6%) não constavam na RENAME.

Houve uma distribuição desigual na demanda requerida em relação às doenças e agravos ( $p < 0,036$ ). Porém, para todas as doenças e agravos, a demanda requerida mais

frequente foi por medicamentos (Tabela 4). Considerando somente as ações com demandas de medicamentos, a distribuição das doenças e agravos mais frequentes foi semelhante à observada considerando-se todas as ações conjuntamente, independentemente da demanda.

Tabela 2: Distribuição das doenças e agravos registrados de acordo com a origem do acórdão

Doenças e Agravos	Tribunal de Justiça de Minas Gerais n (%)	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul n (%)	Tribunal de Justiça de Pernambuco n (%)
Doenças do aparelho circulatório	42 (17,4)	29 (19,3)	4 (9,1)
Transtornos mentais e comportamentais + sistema nervoso	36 (14,9)	29 (19,3)	4 (9,1)
Neoplasias	28 (11,6)	4 (2,7)	24 (54,5)
Doenças do sistema osteomuscular e do tecido conjuntivo	34 (14,1)	20 (13,3)	3 (6,8)
Doenças endócrinas, nutricionais e metabólicas.	36 (14,9)	15 (10,0)	5 (11,4)
Doenças do aparelho Geniturinário + aparelho digestivo	27 (11,2)	12 (8,0)	0
Doenças do aparelho respiratório	16 (6,6)	14 (9,3)	0
Doenças do olho e anexos + doenças do ouvido e da apófise	11 (4,6)	4 (2,7)	4 (9,1)
Algumas doenças infecciosas e parasitárias	5 (2,2)	12 (8,0)	0
Outras doenças e agravos	6 (2,5)	11 (7,4)	0
Total*	241 (100,0)	150 (100,0)	44 (100,0)

$\chi^2 = 110,51$ ;  $p = 0,000$ ; \*123 acórdãos não possuíam registro das doenças ou agravos (33,3% TJMG; 58,5% TJRS; 8,1% TJPE).

Tabela 3: Distribuição das demandas requeridas nos acórdãos dos Tribunais do Rio Grande do Sul, Minas Gerais e Pernambuco, ano 2009

<b>Demanda requerida na ação</b>	<b>n*</b>	<b>%</b>
Medicamentos	444	79,6
Atenção domiciliar **	27	4,8
Cirurgia	26	4,7
Internação hospitalar***	25	4,5
Exames	22	3,9
Fraldas descartáveis	21	3,8
Tratamentos	17	3,0
Suplementos alimentares	14	2,5
Próteses e órteses + lentes de contato	12	2,2

\*Número total maior que 522, pois em muitos casos houve mais de uma demanda. \*\*Na categoria **atenção domiciliar** foram incluídos: glicosímetro e bombas de infusão ou canetas aplicadoras de insulina; oxigenoterapia; diárias para deslocamento para tratamento nos centros de referência e pedidos de enfermeiro 24 horas, em domicílio. \*\*\*Na categoria **internação hospitalar** foram também incluídas os pedidos de obtenção de vaga para Unidade de Terapia Intensiva

Na análise somente das demandas por medicamentos, a distribuição das doenças e agravos foi a seguinte: aparelho circulatório (17,1%), transtornos mentais e comportamentais

e doenças do sistema nervoso (16,8%); neoplasias (16,2%), sistema osteomuscular e doenças do tecido conjuntivo (13,0%); doenças endócrinas, nutricionais e metabólicas (12,7%); doenças do aparelho respiratório (7,5%); doenças do aparelho geniturinário e digestivo (6,6%); doenças infecciosas e parasitárias (4,6%); doenças dos olhos e anexos, ouvidos e da apófise (4,1%).

Tabela 4: Distribuição das demandas requeridas segundo doenças ou agravos nos acórdãos dos Tribunais do Rio Grande do Sul, Minas Gerais e Pernambuco, ano 2009

	Aparelho circulatório	Transformos mentais e comportamentais + nervoso	Neoplasias	Sistema osteomuscular e do tecido conjuntivo	Endócrinas, nutricionais e metabólicas	Geniturinário + aparelho digestivo	Aparelho respiratório	Olho e anexos + ouvido e da apófise	Infecciosas e parasitárias	Outras doenças e agravos	Total
Medicamentos	59 (78,7%)	58 (84,1)	53 (94,6)	45 (78,9)	44 (78,6)	23 (59,0)	26 (86,7)	14 (73,7)	16 (94,1)	8 (77,1)	346 (79,5)
Órteses, próteses e lentes de contato	0 (0)	2 (2,9)	0 (0)	1 (1,8)	0 (0)	0 (0)	3 (10,0)	3 (15,8)	0 (0)	1 (5,9)	10 (2,3)
Tratamentos	2 (2,7)	4 (5,8)	1 (1,8)	1 (1,8)	0 (0)	3 (7,7)	1 (3,3)	1 (5,3)	0 (0)	1 (5,9)	14 (3,2)
Internação hospitalar	9 (12,0)	0 (0)	1 (1,8)	3 (5,3)	0 (0)	1 (2,6)	0 (0)	0 (0)	0 (0)	3 (17,6)	17 (3,9)
Atenção domiciliar	2 (2,7)	1 (1,4)	0 (0)	2 (3,5)	17 (30,4)	0 (0)	2 (6,7)	0 (0)	0 (0)	1 (5,9)	25 (5,7)
Suplemento alimentar	0 (0)	1 (1,4)	1 (1,8)	0 (0)	5 (8,9)	2 (5,1)	0 (0)	0 (0)	0 (0)	2 (11,8)	11 (2,5)
Cirurgia	0 (0)	3 (4,3)	1 (1,8)	5 (8,8)	2 (3,6)	5 (12,8)	1 (3,3)	2 (10,5)	0 (0)	0 (0)	19 (4,4)
Fraldas descartáveis	6 (8,0)	2 (2,9)	1 (1,8)	0 (0)	1 (1,8)	7 (17,9)	0 (0)	0 (0)	0 (0)	2 (11,8)	19 (4,4)
Exames	1 (1,3)	3 (4,3)	1 (1,8)	6 (10,5)	0 (0)	1 (2,6)	0 (0)	0 (0)	1 (5,9)	2 (11,8)	15 (3,4)

\* Na coluna total o somatório é maior que 100% pois houve casos de mais de uma demanda por doenças ou agravos

Não houve diferença significativa na frequência de demandas por medicamentos quanto à origem do acórdão, com alta frequência desse tipo de demanda nos três tribunais (79,6%). As ações que demandaram medicamentos foram principalmente ações ordinárias e

de mandado de segurança. A prevalência de demanda de medicamentos foi semelhante nas ações individuais e coletivas. Houve mais demanda por medicamentos entre as ações cuja representação jurídica foi de um advogado particular e entre as fundamentadas em prescrições de profissionais de saúde particular. As ações que solicitavam medicamentos foram mais frequentes entre as decisões que determinavam a observação da prescrição médica. A demanda de medicamento não foi associada ao resultado do recurso em segunda instância (Tabela 5).

Tabela 5: Fatores associados à demanda por medicamentos nos acórdãos dos Tribunais do Rio Grande do Sul, Minas Gerais e Pernambuco, ano 2009.

Variáveis	Demanda por medicamentos		Valor de p
	Sim	Não	
<b><i>Origem do acórdão</i></b>			
TJMG	233 (82,6)	49 (17,4)	0,073
TJRS	166 (74,8)	56 (25,2)	
TJPE	45 (83,3)	9 (16,7)	
<b><i>Tipo de ação</i></b>			
Ação ordinária	331 (81,1)	77 (18,9)	0,001
Mandado de segurança	91 (82,0)	20 (18,0)	
Ação civil pública	22 (57,9)	16 (42,1)	
Ação cautelar inominada	0 (0,0)	1 (100,0)	
<b><i>Titularidade da ação</i></b>			
Individual	435 (79,7)	111 (20,3)	0,849
Coletiva	7 (77,8)	2 (22,2)	
Individual e coletiva	2 (66,7)	1 (33,3)	
<b><i>Representação jurídica</i></b>			
Defensoria pública	140 (76,5)	43 (23,5)	0,000
Advogado particular	20 (100,0)	0 (0,0)	
Ministério público	31 (60,8)	20 (39,2)	
ONG	2 (100,0)	0 (0,0)	
<b><i>Urgência e emergência</i></b>			
Sim	358 (79,0)	95 (21,0)	0,199
Não	2 (50,0)	2 (50,0)	
<b><i>Profissional de saúde</i></b>			
SUS	110 (78,0)	31 (22,0)	0,026
Particular	49 (89,1)	6 (10,9)	
SUS e Particular	0 (0,0)	1 (100,0)	
<b><i>Resultado da segunda instância</i></b>			
Favorável ao usuário	379 (78,8)	102 (21,2)	0,314
Favorável ao SUS	51 (83,6)	10 (16,4)	
Favorável ao usuário e SUS	13 (92,9)	1 (7,1)	
<b><i>Conforme prescrição</i></b>			
Sim	406 (92,7)	111 (7,3)	0,031
Não	38 (78,5)	3 (21,5)	

## DISCUSSÃO

O estudo demonstra que a Justiça tem sido procurada como alternativa de acesso aos serviços de saúde, principalmente a assistência farmacêutica. O número de acórdãos avaliados variou entre os três estados, com a menor delas obtida em Pernambuco. A amostra total não foi obtida em nenhum estado pelo limite de reposição das perdas. A amostra menor em Pernambuco é explicada pela impossibilidade de reposição das perdas, por se tratar da análise do universo.

A distribuição dos agravos e doenças dos demandantes que mais frequentemente originaram alguma ação judicial refletiu os padrões de morbidade e de mortalidade por doenças na população brasileira, prevalecendo as doenças crônicas não transmissíveis (12). Esse resultado era esperado, pois essas doenças são de longa duração ou não têm cura e, conseqüentemente são as que mais demandam ações, procedimentos e serviços de saúde (12, 13).

As doenças e agravos mais comuns dos demandantes foram as do aparelho circulatório, seguidas pelos transtornos mentais e comportamentais e doenças do sistema nervoso, doenças do sistema osteomuscular e do tecido conjuntivo, da pele e do tecido subcutâneo e neoplasias. Em 2006, as doenças cardiovasculares e as neoplasias foram responsáveis pelo maior percentual de óbitos por causas conhecidas. O diabetes *mellitus* tem apresentado um padrão de crescimento acentuado, nos últimos anos, estando entre as 10 principais causas de óbito no país (14).

A preocupação com o aumento da ocorrência das doenças crônicas não transmissíveis, que hoje são responsáveis por 72% dos óbitos no Brasil, levou o Governo Federal, inclusive, a desenvolver um plano de ações para o enfrentamento desse problema, além da distribuição de medicamentos (15).

Apesar da concordância da maioria dos estudos quanto ao fato das doenças crônicas

serem as mais frequentes causas de demandas judiciais, foi relatado resultado que aponta para as condições agudas serem as mais frequentes (16).

Houve uma variabilidade nas doenças ou no agrupamento de doenças e agravos. Em alguns estudos, considerou-se a indicação do medicamento, estimando-se, indiretamente, as doenças e agravos relacionados (17). No Estado de São Paulo, a diabetes foi responsável por quase 30% das ações cadastradas até 2010, seguidas, com menor frequência, por outras doenças crônicas como as artrites inflamatórias, osteoartrites, paralisias e doenças hipertensivas. Na análise dos medicamentos solicitados nas ações, agrupados segundo o mesmo critério, observou-se que as demandas por medicamentos dos aparelhos digestivo e metabolismo, cardiovascular, nervoso e os antineoplásicos/imunomoduladores respondiam por 76,9% das ações (18).

No Estado de Minas Gerais, no período de julho de 2005 a junho de 2006, a maioria das solicitações por medicamentos, agrupados segundo o Sistema Anatômico e Terapêutico Químico, se relacionavam ao sistema nervoso, seguido, nesta ordem, aos relacionados aos sistemas cardiovasculares, agentes antineoplásicos e imunomoduladores e medicamentos para o trato alimentar e metabolismo (17). Diferentemente do observado nos três tribunais pesquisados nesse estudo e em outros estudos brasileiros, no estado de Santa Catarina, a hepatite C e a artrite reumatóide foram as responsáveis por 40% das demandas por medicamentos (19). Observou-se que as doenças e agravos registrados nos acórdãos se distribuíram de forma desigual entre os três tribunais. Esse dado pode refletir as desigualdades no padrão de morbidade entre os estados (12).

Adicionalmente, houve maior variabilidade de registros nos acórdãos dos estados de Minas Gerais e Rio Grande do Sul, com alguns grupos de doenças e agravos sem nenhum registro no Estado de Pernambuco. Essa variabilidade pode refletir diferenças entre as regiões brasileiras quanto à saúde (14, 20) e acesso a serviços de saúde (20) e ao Poder Judiciário,

sendo que os resultados sugerem que o acesso ao Poder Judiciário é menor em Pernambuco. Nesse mesmo Estado, em mais da metade das ações havia registro de neoplasias. Estudo epidemiológico evidenciou que a ocorrência de neoplasias apresentou ligeira alta nos últimos anos na capital Recife, quando comparada com cidades da região Sudeste (14).

A variabilidade das doenças e agravos presentes nas ações judiciais, observada neste e em outros estudos, evidencia a necessidade de acompanhamento contínuo dos pedidos judiciais como forma de dar suporte ao Poder Judiciário, além de se produzir dados para análise em estudos que podem servir de meios auxiliares nas decisões para a incorporação de novos medicamentos e tecnologias pelo SUS. Alguns estados já estão organizando os seus serviços para a realização constante desta vigilância. Entre os estudados, há esta organização descrita para os estados de Minas Gerais (21) e Rio Grande do Sul (22), sendo também identificadas iniciativas em São Paulo (18). No entanto, não foi possível identificar que o mesmo ocorra no Estado de Pernambuco; a baixa frequência de ações encontradas na segunda instância ou a falta de pesquisa nesta região do país são duas possíveis explicações para este achado.

Vale destacar que, do total de acórdãos analisados, em aproximadamente 1/4 não havia a descrição da condição sistêmica do demandante; o que pode ser consequência da negligência dos tribunais no momento da redação das decisões ou do fato dos juízes não considerarem importante o tipo de doença alegada pelo demandante no momento de proferir uma decisão. Outros estudos deverão esclarecer essas hipóteses.

As demandas realizadas judicialmente nos três tribunais investigados foram, principalmente, por medicamentos. Resultados semelhantes foram obtidos no Rio de Janeiro (23) e Santa Catarina (19), diferentemente do observado no Distrito Federal, onde a maior demanda foi por vaga em UTI (16). Esse resultado permite refletir sobre a importância do gasto com medicamentos no orçamento familiar, que representa o maior peso no total de

despesas das famílias com saúde, principalmente os menos favorecidos. Ao se avaliar os gastos com saúde privada no Brasil, por extratos socioeconômicos, concluiu-se que as pessoas mais pobres têm maiores dificuldades de pagar pelas despesas com medicamentos, ficando evidente a necessidade de direcionar as políticas públicas para um maior fornecimento de medicamentos, minorando as desigualdades sociais (8, 24).

A redução da carga tributária sobre os medicamentos surge como uma política pública nesse sentido. Enquanto a média da carga tributária em outros países é de 6,5%, no Brasil é de 33,87%, sendo uma das maiores do mundo. Experiência dessa natureza foi realizada no Estado do Paraná, que reduziu o imposto sobre circulação de mercadorias e serviços sobre os medicamentos, resultando em uma queda dos preços e aumento de arrecadação. No Brasil, há um estudo em andamento para propor redução da carga tributária para zero (25).

Outra política que poderia resultar em maior acesso aos serviços de saúde e aos medicamentos seria a modificação na forma de tributação da pessoa física, com a inclusão das despesas com medicamentos entre as dedutíveis do Imposto de Renda. Dessa forma, facilitaria o acesso aos sistemas de saúde suplementar e aquisição de medicamentos por aqueles que podem pagar imediatamente, condicionados a receber o reembolso posteriormente. A mudança desta política poderia ser um caminho para desonerar, em parte, o próprio serviço público em fornecer medicamentos ou outros insumos.

A demanda por medicamentos constitui o maior número de ações e os gastos públicos com medicamentos são expressivos e consomem uma parte representativa do orçamento. O governo de São Paulo gasta cerca de R\$ 57 milhões por mês para atender a cerca de 30 mil ações judiciais ou processos administrativos relacionados à saúde, que estão em andamento. Os valores gastos pelo Ministério da Saúde para cumprir decisões judiciais que determinavam o fornecimento de medicamentos de alto custo aumentaram mais de 5.000% nos últimos seis anos (26). No Rio Grande do Sul, em 2008, o Estado gastou 30,2 milhões de dólares em



medicamentos obtidos através de ações judiciais, para aproximadamente 19.000 pacientes, representando 22% do gasto total em medicamentos em 2008 e 4% do orçamento total de saúde (27).

De forma semelhante a outras pesquisas, no presente estudo, mais de 70% dos medicamentos solicitados não estavam incluídos na RENAME (27, 28). Esse resultado pode representar omissão por parte das gestões municipais (a quem compete o fornecimento de medicamentos) e estaduais (a quem compete parte do financiamento). Essa foi também a reflexão dos autores de um estudo no Rio de Janeiro, após a constatação de que, entre as ações de mandado de segurança impetradas contra o município, houve um grande aumento na solicitação de medicamentos para todos os tipos de indicações terapêuticas, inclusive de atenção básica. No final do ano de 2002, somavam-se 2.733 ações judiciais contra o Estado (23). Contudo, um novo capítulo da Lei Orgânica de Saúde, de 2010, obrigou o poder público a disponibilizar medicamentos e produtos de saúde aos usuários, mesmo os não constantes nas tabelas do SUS. A atualização de tabelas e protocolos deve ser anual, pois em caso de atraso no cumprimento dessa obrigação, o fornecimento será obrigatório, mesmo sem o laudo médico ou a prescrição (21). Isso poderá refletir em uma melhor regulação por parte dos gestores, agilizando os processos de revisão de protocolos clínicos e incorporação de novas tecnologias pelo SUS.

Neste estudo, a consulta na RENAME foi feita com base no princípio ativo do medicamento, independente do nome comercial constante na ação judicial. No entanto, não foi investigada a presença de alternativas terapêuticas na RENAME, quando o medicamento não constava na lista. Da mesma forma, não foram avaliadas a eficácia terapêutica dos medicamentos solicitados a partir de evidências científicas. Estudo anterior em Minas Gerais mostrou que, dentre os medicamentos não disponíveis no sistema público, 79,0% apresentavam alternativa terapêutica nos programas de assistência farmacêutica e, dos

medicamentos solicitados, 53,9% apresentavam evidência de eficácia (17).

Outras demandas por ações, tais como por internação hospitalar, por cirurgia, por exames e tratamentos, apontam para problemas de acesso a diferentes níveis nos serviços de saúde e para a necessidade de aumento dos leitos hospitalares da rede pública de atenção à saúde. O desenvolvimento da atenção básica na Estratégia de Saúde da Família tem merecido destaque no Sistema de Saúde Pública brasileiro. No entanto, a prestação de serviços especializados no SUS é problemática, pois a oferta é limitada. A atenção secundária e terciária é pouco regulamentada e a oferta de leitos hospitalares financiados pelo setor público não é suficiente, existindo uma dependência do setor privado (1).

Como cada demanda necessita de um tratamento específico, elas variaram conforme as doenças e os agravos relatados nos acórdãos. A demanda por medicamentos pode ser explicada considerando-se que o tratamento medicamentoso é o mais comum para a maioria das doenças.

No entanto, houve uma coerência entre a doença relatada e a demanda requerida. Por exemplo, a atenção domiciliar foi requerida mais frequentemente no grupo dos distúrbios metabólicos, pois estão incluídos os insumos necessários para o controle da diabetes e as fraldas descartáveis foram demandadas em ações onde o demandante relatou doenças do aparelho geniturinário, do aparelho circulatório. Neste último grupo, inserem-se pacientes com sequelas de acidente vascular cerebral que podem ficar acamados como consequência do agravo.

Não houve diferença significativa na frequência de demanda por medicamentos entre os tribunais, mostrando-se ligeiramente inferior no Rio Grande do Sul. Dois dos estados em pauta possuem, em suas Constituições, disposições que seguem as diretrizes da Constituição Federal na garantia do direito à saúde e que tratam especificamente do fornecimento de medicamentos. No Rio Grande do Sul, há legislação específica que obriga o fornecimento de

medicamentos considerados excepcionais para as pessoas que não puderem adquirir sem comprometer o próprio sustento e o da família, sendo assim considerados os medicamentos usados com frequência e de forma permanente, indispensáveis à vida do paciente (29). No estado de Pernambuco, o Tribunal de Justiça editou a Súmula 18 com o entendimento que é: “dever do Estado fornecer ao cidadão carente, sem ônus para este, medicamento essencial ao tratamento de moléstia grave, ainda que não previsto em lista oficial” (30). Estas legislações específicas podem estimular a organização dos serviços, a fim de evitar ações judiciais, uma vez que eles são responsabilizados no cumprimento das garantias legais, ao contrário, poderiam levar a um aumento no número de demandas caso os pacientes não recebam o medicamento pretendido. Estudos mais específicos podem avaliar a influência dessa questão no fenômeno da judicialização.

Nas demandas por medicamentos, as ações ordinárias e o mandado de segurança foram a via preferencial. A escolha pelas ações ordinárias pode ser justificada pela possibilidade de utilizar o processo de conhecimento para comprovar o pedido realizado e, caso tenha uma necessidade premente de receber a prestação, o demandante tem a possibilidade de pedir antecipação de tutela e conseguir um adiantamento do pedido. Nos mandados de segurança, como o rito é sumário, o impetrante busca uma intervenção rápida do Poder Judiciário. No entanto, o direito líquido e certo tem de ser demonstrado através de prova documental, sem deixar dúvidas a respeito dos fatos narrados pelo impetrante, não havendo espaço para dilações probatórias (31).

Nas ações que foram identificadas como tendo advogados particulares, a totalidade requereu medicamentos. Esta preponderância de profissionais de direito particular também foi descrita em outros estudos (32, 33). Houve mais ações demandando medicamentos entre as fundamentadas em prescrições de profissionais de saúde da rede privada. Resultado semelhante foi descrito no estado de Minas Gerais, que encontrou uma frequência de 70% de

receitas do sistema privado de saúde (17) e contrário ao que foi encontrado no Distrito Federal, onde houve maior prevalência de prescrições do serviço público (16). Há um questionamento da relação entre a indústria farmacêutica, médicos e associações de pacientes.

Pode estar ocorrendo uma pressão de forma indireta, através de propaganda, fornecimento de benefícios ou até mesmo financiamento como forma de promover a prescrição de medicamentos de interesse da própria indústria, que fundamentariam as ações judiciais. Análises de decisões judiciais na cidade de São Paulo mostraram que a maioria das ações foi impetrada por advogados particulares, que 47% das prescrições foram feitas por médicos privados e que 3/4 desses pacientes viviam em bairros de alta renda (28). Neste estudo, não foi avaliada a condição socioeconômica do demandante, não sendo possível discutir se a interferência do judiciário violou ou não o princípio da equidade do SUS, ao privilegiar indivíduos com maior poder aquisitivo e mais informações, subtraindo recursos de áreas prioritárias.

Houve uma pequena frequência de ações com representação jurídica de Organizações Não Governamentais. Assim, a participação dessas organizações, que foram tão importantes para o surgimento e fortalecimento do processo de judicialização da saúde no Brasil, principalmente nas demandas relacionadas aos pacientes portadores do vírus HIV, que já possuem tratamentos mais bem estabelecidos nos protocolos dos serviços de saúde e consolidaram seus direitos depois de anos de reivindicações, parece ter perdido força e já não são tão procuradas pelos usuários (16). Assim, o perfil dos demandantes já não é o mesmo do início do movimento de judicialização, quando houve uma mobilização de pessoas com os mesmos interesses, os usuários têm preferido a solicitação individual dos pedidos à procura de associações para a defesa de seus direitos, sem uma preocupação com a coletividade (34).

A associação significativa entre a demanda por medicamentos e a exigência da apresentação contínua da prescrição, pela apresentação da receita médica, reflete a avaliação

da ocorrência de acompanhamento do paciente por profissional, evitando a automedicação, considerando-se ainda que as condições sistêmicas podem sofrer alterações que necessitem de ajustes nas terapias medicamentosas. Contudo, em muitas demandas por medicamentos não se observou este requisito. A prescrição é ato privativo de alguns profissionais de saúde e necessário para a utilização dos medicamentos. A não observação deste requisito por parte dos juízes pode trazer consequências à saúde de pacientes. Nas ações oriundas do Tribunal de Justiça do estado do Rio de Janeiro com pedidos de medicamentos, o respaldo das decisões judiciais se constituiu, principalmente, em documentos fornecidos pelo paciente-demandante, geralmente atestados e/ou receituários médicos (8).

O fornecimento de medicamentos pelo SUS representa uma política pública cujo princípio fundamental é a consagração da saúde como um direito universal. É necessária uma reforma do Estado no sentido de efetivação deste direito e, para isto, exige-se que o mesmo formule políticas com o objetivo de desmercantilizar a saúde, com incentivo de formas não lucrativas de assistência (35) A intervenção do Poder Judiciário na questão do acesso aos medicamentos, tratamentos ou cirurgias, sem observância às normas consolidadas, que disciplinam o acesso à saúde, compromete o esforço do Poder Executivo e a organização legal do Sistema Único de Saúde. Os estudos mostram que a atuação dos tribunais ocorre principalmente em áreas nas quais as políticas de saúde deixam lacunas, ou seja, a atuação dos tribunais é uma consequência das próprias deficiências da administração pública, tendo dois lados opostos. Pode ser interessante no sentido de responsabilizar o Estado em desenvolver procedimentos adequados para o fornecimento de tratamentos na rede pública, mas, em contrapartida, corre-se o risco da prática se tornar habitual e necessária para garantir o acesso ao tratamento, o que seria contraditório, pois o direito à saúde deveria ser um direito social de cidadania (36).

## CONCLUSÃO

As demandas pelo Judiciário para a garantia do direito à saúde sugerem lacunas na garantia dos princípios do SUS. Há uma variabilidade nas doenças e agravos dos demandantes, desigual entre os tribunais, o que possivelmente reflete diferenças nos padrões de morbidade e/ou de acesso aos serviços de saúde e da justiça em cada região brasileira. Os medicamentos representam a maior parte da demanda; porém outras solicitações ocorrem segundo diferentes doenças e agravos. Nas representações jurídicas feitas por advogados particulares, houve mais frequência de demanda por medicamentos. Houve mais ações demandando medicamentos entre as originadas em prescrições de profissionais de saúde da rede privada. Apesar deste perfil das ações, há uma tendência dos tribunais em acatar estes pedidos. O impacto destas decisões deve ser melhor analisado e compreendido pelo dois lados envolvidos no processo, o Poder Judiciário e os serviços públicos de saúde.

No entanto, o fenômeno da judicialização não pode ser generalizado como uma forma de apropriação das elites de acesso à Justiça e ao SUS. As iniquidades ligadas ao Poder Judiciário podem surgir nos próprios serviços de saúde ou serem agravadas por estes. O processo demonstra problemas na implementação de políticas públicas que possam garantir o acesso universal e integral aos serviços de saúde, e deve ser analisado de forma localizada pelos gestores.

**REFERÊNCIAS**

- 1 Paim J, Travassos C, Almeida C, Bahia L, Macinko J. *O Sistema de saúde brasileiro: história, avanços e desafios*. TheLancet.com. may 2011. p. 11 -31. DOI: 10.1016/S0140-6736(11)60054-8. <http://download.thelancet.com/flatcontentassets/pdfs/brazil/brazilpor1.pdf>
- 2 IBGE. *Microdados*. PNAD. Rio de Janeiro: O instituto; 1981; 1998; 2003, 2008.
- 3 Krell, AJ. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor; 2002.
- 4 Brasil. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado; 1988.
- 5 Brasil. Lei Orgânica da Saúde 8080 de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. *Diário Oficial da União* de 20 set. 1990.
- 6 Sarlet IW, Figueiredo MF. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à Saúde na Constituição de 1988. *Direitos Fundamentais e Justiça* 2007; 1:171-213.
- 7 Chinkin C. Health and Human Rights. *Public Health* 2006; 120: 52–60
- 8 Ventura M; Simas L; Pepe VLE; Schramm FR. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. *Physis Revista da Saúde Coletiva* 2010; 20(11): 77-100.
- 9 Valle GHM, Camargo JMP. A audiência pública sobre a judicialização da saúde e seus reflexos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Sanitário* 2011; 11(3):13-31
- 10 Hogerzeil HV, Casanovas MSJV, Rahmani-Ocora L. Is access to essential medicines as part of the fulfilment of the right to health enforceable through the courts? *Lancet* 2006; 368: 305–11.
- 11 Arango, R. El derecho a la salud en la jurisprudencia constitucional colombiana. *Revista da Defensoria Pública* 2008; 1(1): 91-130.
- 12 Malta DC, Cezario AC, Moura L. A construção da vigilância e prevenção das doenças crônicas não transmissíveis no contexto do Sistema Único de Saúde. *Epidemiol. Serv. Saúde* 2006; 15 (3): 47-65.
- 13 Lessa I. Doenças crônicas não-transmissíveis no Brasil: um desafio para a complexa tarefa da vigilância. *Ciência & Saúde Coletiva* 2004; 9(4): 931-943.
- 14 Cesse EAP. *Epidemiologia e Determinantes Sociais das Doenças Crônicas Não Transmissíveis no Brasil*. [Tese] Recife: Centro de Pesquisas Aggeu Magalhaes – FIOCRUZ; 2007.

- 15 Schmidt MI, Duncan BB. O enfrentamento das doenças crônicas não transmissíveis: um desafio para a sociedade brasileira. *Epidemiologia e Serviços de Saúde. Revista do sistema Único de Saúde do Brasil* 2011; 20(4): 421-424.
- 16 Penalva J. *Judicialização do Direito à Saúde: O caso do Distrito Federal*. Belo Horizonte Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2010/2011.
- 17 Machado MAA, Acurcio FA, Brandão CMR, Faleiros DR, Guerra Jr AA, Cherchiglian ML, Andrade EIG. Judicialização do acesso a medicamentos no Estado de Minas Gerais, Brasil. *Rev. Saúde Pública* [online] 2011; 45 (3): 590-598.
- 18 Naffah Filho M, Chieffi AL, Correa MCMMA. S-Codes: um novo sistema de informações sobre ações judiciais da Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo. *Bepa* 2010; 7(84): 8-30.
- 19 Pereira JR, Santos RID, Nascimento Junior JMD, Schenkel EP. Análise das demandas judiciais para o fornecimento de medicamentos pela Secretaria de Estado da Saúde de Santa Catarina nos anos de 2003 e 2004. *Cienc Saude Colet* 2010, 15(Supl 3): 3551-3560
- 20 Zapponi ALB, Melo ECP. Distribuição da mortalidade por Câncer de Mama e de Colo de Útero segundo regiões brasileiras. *Rev. Enferm. UERJ* 2010; 18(4): 628-631.
- 21 Marques ORA, Melo MB, Santos APS. Ações Judiciais no âmbito do Sistema Único de Saúde do Brasil Bases Legais e Implicações: um estudo de caso em um Tribunal da Região Sudeste. *Rev Direito Sanit* 2011; 12 (1): 41-66.
- 22 Picon PD. Ações judiciais e evidências científicas. In: Keinert TMM, Silvia Helena Bastos Paula SHB de, Bonfim JRA, organizadores. *As ações judiciais no SUS e a promoção do direito à saúde*. São Paulo: Instituto de Saúde, 2009.
- 23 Messeder AM, Osorio-de-Castro CGS, Luiza VL. Mandados judiciais como ferramenta para garantia do acesso a medicamentos no setor público: a experiência do Estado do Rio de Janeiro, Brasil. *Cad Saúde Pública* 2005; 21: 525-534
- 24 Andrade MV, Noronha KVMS, Oliveira TB. Determinantes dos Gastos das Famílias com Saúde no Brasil. *Economia* 2006; 7 (3): 485-508.
- 25 Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário. *ICMS menor de remédios dobra arrecadação*. IBPT na imprensa 2012, Disponível em: [http://ibpt.com.br/home/publicacao.view.php?publicacao\\_id=14402&pagina=0](http://ibpt.com.br/home/publicacao.view.php?publicacao_id=14402&pagina=0). Acesso em: 03 jul. 2012.
- 26 Bassette F. O Estado de S.Paulo. *Gasto do governo com remédios via ação judicial cresce 5.000% em 6 anos*. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,gasto-do-governo-com-remedios-via-acao-judicial-cresce-5000-em-6-anos,711740,0.htm>. Acesso em 07 jul. 2012.
- 27 Biehl J, Petryna A, Gertner A, Amon JJ, Picon PD. Judicialização do direito à saúde no Brasil. In: In: Keinert TMM, Silvia Helena Bastos Paula SHB de, Bonfim JRA, organizadores. *As ações judiciais no SUS e a promoção do direito à saúde*. São Paulo: Instituto de Saúde, 2009.



28 Chieffi AL, Barata RCB. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. *Cad. Saúde Pública* [online] 2009; 25(8): 1839-1849. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-311X2009000800020&lng=em&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2009000800020&lng=em&nrm=iso)>. Acesso em: 23/11/2011

29 Rio Grande do Sul. *Lei Estadual nº 9.908*, de 16 de junho de 1993. Dispõe sobre o fornecimento de medicamentos excepcionais para pessoas carentes. 1993.

30 Pernambuco. Tribunal de Justiça. *Súmula 18*. Órgão Julgador: Seção cível. Data do Julgamento: 03 maio 2007. Data da Publicação: 15 maio.2007. Fonte: DPJ 88 p. 4

31 Leyser, MFVR. *Mandado de segurança Individual e Coletivo*. São Paulo: WVC Editora: 2002.

32 Soares JCRS, Deprá AS. Ligações perigosas: indústria farmacêutica, associações de pacientes e as batalhas judiciais por acesso a medicamentos. *Physis Revista de Saúde Coletiva* 2012; 22 [ 1 ]: 311-329.

33 Chieffi AL, Barata RCB. Ações judiciais: estratégia da indústria farmacêutica para introdução de novos medicamentos. *Rev Saúde Pública* 2010; 44(3): 421-429.

34 Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Programa Nacional de DST e Aids. *O Remédio via Justiça: Um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/aids no Brasil por meio de ações judiciais / Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde, Programa Nacional de DST e Aids*. Brasília: Ministério da Saúde; 2005.

35 Ellias PE. Estado e Saúde: os desafios do Brasil contemporâneo. *São Paulo em Perspectiva* 2004; 18(3):41-46.

36 Baptista TWF, Machado CV, Lima LD. Responsabilidade do Estado e direito à saúde no Brasil: um balanço da atuação dos Poderes. *Cien Saúde Colet* 2009; 14(3): 829-839.

### 5.3 TERCEIRO ARTIGO

#### Análise dos fundamentos de decisões de ações judiciais contra o serviço público de saúde de tribunais brasileiros

#### RESUMO

**Objetivo:** Este estudo teve como objetivo analisar os fundamentos das decisões judiciais de prestações através do Sistema Único de Saúde de três tribunais brasileiros. **Metodologia:** Foi realizada uma pesquisa nos sítios eletrônicos pelos acórdãos dos Tribunais de Justiça de Pernambuco (TJPE), Rio Grande do Sul (TJRS) e Minas Gerais (TJMG), do ano de 2009. **Resultados:** Foram analisados 558 acórdãos e, na maioria deles, as decisões foram favoráveis aos usuários (86,5%); 11,0% foram favoráveis ao SUS. Houve maior frequência de decisões favoráveis ao SUS no TJMG. Maior frequência de decisões favoráveis aos usuários foi observada entre as ações individuais, quando o conteúdo da decisão fundamentou-se na alegação de urgência e emergência e nas ações fundamentadas em prescrições de profissionais de saúde do SUS. A argumentação legal mais frequentemente utilizada nas decisões favoráveis aos usuários foram os artigos da Constituição Federal (art. 1; art. 5; art. 6 ao 9; art. 198 a 203; art. 23) e leis específicas de cada estado. Os princípios de direito que fundamentaram, com maior frequência, as decisões favoráveis ao usuário foram direito à vida, à saúde e dignidade da pessoa humana; os que fundamentaram as decisões favoráveis ao SUS foram mínimo existencial e reserva do possível, distributividade, razoabilidade e isonomia. **Conclusões:** Na presença de princípios em conflito, como o orçamento público, a razoabilidade das decisões ou a reserva do possível contra o direito à vida, à saúde e a uma vida com dignidade, o Judiciário, tem feito a opção, de forma preponderante, pelos direitos humanos fundamentais.

**Palavras-Chave:** Direito à Saúde; Sistema Único de Saúde; Jurisprudência; Doenças e agravos

#### INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais são a representação, em leis, dos direitos humanos que, decorrentes do chamado direito natural, representam um conjunto de valores e interesses reconhecidos como necessários à existência humana. Existência esta que possui um conjunto de características que o distingue dos demais seres: a liberdade, a autoconsciência, a sociabilidade, a historicidade e a sua unicidade existencial, o próprio fundamento e a razão que justifica os direitos humanos. Estes direitos, que são inerentes a todos enquanto pessoas,

seriam universais, qualidade que os diferencia dos demais direitos, que só existem e são reconhecidos no caso da existência de situações especiais pré-definidas<sup>1</sup>.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem foi adotada em 1948 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, tendo como objetivo estabelecer um padrão a ser alcançado para as nações envolvidas e defende de que toda pessoa “tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal” (artigo 3º), o direito de se defender de atos que violem os direitos fundamentais (artigo 8º.) e o direito a uma vida com dignidade (artigo 25)<sup>2</sup>. Essa declaração representou o início de um código internacional de direitos humanos, servindo como padrão para nortear as condutas governamentais em vários setores e tem um relacionamento direto com a medicina, a saúde pública e a força dos sistemas de saúde<sup>3</sup>.

Os direitos sociais surgiram em nível constitucional somente no século XX, primeiramente com a Constituição do México (1917) e da Alemanha (1919) e a do Brasil surgiu em 1934. Estes direitos se concretizam através do Estado com a obrigação de fornecimento de prestações materiais. Há um direcionamento obrigatório da atuação estatal no sentido de garantir o bem estar social<sup>4</sup>, surgindo, neste sentido, a idéia de responsabilidade legal do Estado com a saúde pública<sup>5</sup>.

Outros códigos internacionais de direitos humanos foram sendo escritos e ratificados, formando um sistema legal juridicamente vinculado. Entre os mais importantes para os sistemas de saúde estão a Convenção Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e a Convenção de Direitos da Criança. A maioria dos países ratificou o primeiro código e apenas dois, os Estados Unidos da América e a Somália, não ratificaram o segundo. O direito à saúde é parte integrante do corpo destes tratados internacionais<sup>2,3,6</sup>. O Comitê Internacional para os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ao elaborar a Convenção, observou os seguintes aspectos: a obrigação de garantir um mínimo e a garantia progressiva dos direitos. Ressaltou que a garantia do mais alto padrão de saúde não significa

necessariamente que o Estado terá como garantir que todos estarão sempre saudáveis<sup>7</sup>.

O reconhecimento pelos governos da existência de um direito à saúde os torna responsáveis pela prevenção, tratamento e controle de doenças e a criação de condições para garantir o acesso aos serviços de saúde, bens e serviços necessários. Devido ao fato de que todos os direitos humanos (econômico, social, cultural, civil e político) serem considerados interdependentes e indivisíveis, os governos são responsáveis por implementar condições progressivas para garantir o direito à saúde, assim como os direitos relacionados à educação, à informação, privacidade, condições dignas de vida e trabalho<sup>8</sup>.

Um marco no entendimento dos direitos humanos fundamentais é o pensamento do filósofo Alexy acerca destes direitos na Constituição alemã, segundo o qual para a construção de uma teoria dos direitos fundamentais considera-se como imprescindível a distinção entre regras e princípios<sup>9</sup>.

Os princípios, dentro de um ordenamento jurídico, podem ser assim considerados:

Enunciações normativas de valor genérico que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas. Alguns se revestem de tamanha importância que o legislador lhes confere força de lei, inclusive no plano constitucional... como o princípio da isonomia. Os princípios gerais de direito põem-se, dessarte, como as bases lógicas do ordenamento jurídico, que recebe o seu sentido ético, a sua medida racional e sua força vital ou histórica (p. 307)<sup>10</sup>.

Assim como o direito à saúde, o acesso ao Judiciário é considerado um direito humano. No bom funcionamento de um sistema judicial, o que se considera mais importante é o direito a um julgamento justo<sup>3</sup>. O Poder Judiciário tem se destacado como uma forma de garantia de direitos e proteção dos mais vulneráveis. O cidadão passou a utilizar dos recursos criados pelo legislador a fim de lhe proporcionar vias alternativas para a defesa e eventuais conquistas de direitos<sup>11</sup>. Este movimento, chamado de judicialização, ocorreu em várias áreas, como a saúde e a política, que em termos genéricos pode ser considerado como o fenômeno constituído pela influência do Poder Judiciário nas instituições políticas e sociais<sup>12</sup>.

Segundo a Constituição Brasileira (art. 93, inciso IX), a fundamentação das decisões proferidas pelo Judiciário é obrigatória<sup>13</sup>, sendo consideradas fontes do direito a lei, a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito e a equidade<sup>14</sup>, podendo o juiz, em caso de omissão da primeira, utilizar as demais, observando, sempre, os fins sociais da lei e as exigências do bem comum<sup>15</sup>.

Este estudo analisou os fundamentos das decisões judiciais das ações impetradas contra o Sistema Único de Saúde (SUS) e que tiveram recurso em segunda instância em três tribunais brasileiros.

## **METODOLOGIA**

Este é um estudo do tipo transversal com base em dados secundários, obtidos nos acórdãos dos tribunais dos estados de Minas Gerais (TJMG), Rio Grande do Sul (TJRS) e Pernambuco (TJPE), disponíveis nos sítios eletrônicos dos respectivos tribunais. Foram incluídos os acórdãos referentes ao ano de 2009, em cujas ementas constavam dados relativos ao SUS e a condenação ou absolvição de cumprimento de uma obrigação ao usuário. As palavras chave utilizadas para a pesquisa dos acórdãos foram: SUS e direito à saúde, limitando-se a pesquisa àquelas decisões em segunda instância, colegiadas, dos tribunais.

A opção pela segunda instância foi motivada pela possibilidade de acesso, por meio de consulta pública, através da internet, nos tribunais selecionados.

Os três estados foram escolhidos por conveniência, buscando-se a representação de três regiões distintas do País: Sul (Rio Grande do Sul), Sudeste (Minas Gerais) e Nordeste (Pernambuco). No estado de Pernambuco, totalizaram-se 86 acórdãos disponíveis, os quais foram todos incluídos. O total de acórdãos em Minas Gerais e Rio Grande do Sul foi de 2681, sendo calculada uma amostra representativa a ser pesquisada em cada Estado. O método de

estimativas para proporções foi empregado para o cálculo amostral, considerando-se a prevalência de eventos de 50%, o erro de 5% e significância de 95%. Após correção para população finita, estimou-se uma amostra de 283 acórdãos para Minas Gerais e 256 para o Rio Grande do Sul. No Estado do Rio Grande do Sul, a amostra foi ajustada devido à restrição do número de acórdãos disponíveis para leitura por pesquisa realizada (1000). Nos estados de Minas Gerais e Rio Grande do Sul, os acórdãos foram aleatoriamente selecionados por meio de uma tabela de números randômicos, construída no programa *Microsoft Office Excel 2007*. Houve a substituição dos acórdãos sorteados que não continham o objeto de interesse para análise, como os de caráter previdenciário ou de ressarcimentos de danos, pelo imediatamente seguinte até o limite do próximo sorteado.

Um formulário foi utilizado para a coleta de dados, registrando-se as seguintes variáveis de interesse: a origem do acórdão, a titularidade da ação, a existência de alegação de urgência/emergência na condição do demandante fundamentando a decisão, a origem do profissional de saúde, argumentações legais e de princípios gerais de direito e sua distribuição segundo a decisão judicial.

Foi realizada uma análise descritiva, com a obtenção da frequência absoluta e relativa das decisões judiciais, considerando-se o total de acórdãos analisados. As decisões judiciais foram avaliadas pelo resultado em segunda instância (favorável ao usuário, ao SUS ou ao usuário e SUS); a titularidade da ação (individual ou coletivo); existência de alegação de urgência/emergência na condição do demandante; origem do profissional de saúde (SUS ou particular); argumentações legais e princípios gerais de direito presentes nas decisões.

Para os argumentos legais, determinaram-se as seguintes categorias: saúde e seguridade social: argumentos que incluem os artigos constitucionais do art. 196 a 203; solidariedade dos entes estatais: artigo 23 da Constituição Federal; Princípios Fundamentais: do artigo 1º ao 5º da Constituição Federal; Direitos Sociais: do artigo 6º ao 9º da

Constituição Federal; outros argumentos da Constituição Federal; outras disposições relativas à saúde; Estatuto da Criança e do Adolescente e Estatuto do Idoso; Leis Estaduais, específicas de Pernambuco, Minas Gerais e Rio Grande do Sul.

Os argumentos de princípios de direito foram agrupados nas seguintes categorias: Direito à saúde; Direito à vida; Dignidade da Pessoa Humana; Mínimo existencial e reserva do possível; Integralidade; Razoabilidade; Distributividade; Isonomia; Outras argumentações.

O teste qui-quadrado foi utilizado para testar as associações. A análise dos dados foi realizada empregando-se o *Software Package for Social Sciences (SPSS for Windows, version 17.0)*

A coleta de dados foi realizada em bancos de dados públicos, disponibilizados pela *internet*, o que dispensou a submissão do projeto em Comitês de Ética em Pesquisa, sem prejuízo do respeito às normas.

## **RESULTADOS**

Foram analisados 558 acórdãos, sendo 282 de Minas Gerais, 222 do Rio Grande do Sul e 54 de Pernambuco. Considerando-se o total de acórdãos pesquisados, 86,5% das decisões foram favoráveis aos usuários, 11,0% favoráveis ao SUS e 2,5% favoráveis ao usuário/SUS.

Houve diferença significativa na distribuição das decisões judiciais entre os três tribunais, com maior frequência de decisões favoráveis ao SUS no TJMG. Houve maior frequência de decisões favoráveis aos usuários nas ações individuais comparativamente às ações coletivas. Nas ações encontradas com pedidos fundamentados em um único indivíduo, mas que solicitavam a extensão do benefício a todos que possuíssem condição semelhante (individual e coletiva), houve maior frequência de concessão parcial, ou seja, favorável ao usuário e ao SUS. Houve maior frequência de decisões favoráveis ao usuário quando o

conteúdo da decisão fundamentou-se na alegação de existência de urgência e emergência. Houve maior frequência de decisões favoráveis aos usuários entre as ações fundamentadas em prescrições de profissionais de saúde do SUS e maior frequência de decisões favoráveis ao SUS entre as ações fundamentadas em prescrições de profissionais particulares (Tabela 1).

Tabela 1: Frequência das decisões judiciais em função da origem do acórdão, da titularidade da ação, de urgência e emergência da demanda, da origem do profissional de saúde nos Tribunais Regionais dos estados de MG, RS e PE, 2009

	Decisões judiciais (n=556)*			Valor de p
	Favorável usuário	Favorável SUS	Favorável usuário e SUS	
<b><i>Origem do acórdão</i></b>				
TJMG	212 (75,4)	57 (20,3%)	12 (4,3%)	
TJRS	217 (97,7)	4 (1,8)	1 (0,5)	
TJPE	52 (98,1)	0 (0)	1 (1,9)	0,000
<b><i>Titularidade da ação</i></b>				
Individual	474 (87,1)	59 (10,8)	11 (2,0)	
Coletiva	6 (66,7)	2 (22,2)	1 (11,1)	
Individual e coletiva	1 (33,3)	0 (0)	2 (66,7)	0,000
<b><i>Urgência e emergência</i></b>				
Sim	395 (87,4)	47 (10,4)	10 (2,2)	
Não	3 (75,0)	0 (0,0)	1 (25,0)	0,000
<b><i>Profissional de saúde</i></b>				
SUS	125 (88,7)	11 (7,8)	5 (3,5)	
Particular	34 (63,0)	18 (33,3)	2 (3,7)	
SUS e Particular	1 (100%)	0	0	0,000

Nota: \*Dois acórdãos sem registro da decisão judicial.

Da análise do conteúdo legal, observou-se que o argumento mais frequentemente utilizado para fundamentar as decisões foi a Constituição Federal, em seus artigos 196 a 203 (78,0%), seguido pelo art. 23 (52%). Os artigos 196 a 203 são os que fazem parte do capítulo que dispõe sobre a saúde, seguridade e assistência social e o artigo 23 estabelece a obrigação concorrente entre os entes estatais em cuidar da saúde ao dispor que é “competência comum



da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde e assistência pública [...]”<sup>13</sup>.

Tabela 2: Frequência das argumentações legais nas decisões judiciais nos Tribunais Regionais dos estados de MG, RS e PE, 2009

Argumentação legal	n	%*
Saúde e Seguridade Social (Art. 196 a 203)	435	78,0
Solidariedade dos entes estatais (Art. 23)	295	52,9
Outras disposições relativas à saúde**	187	33,5
Princípios fundamentais (art. 1º e art. 5º)	139	24,9
Direitos sociais (art. 6º a 9º)	120	21,5
Leis Estaduais, específicas de Pernambuco, Minas Gerais e Rio Grande do Sul ***	105	18,8
Estatuto da criança e do adolescente e Estatuto do Idoso	39	7,0
Outros argumentos da Constituição Federal ****	33	5,9

Notas: \*Mais de 100%, pois houve casos com mais de uma argumentação legal; \*\*Lei 8.080/90, Lei 9.787/99, Lei 9.656/98, Política Nacional de Atenção Oncológica, notas técnicas e portarias; \*\*\*Art. 158, 159, 166 e 169 da Constituição Estadual de Pernambuco, Súmula 18 do Tribunal de Justiça de Pernambuco, art. 186 e 190 da Constituição do Estado de Minas Gerais, art. 144 da Lei Orgânica do Município de Belo Horizonte, nota técnica da Secretaria Estadual de Saúde de Minas Gerais, art. 241 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, Lei estadual 9.808/93 do RS; \*\*\*\* Artigos 37, 106, 127, 129, 170, 193, 194, 208, 212, 224 a 227.

Em seguida, as outras disposições relativas à saúde, com frequência de 33,5%, agruparam legislações infraconstitucionais, incluindo a Lei 8.080/90 (lei que disciplina as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços de saúde). Ainda com base na Constituição Federal, os artigos 1º a 5º (princípios fundamentais, direitos e garantias individuais e coletivos), aqui denominados de princípios fundamentais, e os direitos sociais previstos nos artigos 6º a 9º foram utilizados nas decisões. Legislações e decisões em saúde específicas de cada estado apareceram no embasamento de 18,8% das decisões. Os estatutos de proteção das crianças, adolescentes e idosos foram citados em 7,0% dos casos. Em menor número foram utilizados outros artigos da própria Constituição Federal (Tabela 2).

A frequência das argumentações legais variou significativamente entre as diferentes decisões judiciais, com maior frequência das argumentações baseadas nos princípios de saúde e seguridade social, solidariedade dos entes estatais, princípios fundamentais, direitos sociais

e leis específicas do estado nas decisões favoráveis ao usuário (Tabela 3).

Tabela 3: Frequência das argumentações legais segundo decisões judiciais dos Tribunais Regionais dos estados de MG, RS e PE, 2009

Argumentação legal	Decisão judicial*			Valor de p
	Favorável ao usuário (n=481) n (%)	Favorável ao SUS (n=61) n (%)	Usuário e SUS (n=15) n (%)	
Saúde e seguridade social	393 ( <b>81,7</b> ) <sup>a</sup>	33 (54,1) <sup>b</sup>	8 (57,1) <sup>cb</sup>	<0,033
Solidariedade dos entes estatais	275 ( <b>57,2</b> ) <sup>a</sup>	16 (26,2) <sup>ab</sup>	4 (28,6) <sup>b</sup>	0,050
Outras disposições relativas a saúde	160 (33,3) <sup>a</sup>	23 (33,7) <sup>a</sup>	3 (21,4) <sup>a</sup>	> 0,354
Princípios fundamentais	134 ( <b>27,9</b> ) <sup>a</sup>	5 (8,2) <sup>b</sup>	0 <sup>b</sup>	0,015
Direitos sociais	115 ( <b>23,9</b> ) <sup>a</sup>	5 (8,2) <sup>b</sup>	0 <sup>b</sup>	< 0,047
Leis específicas do Estado	103 ( <b>21,4</b> ) <sup>a</sup>	0 <sup>b</sup>	1 (7,1) <sup>ab</sup>	0,000
Estatuto da criança, do adolescente e do idoso	35 (7,3) <sup>a</sup>	2 (3,3) <sup>a</sup>	2 (14,3) <sup>a</sup>	> 0,156
Outros argumentos da Constituição Federal	28 (5,8) <sup>a</sup>	4 (6,6) <sup>a</sup>	1 (7,1) <sup>a</sup>	> 0,576

Nota: \*Dois acórdãos sem registro da decisão judicial. Letras diferentes na horizontal representam diferença estatística significativa. Para cada uma das argumentações legais, as frequências foram obtidas por colunas, considerando-se o total das decisões como denominador (100%).

A argumentação baseada em princípios mais frequente nas decisões judiciais foi o direito à saúde (80,5%), seguido do direito à vida (51,4%) e da dignidade da pessoa humana (31,5%). As teorias do mínimo existencial e da reserva do possível e da integralidade da atenção apareceram em 7,5% dos acórdãos (Tabela 4).

Nas decisões favoráveis ao usuário, os princípios de direito significativamente mais frequentes foram: direito à saúde, à vida e à dignidade humana. Nas decisões favoráveis ao SUS, foram mínimo existencial e reserva do possível, distributividade, razoabilidade e isonomia (Tabela 5).

Tabela 4: Frequência das argumentações de princípios de direito nas decisões dos Tribunais Regionais dos estados de MG, RS e PE, 2009

Princípios de direito	n	%*
Direito à saúde	449	80,5
Direito à vida	287	51,4
Dignidade da Pessoa Humana	176	31,5
Mínimo existencial + reserva do possível	42	7,5
Integralidade	42	7,5
Outras argumentações **	17	3,0
Razoabilidade	11	2,0
Distributividade	7	1,3
Isonomia	6	1,1

Notas: \*Mais de 100%, pois houve casos com mais de uma argumentação de princípio de direito.

\*\*Economicidade, eficiência, integridade física, orçamento, probidade administrativa, proporcionalidade, soberania dos direitos coletivos, universalidade.

Tabela 5: Frequência das argumentações de princípios de direito segundo das decisões dos Tribunais Regionais dos estados de MG, RS e PE, 2009

Princípios de Direito	Decisão judicial*			Valor de p
	Favorável ao usuário (n=481) n(%)	Favorável ao SUS (n=61) n(%)	Usuário e SUS (n=15) n(%)	
Direito a saúde	413 (85,9) <sup>a</sup>	27 (44,3) <sup>bc</sup>	8 (57,1) <sup>c</sup>	< 0,01
Direito a vida	267 (55,5) <sup>a</sup>	13 (21,3) <sup>b</sup>	6 (42,9) <sup>ab</sup>	0,000
Dignidade da pessoa humana	162 (33,7) <sup>a</sup>	11 (18,0) <sup>b</sup>	2 (14,3) <sup>ab</sup>	0,02
Mínimo existencial + Reserva do possível	25 (5,2) <sup>a</sup>	13 (21,3) <sup>b</sup>	4 (28,6) <sup>cb</sup>	< 0,006
Integralidade	39 (8,1) <sup>a</sup>	2 (3,3) <sup>a</sup>	1 (7,1) <sup>a</sup>	> 0,30
Razoabilidade	6 (1,2) <sup>a</sup>	5 (8,2) <sup>b</sup>	0 <sup>ab</sup>	0,004
Distributividade	2 (0,4) <sup>a</sup>	5 (8,2) <sup>b</sup>	0 <sup>ab</sup>	0,000
Isonomia	1 (0,2) <sup>a</sup>	4 (6,6) <sup>b</sup>	1 (7,1) <sup>ab</sup>	0,000

Nota: \*Dois acórdãos sem registro da decisão judicial. Letras diferentes na horizontal representam diferença estatística significativa. Para cada um dos princípios de direito, as frequências foram obtidas por colunas, considerando-se o total das decisões como denominador (100%).

## DISCUSSÃO

O número de acórdãos disponíveis para análise variou entre os três estados, o menor obtido em Pernambuco. A amostra total não foi alcançada em nenhum Estado pelo limite de reposição das perdas. Buscando atingir a amostra estimada, optou-se pela substituição dos acórdãos sorteados que não continham o objeto de interesse para análise, pelo imediatamente seguinte até o limite do próximo sorteado. A menor amostra em Pernambuco é explicada pela impossibilidade de reposição das perdas por se tratar da análise do universo. Contudo, os dados não representam a realidade do país como um todo, mas descreveram com representatividade as decisões de três tribunais localizados em três regiões distintas do país.

Como foram analisados somente tribunais de segunda instância, essa comparação entre os estados pode não refletir a demanda real, pois somente incluiu as decisões nas quais houve recurso pela parte que ficou insatisfeita com a decisão de primeira instância de julgamento, procurando uma revisão desta decisão e um segundo julgamento da ação, ou nos casos de reexame necessário da decisão. Portanto, esta limitação permeia todos os resultados apresentados. Adicionalmente, como o foco deste estudo foi apenas os serviços públicos, uma discussão da diferença acerca da procura pela efetivação dos direitos à saúde pela população dos diferentes estados deveria incluir também o cenário da saúde suplementar.

Neste estudo, as decisões judiciais analisadas foram julgadas de forma predominantemente favoráveis ao cidadão, o que vai ao encontro ao descrito por outros autores, em que a maioria dos pedidos dos usuários dos SUS foi acatado pelo Poder Judiciário<sup>16,17,18,19</sup>. Houve ainda um pequeno número no qual os desembargadores optaram por conceder o pedido de forma parcial, o que foi considerado como favorável a ambos. Considerou-se não informado aqueles julgamentos que se extinguíram sem resolução do mérito, principalmente por perda da necessidade de decisão, por exemplo, pela morte do

demandante. Contudo, o estado de Minas Gerais apresentou mais decisões favoráveis ao SUS ou de concessão parcial do pedido frente aos outros dois estados.

Os resultados favoráveis aos usuários foram mais frequentes nas demandas individuais. Não foram encontrados estudos que relatam o mesmo achado. Uma possível explicação pode ser dada porque os princípios mais utilizados nas decisões, que foram os de direito à vida e à saúde, são os mais perceptíveis individualmente. A probabilidade do julgador se convencer da necessidade em um caso concreto personificado no demandante provavelmente é maior do que quando a necessidade está diluída, como no caso de uma coletividade, pois hoje já não se tem minorias que se identificam, como os pacientes HIV positivos, lutando pelos seus direitos judicialmente. Há ainda que se considerar a dificuldade de avaliar a necessidade coletiva de um procedimento que não será fornecido individualmente como um medicamento ou uma cirurgia. No entanto, estudos direcionados para esta questão podem levar a uma melhor compreensão.

Tal resultado conduz à reflexão sobre o risco de se aumentar a desigualdade em função de privilégios das demandas individuais, pois o desvio de recursos para atender de forma individualizada aos pedidos poderia gerar a falta deste recurso para o suprimento das necessidades coletivas<sup>20,21</sup>. O direito individual pode representar um obstáculo às necessidades de toda a população, uma vez que, ao se determinar como uma obrigação do Estado o atendimento pleno de todas as necessidades de um indivíduo, haveria uma priorização de direitos de alguns cidadãos em despeito aos dos demais, privilegiando o indivíduo e não a coletividade<sup>22</sup>.

Assim, o cenário da judicialização da saúde representa um desafio para o Judiciário brasileiro. As demandas são propostas individualmente, no entanto, nas ações em direito à saúde, a outra parte não pode ser considerada apenas o ente público isoladamente e sim toda uma coletividade. Ao declarar que o Estado é sucumbente, os efeitos desta decisão irá se

sobrepôr ao indivíduo beneficiado, pois a decisão é sobre um bem comum, quase sempre o orçamento público. Desta forma, o Poder Judiciário deveria usar os princípios de justiça distributiva ao ponderar suas decisões<sup>12</sup>. A equidade, um dos princípios dos sistemas de saúde, é um conceito ético fundamentado no princípio da justiça distributiva e, em saúde, ela reflete a preocupação de reduzir as desigualdades de oportunidades para ser saudável<sup>8</sup>. Contudo, sob a ótica de um indivíduo que se encontra doente, com uma necessidade urgente, considera-se que a sua demanda deve ser atendida de forma integral e com celeridade, pois há, para o mesmo, a possibilidade de sofrer com o descaso ou com a ineficiência do Estado em cumprir com as suas obrigações legais de garantias ao direito à saúde e à vida. Esperar um sacrifício de sua integridade física ou mesmo de sua vida, em prol dos direitos coletivos, não seria uma atitude factível em termos de conduta individual<sup>23</sup>.

Nos pedidos que alegavam ou demonstraram ser a procura pelo Judiciário uma situação de urgência ou emergência, houve um maior número de decisões favoráveis aos usuários. Esta tendência já foi relatada em outros estudos, principalmente naqueles que investigaram os pedidos liminares, que são pedidos com o fulcro em situações emergenciais<sup>16,17,18,19, 23</sup>. A ocorrência de uma situação de urgência/emergência por si só pode acarretar resultados que podem ser desfavoráveis, tanto para o usuário, significando perda de qualidade de vida ou até mesmo da própria vida, como para o SUS, pois pode gerar custos de tratamentos e/ou internações. O fato de a decisão ser favorável ao usuário nem sempre significa ganho. As situações descritas como de urgência/emergência exigem rapidez no processo e a posição do Judiciário frente a essas situações pode ser considerada delicada. A demora nas decisões, fato comum no Judiciário brasileiro pode fazer com que a decisão favorável alcance tarde demais o usuário, não se mostrando como forma efetiva de prestação jurisdicional<sup>24</sup>.

Houve maior frequência de decisões favoráveis aos usuários quando o profissional que

atendeu o paciente ou que prescreveu o tratamento originava-se do sistema público de saúde. Quando o profissional de saúde era particular, houve maior frequência de decisões favoráveis ao SUS. De acordo com alguns autores, as prescrições oriundas de profissionais particulares podem criar uma porta de acesso aos serviços públicos por pessoas que, em tese, teriam condições de arcar com os custos dos tratamentos<sup>25,26</sup>. Os resultados do presente estudo demonstraram que, embora realmente tenham ações originadas em atendimento particular e o paciente vem requerer a prestação para o serviço público, os juízes acolhem mais os pedidos que se originaram no próprio sistema público de saúde. A análise desta variável, complementada com outras que permitam uma avaliação da condição socioeconômica do demandante, seria interessante para discutir se o processo de judicialização estaria ferindo a equidade. Contudo, esse estudo sugere que parece haver uma tendência no comportamento do Judiciário de proteger aqueles que não possuem condição econômica, procuram o serviço público e não consegue a prestação de forma integral, como preconizam os próprios princípios do sistema.

No entanto, as políticas públicas de saúde deveriam ser implementadas como forma de reduzir as desigualdades econômicas e sociais e ser realizada pelo Poder Executivo e não pelo Judiciário. A possibilidade de requerer judicialmente a prestação por serviços sociais, para alguns, não é a melhor forma de incrementar o acesso aos serviços públicos. O questionamento não é somente se o Poder Judiciário trata de forma diferenciada ricos e pobres, uma vez que a maioria das decisões é a favor dos pacientes. No entanto, a exclusão pode acontecer em momento anterior, no acesso ao Judiciário, pois este pressuporia recursos financeiros, bem como acesso à informação. Desta forma, o Poder Judiciário, além de não atender aos anseios dos menos favorecidos, ainda poderia aprofundar as situações de exclusão social por transferir verbas para o cumprimento de decisões judiciais em favor de uma classe social já mais beneficiada<sup>27</sup>.

O fato do Poder Judiciário se apoiar na legislação como forma de fundamentar as decisões ressalta a importância do reconhecimento do direito interno como forma de melhorar ou possibilitar o acesso aos serviços de saúde ou a diminuição das desigualdades<sup>3,28,29</sup>. O reconhecimento da existência do direito à saúde tem consequências amplas e vastas, tendo a possibilidade de ultrapassar o caso da decisão judicial e provocar mudanças que melhorem a prestação de serviços de saúde e levam a mecanismos de responsabilização não judiciais, importantes no estabelecimento destes serviços<sup>3</sup>.

No Brasil, o direito à saúde foi uma conquista regulamentada na Constituição Federal e na Lei Orgânica da Saúde. Porém, a garantia do direito à saúde tem várias facetas em torno do mundo. Na análise da legislação de 186 países membros da Organização Mundial de Saúde (constituição escrita, cartas de direitos e outros) verificou-se que 135 Constituições (73%) incluem algum tipo de cláusula referente à saúde, 90 constituições (51%) foram mais específicas em relação à infra-estrutura de bens e serviços e 4 constituições (2%) incluem o direito a medicamentos essenciais como parte do direito à saúde. Em 31 constituições há a determinação dos tratados internacionais terem superioridade às leis nacionais; destes, 4 não possuem qualquer referência do direito à saúde em suas legislações, entretanto, o direito a saúde deve ser garantido indiretamente<sup>7,28,30,31,32</sup>.

No presente estudo, a Constituição Federal foi o documento legal mais frequentemente citado nas argumentações das decisões judiciais. De forma semelhante, em decisões de julgamentos de antecipação de tutela no Tribunal de Minas Gerais, a legislação Constitucional foi a fundamentação legal em 83,16% das decisões, sendo os mais encontrados os artigos: 1º, 3º, 5º, 6º e 196<sup>18</sup>.

Neste estudo, os artigos 196 a 203 da Constituição Federal foram os argumentos legais mais utilizados para fundamentar as decisões judiciais. Os princípios fundamentais (artigo 1 ao 5) e direitos sociais (artigo 6 ao 9) também foram utilizados como argumentos legais em,



aproximadamente, metade das ações. Os artigos constitucionais analisados neste estudo se justificam por serem estes os que possuem conteúdo que mais se aproxima com o objeto de análise: o direito à saúde. A Constituição Federal estabelece em seu artigo 1º que a República Federativa do Brasil tem como fundamento a dignidade da pessoa humana e no artigo 5º garante a inviolabilidade do direito à vida<sup>13</sup>. Os direitos fundamentais sociais são elencados de forma explícita, no art. 6º e, entre eles, o direito à saúde, explicitado nos artigos 196 a 200.

O artigo 23 da Constituição, que estabelece a obrigação de cuidar da saúde como de competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios<sup>1</sup>, foi citado em mais da metade das ações. Este dispositivo legal é o fundamento para a defesa daqueles que acreditam que deve haver uma responsabilidade solidária do poder público como um todo em garantir a saúde do cidadão. Esse resultado demonstra uma tendência dos julgadores em compreender que o paciente pode demandar contra qualquer um dos entes estatais, não podendo as questões de divisão interna, inclusive de financiamento, serem alegadas. Este posicionamento já foi relatado como preponderante no estado do Rio de Janeiro, no qual o Tribunal de Justiça admitiu a tese da solidariedade entre os entes públicos no fornecimento de medicamentos<sup>19</sup>.

Destaca-se a variabilidade das argumentações legais citadas nas decisões, provavelmente em função da escolha pelo Judiciário daquela que apresente maior coerência e especificidade com determinado tipo de demanda. Entre as outras disposições relativas à saúde presentes nas argumentais legais, foram citadas a Lei 8.080/90 (Lei Orgânica da Saúde), que confirma o disposto constitucionalmente, da saúde como um direito fundamental<sup>33</sup>. Outras leis foram a Lei nº 9.787/99, que estabelece o medicamento genérico e dispõe sobre sua utilização; a Lei nº 9.656/98 que dispõe sobre planos e seguros privados de saúde, além da Política Nacional de Atenção Oncológica.

Os juízes também fundamentaram suas decisões nas leis estaduais, específicas de cada região, pois em aproximadamente 1/5 das ações, esse tipo de legislação foi a argumentação

legal utilizada. Nesses casos, observa-se uma ratificação aos preceitos constitucionais da Carta Magna, havendo semelhança no conteúdo dos artigos das constituições estaduais de Pernambuco, Minas Gerais e Rio Grande do Sul citados, pois tratavam da garantia pelo Estado do direito universal à saúde mediante políticas sociais, ambientais, econômicas, que visam a eliminação do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para sua promoção, proteção e recuperação<sup>34,35,36</sup>.

Também nas argumentações específicas do Estado, foram utilizados artigos das constituições estaduais que tratam da competência do SUS, nos diferentes níveis da federação: estados e municípios<sup>34,36,37</sup>. A Súmula 18 do TJPE que afirma ser “dever do Estado-membro fornecer ao cidadão carente, sem ônus para este, medicamento essencial ao tratamento de moléstia grave, ainda que não previsto em lista oficial” foi também utilizada para fundamentar decisões<sup>39</sup>.

Outros argumentos da Constituição Federal foram citados, entre eles argumentos que se referem à organização do Estado e seus princípios, da organização dos poderes e das funções especiais da justiça; da ordem econômica e financeira; da ordem social; da família, da criança, adolescente, do jovem e do idoso. Percebe-se a utilização de argumentos que afirmam a competência do Judiciário para garantir o direito à saúde, bem como a argumentação em legislações que tratam de outros determinantes da saúde, em consonância com o conceito ampliado de saúde afirmado em lei: “A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços”<sup>33</sup>.

A fundamentação nos Estatutos da Criança e do Adolescente e do Idoso foi a opção do Judiciário em algumas ações que, provavelmente, tiveram a intenção de realçar o ciclo de vida do proponente e a situação de maior ou menor vulnerabilidade que essa situação o impunha.

Esses documentos possuem artigos que tratam especificamente do direito à saúde de indivíduos nos estratos etários definidos.

As crianças e adolescentes “têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência”<sup>39</sup>. Segundo o Estatuto do Idoso, esses indivíduos gozam “de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana (...) para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade”. Afirma, ainda, que é “obrigação do Estado, garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade”<sup>40</sup>.

As decisões favoráveis aos usuários apresentaram com maior frequência argumentações legais baseadas em artigos da Constituição Federal, que tratam do direito à vida e à saúde como um direito social; do dever do Estado na garantia à saúde; e da responsabilidade solidária do poder público na garantia desse direito. Tais argumentações conduzem para a garantia do direito universal e integral do usuário à saúde, conduzindo a decisão a seu favor.

Os princípios de direito à vida, à saúde e da dignidade da pessoa humana foram os mais utilizados nas argumentações das decisões judiciais. O direito à saúde, além de ser um direito em si mesmo, muitas vezes é especificamente relacionado ao direito à própria vida<sup>23,29</sup>, e é ainda reconhecido como um direito imprescindível à dignidade humana<sup>23,41</sup>. Os três princípios estão inter-relacionados e interligados, podendo um ser considerado condição de fruição do outro. O direito a saúde foi considerado como acima de qualquer argumento, pois não há direito maior do que a vida e a saúde, mesmo na presença da alegada total ausência de recursos públicos. No estudo das ações judiciais no âmbito do SUS, em um Tribunal da Região Sudeste, verificou-se que as decisões consideraram a saúde como um direito humano

fundamental, que deve ser garantido de forma integral, sendo dever do Estado de prover o cidadão de condições sociais e materiais para a sua existência<sup>18</sup>.

Portanto, justifica-se a argumentação do direito à vida e à saúde em grande parte das decisões por serem difíceis de serem contestadas<sup>16,17</sup>. Quando um julgador encontra-se diante de um dilema entre proteger a vida e a saúde, direitos inalienáveis, ou fazer prevalecer o interesse financeiro e secundário do Estado<sup>16,22</sup>, ou a argumentação da reserva do possível<sup>17</sup> por razões ético-jurídicas, é fácil compreender que a posição mais plausível é aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde<sup>16,22</sup>.

Os princípios mais frequentemente encontrados para fundamentar as decisões favoráveis ao SUS foram o mínimo existencial e a reserva do possível. A teoria da reserva do possível tem sua origem no Tribunal Constitucional da Alemanha que entendeu estarem os direitos subjetivos sujeitos à prestação material de serviços públicos pelo Estado, condicionados à disponibilidade de recursos, ou seja, os direitos sociais de prestações positivas estão sujeitos à chamada “reserva do possível” no sentido daquilo que o indivíduo pode esperar da sociedade. Alguns entendem que os direitos sociais, entre eles a saúde, deveriam ser condicionados à reserva do possível<sup>20,22</sup> e as concessões de prestações deveriam estar condicionadas à reserva orçamentária<sup>20</sup>, uma vez que estes direitos possuem uma dimensão econômica, que depende da alocação de recursos materiais e humanos para sua efetivação<sup>42</sup>. O uso do princípio reserva do possível nas argumentações indica que, em determinadas situações, parece ocorrer uma ponderação nas decisões, levando-se em conta a escassez dos recursos públicos.

Por outro lado, a doutrina alemã baseou-se nos princípios da dignidade humana, do direito à vida e da integridade física, para criar um direito subjetivo do cidadão perante o Estado, a do mínimo existencial. Não há que se falar em direito à vida se não se tratar de uma vida digna. A teoria de um mínimo existencial apresenta diversas nuances, em países

emergentes, quando comparada a países ricos, pois as realidades socioeconômicas, legais e políticas são diferentes<sup>4</sup>. Não há um consenso na aplicabilidade destas teorias para a realidade brasileira. A discussão do que seria necessário para a garantia de uma vida com dignidade, se dá em função da escassez de recursos, tanto do demandante, para garantir aquilo que o mesmo julga necessário para sua sobrevivência como por parte do Estado, que teria de garantir bens para a satisfação destas carências.

O mínimo existencial poderia ter a função de estabelecer um rol de direitos que comporia o mínimo vital, tendo como objetivo evitar a total ineficácia jurídica dos direitos fundamentais sociais, no entanto, não pode ser reduzido ao direito de subsistir. É impossível se estabelecer um núcleo mínimo necessário dentro de cada direito social, mesmo porque estaria sujeito ao subjetivismo como a própria norma dos direitos fundamentais está. Além disso, a teoria do mínimo existencial já estaria contemplada, de certa forma, pela Constituição Brasileira, que possui, de forma explícita, a obrigatoriedade de respeito à dignidade da pessoa humana, ao direito à vida e a integridade física, princípios que formam a teoria, tornando desnecessária a discussão<sup>43,44</sup>.

Em estudo anterior, decisões desfavoráveis aos pacientes foram baseadas em um reconhecimento das limitações nas formulações de políticas públicas de saúde. Contudo, apesar do aumento de litígios bem sucedidos, estes mecanismos de requerimento através de tribunais, essenciais à própria sociedade, só deveriam ser usados como última medida. Em vez disso, os responsáveis pelas políticas públicas deveriam garantir que as normas de direitos humanos orientassem suas políticas de saúde e assim fossem percebidas pela sociedade<sup>21,29</sup>.

Seguidamente, os argumentos mais frequentes para amparar decisões favoráveis ao SUS foram os princípios da razoabilidade das decisões, da isonomia e da distributividade.

As decisões individuais, mesmo as que buscam tutelar o direito à vida e à saúde individuais, são consideradas, por alguns, como um obstáculo às necessidades da

coletividade, ao confundir o acesso universal e igualitário com a possibilidade de receber de forma indiscriminada qualquer prestação<sup>22</sup>.

As demandas são propostas por um indivíduo, no entanto, nas ações em direito à saúde, a outra parte não pode ser considerada apenas o ente público isoladamente e sim toda uma coletividade. Ao declarar que o Estado deve cumprir a obrigação, toda a coletividade poderá sofrer os efeitos da decisão por envolver, quase sempre, o orçamento público. Desta forma, seria possível o Poder Judiciário usar os princípios de justiça distributiva ao ponderar suas decisões<sup>12</sup>. O sistema de saúde já tem como um dos seus princípios a equidade, um conceito ético fundamentado no princípio da justiça distributiva e, que reflete a preocupação de reduzir as desigualdades de oportunidades para ser saudável<sup>8</sup> que não pode ser agravada mais uma vez pela via judicial.

A teoria de Robert Alexy é considerada por muitos um caminho para a solução dos dilemas em direito à saúde. Sempre que temos um conflito de princípios, a solução não é declarar um deles inválido, mas sim reconhecer que naquele determinado caso concreto, um dos princípios cede em relação a outro. O que ocorre é que um dos princípios tem precedência ao outro em uma situação analisada, em outra, pode ser resolvida de forma oposta. As circunstâncias do caso é que determinarão qual o princípio tem o maior peso<sup>9</sup>.

O processo de judicialização da saúde é fruto de tensões internas na sociedade e reflexo de conflitos existentes em outras áreas. O direito à saúde não é apenas uma questão de gestão, justiça ou humanitarismo. Ele é uma obrigação sob o aspecto das leis de direitos humanos. Apesar do reconhecimento legal do direito ser um passo importante, a realização deste direito por si só não nos fornece dados para avaliar a realidade nem é garantia de sucesso de sua implementação<sup>3</sup>. Na busca pelo direito à saúde, o reconhecimento da existência dos direitos sociais básicos, necessários para uma vida com dignidade, deverá prevalecer sempre, mesmo em face de princípios como os da reserva do possível ou da

reserva parlamentar em matéria orçamentária<sup>45</sup>.

## **CONCLUSÃO**

As decisões judiciais foram julgadas de forma predominantemente favoráveis ao cidadão, que procura a justiça para obter uma prestação na área de saúde através do poder público, mesmo nas ações propostas de forma individual, que foram preponderantes. Houve maior número de decisões favoráveis aos usuários quando havia alegação de urgência e emergência no pedido, argumento este que fundamenta a decisão, e quando a ação foi respaldada por um atendimento de um profissional oriundo do serviço público de saúde. A argumentação legal nas decisões favoráveis aos usuários foi baseada na Constituição Federal, em artigos que tratam do direito à vida, à saúde como um direito social, do dever do Estado na garantia à saúde e da responsabilidade solidária na garantia desse direito. Os princípios de direito que fundamentaram as decisões favoráveis ao usuário foram os do direito à vida, à saúde e da dignidade da pessoa humana. Na presença de princípios em conflito, como o orçamento público, a razoabilidade das decisões ou a reserva do possível contra o direito a vida, à saúde e a uma vida com dignidade, o Judiciário, pelo menos por enquanto, tem feito a opção, de forma preponderante, pelos direitos humanos fundamentais.

## REFERÊNCIAS

- 1 Comparato FK. *Fundamento dos Direitos Humanos*. 1997. Disponível em: <http://www.iea.usp.br/artigos>. Acesso em: 13 jun. 2012.
- 2 Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde, Programa Nacional de DST e Aids. *O Remédio via Justiça: Um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/AIDS no Brasil por meio de ações judiciais* / Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde, Programa Nacional de DST e Aids. Brasília: Ministério da Saúde; 2005.
- 3 Backman G, Hunt P, Khosla R, Jaramillo-Strouss C, Fikre BM, Rumble C, Pevalin D, Páez DA, Pineda, MA, Frisancho A, Tarco D, Motlagh M, Farcasanu D, Vladescu C. Health systems and the right to health: an assessment of 194 countries. *The Lancet* 2008; 372(9655): 2047-2085.
- 4 Krell, AJ. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor; 2002.
- 5 Feldman, D. The contribution of human rights to improving public health. *Public Health* 2006; 120: 61–70
- 6 Unicef Brasil. *Convenção sobre os Direitos da Criança – Carta Magna para as crianças de todo o mundo. Convenção sobre os Direitos da Criança*. 1989 Disponível em: [http://www.unicef.org/brazil/pt/resources\\_10120.htm](http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm). Acesso em: 16 dez. 2011
- 7 Chinkin C. Health and Human Rights. *Public Health* 2006; 120: 52–60.
- 8 Braveman O, Gruskin P. Poverty, equity, human rights and health. *Bulletin of the World Health Organization* 2003; 81 (7) 539-545.
- 9 Robert Alexy. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores; 2008.
- 10 Miguel Reale. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo, Editora Saraiva; 2000, p. 319
- 11 Vianna LW, Burgos MB, Salles PM. Dezessete anos de judicialização da política. *Tempo soc.* 2007; 19(2): 39-85.
- 12 Borges DCL; Ugá MAD. As ações individuais para o fornecimento de medicamentos no âmbito do SUS: características dos conflitos e limites para a atuação judicial. *Revista de Direito Sanitário* 2009; 10 (1): 13-38.
- 13 Brasil. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado; 1988.
- 14 Venosa SS. *Direito Civil: parte geral- 3ª ed.* São Paulo: Atlas, 2003.



15 Brasil. Decreto-Lei Nº 4.657, de 4 de Setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. *Diário Oficial da União* de 09 set.1942.

16 Marques SB; Dallari SG. Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. *Rev Saúde Pública* 2007; 41(1): 101-107.

17 Penalva J. *Judicialização do Direito à Saúde: O caso do Distrito Federal*. Belo Horizonte Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2010/2011.

18 Marques ORA, Melo MB, Santos APS. Ações Judiciais no âmbito do Sistema Único de Saúde do Brasil Bases Legais e Implicações: um estudo de caso em um Tribunal da Região Sudeste. *Rev Direito Sanit* 2011; 12 (1): 41-66.

19 Edais VL, Ventura M, Sant'ana JMB, Figueiredo TA, Souza VR, Simas L. Caracterização de demandas judiciais de fornecimento de medicamentos "essenciais" no Estado do Rio de Janeiro, Brasil. *Cad Saúde Pública* 2010; 26(3): 461-471.

20 Vieira FS. Ações judiciais e direito à saúde: reflexão sobre a observância aos princípios do SUS. *Rev Saúde Pública* 2008; 42(2):365-369

21 Da Silva VA, Terrazas FV. Claiming the right to health in Brazilian courts: the exclusion of the already excluded. *Social Science Research Network* 2008. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1133620](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1133620). Acesso em: 23/01/2012

22 Gontijo, CD. A judicialização do direito à saúde. *Rev Med Minas Gerais* 2010; 20(4): 606-611.

23 Ventura M; Simas L; Pepe VLE; Schramm. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. *Physis*. 2010; 20(11):77-100.

24 Olinda CL. Direitos e equidade: princípios éticos para a saúde. *Arq Med ABC*. 2005; 30(2): 69-75.

25 Chieffi AL, Barata RCB. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. *Cad. Saúde Pública* [online] 2009; 25(8): 1839-1849.

26 Messeder AM, Osorio-de-Castro CGS, Luiza VL. Mandados judiciais como ferramenta para garantia do acesso a medicamentos no setor público: a experiência do Estado do Rio de Janeiro, Brasil. *Cad. Saúde Pública*. 2005; 21(2): 525-534.

27 Barroso LR. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Trabalho desenvolvido por solicitação da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro. 2003.

28 Perehudoff KS. *Health, Essential Medicines, Human Rights & National Constitutions*. World Health Organization, Geneva, Switzerland University Program: Master of Health Science (International Public Health) Institution: Vrije Universiteit Amsterdam. 2008

29 Hogerzeil HV, Samson M, Casanovas JV, Rahmani-Ocora L. Is access to essential

medicines as part of the fulfilment of the right to health enforceable through the courts? *Lancet* 2006; 368: 305–311

30 Brahams D. UK: impact of European human rights law. *Lancet* 2000; 356: 1433–34.

31 Escobar G. Las garantías del derecho fundamental a la salud en España. *Revista da Defensoria Pública* 2008; 1(1): 3-33.

32 Arango R. El derecho a la salud en la jurisprudencia constitucional colombiana. *Revista da Defensoria Pública* 2008; 1(1): 91-130.

33 Brasil. Lei 8080/90. Lei Orgânica da Saúde de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. *Diário Oficial da União* de 20 set. 1990

34 Minas Gerais. Constituição do Estado de Minas Gerais. 21 de Setembro de 1989

35 Pernambuco. Constituição do Estado de Pernambuco. 05 de outubro de 1989.

36 Rio Grande do Sul. Constituição do estado do rio grande do sul. 03 de outubro de 1989

37 Belo Horizonte. Lei orgânica de Belo Horizonte. 21 de março de 1990.

38 Pernambuco. Tribunal de Justiça. Súmula 158.

39 Brasil. Lei 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial da União* de 16 set. 1990

40 Brasil. Lei 10.471 de 01 de outubro de 2006. Cria o Estatuto do Idoso. *Diário Oficial da União* de 03 out. 2006. Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em: 23/08/2011

41 Silva BMP. *O Sistema Único de Saúde: descompasso entre realidade normativa e realidade fática*. São Paulo. [Tese]. São Paulo (SP): Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; 2007.

42 Sarlet IW, Figueiredo MF. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Direitos Fundamentais e Justiça* 2007; 1:171-213.

43 Wang, DWL. Reserva do Possível, Mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista de Direito Sanitário* 2009.; 10(1): 308-318.

44 Guerra, S; Emerique, LMB. O Princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. *Revista da Faculdade de Direito de Campos* 2006. 7(9): 379-397.

45 Bigolin, G. A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais. *Revista do Ministério Público de Porto Alegre* 2004; 53: 49-70.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento de um trabalho que uniu duas áreas do conhecimento que, a princípio, parecem ser distintas, mas, que possuem inúmeros pontos de interseção, proporcionou uma oportunidade de compreensão das várias nuances envolvidas no problema de efetivação e garantia do direito a saúde em um país com realidades sócio-econômicas distintas.

Nos pedidos judiciais analisados pode-se perceber, de forma intuitiva a diversidade do país, enquanto no nordeste os relatos dos pacientes deixa transparecer que estão necessitando de atendimento básico e de condições mínimas de saúde os relatos dos estados do sul e sudeste parecem envolver na verdade garantia de tratamentos de melhor qualidade ou mais avançados, aumento da expectativa de vida diante da doença ou muitas vezes melhora na qualidade de vida. Este fato deixou a impressão de que a população do nordeste, que parece menos assistida tanto no campo da saúde quanto no campo do direito ainda luta por condições bem mais fundamentais do que a população do sul e sudestes.

O paciente, quase sempre, em seus pedidos nos convence que não possui condições financeiras para arcar com necessidades básicas e fundamentais para uma existência digna e depende do suporte do estado. A posição do magistrado, de quase sempre conceder os pedidos, pode ser compreendida pois temos todos consciência da realidade vivida pela população brasileira no tocante às áreas sociais, com o serviço público sucateado, profissionais mal remunerados e todo o tipo de descaso.

O reconhecimento da existência de um direito à saúde, direito humano fundamental, é uma conquista dos povos e meta a ser alcançada pelos governos. No entanto, a implementação de políticas públicas que visem à garantia desses direitos nem sempre é encontrada na prática; soma-se a esse fato a subjetividade e a infinitude das necessidades humanas.

A análise realizada neste estudo evidenciou que a inclusão do direito à saúde direito no ordenamento jurídico é parte importante no processo de garantia do mesmo. Há ainda um hiato entre o que é proporcionado pelos serviços de saúde e as necessidades e desejos em saúde da população brasileira, que não consegue prestações relacionadas a doenças com grau de morbidade considerável, como diabetes, hipertensão e até mesmo neoplasias; o que tem levado uma parte dos cidadãos a buscar a garantia desta prestação através do poder judiciário.

O estudo evidenciou também que as diferenças nas características das ações e nas

decisões, sugerem haver especificidades próprias de cada região, quanto ao acesso aos serviços de saúde e ao poder judiciário, bem como nos valores e concepções utilizados pelos juízes no momento de julgar os recursos.

Diante de pedidos que envolvam bens indeclináveis e indisponíveis, como a saúde ou até mesmo a vida, a postura do poder judiciário parece ser a de acolher os pedidos, fundamentados na legislação ou em princípios de direito. Importante ressaltar que as decisões devem ser tomadas com cautela, pois, na grande maioria das vezes, o reflexo das mesmas se dará em toda a coletividade, com impacto nos serviços de saúde.

O fenômeno da judicialização é uma realidade e não há como se afirmar que esteja priorizando parcela da população privilegiada por melhores condições socioeconômicas. As iniquidades ligadas ao Poder Judiciário podem surgir nos próprios serviços de saúde ou serem agravadas por estes. O processo demonstra problemas na implementação de políticas públicas que possam garantir o acesso universal e integral aos serviços de saúde, e deve ser analisado de forma localizada pelos gestores. O impacto das decisões judiciais deve ser melhor analisado e compreendido pelos dois lados envolvidos no processo, o Poder Judiciário e os serviços públicos de saúde.

## APÊNDICE

### APÊNDICE A – ROTEIRO DE ANÁLISE DOS ACORDÃOS

Acórdão Tribunal _____ n°	Legitimidade Passiva <input type="checkbox"/> Estado <input type="checkbox"/> Município _____
Data de Julgamento na 2ª Instância _____/_____/_____	Profissional de saúde <input type="checkbox"/> SUS <input type="checkbox"/> não SUS <input type="checkbox"/> não informado
Relator	Exigência de prescrição <input type="checkbox"/> sim <input type="checkbox"/> não <input type="checkbox"/> não informado
Situação de saúde, agravo ou doença citada no acórdão. _____ <input type="checkbox"/> não informado	Pedido Liminar <input type="checkbox"/> sim <input type="checkbox"/> não <input type="checkbox"/> não informado
Titularidade da Ação <input type="checkbox"/> Individual <input type="checkbox"/> Defensoria pública <input type="checkbox"/> Advogado particular <input type="checkbox"/> Outros _____ <input type="checkbox"/> Não informado <input type="checkbox"/> Coletiva: <input type="checkbox"/> ONG <input type="checkbox"/> MP <input type="checkbox"/> Outros _____	Demanda Requerida <input type="checkbox"/> Fornecimento de medicamento <input type="checkbox"/> Realização de cirurgia <input type="checkbox"/> Realização de exames <input type="checkbox"/> Internação <input type="checkbox"/> Tratamento Odontológico <input type="checkbox"/> outros _____
Resultado em 1ª Instância <input type="checkbox"/> Procedente (favorável ao usuário) <input type="checkbox"/> Improcedente (desfavorável ao usuário) <input type="checkbox"/> Não informado	A decisão menciona ser caso de urgência ou emergência? <input type="checkbox"/> sim <input type="checkbox"/> não <input type="checkbox"/> não informado
Argumentação legal da decisão <input type="checkbox"/> CF, art 196 <input type="checkbox"/> CF, art 198 <input type="checkbox"/> Lei 88080/90 <input type="checkbox"/> Outra _____	Argumentação de princípios <input type="checkbox"/> Direito à Vida <input type="checkbox"/> Direito à Saúde <input type="checkbox"/> Dignidade da Pessoa Humana <input type="checkbox"/> Outro _____

