

O MÍNIMO EXISTENCIAL DO DIREITO À SAÚDE: UMA QUESTÃO FÁTICA.

IONE MARIA DOMINGUES DE CASTRO*

RESUMO

A partir do pressuposto de que a integralidade da atenção é a expressão do mínimo existencial do direito à saúde, o trabalho propõe que a discussão teórica sobre a judicialização da saúde seja substituída pela análise da questão fática relativa à lide, uma vez que a identificação do mínimo existencial não pode ser explicitada, este deverá ser identificado no caso concreto a partir dos fatos alegados.

PALAVRA-CHAVE

Judicialização, mínimo existencial, integralidade da atenção, identificação, fatos

ABSTRACT

Under the fundamental assumption that access to comprehensive health care expresses the right to an adequate minimum of health care, this paper proposes that the theoretical debate on judicialization of health should be replaced by the analysis of the factual circumstances of the case once the minimum of health care can only be identified by studying the facts of the case.

KEYWORDS

Judicialization, existential minimum, comprehensive health care, identification, facts

* Graduação em Direito pela Universidade Católica de Santos (UNISANTOS), 1995. Graduação em Medicina pela Faculdade de Ciências Médicas de Santos (FCMS), 1979. Mestrado em Direito Internacional Público pela Universidade Católica de Santos (UNISANTOS), 2004. Doutorado em Filosofia do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), 2012. Professora da Faculdade Católica de Direito de Santos (UNISANTOS). Médica da Prefeitura Municipal de Santos.

INTRODUÇÃO

Com a criação do Sistema Único de Saúde pela Carta Constitucional de 1988, ficou estabelecido que o Estado deveria promover ações e serviços de saúde a todos os cidadãos, quer seja no tocante à medicina curativa quanto na medicina preventiva. Até aquele momento, a utilização dos poucos serviços públicos existentes era feita por aqueles que contribuía para os Institutos de Previdência Social, enquanto os serviços particulares eram destinados àqueles que podiam pagar por ele. A grande massa de trabalhadores informais ficava à margem do atendimento, uma vez que não contribuía para a Previdência e tampouco possuía condições de arcar com as despesas médicas.

Neste contexto de exclusão e marginalização social é que o SUS foi idealizado e concebido. Justificada, portanto, a preocupação dos constituintes em estabelecer um sistema de saúde que assegurasse o atendimento integral e o acesso universal aos serviços e ações de saúde. Entretanto, ao longo dos anos, o que se viu foi uma interpretação equivocada do significado da universalidade e integralidade do sistema, por parte de todos aqueles que estão ligados de alguma forma ao SUS (médicos, pacientes, gestores, promotores, advogados, juízes, cidadãos, organizações sociais não governamentais, associações de pacientes...). Esse equívoco frequentemente se expressa nas demandas relativas ao fornecimento gratuito de medicamentos.

Este trabalho pretende refletir sobre a judicialização da saúde do ponto de vista da questão fática relativa ao tema, que é frequentemente negligenciada nos debates travados perante o Poder Judiciário. Nossa reflexão é feita a partir de dois pressupostos: i) o de que a integralidade da atenção e a universalidade de acesso são regras mínimas para a existência do SUS enquanto sistema (CASTRO, 2012, p.254) e ii) de que elas constituem a expressão do mínimo social do direito à saúde no caso concreto levado a juízo (CASTRO, 2012, p. 263). A partir desses pressupostos, defendemos a tese de que a satisfação do mínimo existencial do direito à saúde dependerá muito mais da análise dos fatos do que dos argumentos jurídicos. Do ponto de vista do Sistema Único de Saúde, bem como do ponto de vista jurídico (do mínimo existencial), é imprescindível a aplicação da integralidade da atenção e da universalidade de acesso ao caso concreto, toda vez que se pretender concretizar o mínimo existencial do direito à saúde.

Com relação à judicialização da saúde, inúmeros são os argumentos desenvolvidos para negar o direito à integralidade da atenção e ao acesso universal aos serviços de saúde. Alguns deles serão lembrados para mostrar o quão distante dos fatos relativos à lide encontra-se a discussão.

1. NORMAS PROGRAMÁTICAS NÃO SÃO AUTOAPLICÁVEIS

Como a maior parte das normas relativas à saúde estabelece um programa de ações a serem desenvolvidas para a concretização do direito à saúde, muitos defendem a ideia de que elas não poderiam ser aplicadas diretamente, mas necessitariam da criação de outras normas que de fato estabelecessem obrigações e direitos a serem exigidos no caso concreto. Sob esta ótica, o art. 196 da Constituição Federal, que estabelece a saúde como direito de todos e dever do Estado e fixa o programa de ação para a concretização desse direito, seria considerado uma norma de eficácia limitada, de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida (SILVA, 2009, p.82-83). Alguns a definem como normas que expressam apenas uma finalidade a ser cumprida obrigatoriamente pelo Poder Público, sem apontar os meios a serem adotados para atingi-la, isto é, sem indicar as condutas específicas que satisfariam o bem jurídico consagrado na regra (MELLO, 1981, p. 233-256).

Apesar de reconhecer a existência das normas programáticas, José Afonso da Silva afirma “o caráter vinculativo das normas programáticas, o que vale dizer que perdem elas, também cada vez mais, sua característica de programas, a ponto, mesmo, de se procurar nova nomenclatura para defini-las” (2007, p.154-155).

De qualquer forma, qualquer que seja a nomenclatura utilizada para normas programáticas, o fato é que para José Afonso da Silva a sua vinculatividade vem sendo reconhecida. Ao se referir à vinculação dessas normas, o autor acentua que “... o fato de dependerem de providências institucionais para sua realização não quer dizer que não tenham eficácia” (2007, p.155). Nesse sentido, o autor é enfático ao afirmar que, no caso do direito à saúde prevista no artigo art.196 da Constituição Federal:

(...) a norma institui um dever correlato de um sujeito determinado: o Estado que, por isso, tem a obrigação de satisfazer aquele direito. Se este não é satisfeito, não se trata de programaticidade, mas de desrespeito ao direito, de descumprimento da norma. (2007, p.150).

1.2 Atribuições do Executivo e Legislativo: a escolha das ações e serviços de saúde e das políticas de saúde

Uma das críticas que se faz à atuação do Judiciário é o fato de que, ao decidir as questões relativas à saúde, ele está agindo fora do âmbito de competência do sistema jurídico e atuando como formulador de políticas públicas, competência esta que se encontra no âmbito do sistema político.

Nesse sentido, é a crítica de Fernando Facury Scaff, quando pontua que, com suas sentenças aditivas, “o Judiciário vem suprir lacunas do Legislativo, acabando por programar políticas muitas vezes ao arrepio do que determina a lei – veículo adequado para a sua criação – e ao arrepio das regulamentações administrativas – veículos adequados para sua implementação” (2010, p.136). Entretanto, se política é “a coordenação dos meios à disposição do

Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”, (BUC-CI, 1996, p.135-136) não nos parece possível a defesa dessa tese, uma vez que o juiz, ao deferir o pedido, está, quando muito, suprindo a omissão da política pública e não legislando.

Outro argumento utilizado pela Administração Pública contra a atuação do Poder Judiciário nas questões relativas à saúde é a discricionariedade administrativa. Para alguns, isso significa que caberia ao Poder Executivo o juízo discricionário sobre quais direitos sociais realizar, quando o fazer e de que modo. Neste sentido, aponta Canotilho, quando apesar de afirmar que o indivíduo tem um direito a prestações existenciais mínimas perante os poderes públicos, nega-lhe o direito de ação, isto é, o direito de exigir os modos e as formas de proteção desse direito através de ação judicial ou procedimento administrativo. Entende ele que a escolha dos meios, isto é, de como a prestação deve ser realizada para a garantia do direito à vida, ficaria dependente de certa discricionariedade do legislador e dos administradores (CANOTILHO, 2008, p. 58-59), ainda que essa maneira seja sempre condicionada por determinantes constitucionais heterônomos.

Ocorre que, no que se refere ao direito à saúde e às políticas públicas de saúde, dada a peculiaridade do bem em questão, as coisas não ocorrem completamente dessa maneira, ou seja, a discricionariedade do administrador é bem reduzida. Isso ocorre porque as políticas de saúde são fortemente influenciadas pela atuação dos Conselhos de Saúde e pelas decisões das Conferências de Saúde realizadas periodicamente. Assim, se o Executivo está obrigado a acatar e incluir em seu plano de saúde as diretrizes, metas e objetivos apontados pelos Conselhos de Saúde (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 2003) e pelas Conferências de Saúde (CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE, 2003, p.54-60), não se pode dizer que o poder discricionário do administrador (gestor da saúde) permaneça nos moldes como é classicamente caracterizado pelo Direito Administrativo. Em relação ao SUS, as decisões sobre investimentos em ações e serviços de saúde que são essenciais ao sistema refletem escolhas compartilhadas entre o gestor e a sociedade civil, representada nos Conselhos de Saúde e nas Conferências de Saúde.

Além disso, pode-se dizer que essa discricionariedade é quase nula quando for o caso de satisfação do mínimo existencial do direito à saúde, no caso de cada paciente. Isso é assim porque a escolha da ação, ou serviço de saúde indicado em cada caso, será fruto de uma decisão técnica do profissional de saúde que assiste o paciente, e não do administrador (do Secretário de Saúde – gestor do sistema).

Por isso, diante de uma norma constitucional de eficácia plena e aplicabilidade imediata, como aquela que atribui a todos os indivíduos o direito público subjetivo à saúde e ao Estado o dever de adotar medidas concretas para satisfazer esse direito, não há liberdade para o administrador escolher se vai ou não prestar o serviço público necessário para a satisfação deste direito (NUNES JUNIOR, 2009, p.202). Assim, se porventura o Executivo apresentar um comportamento administrativo intolerável e em desacordo com a

ordem jurídica, especialmente no que diz respeito ao seu alcance finalístico, então, a última palavra no caso só pode ser dada pelo Judiciário (MELLO, 2006, p.919).

1.3 Reserva orçamentária: pré-requisito para a satisfação do direito

A construção teórica da “reserva do possível” consolidou-se na Alemanha no início dos anos setenta. Ela carrega a noção de que a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva da capacidade financeira dos cofres públicos e de que a disponibilidade desses recursos estaria no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público (KRELL, 2002, p.52). Para os defensores da teoria da reserva do possível em relação aos direitos sociais, haveria uma clara divisão. Existiriam, de um lado, *os mínimos sociais*, que estão no campo da liberdade e dos direitos fundamentais e, de outro lado, o *máximo social*, que estaria relacionado à ideia de justiça e dos direitos sociais. Assim, ao lado do mínimo existencial existiriam direitos sociais (máximo social) que, na opinião dos citados autores, só poderiam ser efetivados até o limite em que não prejudicassem o processo econômico, as finanças do Estado e não violassem os direitos fundamentais (TORRES, 2001, p. 285).

O caso que deu origem à chamada reserva do possível foi julgado pelo Tribunal Alemão em 18/07/1972 (SCHWABE, 2005, p.656-667) e versava sobre o direito de acesso ao ensino superior. O Tribunal Constitucional Alemão entendeu que a limitação de vagas estabelecida pela Universidade de Hamburgo não era adequada e que limitações absolutas de admissão para calouros de uma determinada especialização são constitucionais somente se: i) elas forem determinadas nos limites do estritamente necessário, depois de uso exaustivo das capacidades de ensino disponíveis; ii) houver escolha e distribuição de candidatos, segundo critérios racionais, com uma chance para todo candidato qualificado para o ensino superior e com o respeito, na maior medida do possível, da escolha individual do lugar de ensino. E que cabia ao legislador e não à Universidade a prerrogativa de tomar as decisões essenciais sobre os requisitos da determinação de limitações absolutas e sobre os critérios de escolha a serem aplicados.

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

Em primeiro lugar, compete ao legislador julgar sobre a importância das diversas pretensões da comunidade para incluí-las no orçamento, resguardando o equilíbrio financeiro geral. Além disso, diante do pedido de ingresso formulado pelos alunos, o Tribunal entendeu que:

Tal mandamento constitucional não obriga, contudo, a prover a cada candidato, em qualquer momento, a vaga do ensino superior por ele desejada, tornando, desse

modo, os dispendiosos investimentos na área do ensino superior dependentes exclusivamente da demanda individual, frequentemente flutuante e influenciável por vários fatores (SCHWABE, 2005, p.663-664).

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

A teoria da reserva do possível é entendida como limite à concretização dos direitos fundamentais que dependem de prestações positivas por parte do Estado. Em nosso país, vários autores, dentre eles Vicente Barreto, entendem que a teoria trazida do direito alemão é inadequada ao contexto brasileiro (BARRETO, 2003, p.117-121). Os direitos sociais na Alemanha não têm o *status* constitucional que possuem no Brasil. Além disso, uma vez que o argumento da reserva do possível em seu nascedouro não se aplicava aos direitos integrantes do mínimo vital, torna-se impossível utilizá-lo como defesa em demandas que pleiteiam esse mínimo em relação à saúde.

A reserva do possível, como foi desenvolvida na Alemanha, tem características peculiares à situação germânica que não se aplicam ao Brasil. A questão principal discutida no Tribunal era se os autores da ação tinham direito a uma vaga no ensino superior. Ocorre que, no Brasil, a maioria das questões levadas ao Judiciário é de natureza totalmente diversa: *dizem respeito à saúde*. Por exemplo, quando um paciente diabético pleiteia a insulina importada porque é o único medicamento capaz de estabilizar a sua doença, ele está pedindo a satisfação do seu direito ao mínimo existencial em termos de saúde. Se um cidadão alemão pode sobreviver sem ter um diploma superior pago pelo Estado, o doente brasileiro precisa da insulina para viver. As demandas pela integralidade da atenção e pelo acesso universal aos serviços e ações de saúde expressam, no contexto do SUS, o mínimo existencial em matéria de saúde do autor da ação.

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

As teses acima mencionadas podem ser superadas pela concepção da integralidade da atenção e da universalidade de acesso aos serviços e ações de saúde como a expressão do mínimo social do direito à saúde no caso concreto, bem como a expressão do mínimo existencial do SUS. Por essa razão, é que defendemos neste trabalho a imprescindibilidade da análise dos

fatos no contexto do SUS e diante do caso concreto, toda vez que em juízo quisermos identificar o mínimo existencial do direito à saúde.

2. A INTEGRALIDADE DA ATENÇÃO: O MÍNIMO DO DIREITO À SAÚDE NO CONTEXTO DO SUS

Se olharmos o Sistema Único de Saúde sob a ótica de um sistema veremos que ele é composto por vários elementos como, por exemplo: as Unidades Básicas; os Serviços de Diagnóstico e Tratamento (SADTs); os Hospitais; os profissionais de saúde; os prestadores de serviço; os gestores em cada nível do governo. Todos precisam estar “dispostos e arrumados” segundo determinadas regras para que possam constituir o sistema que denominamos SUS. A organização entre os elementos do sistema permite que ele funcione ordenadamente e de acordo com as regras do próprio sistema.

Podemos dizer que o SUS, para se sustentar, tem de obedecer às regras da descentralização, regionalização e hierarquização dos serviços de saúde, bem como às regras da integralidade da assistência, da universalidade de acesso e da participação popular no planejamento e na fiscalização das ações de saúde. Dizemos regras porque, parafraseando Dworkin, elas são aplicadas ao sistema à maneira de tudo ou nada, sem escolha (DWORKIN, 2002, p.39), sob pena de os elementos do sistema acima mencionados ficarem dispostos de maneira caótica e desarticulada.

Vista do ângulo do sistema, a integralidade da atenção pode ser caracterizada, parafraseando os defensores da teoria do mínimo existencial, como o mínimo existencial para o funcionamento do sistema, sob pena de, na sua ausência, nos depararmos com algo que não pode ser caracterizado como o Sistema Único de Saúde. Quando afirmamos que o direito ao atendimento integral corresponde ao direito ao mínimo existencial do sistema, estamos nos referindo à integralidade em todas as suas múltiplas acepções. Isto é, integralidade concebida como modo de organização de ações articuladas de prevenção e cura, voltadas aos indivíduos e coletivos (KEHRIG, 2001, p.14-16), como atendimento holístico do paciente; como integralidade focalizada (aquela que ocorre no interior de cada serviço de saúde) e como integralidade ampliada, que se realiza na articulação de cada serviço com a rede de serviços existentes dentro do sistema e até mesmo fora dele (CECÍLIO, 2001, p.115-119). Em outras palavras, estamos a falar da integralidade como garantia de continuidade da atenção nos distintos níveis de complexidade do sistema (atenção básica, média e alta complexidade) e como articulação de distintas políticas sociais (PAIM, 2006, p.11-47).

O funcionamento do sistema torna a integralidade, em qualquer dos aspectos mencionados acima, uma regra essencial para a existência e manutenção do próprio Sistema Único de Saúde. Apenas para exemplificarmos a estratégia de funcionamento do SUS, podemos eleger o caso de uma criança com uma simples amigdalite atendida na UBS. A infecção causada por *Streptococcus beta hemolítico*, se for corretamente diagnosticada e tratada na atenção básica com penicilina (antibiótico de baixo custo), resultará em

cura sem sequelas. Evita-se assim o aparecimento de complicações cardíacas que poderão levar a lesões valvulares, o que irá demandar o tratamento com cardiologista (média complexidade), a realização de ecocardiograma e eventualmente até uma cirurgia cardíaca (procedimentos da alta complexidade). Se o atendimento da atenção básica tiver capacidade de resolução do problema, certamente iremos economizar tempo e dinheiro com ações mais dispendiosas e complicadas.

A lógica do sistema é concentrar esforços nas ações de atenção básica fundamentalmente, pois, na medida em que ela for eficaz e eficiente na solução dos problemas de saúde da população, o resultado será a menor utilização dos serviços de média e alta complexidade, a diminuição do número de internações e de atendimentos nos Postos de Pronto Atendimento e a diminuição dos índices de mortalidade (RONCALLI, 2006, p.713-724). Porém, no caso da amigdalite relatado, se ocorrerem diagnóstico e tratamento tardios da doença e o aparecimento das complicações relatadas, o sistema deve garantir o acesso a todos os outros níveis de complexidade, a fim de fornecer ao paciente a integralidade da atenção.

Em outras palavras, a lógica de funcionamento do SUS torna a integralidade, em qualquer dos aspectos mencionados acima, uma regra essencial para a existência e manutenção do próprio Sistema Único de Saúde. Que sistema seria esse, se, depois de realizar o atendimento de um paciente com infarto agudo do miocárdio no Pronto Socorro, não lhe garantisse o acesso a uma vaga de UTI durante o monitoramento da crise? Poder-se-ia chamar de um sistema de saúde aquele que, depois de ter realizado o pré-natal em uma gestante na UBS (atenção básica) e ter diagnosticado através de ultrassonografia (serviço de média complexidade) a existência de uma má-formação cardíaca grave (coartação da aorta), deixasse de encaminhar a paciente para realizar o parto em hospital que possuísse uma equipe de cirurgia cardíaca e uma UTI neonatal, a fim de propiciar um bom atendimento ao recém-nascido?

Da mesma forma, o que dizer de um sistema que permitisse ao pediatra atender uma criança espancada pelo pai, medicando apenas os sintomas isolados, sem promover uma abordagem multidisciplinar do paciente e da família? Por fim, como admitir um sistema que, durante uma epidemia de dengue, se preocupasse apenas em atender, medicar e hidratar os pacientes sem combater o vetor da doença (mosquito) e sem realizar campanhas educativas que estimulasse mudanças de hábitos na população?

Pelos exemplos mencionados acima, forçoso é admitir nesses e em outros casos que a integralidade é uma condição mínima para a existência do sistema, e como tal não pode ser limitada ou suprimida do SUS.

Outra questão importante a respeito da integralidade é o fato de ela não existir isolada dentro do sistema. Como aponta Cecílio, existe uma relação indissociável entre a integralidade, a universalidade, e a equidade dentro do SUS (CECÍLIO, 2001, p.113-115). O que significa dizer que só é possível garantir o atendimento integral ao usuário do SUS se este tiver o acesso igualitário e universal aos serviços de saúde de que necessita. Para o autor, essa relação é tão necessária que não seria possível pensar em qualquer uma delas

sem a presença da outra. Assim, a integralidade, universalidade e equidade formariam o que ele denomina de “tríplice signo da Reforma Sanitária”.

Onde quer que se discuta o direito à saúde, quer seja com relação ao sistema quer seja em relação ao paciente, forçoso é admitir que, sem a análise dos fatos, não se torna possível a identificação do mínimo existencial do direito à saúde no caso concreto.

3. O MÍNIMO EXISTENCIAL DO DIREITO À SAÚDE: UMA DISCUSSÃO SOBRE FATOS

Por se tratar de uma questão médica, todos os fatos alegados devem ser considerados pela ótica de uma pessoa capaz de analisar a doença alegada, o procedimento pleiteado, a adequação do pedido, a necessidade da medida, a urgência e a utilidade do procedimento pretendido. A necessidade de discussão da questão fática, entretanto, em nada enfraquece a posição por nós anteriormente assumida, de que o mínimo existencial do direito à saúde é um direito que deve sempre ser satisfeito não estando sujeito à reserva orçamentária ou à exigência de qualquer pré-requisito para a sua concretização. Ou seja, os cidadãos têm direito a prestações positivas frente ao Estado no que diz respeito às condições mínimas de sobrevivência. Neste sentido é que se afirma que “todos têm um direito fundamental a um núcleo básico de direitos sociais” (CANOTILHO, 2003, p. 518), que devem ser garantidos sempre que constituírem o *standard* mínimo de existência indispensável à fruição de qualquer direito. Este trabalho pretende afirmar que o direito à saúde enquanto componente do mínimo existencial é um direito subjetivo originário e definitivo que deve se concretizar em cada caso concreto na prestação necessária para a sua garantia e, como tal, não está restringido por qualquer condição, não sendo possível lhe aplicar a cláusula restritiva da reserva do possível.

Continuamos afirmando que, uma vez detectada a necessidade real de determinado procedimento para que o atendimento integral seja dado ao paciente, aquele procedimento constitui-se no mínimo existencial do direito à saúde, no caso concreto. Em outras palavras, pode-se dizer que integralidade da assistência é a mais concreta expressão do mínimo existencial em relação ao direito à saúde, no caso concreto. Sem atendimento integral das necessidades do paciente, não há concretização do mínimo existencial do seu direito. Entretanto, para a identificação do mínimo existencial do direito do paciente é imprescindível a análise fática.

A simples receita de insulina Lantus feita por um médico a seu paciente não pode, por si só, ensejar a medida liminar e posterior condenação do Poder Público a fornecer o medicamento importado e com custos elevados. É preciso analisar o caso concreto: a estória do paciente, a evolução da doença, os exames, a dieta, os exercícios físicos e os tratamentos realizados com a insulina NPH, as internações, a fim de se detectar a necessidade ou não da utilização de uma insulina de ação prolongada pleiteada. Esses fatos terão que ser analisados por um especialista que auxiliará o juiz na tomada da decisão.

Por essa razão é que se tornou promissora a sugestão do Conselho Nacional de Justiça de que sejam formadas Comissões Técnicas nos Tribunais com profissionais da área da saúde sugerida com o objetivo de aprimorar as decisões a respeito do tema (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2010).

Entretanto, o que se percebe em muitos casos levados a Juízo é que não se exige um relatório médico que mostre a evolução da doença, os tratamentos utilizados, a falha desses medicamentos em controlar os sintomas e a doença, a justificativa para utilização da medicação pleiteada e o porquê de não se poder tentar um substituinte terapêutico. Não se faz qualquer perícia e não se discute a real necessidade do medicamento no caso concreto. Toda a discussão repousa principalmente em questões teóricas, argumentos jurídicos e teses doutrinárias que em nada contribuem para a solução do caso levado a Juízo.

A falta de prova das alegações também existe por parte do Poder Público, que, enquanto réu do processo, limita-se apenas a mencionar falta de verbas. A alegação de inexistência de recursos (físicos, financeiros, humanos) deve ser acompanhada de documentação a respeito do orçamento do ente da federação; do orçamento da saúde – discriminando-se as verbas aplicadas pelo município daquelas recebidas do Estado e da União, bem como a identificação dos investimentos em saúde por blocos (na atenção básica, na média complexidade, na assistência farmacêutica); documentos com a descrição dos serviços existentes na atenção básica, média e alta complexidade; o número de leitos, o número de equipamentos dos serviços diagnósticos e o número de profissionais existentes na área da saúde; o plano de saúde municipal que estabelece os objetivos das ações a as metas a serem atingidas, o planejamento da educação continuada dos profissionais da unidade básica; as pactuações existentes (PPI),¹ enfim, todo e qualquer documento que for pertinente ao tema discutido na ação judicial.

Exatamente por não se aterem aos fatos e à realidade é que encontramos pedidos e decisões verdadeiramente absurdas que refletem os excessos praticados por todos os envolvidos na questão. Assim, muitos peticionários pleiteiam a condenação do Poder Público a fornecer o medicamento utilizando o nome fantasia de um determinado laboratório (ou seja, aquela determinada marca) e não o princípio ativo do medicamento. Outros requerem uma condenação genérica e perene, ou seja, que o Poder Público forneça este e “qualquer outro medicamento que o autor vier a precisar no presente e no futuro”. Na maioria das vezes, os pedidos são instruídos pelo autor com receitas incompletas: falta a concentração da medicação; a dosagem; a forma de apresentação; as instruções e o período de utilização da droga; o formulário adequado – medicações controladas são receitadas em formulário especiais etc... Em casos de medicação de uso contínuo, não há a determinação judicial de que as receitas sejam atualizadas a cada três meses e entregues ao Poder Público para que este continue efetuando as compras periódicas.

Por outro lado, encontramos decisões que, sem analisar os fatos concretos, determinam que o Poder Público forneça um medicamento, cujo princípio ativo é derivado da maconha (substância proibida no Brasil), que deve ser importado, fixando-se um prazo de cinco dias para o cumprimento

da decisão liminar sob pena de pagamento de multa diária.² A determinação judicial mostra que o magistrado não se encontra informado nem sobre o princípio ativo do medicamento, nem sobre a proibição de aquisição, venda e produção da droga em nosso país, e tampouco tem noção do trâmite para a importação de tal medicamento (tanto do tempo necessário para a importação, quanto da necessidade da apresentação de uma receita emitida por um médico americano), ou seja, o magistrado determinou a outro agente público que praticasse um ato ilícito e, ainda que a importação fosse possível, a obtenção da receita de médico americano seria impossível.

Em outro processo, o medicamento ainda em fase de estudo para tratamento de uma cistite intersticial crônica,³ tem seu fornecimento determinado pelo Judiciário sem no entanto se preocupar em determinar a apresentação de relatórios médicos que mostrem o efeito do tratamento após o período determinado, tampouco se determina por quanto tempo será fornecido o medicamento.

Não se fixa na sentença a obrigatoriedade de relatórios periódicos do médico assistente a respeito dos efeitos do tratamento e da necessidade de continuação do tratamento com aquele medicamento. Isto acaba gerando distorções e desperdícios, pois muitas vezes o Estado adquire o medicamento e o paciente nem vai buscá-lo ou porque a terapia foi modificada pelo médico, ou porque o paciente teve reações adversas pelo uso da droga,⁴ ou porque o paciente faleceu.

As dispendiosas medicações para o tratamento de câncer envolvem também questões fáticas totalmente desconhecidas pelos envolvidos na lide. Esses medicamentos são fornecidos pelos Centros de Alta Complexidade em Oncologia. A administração de drogas contra o câncer requer supervisão de um profissional habilitado, pois a eficácia do tratamento depende de vários fatores, dentre eles a maneira como a droga é administrada, o seguimento de protocolos clínicos e terapêuticos e o monitoramento do paciente, inclusive com o registro de efeitos colaterais que porventura possam contra indicar a continuação do tratamento com aquela substância. Quanto aos pacientes com câncer, que necessitam de um conjunto de ações para que o tratamento seja adequado, foi organizada uma rede de serviços hierarquizada e regionalizada, como uma estratégia para garantir a ampliação do acesso desses pacientes aos serviços e a integralidade da atenção. Foram criados os Centros de Alta Complexidade em Oncologia (Cacon) (BRASIL, 1998), que oferecem assistência integral aos pacientes com câncer, atuando na área de prevenção, identificação precoce, diagnóstico e tratamento. Não se trata, portanto, apenas da expedição de um mandado liminar que pura e simplesmente ordene ao Poder Público o fornecimento de ampolas de uma determinada medicação. É preciso haver assistência e monitoramento do paciente. Assim, se o paciente decide fazer o tratamento com profissionais particulares, é necessário que relatórios periódicos sejam fornecidos ao juízo que ordenou o fornecimento da medicação a fim de noticiar o resultado do tratamento e a necessidade do Poder Público continuar adquirindo a medicação.

Com relação à lide, e, tendo em vista o gasto do dinheiro público com a aquisição de medicações caras, há de se criar mecanismos processuais para

nos casos de condenação a prestações de execução continuada realizar-se a monitorização periódica tanto do cumprimento da sentença pelo Poder Público como também da situação atual do paciente e da necessidade da prestação. Além disso, devem-se buscar reformas na lei processual de modo a prever a possibilidade de revisão das sentenças (nos moldes da sentença de alimentos), no sentido de ampliar ou reduzir a obrigação inicialmente fixada, o que implica a mudança da legislação para estabelecer apenas a formação de coisa julgada formal da sentença prolatada no processo.

A análise fática da integralidade de atenção dada pelo SUS, em um determinado contexto do caso concreto, também é imprescindível para a identificação do mínimo existencial do direito à saúde. Assim, durante uma ação em que seja pleiteada a condenação do Poder Público a disponibilizar um exame de mamografia a uma determinada munícipe, a solução da lide passa pela análise de dados tais como: o número de aparelhos de mamografia adequados para um determinado Município região de saúde; o número estimado de novos casos de câncer de mama, entre outros. Para esclarecer o que se quer dizer tomemos como exemplo o município de Bertioiga.

Bertioiga é um pequeno município que faz parte da Região da Baixada Santista (criada pelo Plano Diretor de Regionalização do Estado de São Paulo) (SÃO PAULO, 2008). A Região da Baixada é composta por nove municípios (Bertioiga, Guarujá, Cubatão, Santos, São Vicente, Praia Grande, Mongaguá, Itanhaém, Peruíbe), tendo como município polo⁵ a cidade de Santos. Bertioiga possui 47.645 habitantes, um hospital municipal com 46 leitos, três aparelhos de ultrassonografia e seis estabelecimentos públicos de saúde. Como muitos dos recursos tecnológicos de média e alta complexidade não estão localizados em Bertioiga, o governo estadual optou por regionalizar a assistência, de modo que os aparelhos de exames mais complexos e os hospitais mais bem aparelhados localizados em uma cidade polo (como por exemplo Santos, Praia Grande) possam atender à demanda dos habitantes dos municípios de Bertioiga. Para isto, as cidades de uma determinada região de saúde pactuam entre si o número de exames e procedimentos que serão realizados para cobrir a demanda de seus municípios. É a Programação Pactuada Integrada – PPI (BRASIL, 2006, p.24).

Na PPI,⁶ foi pactuado que os pacientes de Bertioiga poderiam realizar, em Santos, 218 consultas/ano com médicos oncologistas. Porém, utilizando-se o parâmetro da Portaria 1101/GM de 2002, percebemos que o número de consultas oncológicas necessárias seria de 285,87 consultas/ano (valor acima daquele pactuado).⁷

No mesmo instrumento de Programação Pactuada Integrada (PPI), foi fixado que os municípios de Bertioiga têm direito de realizar 59 exames de ecocardiograma e 361 testes ergométricos na cidade de Santos. Porém, esses números também estão subestimados se levarmos em conta os parâmetros da Portaria 1101/GM de 2002, que utiliza como base de cálculo o número de consultas cardíacas realizadas no município. Segundo a PPI, Bertioiga prevê a realização de 2800 consultas com cardiologistas. Com relação ao ecocardiograma, o cálculo do número de exames necessários é estimado em 13% do total de consultas cardiológicas, o que revela a necessidade de 364

exames/ano. Com relação ao teste ergométrico, o cálculo é feito com base em 19% de consultas cardiológicas, o que revela necessidade de 532 exames por ano (BRASIL, 2002).

Por esse exemplo, pode-se perceber que os números de exames pactuados de ecocardiograma, de teste ergométrico e de consultas oncológicas são insuficientes face à necessidade, e que, por isso, alguns municípios de Bertiooga não terão garantidos o acesso universal e a integralidade da atenção a que têm direito. Ou seja, nem o município e tampouco o estado estão cumprindo as obrigações previstas na Constituição e na legislação infraconstitucional, no que diz respeito à universalidade e integralidade do sistema.

Pode-se afirmar, então, diante do caso concreto, que o sistema de saúde de Bertiooga carece do mínimo existencial em relação ao acesso aos serviços e exames acima mencionados, bem como quanto à integralidade da atenção a seus municípios.

Se realizarmos a análise não em relação ao sistema, mas em relação a um determinado paciente residente em Bertiooga, podemos também identificar o mínimo existencial. Assim, pode ocorrer que um determinado munícipe de Bertiooga, portador de insuficiência cardíaca grave, necessite realizar um dos exames mencionados (ergométrico, ecocardiograma) para o diagnóstico ou controle de sua doença. Nesse caso, o acesso a tal serviço de média complexidade se constitui no mínimo existencial do caso concreto. Da mesma forma, a consulta com um oncologista (serviços de média complexidade) pode ser o mínimo existencial do direito à saúde de um munícipe de Bertiooga portador de câncer do pulmão.

Como se percebe, o mínimo existencial, quer seja do sistema de saúde quer seja do paciente individual, não tem previsão em abstrato nas normas jurídicas relativas à saúde, mas pode ser identificado diante das particularidades do caso concreto.

CONCLUSÃO

A discussão sobre a judicialização da saúde deve tomar um novo rumo no sentido de aprofundar a análise das questões de fato alegadas pelas partes no caso concreto. O conhecimento do Sistema Único de Saúde, de seus níveis de atenção, de parâmetros mínimos estabelecidos pelo Ministério da Saúde para a existência de recursos físicos, recursos humanos e de recursos financeiros para a sustentabilidade do SUS, assim como as Pactuações Programadas Integradas (PPI) entre os Municípios da região onde a lide se realize certamente auxiliará o magistrado na solução do caso posto em juízo. Além disso, o conhecimento técnico e científico de profissionais habilitados também será necessário para analisar as questões relativas à doença e aos tratamentos e exames pleiteados.

É certo que ao magistrado falta conhecimento aprofundado sobre essas questões fáticas. Porém é certo também, que sem as esclarecer, as decisões proferidas no curso do processo poderão ser irracionais, intempestivas e injustas.

Como se percebe, o mínimo existencial, quer seja do sistema de saúde, quer seja do paciente individual, não tem previsão em abstrato nas normas jurídicas relativas à saúde, mas pode ser identificado diante das particularidades do caso concreto.

O que se reafirma neste trabalho é que não é possível discutir o direito à saúde apenas com base no mínimo existencial, na dignidade da pessoa humana e na reserva do possível sem levar em conta as peculiaridades do caso concreto, que permitem, como no exemplo de Bertiooga, a identificação de responsabilidades dos gestores:

a) com relação à regulação dos serviços de média e alta complexidade, a responsabilidade é preponderante do gestor estadual. Assim, seria o caso de se comprovar em juízo a existência e a eficiência de um Complexo Regulador gerido pelo Estado que seja capaz de regular os leitos disponíveis, a agenda de consultas especializadas, a realização de exames, o encaminhamento dos pacientes a serviços localizados em outros municípios e outros estados;

b) com relação às Programações Pactuadas Integradas (PPI), a responsabilidade é do município de referência, do estado e do município referenciado, que devem exigir a comprovação de quantos são os procedimentos pactuados em relação a cada município, e a verificação se eles estão estimados em número suficiente à necessidade da população e se esses parâmetros estão sendo cumpridos.

O conhecimento da forma de gestão do SUS aponta para outros dados que podem e devem ser exibidos em juízo quando se discute o direito à saúde e para a identificação do mínimo existencial do caso concreto. Assim, de extrema importância é a exibição do plano de saúde com as políticas públicas de saúde, os objetivos e metas estabelecidas para que se possa aferir se elas estão sendo cumpridas e se de alguma forma existe omissão do gestor com relação à questão discutida em juízo. Da mesma forma será importante a exibição do orçamento da saúde com a identificação dos gastos previstos e das despesas realizadas a fim de constatar se elas estão de acordo com as metas estabelecidas no plano de saúde e se o problema discutido no caso concreto pode ser imputado à omissão do Executivo. Além disso, a peça orçamentária permitirá comprovar se o Poder Público está cumprindo o percentual mínimo exigido para o investimento em saúde.

Quando se discute em juízo o direito: à internação na UTI; à realização de uma mamografia ou consulta com especialista; à realização de quimioterapia ou radioterapia e outras questões relativas às ações e serviços de saúde locais também se deve exigir, a comprovação da estrutura física e dos recursos humanos existentes no sistema de saúde da região: tais como o número de Unidades Básicas de Saúde, de Unidades de Saúde da Família, de aparelhos diagnósticos, de leitos hospitalares, de médicos em suas respectivas especialidades, uma vez que, estes dados são úteis para comprovar se a estrutura do SUS local está organizada de acordo com os parâmetros do Ministério da

Saúde (Portaria 1101/GM de 12 de junho de 2002) e para a identificação do mínimo existencial do sistema local e do caso em particular.

Por fim, há de se ressaltar que na identificação do mínimo existencial do direito à saúde, é essencial a análise de dados concretos. Não é mais possível a aceitação passiva da alegação da falta de recursos por parte do Poder Público e tampouco a simples afirmação da necessidade por parte do autor da ação, sem que tais fatos sejam comprovados em juízo.

Importante ressaltar que este trabalho não pretende advogar que se “dê tudo a todos” e tampouco que se dê “tudo o que se pede” de forma indiscriminada. O que se pretende é fazer um alerta para o fato de que, em muitos casos, o que se pleiteia não pode ser caracterizado como o mínimo existencial do direito à saúde do paciente. Por essa razão é que enfatizamos a necessidade da discussão e da análise dos fatos que originaram a demanda. Entretanto, uma vez identificado o núcleo do mínimo existencial do direito à saúde no caso concreto, entendemos que se torna imperiosa a satisfação do direito pleiteado.

REFERÊNCIAS

- BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 117-121.
- BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria de n. 3.535 de 2 de setembro de 1998*. Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/sas/portarias/port98/GM/GM-3535.html>>. Acesso em: 20 jun. 2013.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. *Portaria 1101/GM de 12 de junho de 2002*. Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2002/Gm/GM-1101.htm>>. Acesso em: 20 jun. 2013.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Regulação, Avaliação e Controle de Sistemas. *Diretrizes para a programação pactuada e integrada da assistência à saúde*. Brasília: Ministério da Saúde, 2006.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. As políticas públicas e o direito administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, v. 13, p. 135-136, 1996.
- CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Estudo sobre direitos fundamentais*. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora; São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- CASTRO, IMD. *Direito à Saúde no âmbito do SUS: um direito ao mínimo existencial garantido pelo Judiciário?* 2012. 366f. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.
- CECILIO, Luiz Carlos de Oliveira. As necessidades de saúde como conceito estruturante na luta pela integralidade e equidade na atenção à saúde. In: PINHEIRO, Roseni; MATTOS, Ruben Araujo de (Org.). *Os sentidos da Integralidade na atenção e no cuidado*. Rio de Janeiro: UERJ/IMS/ABRASCO, 2001. p. 115-119.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Recomendação n. 31 de 30 março de 2010*. Disponível em: <<http://www.rnpd.org.br/download/pdf/rec31.pdf>>. Acesso em: 12 maio 2013.
- CONSELHO NACIONAL DE SAUDE. *Resolução n. 333/2003*. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/14cns/docs/resolucao_333.pdf>. Acesso em: 15 maio. 2013.
- CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE. *Para entender a gestão do SUS*. Brasília: CONASS, 2003.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- KEHRIG, Ruth Terezinha. *Integralidade da atenção à saúde: suas expressões na organização tecnológica do trabalho em serviços locais de saúde*. 2001. 393 f. Tese (Doutorado) - Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, São Paulo.
- KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. *Revista de Direito Público*, ano XIV, n. 57/58, p. 233-256, jan./jun. 1981.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

PAIM, Jairnilson Silva. Atenção à saúde no Brasil. In: _____. *Desafios para a saúde coletiva no século XXI*. Salvador: Editora da UFBA, 2006. p. 11-47.

RONCALLI, Ângelo Giuseppe; LIMA, Kenio Costa et al. Impacto do programa de saúde da família sobre indicadores de saúde da criança em municípios de grande porte da região Nordeste do Brasil. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 3, p. 713-724, jul./set. 2006.

SÃO PAULO (Estado). *Plano Diretor de Regionalização, 2008*. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/pdr_sp.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2013.

SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 133-154.

SCHWABE, Jurgen (Org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Tradução de Leonardo Martins e Beatriz Hennig. Montevideo: Fundação Konrad Adenauer, 2005.

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

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

NOTAS

- ¹ A Programação pactuada integrada (PPI) é um dos instrumentos da regionalização do SUS. São realizados entre municípios pertencentes à mesma região, que preveem a realização de internações e de exames por municípios de grande porte para pacientes de municípios pequenos que não possuem serviços de média e alta complexidade em seu território.
- ² Processo n. 21.875/01-2ª Vara da Fazenda Pública-Comarca de Santos. Ação cautelar apensada ao Processo principal 172/02. Trata-se de um doente para quem foi receitado um estimulante de apetite: Marinol 2,5 mg. A Liminar foi deferida com a condenação da Prefeitura de Santos a fornecer medicamento Marinol 2,5 mg, no prazo de 72 horas, sob pena de multa diária de quinhentos reais. O medicamento não existe no Brasil e para ser importado dos EUA precisa existir uma receita feita por médico americano. Além disso, o princípio ativo do medicamento é o THC (tetraidrocannabinol), substância derivada da maconha, cuja fabricação, comercialização e importação são proibidas pela Portaria técnica n. 344 de 12/05/1998 da ANVISA.
- ³ Processo n. 484/111-2ª Vara da Fazenda Pública-Comarca de Santos. Ação cautelar Réus Estado e Município.
- ⁴ Processo 1856/10 da Vara da Infância e Juventude e do Idoso da Comarca de Santos. A Paciente não apareceu para retirar o medicamento adquirido pela Prefeitura. Depois de uma visita domiciliar obteve-se a informação verbal de que devido a hepatite medicamentosa causada pelos medicamentos o médico havia trocado a medicação. Tudo isto ocorreu sem que o juízo tivesse sido comunicado, o que causou a Prefeitura um prejuízo econômico, pois já havia adquirido o medicamento.
- ⁵ Município polo é aquele que, de acordo com a definição da estratégia da regionalização de cada estado, apresente papel de referência para outros municípios, em qualquer nível de atenção.
- ⁶ O estado e os municípios de determinada região calculam, com base em parâmetros de cobertura de serviços (que estimam as necessidades de atendimento a uma determinada população, em um determinado período, previamente estabelecido) e em parâmetros de concentração (que projetam a quantidade de ações ou procedimentos necessários para uma população alvo e são expressos em quantidade per capita), previstos na Portaria 1101/GM, de 12 de junho de 2002, o número de procedimentos necessários para cada município da região e pactuam a garantia de acesso segundo essas necessidades.

⁷ Este valor levou em conta o total de consultas calculado segundo a fórmula: população total x 2 consultas/hab./ano. Se a população de Bertioga é de 47.645 habitantes, então o número total de consultas será de 95 290. Logo, o número de consultas oncológicas estimadas será de 285,87 consultas/ano (0,3% do total).