

Ramiro Nóbrega Sant'Ana

A SAÚDE AOS CUIDADOS DO JUDICIÁRIO:

A Judicialização das Políticas Públicas de Assistência Farmacêutica no

Distrito Federal a partir da jurisprudência do TJDF

BRASÍLIA

2009

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA - UnB
FACULDADE DE DIREITO

A SAÚDE AOS CUIDADOS DO JUDICIÁRIO:

***A Judicialização das Políticas Públicas de Assistência Farmacêutica no
Distrito Federal a partir da jurisprudência do TJDFT***

Dissertação de mestrado apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito no Programa de Mestrado em “Direito, Estado e Constituição” da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília - UnB.

ORIENTADOR: PROFESSOR DR. ALEXANDRE BERNARDINO COSTA

ORIENTANDO: RAMIRO NÓBREGA SANT’ANA

MATRÍCULA: 07/82.742

BRASÍLIA, ABRIL DE 2009.

Para Jandina, Paula, Paulo, Jaime e Pedrina.

AGRADECIMENTOS

A finalização desta pesquisa representa a conclusão de um ciclo de uma década na Universidade de Brasília. Essa saga teve início ainda no século passado (!) quando uma turma motivada logrou êxito no vestibular da Universidade de Brasília. Logo iniciamos um projeto ousado que ainda está por ser retomado: os amigos da cidadania.

Dessa turma de amigos e irmãos guardo as mais alegres e pitorescas lembranças. Alguns sumiram nesse mundo, outros estão presentes no dia-a-dia da vida. Deixo então meu abraço para Vítor, Marcelo Pit, Celso, Narashu, Gladson, Emmanuel, Leonidas, Jan Yuri, Marília, César, Aninha, Carol, Marco Túlio, Yuri, Givago ...

Essa turma deve muito de seus melhores momentos aos tantos professores comprometidos com o ensino da graduação da Faculdade de Direito. Foram muitos, e a eles agradeço pela formação acadêmica e ética que nos proporcionaram. Gostaria de deixar meus agradecimentos especiais ao meu orientador, Prof. ABC (conhecido também por Alexandre Bernardino Costa), e aos professores Jorge Amaury, Olindo Menezes, Humberto Jacques, Márcio Iorio, Cristiano Paixão, José Geraldo e Tarcísio.

A turma que começou como uma só transformou-se em várias ao longo das experiências que a Faculdade de Direito me proporcionou. Assim, agradeço aos companheiros de Centro Acadêmico, especialmente ao Vítor, Daniel, Bruno Duarte, Bruno ‘Sem-nariz’, Ed e Arthur Coimbra, que me ensinaram a importância da participação e mobilização em nossa Universidade.

Aos amigos do grupo “Sociedade, Tempo e Direito” devo também muito de minha formação acadêmica e o incentivo ao ingresso no Mestrado. Por falar em Mestrado, meus agradecimentos aos amigos das diversas Turmas que antecederam e sucederam meu ingresso na pós-graduação. Meu abraço aos amigos Eduardinho, Aline, Tiago Mega, Tahinah, Maria Cristina, Alex Cerpinha, Fabiana, Fábio Portela, Ricardo, Vanessa, Alexandre Araújo, Léo, Fábio Sá... e a todos aqueles que dividiram comigo os bons momentos em sala de aula, nos jogos de futsal do “Pelada Achada na Rua” ou nas comemorações da Feijuca.

Meus agradecimentos especiais aos amigos e companheiros de reflexões acadêmicas Mariana Siqueira de Carvalho e a Alvaro Ciarlini, pelos inúmeros ensinamentos e estímulos para que eu mantivesse firme o propósito de aprofundar os estudos do direito à saúde.

E a vida de nenhum de nós seria fácil sem o apoio incondicional dos amigos da Secretaria da Faculdade de Direito. Assim, meus agradecimentos à Helena, Diogo, Carlinhos, James e a todos peladeiros que fazem do time da Secretaria um dos mais ‘temidos’ (por vários motivos) da Copa Direito.

Nessa década de UNB também tive a oportunidade de formar uma ‘turma’ única e peculiar: o Sexteto de 9. Esses amigos/irmãos/orientadores me proporcionaram hoje o que eu posso chamar de um verdadeiro grupo de amigos. Cada um, à sua maneira, se faz especial e faz desse grupo mais do que a soma de seus integrantes. Muito aprendi com vocês e sei que muito vou aprender. E fico feliz por saber dos novos rebentos que estão por vir. Assim, meus parabéns especiais aos papais Preguiça e Guepardo, e meu grande abraço ao Urso, Jacaré, Furão, Coruja, Rato, Galí, e Leão.

Gostaria, ainda, de agradecer a muitas pessoas que colaboraram com para o desenvolvimento dessa pesquisa: os gestores Paulo Roberto de Sousa Carvalho e Islaine da Silva Ribeiro, o Procurador do DF Cícero Ivan Ferreira Gontijo, aos Juízes Luciana Pessoa Ramos, Eduardo Smidt Verona, Gislaine Carneiro e Hilmar Castelo Branco, as pesquisadoras da FIOCRUZ Sílvia Badim, Sandra Mara e Maria Célia Delduque, os amigos do TST (sempre compreensivos com as limitações impostas por este mestrado).

A conclusão desse trabalho não seria possível sem o apoio de meus incansáveis revisores Vítor Chaves, Daniel Augusto, Rodrigo Macias, Álica Dias (também pela compreensão que poucas namoradas teriam!), Marina Telles, Flávia Pinheiro e Bruno Vieira. Meus sinceros agradecimentos.

Por fim, meus agradecimentos à minha mãe Jandina, por mais uma acolhida providencial de mãe coruja, à Paula, simplesmente por ser a melhor irmã do mundo, ao pai Paulo, pelo entusiasmo e fé em seu filho, aos avós Jaime e Pedrina, pelo exemplo e dedicação, e ao tio Ramalho, por ter aberto a porteira da família para os estudos acadêmicos.

Esse trabalho tem a mão de cada um de vocês. Muito obrigado a todos!

RESUMO

O direito à saúde tem sido amplamente debatido no Judiciário. A chamada *judicialização das políticas públicas de saúde* alcança todo o País, pois os diversos ramos do Judiciário recebem demandas relacionadas à saúde pública. A dimensão do debate aumenta de forma exponencial e repercute nos três níveis da Federação. Paralelamente, também aumentam as críticas à postura assumida pelos magistrados e as consequências decorrentes desse movimento. Este trabalho estuda a *judicialização da saúde* no Distrito Federal, com foco nas decisões dos magistrados do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) e na repercussão de tais decisões. No primeiro capítulo, o estudo volta-se para o sistema de saúde brasileiro e a concepção do direito à saúde na Constituição de 1988, com foco na exclusão social e no importante papel da participação social. No segundo, há descrição: *i)* do contexto no qual se insere a judicialização; *ii)* da pesquisa da Jurisprudência do TJDFT; e *iii)* da repercussão da intervenção judicial na gestão da assistência farmacêutica no DF. Por fim, com base em iniciativas já existentes no TJDFT e na valorização do controle e da participação social na gestão da saúde, propõem-se alternativas para que a *judicialização da saúde* contribua para o desenvolvimento do sistema de saúde no Distrito Federal. As propostas dirigem-se à criação de critérios claros para o julgamento das demandas judiciais individuais e à valorização das ações coletivas como forma mais legítima e eficaz de intervenção judicial na saúde.

Palavras-chave: Saúde, Direito à Saúde, Direito Sanitário, Judicialização da Saúde, Distrito Federal, TJDFT, Medicamentos, Assistência Farmacêutica.

ABSTRACT

The right of health has been widely debated within the Judiciary. The so called *judicialization of health public policies* reaches the whole country since the many branches of the Judiciary are demanded with public health issues. The debate's dimension expands exponentially and has repercussions throughout the three levels of the Federation. In parallel, there is also an increase of criticism regarding the magistrates' posture and the consequences of this positioning. This work studies the *judicialization of health* in the Federal District, specifically the decisions of the magistrates from the Federal District and Territories Court – TJDFT and the repercussions of these decisions. In the first chapter, the study turns itself to the Brazilian health system and the conception of the right to health in the 1988 Constitution, focusing upon social exclusion and the important role of social participation. In the second, there is a description: *i)* of the context of the judicialization's phenomenon; *ii)* the research of the TJDFT's jurisprudence or precedents; and *iii)* the repercussion of the judicial intervention in the pharmaceutical assistance's management. Finally, based on initiatives that already exists within TJDFT and the acknowledgment of the benefits of social participation and control this work proposes alternatives so that the *judicialization of health* contributes to the development of the health system in the Federal District. These alternatives aim the creation of clear criteria for the judgment of individual judicial demands and the recognition of collective actions as a more effective and legitimate form of judicial intervention concerning health issues.

Keywords: Health, Right to Health, Sanitary Health, Judicialization of Health, Federal District, TJDFT, Prescription Drugs, Pharmaceutical Assistance.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 DIREITO À SAÚDE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	23
1.1 A Construção do Sistema de Saúde no Brasil: controle, exclusão e esperança.	25
1.1.1 Controle e exclusão: o contexto do sistema de saúde anterior à reforma sanitária.....	28
1.1.2 Os clientes e os excluídos: o cidadão dispensável.....	31
1.1.3 Os novos soberanos e excluídos: uma redefinição de papéis	33
1.1.4 Como pensar uma saúde diferente?.....	41
1.2 Por uma concepção de saúde adequada ao Estado Democrático de Direito.	43
1.2.1 A Constituição de 1988: disputas na formulação de um novo direito à saúde.	44
1.2.2 As distorções após a Constituição de 1988	47
1.2.3 A valorização da participação social em busca de inclusão: uma concepção de saúde socialmente compartilhada	50
2 A SAÚDE NO DISTRITO FEDERAL: O CONTEXTO E AS CONSEQÜÊNCIAS DA JUDICIALIZAÇÃO.....	55
2.1 A judicialização das políticas de saúde e o Distrito Federal.....	56
2.2 O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios e as demandas por medicamentos.	62
2.2.1 Justificativa da pesquisa	62
2.2.2 Conclusões das pesquisas de jurisprudência até o ano de 2005.	63
2.2.3 O atual debate judicial sobre a assistência farmacêutica no TJDFT.....	74
2.3 Reflexos da atuação do TJDFT na Administração Pública do Distrito Federal	85
2.3.1 Os reflexos na gestão da assistência farmacêutica do SUS	85
2.3.2 A interface entre o Distrito Federal e o TJDFT: a ação da Procuradoria Geral do DF. ...	91
3 JUDICIÁRIO, DEMOCRACIA E IMAGINAÇÃO: CONTRIBUIÇÕES PARA O DESENVOLVIMENTO DA SAÚDE NO DISTRITO FEDERAL	94

3.1	A Magistratura de 1º Grau: Juízos singulares, experiências múltiplas	98
3.1.1	Os Juízes e o desafio de dizer o que é saúde	99
3.1.2	As alternativas institucionais: em busca de uma resposta correta	102
3.1.3	A imaginação que renova a prática judicial: casos ilustrativos	105
3.2	Judiciário, Democracia e Participação: por uma intervenção que contribua para o desenvolvimento do Sistema de Saúde.	111
3.3	Judiciário, saúde e o conhecimento médico: o desafio da inclusão pelo saber	113
3.3.1	Saúde, ciência e responsabilidade	115
3.3.2	A relação médico-paciente: um diálogo, não um monólogo	117
3.3.3	O conhecimento médico: a busca pelo compartilhamento do saber e das responsabilidades	119
3.4	A Judicialização das Políticas Públicas: o desafio de dizer algo sobre a saúde.....	121
3.4.1	Crítica à Jurisprudência do TJDFT: o falso protagonismo judicial	122
3.4.2	Em busca de critérios para as demandas judiciais por medicamentos.....	130
3.5	O Judiciário e o controle das políticas públicas de saúde: uma contribuição para a Revolução Democrática da Justiça.....	138
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	144
	REFERÊNCIAS	151

INTRODUÇÃO

Sr. João sofre de uma grave insuficiência renal e deve submeter-se a um complexo tratamento que envolve sessões de hemodiálise e ingestão de medicamentos. Um dos remédios custa R\$ 3.000,00 a caixa, que dura apenas por um dos seis meses do tratamento. Sr. João procura a Secretaria de Saúde, realiza seu cadastro e vai à conhecida Farmácia de Alto Custo¹ para receber seu medicamento. Ao ser atendido, recebe a notícia de que há estoque do remédio, mas está reservado aos pacientes com ações judiciais. Então, Sr. João questiona: Esses remédios estão reservados para quem entrou na Justiça? Por sua vez, o atendente responde: Não, quem entrou na Justiça já recebeu o seu, esses aqui estão reservados para quem ainda vai entrar!²

Situações desconcertantes como esse caso hipotético já ocorreram na Secretaria de Saúde do Distrito Federal e são apenas um exemplo dos problemas que cercam a intervenção judicial no sistema de saúde do Distrito Federal. E tal questão não se resume ao DF, pois a chamada *judicialização das políticas públicas de saúde*³ é tema que alcança todo país, pois os diversos ramos do Judiciário têm sido chamados a responder demandas relacionadas à saúde pública.

A *judicialização das políticas públicas* encontrou nos serviços de saúde um campo fértil para o seu desenvolvimento. As amplas bases constitucionais do direito à saúde somadas ao contexto da saúde brasileira colocaram nas mãos do Judiciário uma responsabilidade nova e perigosa: definir a prestação de serviços de saúde. A dimensão⁴ do debate da saúde no

¹ Essa farmácia é um órgão da Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal, cuja estrutura será analisada no capítulo 2.

² Exemplo utilizado em artigo de minha autoria, SANTANA, 2007:18.

³ A expressão *judicialização das políticas* é amplamente utilizada no meio acadêmico e refere-se à tendência de direcionamento ao Judiciário de demandas por implementação e controle das políticas públicas do Estado. Para uma análise mais completa desse fenômeno, cf. CAMPILONGO, 2000: 74/87 e CARVALHO, 2004.

⁴ O assunto tomou tal relevância que se tornou um dos principais assuntos no Direito Sanitário. Um bom exemplo foram os debates do último Encontro Nacional de Direito Sanitário. Segue a notícia veiculada no portal da FIOCRUZ que traz um resumo dos trabalhos realizados: “Os critérios utilizados para

Judiciário tem aumentado de forma exponencial e repercute em todos os Poderes da Federação nos seus três níveis. Paralelamente a esse crescimento do papel desempenhado pelo Judiciário, também aumentam as críticas à postura assumida pelos magistrados e as perplexidades decorrentes desse movimento.

As perplexidades são muitas e complexas⁵. Um juiz pode determinar ao Estado a entrega de um remédio que um médico receitou, mas que a Secretaria de Saúde se recusa a fornecer? E se essa recusa for conseqüência de um desabastecimento de medicamentos? A resposta talvez fosse positiva. Porém, se o problema não é o desabastecimento, mas sim que o medicamento solicitado for caríssimo e importado? Seria relevante o fato do orçamento da saúde não suportar custear o mesmo tratamento solicitado por uma pessoa a todos os outros em igual situação?

Tais perguntas atualmente estão sem resposta. E não devem ser respondidas definitivamente, pois a construção da saúde é algo contínuo e dinâmico⁶. Todavia precisam ser tematizadas e debatidas, e isso não está acontecendo no Judiciário⁷. Assim, esse fenômeno que poderia representar um ganho para a democracia em geral, e para o sistema de saúde em particular, tem demonstrado ser mais um desafio no desenvolvimento da saúde no Brasil, pois o Judiciário tem tratado o tema com a devida atenção. A concepção do direito à saúde que os magistrados têm adotado não condiz com a visão compartilhada pela sociedade e os demais atores sociais.

Essa complexa realidade é o objeto de estudo desta dissertação. Pretendemos entender os problemas que cercam a questão para contribuir na construção de alternativas a fim de haja uma mudança na postura do Judiciário em face das demandas que envolvem o

os juízes determinarem a concessão de medicamentos que estão fora do protocolo estabelecido pelo Ministério da Saúde foi um dos temas mais recorrentes durante o II Encontro Nacional de Direito Sanitário, promovido pelo Programa de Direito Sanitário da FIOCRUZ BRASÍLIA, nos dias 4 e 5 de dezembro de 2007. O assunto preocupa as autoridades de saúde do país porque alguns desses medicamentos (muitos deles importados) são concedidos, muitas vezes, sem que passem por avaliações técnicas da Anvisa” Disponível em <<http://www.fiocruz.br/fiocruzbrasil/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=169&sid=6>>, acesso em 8 de dez. 2008.

⁵ Sueli Gandolfi Dallari formula uma hipótese que bem representa os dilemas da judicialização das políticas saúde: “Imaginemos agora, ainda nesse mesmo país em desenvolvimento, que possui um orçamento nacional muito pequeno em face de todos os justos anseios sociais, inclusive em matéria de saúde, que uma pessoa sofra de uma doença para a qual acaba de surgir uma possibilidade terapêutica num país desenvolvido. Novamente, é apenas a comunidade local que pode legitimamente decidir que seja gasta parte significativa do orçamento nacional para transportar essa pessoa ao local e pagar pelo tratamento que poderá eventualmente lhe devolver a saúde, em prejuízo de muitos daqueles justos anseios sociais” (DALLARI, 2008:96).

⁶ DELDUQUE e OLIVEIRA, 2008 e DALLARI, 2008.

⁷ A justificativa para tal afirmação será exposta nas pesquisas apresentadas no Capítulo 2.

direito à saúde do cidadão. Tal estudo terá como enfoque o Distrito Federal⁸, ente peculiar da Federação Brasileira que reúne as competências estadual e municipal⁹. Nessa análise, duas instituições receberão nossa atenção: o Tribunal de Justiça do Distrito Federal - TJDF, representação local do Poder Judiciário,¹⁰ e a Secretaria de Estado de Saúde – SES-DF, gestora local do Sistema Único de Saúde – SUS.

A conjuntura atual do SUS no Distrito Federal transparece as tensões criadas pelas diferentes concepções do direito à saúde. É possível identificar a adoção de posturas neoliberais¹¹, tal qual gestão hospitalar saúde do DF e entorno¹², como também posturas *estatizantes*¹³ nas numerosas decisões do TJDF, nas quais prevalece uma concepção do direito à saúde como um direito absolutamente prioritário e cuja efetivação deve ser garantida a qualquer custo pelo Estado¹⁴. Nesse contexto, o Sistema Único de Saúde - SUS “é uma arena onde tem lugar as complexas relações Estado-sociais e onde contracenam os projetos de sociedade e de nação que vigoram nas diversas forças sociais nele presentes”¹⁵.

Assim, para entender a realidade do SUS no Distrito Federal e judicialização das políticas públicas no TJDF é necessário, antes, compreender o sistema de saúde e as diferentes concepções que o direito à saúde pode assumir.

⁸ Reportagem recente do DFTV, jornal local do Canal Globo, ilustra bem essa afirmação: “O corredor da Defensoria Pública parece mais uma fila de hospital. Muitos vão buscar a ajuda da Justiça para conseguir remédios que faltam na rede pública” Disponível em <<http://dftv.globo.com>>, reportagem de 24 de mar. 2009, acesso em 1 de abr. 2009.

⁹ Essa reunião de competências também representa uma soma de responsabilidades dentro do SUS e uma maior destinação de verbas públicas, que ainda é reforçada pelo Fundo Constitucional do Distrito Federal - FCDF. Esse Fundo foi instituído pela Lei nº 10.633/02 com a finalidade de prover os recursos necessários à organização e manutenção da polícia civil, da polícia militar e do corpo de bombeiros militar do Distrito Federal, bem como assistência financeira para execução de serviços públicos de saúde e educação, conforme disposto no inciso XIV do art. 21 da Constituição Federal.

¹⁰ Ressalte-se que o TJDF pertence ao Poder Judiciário Federal, mas possui Jurisdição apenas no Distrito Federal.

¹¹ Qualificamos como neoliberais as políticas e argumentos atuais que se ligam conceitualmente ao paradigma do Estado Liberal. São formas renovadas de defender as prioridades e a estrutura político-jurídica do Estado Liberal.

¹² Um bom exemplo dessa orientação neoliberal é a nova gestão que a Secretaria de Saúde pretende dar às suas unidades, a começar pelo recém construído Hospital de Santa Maria, cuja gestão será delegada a uma Organização Social. Sobre a questão, vale destacar trecho de matéria veiculada no portal eletrônico da Secretaria de Saúde do Distrito Federal: “O objetivo principal da contratação de uma Organização Social é selecionar a mais qualificada, cujo compromisso deve ser organizar, implantar e operacionalizar as ações de assistência integral à saúde e atendimentos de média e alta complexidade, com uma equipe multidisciplinar da melhor qualidade, além de responder pela manutenção predial e dos equipamentos e uso da melhor tecnologia”. Disponível em <http://www.saude.df.gov.br/003/00301009.asp?ttCD_CHAVE=64429>. Acesso em 13 de dez. 2008. É possível identificar no discurso do governo que a justificativa para a implementação do novo modelo de gestão está na eficiência que ele promete proporcionar.

¹³ Essa expressão utilizada por Nogueira *et al* (2008) refere-se à uma visão de saúde que tenta atribuir ao Estado a responsabilidade de oferecer um número cada vez maior de serviços de saúde.

¹⁴ Essa afirmação será justificada no Capítulo 2 e será o objeto de crítica no Capítulo 3.

¹⁵ NOGUEIRA *et al*, 2008:116.

A saúde é um direito de todos, com garantia de acesso igualitário, mediante atendimento integral, gestão descentralizada e participação social. Essa é formulação a que foi dada na Constituição de 1988, a primeira¹⁶ a considerar a saúde como um direito de acesso universal e igualitário. A efetiva realização desse direito é um dos maiores desafios de nossa República.

As bases da saúde pública, no entanto, podem ser interpretadas e desenvolvidas de formas diferentes conforme as diferentes visões e interesses¹⁷. A depender da situação, alguns desses fundamentos podem ser tratados de forma absoluta ou relativizados ao ponto de serem esvaziados de conteúdo. Com frequência, no plano dos debates jurídicos, o direito à saúde é considerado em bases absolutas, com *status* superior a outros direitos de sede constitucional, especialmente por sua íntima ligação com a vida e o bem-estar. Por outro lado, de um ponto de vista prático, a realidade da saúde brasileira (pública e privada¹⁸) e as reiteradas práticas institucionais aumentam o descrédito no desenvolvimento de políticas¹⁹ de saúde nessas bases constitucionais. Em suma, no plano normativo-conceitual, são fortes os argumentos que reafirmam o caráter prioritário da saúde, e no plano prático, crescem as práticas privatizantes²⁰ baseadas em argumentos de eficiência.

Ambas as compreensões acima identificadas não condizem com a visão que consideramos constitucionalmente adequada à interpretação das bases do direito à saúde, ao desenvolvimento do sistema de saúde brasileiro e à formulação das políticas públicas nessa seara. A construção da saúde carece de justificação conceitual e de uma prática institucional

¹⁶ DELDUQUE e OLIVEIRA, 2008:105.

¹⁷ Nesse sentido, NOGUEIRA et al, 2008:116: “Os grandes interesses privados que permeiam a área da saúde, notadamente o complexo médico industrial hospitalar, a indústria de medicamentos, os serviços e seguros privados de saúde, entre outros, são também setores socialmente articulados e se contrapõem à corrente estatizante e universalista do Sistema Único de Saúde”.

¹⁸ Desde já, é importante frisar que não partilhamos do senso comum de que o sistema privado de saúde é ‘melhor’ que o público e vice-versa. As mais variadas deficiências são encontradas em um e no outro, ou em ambos. A assistência farmacêutica, aspecto da saúde ressaltado em nosso estudo, é um bom exemplo dos problemas comuns aos setores público e privado do sistema de saúde, pois em ambos a cobertura dada aos usuários é insuficiente (ROMERO, 2008:08). O foco do presente trabalho é, sem dúvida, o sistema público, mas é necessário abordar também a situação do sistema privado, para que a análise da parte considere os problemas do todo – o sistema de saúde brasileiro.

¹⁹ De acordo com Maria Paula Dallari Bucci (2002:241), políticas públicas “são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Políticas públicas são ‘metas coletivas conscientes’[...]”.

²⁰ Atribui-se esse adjetivo às práticas que se caracterizam pela apropriação de interesses públicos por grupos privados. Na saúde tais práticas transparecem nos argumentos de redução dos custos do Sistema Único de Saúde – SUS para o Estado por meio da participação do capital e do gerenciamento privado, pela transferência indireta ao Poder Público dos custos do Sistema de Saúde Suplementar (setor privado), pela cooptação dos espaços públicos de debate, como os Conselhos de Saúde, dentre outras práticas e argumentos destinados à satisfação de interesses privados.

adequadas à nossa Constituição. É necessário fomentar a transformação da concepção das políticas públicas e do controle social e, por outro lado, da difícil realidade²¹ do sistema público de saúde e das incoerências do setor privado.

Partimos da idéia de que o desenvolvimento insuficiente do elemento democrático e deliberativo da saúde – a participação social (art. 198, III, da CF) – contribui para a continuidade dessas distorções. E provavelmente não encontraremos saídas a partir das compreensões de saúde que mencionamos acima, pois nelas a participação social é um elemento atrofiado.

O dissenso atual acerca da noção de saúde e do desenvolvimento do sistema de saúde é mais um capítulo do embate de idéias que marcou a própria concepção desse direito na Constituinte de 1987/88²². A visão privatizante à qual nos referimos, preponderante durante todo o século XX no Brasil, foi encontrar na década de 80 o surgimento de um discurso voltado à defesa do direito universal à saúde e do dever do Estado em garanti-la. Assim, com o marco da VIII Conferência Nacional de Saúde, realizada em março de 1986, tomou corpo o *movimento sanitaria*, que promoveu na Constituinte a oposição entre *privatistas* e *sanitaristas*²³.

Os novos contornos desse debate trazem à tona os interesses e demandas concorrentes defendidos pelos grupos acima destacados, cuja justificação conceitual está ligada aos paradigmas constitucionais em que as idéias centrais foram concebidas. É assim que as ações submetidas à lógica do mercado e da eficiência, e as oriundas da lógica estatizante e radical da saúde, ligam-se, respectivamente, às concepções dos modelos paradigmáticos de Estado Liberal e de Estado Social²⁴. Tais concepções fundamentam visões parciais e restritas da saúde, incompatíveis com as próprias bases constitucionais, em especial a da participação

²¹ Como exemplo, temos as recentes crises na saúde de estados do nordeste e do estado do Rio de Janeiro, além disso, no Distrito Federal, são freqüentes as denúncias de falha nos serviços de saúde. A mais recente refere-se à falta de médicos no centro de saúde do Recanto das Emas (reportagem DFTV de 31/03/2009).

²² Para um estudo mais aprofundado sobre a concepção do direito à saúde na Constituinte de 1988 cf. OLIVEIRA, 2005 e MIRANDA, 2007:63/69.

²³ A concepção dessa oposição e as idéias defendidas por ambas as partes serão abordadas no primeiro capítulo.

²⁴ Empregamos a noção de paradigma trabalhada pelo professor Menelick de Carvalho Netto que, cotejando os ensinamentos de Thomas Kuhn e Habermas, considera que o paradigma seria constituído pelas pré-compreensões que integram o pano-de-fundo da linguagem. “Esse pano-de-fundo compartilhado de silêncio, na verdade, decorre de uma gramática de práticas sociais que realizamos todos os dias sem nos apercebermos dela e que molda o nosso próprio modo de olhar, a um só tempo, aguça e torna precisa a nossa visão de determinados aspectos, cegando-nos a outros, e isso é parte da nossa condição humana” (CARVALHO NETTO, 2001: 14/15).

social. Assim, o caminho para a elaboração de políticas públicas legítimas e adequadas ao nosso paradigma constitucional passa pela superação conceitual desses modelos²⁵.

As visões que pretendemos superar têm uma distorção comum: enxergam o cidadão como cliente do sistema de saúde. Tratam-no como objeto do sistema, e não como sujeito e co-gestor dele. Sob essa perspectiva, há um *deficit* de cidadania e a atrofia da autonomia pública dos indivíduos.

O paradigma do Estado Liberal inaugura o constitucionalismo moderno. Influenciado pela racionalidade iluminista adota até as últimas conseqüências as bases do pensamento liberal. A atribuição de direitos a todos os cidadãos segue uma lógica formal centrada na autonomia individual e na intervenção mínima do Estado. O indivíduo, centro dessa perspectiva, tem garantias para agir no mercado, que pressupõe todas as pessoas como homens livres e iguais²⁶. Liberdade garantida, igualdade presumida. Nesse contexto, não há espaço para um direito à saúde, mas apenas a liberdade para adquirir os serviços de saúde, ou buscar a caridade alheia.

O fracasso desse modelo constitucional, que gerou a maior exploração do homem que se tem notícia²⁷, levou ao desenvolvimento do Estado Social, observado especialmente após a 1ª Guerra Mundial. A premente necessidade de corrigir os abusos que a concepção de igualdade formal permitiu, levou à crescente materialização dos direitos de liberdade e igualdade. Assim, sob uma perspectiva material em lugar da formal, são gradativamente construídos os direitos sociais, com o objetivo de preservar a autonomia privada dos indivíduos. Sob esse paradigma, as ações do Estado se orientam para oferecer ao indivíduo um mínimo de direitos e prestações materiais necessários para o seu reconhecimento como cidadão e, portanto, como igual. A compensação das desigualdades geradas pelo modelo

²⁵ A noção sobre os paradigmas traz uma rica contribuição para o Direito a partir do momento em que se descobre que ele também tem seus paradigmas: os *paradigmas constitucionais*. Em seqüência histórica são eles: o Estado de Direito, o Estado Social (ou de Bem-Estar Social) e o Estado Democrático de Direito. Esta nomenclatura apresentada pelo professor Menelick emprega “precisamente o nome dado pelas próprias constituições ao tipo de organização política que elas prefiguram ou prefiguravam” (CARVALHO NETTO, 2001: 15). Apesar da denominação Estado de Direito ser adotada pelo autor, é importante salientar que a grande maioria dos autores referem-se a este paradigma como ‘Estado Liberal’, de forma que esta última denominação também será utilizada.

²⁶ CARVALHO NETTO, 2001: 15/18).

²⁷ Esta mudança de paradigma constitucional é bem abordada por Carvalho Netto (2001: 20): “A exploração do homem pelo homem que ocorreu, conduziu a uma riqueza e a uma miséria sem precedentes na história da humanidade, a toda a reação que já conhecemos bastante e a muita luta social. Enfim, após a I Guerra Mundial, o que vamos encontrar nas Constituições é a configuração de um novo tipo de constitucionalismo. É o constitucionalismo social, que redefine os direitos fundamentais ‘liberdade e igualdade’, materializando-os, e ao fazê-lo, amplia a tábua de direitos. Assim é que, na verdade, não temos uma mera edição de uma segunda geração de Direitos, que seriam sociais, coletivos, mas temos uma mudança de paradigma que redefine o conceito de liberdade e igualdade”

anterior é o foco do novo paradigma. Nesse contexto, surge a organização de instituições para prover a população de serviços de saúde, previdência, educação, assistência social etc.

A crise do Estado Social surge exatamente do ponto onde, aparentemente, apenas se constataria uma evolução notável em relação ao paradigma anterior: a materialização dos direitos de liberdade e igualdade, com a conseqüente ampliação do rol destes direitos. Paradoxalmente, essa nova cidadania constitucional trouxe em seu bojo uma conseqüência nefasta. O acentuado crescimento da atuação do estatal gerou uma crise de legitimidade. A suposição de que a carência da população em geral exigia do Estado uma materialização destes direitos reduziu as pessoas à condição de clientes do Estado. Os cidadãos passaram a ser um objeto da tutela estatal, e não o seu sujeito²⁸. Na saúde, esse protagonismo estatal foi caracterizado por um sistema de saúde essencialmente curativo, baseado em um modelo *hospitalocêntrico*²⁹, cujo objetivo principal era a manutenção da saúde e higidez física do trabalhador.

O Estado Democrático de Direito surge, gradualmente, como resposta à crescente crise de legitimação do Estado Social e, portanto, o novo paradigma constitucional se depara com diversos desafios relacionados à cidadania, à democracia e à dicotomia público/privado³⁰. Nele, a cidadania passa a ser concebida como um processo, uma participação efetiva³¹, e a

²⁸ “É bastante comum a associação entre a perda de hegemonia do *Welfare State* e o problema e insuficiência de recursos (manifestada em sucessivos *deficits* fiscal e previdenciário, além da crescente dificuldade de financiamento de programas de políticas públicas). Ocorre, todavia, que a crise do Estado de Bem-Estar Social explicitou um outro aspecto, de alcance ainda maior, que acabou por impulsionar a reconstrução do Estado e do constitucionalismo. Cuida-se do *deficit de cidadania*, gerado pela gradativa especialização, burocratização e distanciamento do aparelho estatal” (ARAÚJO PINTO, 2003: 84, grifo nosso).

²⁹ Este termo é utilizado como referência a políticas e ações de saúde excessivamente centradas nos hospitais. Neste modelo, as atividades de atenção básica são praticamente ignoradas e a prevenção é secundária, ao tempo em que os atendimentos de baixa ou média complexidade são realizados em hospitais, enquanto poderiam ser cumpridos em postos e centros de saúde. Como conseqüência, tem-se hospitais lotados, com baixa qualidade na prestação dos serviços. Esse modelo adotado no Brasil é alvo de crítica de diversos pesquisadores da área de saúde, entre eles Guido Ivan de Carvalho e Lenir Santos (2002:65/66).

³⁰ Além disso, esse paradigma, ao contrário de seus antecessores, é auto-reflexivo e está mais ciente de suas limitações. Ele abre-se para uma perspectiva do saber que se assuma precário, e seja capaz de incorporar a complexidade dos riscos e tensões inerentes à modernidade.

³¹ CARVALHO NETTO, 2001:24.

dicotomia entre *público* e *privado* é redefinida³² com o surgimento de novas categorias de direitos que fogem dessa velha oposição e problematizam esse campo relacional³³.

A descrição desses modelos permite entender melhor os movimentos e opções políticas de um determinado contexto, e a interpretação dominante dos direitos constitucionais nos diversos momentos históricos. Assim, os interesses em cada situação podem ser revelados, o que permite melhor identificar quais os dissensos na interpretação do texto constitucional e realização de suas diretrizes.

Podemos agora, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito em construção, buscar alternativas para melhor lidar com os renovados argumentos das visões de saúde que ainda se prendem aos modelos anteriores. Essa nova roupagem dada às perspectivas superadas, em que pese não estarem totalmente identificadas com suas matrizes, mantém o cidadão brasileiro na inconveniente posição da qual buscamos retirá-lo: a de cliente dos serviços de saúde.

Mas essa não é uma tarefa simples, especialmente quando o debate conceitual encontra os argumentos práticos. A realidade do sistema público de saúde é preocupante, tanto no atendimento à população quanto em seu gerenciamento. As recentes crises na saúde do estado do Rio de Janeiro e dos estados da Região Nordeste, as epidemias de dengue, a deficiência da saúde no entorno do Distrito Federal, são apenas alguns fatos notórios que reafirmam o sentimento geral de que nosso sistema de saúde está aquém das expectativas dos cidadãos e dos padrões criados pelos seus próprios gestores.

Em face das sérias dificuldades na implementação das políticas públicas de saúde, as posturas políticas neoliberais apontam a falência do modelo de gestão estatal, considerado burocrático, ineficiente e corruptível. Um modelo inapto, portanto, para gerir o grande orçamento público destinado à saúde. A proposta que se apresenta passa pela valorização da gestão privada da saúde, que ganha força tanto no crescimento do sistema privado de saúde e

³² A dicotomia público/privado nos paradigmas do Estado de Direito e Estado Social mantinham certa identidade, apesar da aparente oposição. “O conceito básico era o mesmo, em um ou em outro, mudava-se simplesmente a seta valorativa. No primeiro, o privado é excelente e o público é péssimo. No segundo, o público é excelente e o privado é péssimo. De toda sorte, no entanto, o privado é e continua a ser em ambos o reino do egoísmo encarnado no indivíduo e o público o do interesse geral sempre consubstanciado no Estado” (CARVALHO NETTO, 2001:25). Dentro dessa perspectiva compartilhada, o cidadão permanecia como apenas um destinatário das decisões que ora emanavam de um pólo, ora de outro.

³³ Essa redefinição desempenha um papel fundamental na experiência democrática, pois a “democracia requer o reconhecimento equíprimordial das dimensões pública e privada” (CARVALHO NETTO, 2001: 24/25).

dos planos de saúde³⁴, quanto na aplicação desse modelo na rede pública de saúde³⁵. O argumento central é o da eficiência.

Tal argumento possui um forte apelo. A maior parte da população necessita de forma urgente e reiterada dos serviços de saúde e, à primeira vista, ser cliente do sistema público de saúde é uma ótima saída. Até porque, na atual situação, os brasileiros não conseguem sequer ser clientes do sistema. O número de pessoas que simplesmente não possuem acesso aos serviços de saúde de qualidade é imenso³⁶. A exclusão é a regra³⁷. Nesse contexto, as promessas de eficiência são muito atrativas e dão a esperança de inclusão aos que vivem à margem do sistema de saúde.

Todavia, para aqueles cidadãos que não conseguem acesso aos serviços da “eficiente gestão privada”, qual a saída para obter o acesso aos serviços de saúde? Na ausência de opções mais claras a população tem buscado no acesso ao Judiciário³⁸ determinados serviços de saúde quando falta o amparo estatal ou a cobertura de seus planos de saúde.

A possibilidade de recorrer ao Judiciário é uma garantia do Estado de Direito consolidada antes do texto da Constituição de 1988, mas a sua coexistência com os novos direitos conquistados criou a inevitável demanda de uso desse instrumento para dar-lhes efetividade, em especial aos direitos sociais, que exigem uma atuação estatal mais ostensiva³⁹.

³⁴ Conforme dados da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, aproximadamente 37 milhões de brasileiros já são consumidores de algum plano privado de assistência à saúde. Para uma análise crítica do processo de mercantilização dos serviços de saúde, Cf. CINTRA, 2008: 435/443.

³⁵ Esta implementação da gestão privada no sistema público de saúde pode se dar de várias maneiras. Em alguns casos, há a formação de fundações de apoio pelos servidores do Hospital, passando pela implantação do sistema de ‘duas portas’ (LONDRES, 2006:88/90), até pelo gerenciamento total de determinadas unidades por fundações privadas. O sistema de ‘duas portas’ é assim chamado quando há em hospitais públicos atendimentos aos usuários tanto de sistema público quanto do privado, mas com tratamento diferenciado (e melhor) aos pacientes que possuem planos de saúde ou estão dispostos a pagar pelos serviços.

³⁶ A desigualdade na distribuição dos serviços de saúde no Brasil, especialmente entre as diferentes regiões, pode ser observada na publicação Radar Social, do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. A versão de 2006 está disponível em <www.ipea.gov.br/default.jsp>. Outras informações acerca da desigualdade regional, cf. PEREIRA, 2004: 119/121. Quanto às desigualdades do custo da saúde para as diferentes classes sociais, destaco o estudo de Maria Alícia Domingues Ugá e Isabela Soares Santos (2005:70): “Um resultado alarmante da pesquisa foi tanto a dimensão do gasto em medicamentos como sua distribuição. Quando analisada a composição percentual do gasto privado direto em saúde, segundo item de gasto, por decil da população ordenada pela renda familiar per capita (exibida na Tabela 5 do Capítulo IV), observa-se que para todos os decis de renda a despesa com medicamentos representa o mais forte item de gasto privado direto. Ademais, a participação do gasto com medicamentos sobre a renda é expressivamente mais elevado quanto menor for a renda da população. Dessa forma, é evidente que a distribuição gratuita de medicamentos deve ser objeto de uma política pública atuante, que proteja a sociedade desse gasto catastrófico”. Sobre a questão conferir ainda BARBOSA, 2008:283.

³⁷ Como era de se esperar, o estabelecimento da saúde como direito universal não acabou com a exclusão provocada pelo sistema de saúde. No capítulo 1, argumentaremos que a exclusão permanece, mas de forma mais sutil, e talvez mais perigosa.

³⁸ Optamos por não utilizar aqui a expressão ‘acesso à justiça’ por entender que ela possui um sentido maior do que apenas o acesso ao Poder Judiciário.

³⁹ SANTOS, 2007.

Esse processo deve-se, em grande parte, à forma mais rápida como os direitos sociais foram positivados no Brasil, quando o comparamos com outros países, tais como os Estados Unidos, Alemanha, França e Itália. É o que Boaventura de Souza Santos chama de “curto-circuito histórico”⁴⁰.

Esse processo fez coexistir as aspirações consolidadas pelo novo texto com uma ausência de práticas políticas de participação popular e de concretização desses direitos. Tal situação deu ensejo a uma maior intervenção judicial nas atividades estatais, pois o Poder Judiciário é cada vez mais acionado para buscar a efetiva realização dos direitos derivados da Constituição de 1988. Nesse contexto, a demanda pelos direitos sociais é ao mesmo tempo um fenômeno recente e importante.

As posições antagônicas acima descritas – que ganham feições nítidas quando utilizamos as ferramentas conceituais na dinâmica da saúde no Distrito Federal – são insuficientes para gerar políticas públicas que proporcionem um sistema de saúde condizente com as diretrizes constitucionais. As experiências anteriores mostraram o perigo da supervalorização do setor privado, bem como a incoerência da identificação entre o público e o estatal. Uma concepção de saúde adequada ao Estado Democrático de Direito exige uma superação dessas visões.

É nesse contexto de disputas interpretativas entre as diferentes visões⁴¹ sobre o direito à saúde que a presente pesquisa busca a função transformadora que o Direito⁴² pode assumir, ainda que seja fácil duvidar da capacidade do Direito em contribuir para a mudança de um quadro político-social complexo e contingente como a saúde - um setor amplamente influenciado pelos interesses políticos e econômicos.

Por isso, uma mudança na própria concepção do direito à saúde é um passo importante para a valorização da participação social e para a construção de um sistema de saúde melhor para todos os cidadãos, pois toda a política pública de saúde deve ser justificada argumentativamente à luz das diretrizes constitucionais traçadas para esse setor. E isso não pode ser diferente para o Judiciário.

⁴⁰ SANTOS, 2007: 20.

⁴¹ ROSENFELD, 2003: 18.

⁴² Por isso consideramos o direito um instrumento de imaginação conceitual e institucional que pode ter no Judiciário um espaço amplo de desenvolvimento, desde que ele não se feche para a sociedade SANTOS, 2007 e UNGER, 2004.

Se todos os gestores da saúde devem buscar esse respaldo constitucional ao trabalhar com políticas públicas, ainda de mais cuidados o Judiciário⁴³ precisa se cercar quando suas decisões repercutirem no planejamento e administração do SUS⁴⁴. Mas, conforme veremos, isso não têm acontecido no TJDF e a atuação judicial tem causado distorções provenientes de uma prática irrefletida⁴⁵.

A atuação do TJDF é, portanto, um rico objeto de estudo, a partir do qual podem ser trabalhadas muitas das tensões e problemas que envolvem a saúde. Esse foco oferece para nossa pesquisa um recorte espacial e temático muito preciso e representativo. No entanto, para que seja possível realizar uma avaliação mais completa e responsável das políticas públicas de saúde e das decisões judiciais, reduziremos nosso foco apenas às políticas de assistência farmacêutica e demandas judiciais que envolvem o fornecimento de medicamentos pelo Distrito Federal⁴⁶.

Ademais, a possibilidade de avançar na análise institucional desse Tribunal, o que faremos no Capítulo 2, permite elaborar contribuições práticas para uma possível mudança de postura do TJDF em face da judicialização das políticas públicas de saúde (Capítulo 03).

Essas pretensões podem ser melhor alcançadas com o auxílio da Teoria do Direito como Integridade⁴⁷, que fornece ferramentas importantes para a avaliação da prática judicial e

⁴³ A judicialização das políticas de saúde põe, a todo momento, os juízes em contato direto com dilemas típicos dos gestores. Nesse contexto, vale destacar a visão ampliada que VILA-NOVA GOMES (2007:173/174) dá às políticas públicas: "Sob a designação 'políticas públicas', abarcaremos, por conseguinte, não somente a noção tradicional de tomadas de decisão pela Administração Pública destinadas à realização do 'Bem Comum'. Preferimos adotar **uma acepção ampla o suficiente para abranger, além dos discursos pragmáticos de implementação administrativa de metas públicas, os discursos de fundamentação legislativa e os de aplicação judicial.**

Essa opção é adequada porque permite, a um só tempo, identificarmos procedimentos institucionais preponderantes de definição de tais políticas, assim como percebermos de que maneira a complexidade da dicotomia público-privado apresenta situações concretas que testam os limites das formas puras de cada um desses discursos. Nesse ponto, buscaremos experimentar alguns dos efeitos democráticos que determinadas interpretações desse sistema de competências constitucionais podem proporcionar à cidadania. Essa perspectiva, além de **articular conjuntamente os potenciais oferecidos por cada um desses discursos, lança alguns dos perigos que podem vir à tona se um dos poderes começar a se sobrepor aos demais, ou, o mais complicado, se esses atores estatais buscarem, ilegitimamente, tutelar/obstar a cidadania dos administrados-administradores**" (grifos nossos).

⁴⁴ DALLARI, 2008: 97.

⁴⁵ BISOL, 2008: 327/331. Justificaremos melhor essa afirmação no Capítulo 2.

⁴⁶ A opção por estudar a assistência farmacêutica do Distrito Federal também se justifica pela necessidade de interação entre a Universidade de Brasília e a comunidade circundante, de forma a produzir um conhecimento advindo do diálogo com a sociedade.

⁴⁷ Para Ronald Dworkin (2003/A: 271): "O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento". Sobre o convencionalismo e o pragmatismo, conferir na mesma obra os capítulos IV e V, respectivamente.

dos aspectos materiais e procedimentais que envolvem a construção do direito à saúde⁴⁸. Essa teoria adota uma visão interna do direito, aquela do participante. Dentro desta perspectiva, o estudo de Ronald Dworkin volta sua análise especialmente para a prática judicial e, neste contexto, para o ponto de vista do juiz, abordando como ele interpreta e decide, pois “é importante o modo como os juízes decidem os casos”⁴⁹. Ademais, o referencial adotado contribui para a avaliação das políticas públicas de saúde e das decisões judiciais sob o prisma da liberdade e da igualdade.

Munido das ferramentas que o referencial teórico nos oferece⁵⁰, este trabalho avaliará os argumentos levados ao Judiciário pelas partes, as decisões dos magistrados e o impacto das decisões do TJDFT sobre a gestão dos serviços de assistência farmacêutica do SUS no DF. A partir de tal análise é possível pensar como o Judiciário pode lidar com as políticas públicas de saúde sem dar margem ao abstencionismo privatista ou reforçar um paternalismo estatal, ambos característicos dos paradigmas superados pelo Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, lançamos a hipótese de que a judicialização das políticas de saúde pode ser transformada por meio da valorização da participação social pelos magistrados.

Para desenvolver essa pesquisa precisamos inicialmente refletir acerca do sistema de saúde, da concepção do direito à saúde e da complexa realidade brasileira, tendo como pano-de-fundo o modelo constitucional do Estado Democrático de Direito. A partir daí, pretendemos adentrar mais no plano institucional e melhor identificar os contornos das práticas judiciais do TJDFT e suas repercussões. Por fim, procederemos a uma crítica das práticas judiciais e, mediante uma abordagem reconstrutiva, realizaremos proposições com o intuito de contribuir para a renovação das práticas do TJDFT e da concepção do Judiciário acerca do direito à saúde.

Para realizar tal intento desenvolveremos o trabalho em três capítulos, de tal modo que cada um representará um passo nessa reflexão.

⁴⁸ Dworkin (2005: 440) sugere um ideal de justiça na assistência médica: o ‘seguro prudente’. Esse ideal sugere uma interessante hipótese em “que a distribuição justa é aquela que as pessoas bem- informadas criam para si por meio de escolhas individuais, contanto que o sistema econômico e a distribuição da riqueza na comunidade na qual essas escolhas são feitas sejam também justos”. Segundo o autor, nessas condições ideais, o que a sociedade gastaria com assistência médica é exatamente a quantia moralmente adequada, e a distribuição de recursos seria justa para tal sociedade, hipótese em que a justiça não exigiria assistência médica a quem não a comprou.

⁴⁹ DWORKIN, 2003/A: 03.

⁵⁰Convém destacar que pretendemos dar enfoque à impossibilidade de dissociar a reflexão teórica da observação prática. Assim, temos a intenção de trabalhar a saúde tanto em seu plano teórico quanto em sua prática institucional, ainda que em algumas ocasiões as reflexões teóricas sejam resultado do estudo das políticas públicas implementadas. Dessa forma, ao invés de seguir a ordem ordinária que indica como ponto de partida a teoria para a observação da realidade, em determinados contextos ela pode ser invertida.

No primeiro capítulo, o estudo voltar-se-á para o sistema de saúde e a concepção do direito à saúde. Para tanto, pretendemos entender como se deu a construção do sistema de saúde brasileiro e a concepção de um direito à saúde na Constituição de 1988, para obtermos um panorama do atual contexto da saúde. Após, buscaremos trabalhar a idéia de que o sistema de saúde foi e continua a ser um mecanismo de controle e de exclusão. Por fim, diante de uma análise conjunta dos fatores sociais, políticos e normativos em jogo, pretendemos realizar um cotejo entre as compreensões de direito à saúde partilhadas pela sociedade e a compreensão adotada pelo Judiciário, no intuito de apontar que a abertura desse Poder da República ao conhecimento socialmente produzido é uma forma de valorizar a participação popular e de abrir caminhos à renovação da prática judicial de forma legítima em face do paradigma do Estado Democrático de Direito.

O segundo capítulo destina-se a analisar a realidade da saúde no DF, as políticas públicas e normas voltadas aos tratamentos de alta complexidade e à dispensação⁵¹ de medicamentos de alto custo. Traçado um panorama da realidade em que está inserido o TJDF, dar-se-á início a uma pesquisa da Jurisprudência desse Tribunal nas demandas por medicamentos, abarcando as ações ajuizadas individualmente pelos cidadãos e as ações coletivas. Em seguida, serão apreciados os resultados da pesquisa com o intuito de analisar os argumentos levantados pelas partes e a fundamentação utilizada pelos magistrados. Dessa forma, objetiva-se compreender: i) os principais problemas enfrentados pela população que busca a tutela judicial; ii) os impasses na relação entre o TJDF e a Administração Pública Distrital; e iii) a estrutura e pressupostos da fundamentação utilizada pelos magistrados para atender ou negar os pleitos dos mais variados demandantes que buscam sua jurisdição. Por fim, partimos para uma análise da repercussão da intervenção judicial na gestão da assistência farmacêutica no Distrito Federal e na postura da Administração Pública em Juízo.

No terceiro capítulo, tendo em vista as bases lançadas na primeira parte do estudo e as observações realizadas no segundo momento, partiremos para a proposição de alternativas para a realização do direito à saúde no Distrito Federal, baseadas em iniciativas já existentes no TJDF e na valorização do controle e participação populares da gestão da saúde. Para que tal intento se realize, consideramos o Direito como uma ferramenta de imaginação e de mudança institucional e social, que pode ser utilizada pelo Judiciário para auxiliar a construção de um sistema de saúde nas bases constitucionais do acesso universal e igualitário,

⁵¹ Dispensação é o ato profissional farmacêutico de proporcionar um ou mais medicamentos a um paciente, geralmente como resposta à apresentação de uma receita elaborada por um profissional autorizado.

atendimento integral e participação social. Além disso, apresentaremos contribuições que possam apontar alternativas para que, no julgamento das demandas por medicamentos, os magistrados possam: i) melhor avaliar as características dos casos concretos, ii) enriquecer o debate judicial sobre a saúde com o conhecimento socialmente produzido e iii) valorizar as normas administrativas e orçamentárias estruturam o SUS e veiculam as políticas públicas de saúde. Por fim, buscaremos justificar que o controle judicial das políticas públicas de saúde realizado por meio das ações coletivas é uma alternativa mais legítima e potencialmente mais eficaz à atual forma como o Judiciário tem intervindo na assistência farmacêutica do Distrito Federal.

Antes, porém, de iniciarmos o desenvolvimento desse estudo, ressaltamos que não vemos o Judiciário como o melhor caminho para a realização do direito à saúde. Pelo contrário, este trabalho pretende demonstrar que é um erro considerar o Judiciário como ‘salvador da pátria’⁵² e depositar nele a esperança de concretização dos direitos sociais. Defendemos que uma atuação responsável desse Poder da República, dentro das regras do jogo democrático, pode contribuir para o desenvolvimento do SUS conforme as diretrizes da Constituição de 1988, mas não resolver os problemas que nos esquivamos de enfrentar.

⁵² É nesse papel de protagonismo que o Judiciário é alvo das críticas de Ingeborg Maus. A socióloga alemã chama atenção aos contornos de guardião moral que esse poder assumiu com a aprovação e confiança da população: “a expectativa de que a Justiça possa funcionar como instância moral não se manifesta somente em pressuposições de cláusulas legais, mas também na permanência de uma confiança popular” (MAUS, 2000: 190). A partir destas constatações chama atenção para os perigos de depositarmos nos magistrados as esperanças de realização de nossos direitos: “O infantilismo da crença na Justiça aparece de forma mais clara quando se espera da parte do Tribunal Federal Constitucional alemão (TFC) uma retificação da própria postura em face das questões que envolvem a cidadania” (MAUS, 2000: 190).

1 DIREITO À SAÚDE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

“[...] nós não podemos e não devemos simular à nossa juventude um futuro de conforto e abundante e crescente comodidade, mas lhe proporcionar uma alegria na responsabilidade compartilhada e na real convivência e solidariedade entre os seres humanos. Sem dúvida, falta isso na nossa sociedade e no convívio de muitas pessoas.”

(Hans-Georg Gadamer)

A Constituição de 1988 inovou ao prever em seu texto o direito à saúde, com diretrizes de universalidade e igualdade, atendimento integral, descentralização de gestão e participação popular (art. 196 a 198 da Constituição Federal).

Nesse primeiro momento nossa pesquisa realiza uma abordagem sociológica da participação na saúde, seguida de uma análise normativa-constitucional da concepção do direito à saúde no Brasil, com destaque para a importância da participação social e da democratização da gestão da saúde como um caminho para a melhoria dos serviços de saúde. Nosso foco, contudo, reside na análise do Judiciário e do sistema de saúde no Distrito Federal. Em um primeiro olhar, os dois temas – participação social e Judiciário – parecem ser imiscíveis. Mas não o são. Pretendemos no Capítulo 3 apontar alternativas para que o Judiciário Distrital possa, por meio de ações concretas, valorizar a participação social, de modo a renovar sua prática judicial e contribuir para a construção do sistema de saúde no Distrito Federal.

Mas antes de nos lançar nesse desafio, será necessário entender melhor o sistema de saúde brasileiro no plano social e normativo. Avançamos nesses dois rumos, pois acreditamos que o desenvolvimento de uma concepção de saúde normativamente adequada, mas que não promova inclusão social, apenas reforçará a impressão (que queremos combater) de que o Direito não pode de ser uma ferramenta de mudança social⁵³. Por outro lado, imaginar uma transformação do direito à saúde fora das diretrizes do atual paradigma constitucional⁵⁴ nos faria retornar às concepções que colocam o cidadão na de clientes do sistema de saúde.

Para alcançar nossos intentos, iniciaremos pelo estudo da gênese do sistema de saúde brasileiro ao longo do século XX, apoiados na análise sociológica de Michel Foucault, Giorgio Agamben e Zygmunt Bauman⁵⁵. A intenção é buscar entender como se deu no Brasil a construção de um sistema de saúde que, mesmo após a reforma sanitária da década de 80, mantém grande parte da população à margem de seus serviços, excluída apesar da diretriz de atendimento universal e igualitário.

Essa análise terá como objeto tanto os aspectos estruturais do sistema de saúde quanto os microestruturais. Inspirados pela *microfísica* de Foucault, partiremos para o estudo das relações mais pessoais que são tão importantes para a formação do sistema de saúde quanto os aspectos macroestruturais. Buscaremos entender como se formou o monopólio da saúde pelo saber médico, e de que forma o desenvolvimento da participação também pode alcançar esses aspectos microestruturais indispensáveis à mudança institucional.

Munidos dessa análise do sistema de saúde, nossa atenção voltará ao plano jurídico-normativo, com foco na problemática de uma concepção do direito à saúde sob o

⁵³ A possibilidade de utilizar o direito e o pensamento jurídico como fontes de ferramentas para fomentar mudanças institucionais e sociais é uma preocupação de Roberto Mangabeira Unger. Para ele, “o direito e o pensamento jurídico foram, nas democracias industriais contemporâneas ocidentais, assim como em muitas sociedades do passado, o lugar em que a um ideal de civilização assume forma institucional detalhada. [...] Vivemos numa época em que a idéia de alternativas sociais corre o risco de ser desacreditada como uma ilusão romântica responsável por catástrofe histórica. [...] Devemos então redescobrir nas pequenas variações a que o pensamento jurídico tradicionalmente se prendeu os começos das alternativas maiores que não mais encontramos onde costumávamos procurar” (UNGER, 2004:9/10).

⁵⁴ Nesse ponto, referimo-nos, especialmente, à redefinição que a noção de cidadania tem no paradigma do estado Democrático de Direito. O controle social e a criação de procedimentos democráticos de participação passam a ser critérios legitimadores da criação e realização das políticas públicas e decisões políticas do país.

⁵⁵ A importância de apoiar a pesquisa em alguns dos estudos destes sociólogos reside nas ferramentas de observação social que nos oferecem. Os estudos de Foucault acerca da biopolítica, da disciplina e da clínica permitem melhor entender as relações de dominação e poder que estão subjacentes ao sistema de saúde, tanto em seus aspectos estruturais (conhecimento médico, arquitetura hospitalar), como nos microestruturais (relação médico-paciente). Com as contribuições de Agamben, podemos melhor observar a exclusão de determinados grupos no sistema de saúde, e como essa exclusão pode alcançar potencialmente qualquer pessoa. Por fim, os estudos de Bauman fornecem uma visão complementar sobre a forma como esse processo de exclusão se dá na complexa a sociedade contemporânea.

paradigma do Estado Democrático de Direito. Pretendemos defender que as diretrizes constitucionais da saúde são critérios legais legitimadores das políticas públicas nessa área. E que a valorização da participação social, nas suas mais diversas formas, permite transformar o cidadão em protagonista do sistema de saúde, apto a definir prioridades, criar alternativas e coibir abusos.

1.1 A Construção do Sistema de Saúde no Brasil: controle, exclusão e esperança.

A prestação dos serviços de saúde à população é feita por um sistema de saúde, cujas diretrizes, a própria Constituição define. Tal sistema pode ser financiado pelo Estado ou por particulares. No primeiro caso, temos o sistema público de saúde, o SUS, que deve oferecer seus serviços a todos os cidadãos (arts. 196 a 198 da CF). No segundo caso, temos o sistema privado, que funciona de forma complementar ao SUS (art. 199 da CF) e cuja oferta de serviços depende de contraprestação pecuniária (pelo SUS, pelo usuário ou pelos planos de saúde).

Essa descrição retrata o esboço de nosso sistema de saúde que está traçado na Constituição Federal, mas não revela as relações de poder, ferramentas de exclusão social e instrumentos de controle da população escondidas sob essa estrutura que deveria destinar-se apenas à assistência da saúde dos brasileiros.

A saúde no Brasil passou por vários momentos e, atualmente, temos virtudes a desenvolver e sérias deficiências para sanar. Mas repensar o sistema de saúde não é tarefa fácil, porque, de certa forma, somos reféns dele (público e/ou privado). E ainda temos de comemorar esse “estado de cativos”, pois a vida longe da assistência à saúde que o sistema oferece é extremamente difícil. E a esta situação de dependência material dos serviços de saúde soma-se a impotência do cidadão-paciente em face do conhecimento médico.

Temos, então, um sério problema. Como pensar uma saúde melhor, se estamos submetidos a um sistema do qual não podemos abrir mão? Para tentar buscar caminhos para repensar a saúde, é que iniciamos essa primeira incursão pelos domínios da biopolítica, com um objetivo maior de revelar a estrutura escondida do que apontar respostas aos questionamentos que surgirão.

A partir de sua biopolítica, FOUCAULT identifica duas grandes modalidades de exercício do poder: a soberania e a disciplina. O primeiro modelo é jurídico-político.

Funciona com uma lógica de repressão típica das monarquias absolutistas e lança mão do direito, das leis e da força⁵⁶. Segundo FOUCAULT, esse modelo se enfraquece já no século XVIII, quando vai cedendo espaço para a nova forma de exercício do poder: a Disciplina.

Essa nova forma de exercício do poder volta-se não para os rituais grandiosos da soberania, mas para os micropoderes que estão à margem da sociedade⁵⁷. Forma-se um sistema de controles que:

seriam mais estratégicos do que táticos, mais ocultos do que explícitos, mais insidiosos do que arrogantes em sua magnitude, mais voltados para comportamentos do que idéias, cujo alvo principal é antes gerir corpos e suas virtualidades do que almas e suas virtudes.⁵⁸

A disciplina individualiza e busca um controle ininterrupto sobre o corpo, por meio de um domínio das atividades que ele exerce, do tempo, dos movimentos e do espaço. O controle é minucioso⁵⁹ e tem como objetivo impor uma relação de *docilidade-utilidade*⁶⁰. É uma verdadeira arte do corpo humano⁶¹, que é tanto mais bela e eficaz quanto mais dócil e produtivo se tornar o indivíduo, quanto maior a sua força produtiva e menor for a sua força política⁶². É submetida a essas relações de poder que a sociedade entra, a partir do século XIX, na chamada idade do controle social, na qual se acentua a ortopedia social: é a sociedade disciplinar.⁶³

Uma condição central para o surgimento da sociedade disciplinar é a instrumentalização do conhecimento⁶⁴ para a produção do poder. É a relação entre saber e poder. Foucault⁶⁵ alerta que deve ser deixado de lado o pensamento tradicional de que o saber só pode ser adquirido após uma renúncia ao poder e que tal poder não é acessível aos sábios.

⁵⁶ ADORNO, 2006: 202.

⁵⁷ Como destaca Giorgio Agamben (2002:12/13): “Uma das orientações mais constantes do trabalho de Foucault é o decidido abandono da abordagem tradicional do problema do poder, baseada em modelos jurídicos-institucionais (a definição da soberania, a teoria do Estado), na direção e uma análise sem preconceitos dos modos concretos com que o poder penetra no próprio corpo de seus sujeitos e em suas formas de vida”

⁵⁸ ADORNO, 2006: 202.

⁵⁹ A proposta de um controle minucioso é tão radical que Foucault denomina a disciplina como a *anatomia política do detalhe*, pois essa microfísica do poder desde o século XVII passou a “ganhar campos cada vez mais vastos, como se tendessem a cobrir o corpo social inteiro. Pequenas astúcias doatadas de um grande poder de difusão, arranjos sutis, de aparência inocente, mas profundamente suspeitos” (FOUCAULT, 1987, p. 120).

⁶⁰ FOUCAULT, 1987: 118.

⁶¹ Foucault descreve também uma *tecnologia política do corpo*, que é uma ciência não apenas do funcionamento do corpo, mas das formas de aprendizado e de controle das forças dos corpos (FOUCAULT, 1987, 26).

⁶² FOUCAULT, 1987: 119.

⁶³ FOUCAULT, 2005: 86.

⁶⁴ Importante destacar que esse conhecimento para Foucault não tem uma fundamentação absoluta. Como destaca Susan Hekman (1990: 251), “ele rejeita fortemente qualquer fundamentação absoluta do conhecimento. O único a priori do conhecimento é, Foucault torna-o claro, historicamente constituído.”

⁶⁵ As complexas bases sociais (e populares) do nascimento dessa nova forma de exercício do poder são bem descritas por Foucault em sua obra **A Verdade e as Formas Jurídicas**.

O que ele identifica é uma relação muito próxima entre saber e poder, na medida em que admite que “poder e saber estão diretamente implicados; que não há relação de poder sem constituição correlata de um campo de saber, nem saber que não suponha e não constitua ao mesmo tempo relações de poder”⁶⁶. É o saber-poder.

Portanto, mais do que se relacionarem, saber e poder estão em um processo circular de produção recíproca. O poder institucionaliza um saber que, por sua vez, gera mais poder. Eles se reforçam mutuamente. É um duplo processo: arrancada epistemológica a partir de um afinamento das relações de poder; multiplicação dos efeitos de poder graças à formação e à acumulação de novos conhecimentos⁶⁷.

Esse saber-poder é a base da sociedade disciplinar, mas dentre os vários poderes e saberes que se relacionam, é o saber médico-hospitalar que nos interessa neste trabalho, e por meio dele é possível entender melhor o funcionamento e as técnicas da disciplina.

Se a prisão e o campo de concentração representaram para Foucault, respectivamente, os exemplos mais notórios e mais completos do Panoptismo⁶⁸, a medicina talvez tenha desempenhado o papel de denominador comum, de conhecimento que justificou ações, intervenções e disciplinamento de diversas áreas da vida dos indivíduos⁶⁹.

Na obra **Microfísica do Poder**, foram reunidos três artigos de Foucault acerca da medicina⁷⁰, nos quais é ressaltado o nascimento da moderna medicina social. Segundo Foucault, abandonamos gradativamente dois antigos modelos de medicina – a medicina do Estado e a medicina das cidades – para um modelo de medicina social, voltado para a população, os pobres, o trabalhador⁷¹.

Esse modelo surgido na Inglaterra voltava-se para a assistência médica ao pobre, controle de saúde da força de trabalho e manutenção da saúde pública, que significava

⁶⁶ FOUCAULT, 1987: 27.

⁶⁷ FOUCAULT, 1987: 185.

⁶⁸ ADORNO, 2006: 210. O Panóptico é uma forma de arquitetura baseada na técnica do *exame*, voltada para a observação, a individualização, o controle e a instrumentalização do saber-poder. É estudado por Foucault em várias produções, especialmente na obra **Vigiar e Punir e na A verdade e as formas jurídicas**. Mas é importante ressaltar que “o dispositivo panóptico não está restrito somente à forma arquitetural desses edifícios e às suas funções concretizáveis no interior de espaços definidos. Tal dispositivo deve ser pensado, segundo uma perspectiva mais ampla, como um modelo generalizável de funcionamento do poder, como uma maneira de definir as relações do poder com a vida cotidiana dos homens. Seu destino é difundir-se no corpo social, tornando-se função generalizada, assegurando a formação da sociedade disciplinar” (FONSECA, 2002: 184).

⁶⁹ “Naturalmente a medicina desempenhou o papel de denominador comum[...] Seu discurso passava de um a outro. Era em nome da medicina que se vinha ver como eram instaladas as casas, mas era também em seu nome que se catalogava um louco, um criminoso, um doente...” (FOUCAULT, 1979: 151)

⁷⁰ V. O nascimento da medicina social, VI. O nascimento do hospital e XII. A política de saúde no século XVIII.

⁷¹ FOUCAULT, 1979: 93-96.

proteger as classes ricas dos perigos de doenças e pestes. Em suma, uma medicina que exerce “um controle da saúde e do corpo das classes mais pobres para torná-las mais aptas ao trabalho e menos perigosas às classes ricas”.⁷²

Tal modelo também se estabeleceu no Brasil e manteve-se focado na saúde do trabalhador até praticamente o final da década de 80.

1.1.1 *Controle e exclusão: o contexto do sistema de saúde anterior à reforma sanitária*

No Brasil, o início do estabelecimento de uma saúde do trabalhador se dá na República Velha e passa a ser mais marcante no início da Era Vargas, que trouxe uma centralização das políticas públicas no Ministério da Educação e da Saúde Pública, inaugurado em novembro de 1930⁷³.

A Constituição promulgada em 1934 instituiu algumas bases para o desenvolvimento social, com consideráveis repercussões no modelo da medicina social. Esse desenvolvimento, como era de se esperar, não ocorreu de forma geral para a população, pois a saúde não era garantida ao cidadão, mas sim ao trabalhador.⁷⁴

A ‘redemocratização’ realizada com o fim da Era Vargas não mudou o perfil das ações do governo em relação à saúde. Além da permanência das práticas populistas, a política oficial de saúde sofria a forte interferência do *clientelismo*⁷⁵. A Constituição de 1946⁷⁶, a exemplo das anteriores, não garantiu o direito à saúde, tampouco tratou de forma expressa esse assunto. Tal quadro contribuiu para a continuidade e ampliação dos Institutos de

⁷² FOUCAULT, 1979: 97.

⁷³ BERTOLLI FILHO, 2001: 24.

⁷⁴ Nesse ponto, vale destacar o estudo de Cláudio Bertoli Filho (2001: 34): “A Constituição de 1934 incorporou algumas garantias ao operariado, tais como a assistência médica, a licença remunerada à gestante trabalhadora e a jornada de oito horas. Nos anos seguintes, outros benefícios como o salário mínimo, foram incluídos na legislação trabalhista, culminando com o estabelecimento em 1934 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Pela CLT, tornavam-se definitivamente obrigatórios o pagamento do salário mínimo, a indenização aos acidentados, o tratamento médico aos doentes, o pagamento de horas extras, as férias remuneradas, etc. a todos os operários portadores de carteira de trabalho.”

Graças à política de saúde adotada por Vargas, o atendimento aos operários enfermos e seus dependentes expandiu-se. Começou a estruturar-se assim o setor previdenciário que, garantido por uma legislação específica, foi ampliado no decorrer dos anos, tornando-se o principal canal de assistência médica da população trabalhadora dos centros urbanos.” (grifo nosso) No mesmo sentido, CARVALHO e SANTOS, 2002: 36.

⁷⁵ Com esta prática, “os partidos ou líderes políticos trocavam ambulâncias, leitos hospitalares, profissionais de saúde e vacinas – muitas vezes em números bem superiores à demanda de uma região – por votos e apoio nas épocas eleitorais” (BERTOLLI FILHO, 2001: 41).

⁷⁶ Sobre o tratamento da saúde na Constituição de 1946, cf. LUCENA, 2004: 256.

Aposentadoria e Pensão⁷⁷ (IAP's), que passaram a ser o principal meio de obtenção de serviços de saúde, para o trabalhador regular e seus dependentes⁷⁸. Em face disso, o setor privado da medicina passou a pressionar o governo, buscando uma crescente privatização da prestação do serviço de saúde, para que fossem os únicos fornecedores deste serviço para a população, para as IAP's e ao próprio governo⁷⁹.

Assim, durante o segundo governo de Getúlio Vargas e o de Juscelino Kubistchek⁸⁰, foi ampliada a estrutura dos IAPs, especialmente da rede hospitalar, tanto que nesse período foram construídos a maior parte dos atuais hospitais públicos brasileiros. Associada a esta estrutura, adotava-se de forma mais evidente o modelo de saúde norte-americano, cuja visão *hospitalocêntrica*, exigia o investimento em tecnologia, em geral de alto custo, o que favorecia o fortalecimento da indústria de medicamentos e de equipamentos hospitalares⁸¹.

Toda a situação descrita contribuiu para que, mais uma vez, grande parte da população continuasse desassistida, sem acesso às obras de saneamento e prevenção. As conseqüências da ausência de um direito geral à saúde poderiam ser constatadas na falta de cuidado com a saúde infantil que, longe de ser observada como um dever estatal, era vista como uma bondade política⁸².

Esse período, contudo, também foi marcado pelo início de uma politização das atividades médicas e epidemiológicas. Na parte final desse momento, muitos dos profissionais dessas áreas participaram de movimentos sociais que buscavam maior atenção às camadas mais desfavorecidas⁸³.

Com o advento da ditadura militar, assistiu-se à tentativa de mudança do modelo de assistência médico-previdenciária. Em 1967, os IAPs foram concentrados em um único órgão, o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS)⁸⁴. Esse órgão unificou diversos benefícios

⁷⁷ Sobre a criação das Caixas de Aposentadoria e Pensão e os Institutos de Aposentadoria e Pensão cf. ALMEIDA *et al*, 2001: 23.

⁷⁸ “Em 1945 existiam cerca de dois milhões de pessoas vinculadas aos institutos previdenciários. Duas décadas depois, esse número chegava a quase oito milhões de trabalhadores, sem contar os dependentes. Com a sucessão de leis federais que garantiam o atendimento de saúde aos segurados, as caixas e os institutos foram forçados a aumentar a porcentagem destinada ao pagamento de tratamentos médicos: inicialmente esse índice era de apenas 5% da arrecadação anual, mas foi se elevando até representar cerca de metade do dinheiro arrecadado por ano” (BERTTOLI FILHO, 2001: 43)

⁷⁹ *Id-ibidem*.

⁸⁰ ALMEIDA *et al*, 2001: 24.

⁸¹ *Id-ibidem*.

⁸² BERTOLLI FILHO, 2001: 45, Cf. ainda LUCENA, 2004: 256.

⁸³ BERTOLLI FILHO, 2001: 48.

⁸⁴ Para um estudo mais detalhado da criação e do desenvolvimento do INPS, Cf. BERTTOLI FILHO, 2001: 54/56.

bastante diferentes entre as corporações⁸⁵, além de promover o fim da segmentação e a unificação institucional. Contudo, tais características não trouxeram a vindicada universalização dos serviços de saúde, pois a atuação de grupos privados na área da saúde expandiu-se de forma significativa durante o regime militar⁸⁶.

Nas décadas de 60 e 70, assistiu-se a uma privatização da assistência médica promovida pelo Estado, que se institucionalizou mediante a captura da despesa social por grupos privados. O Estado comprava os serviços médicos do setor privado, e, assim, os grupos privados passaram a se beneficiar de um ‘mercado cativo’. A consequência da expansão desse modelo foi que a saúde disponibilizada aos cidadãos, ao contrário de ser universalizada, sujeitou-se a limitações econômicas, decorrentes dos preços atribuídos aos serviços, resultando em restrições diferenciadas de acesso para muitos usuários⁸⁷.

Persistia, portanto, a despreocupação pela garantia da saúde do cidadão⁸⁸. O modelo médico-assistencial então mantido pela ditadura assentava-se na formação e manutenção de três papéis principais: o Estado, como grande financiador por intermédio da Previdência Social; o setor privado nacional assistencial-curativo, como grande prestador de serviços; e o setor internacional, como grande fornecedor de insumos, equipamentos biomédicos e medicamentos⁸⁹. Os objetivos desse arranjo eram proporcionar o lucro às empresas/prestadoras e manter o trabalhador/cliente sob controle, de forma preservar sua higidez física e, por consequência, a força de trabalho do país.

A inclusão proporcionada por esse controle gerava também inúmeras exclusões, dentre elas a do trabalhador sem carteira de trabalho⁹⁰ e a do desempregado, que ficavam entregues à caridade pública, geralmente realizadas pelas Santas Casas. Esses e outros excluídos não eram clientes do sistema de saúde e, em raras ocasiões, estavam submetidos à sua vigilância. Essa situação chama a atenção para outra face desse controle exercido sobre os indivíduos. Se por um lado o sistema de saúde serve a um controle da vida da população, por outro ele serve também ao controle sobre a morte. Quem não é cliente, é descartável.

⁸⁵ ALMEIDA e outros, 2001: 24.

⁸⁶ Mesmo porque as atividades preventivas eram deixadas a cargo do combalido Ministério da Saúde, e as atividades de assistência médica seguiam a lógica do sistema previdenciário, inadequada como hoje podemos constatar.

⁸⁷ CASTRO, 2003: 384.

⁸⁸ CARVALHO e SANTOS, 2002: 36.

⁸⁹ ANDRADE, 2001: 20.

⁹⁰ “A situação tornava-se ainda mais trágica para o operário que não tinha carteira de trabalho e que por isso não podia contribuir para a caixa de sua categoria profissional. Para esse trabalhador, restava o apelo à caridade pública. Era qualificado pela administração dos hospitais filantrópicos como indigente, triste rótulo para quem perdera a saúde e não tinha o dinheiro para pagar o tratamento” (BERTOLLI FILHO, 2001: 33).

1.1.2 *Os clientes e os excluídos: o cidadão dispensável.*

Os estudos de Foucault bem descrevem o processo no qual a política se torna biopolítica e o corpo passa a ser alvo do poder soberano e do conhecimento formado. Às observações do mencionado sociólogo, somamos as contribuições de Giorgio Agamben que, em sua obra *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*, trabalha a idéia da exclusão levada as suas últimas conseqüências. A partir da figura do *homo sacer* - um ser humano cuja morte não é caracterizada como homicídio, não é objeto de sanção⁹¹ - Agamben descreve a situação dos seres humanos que estão submetidos à vida biológica (*zoé*) mais a florada e pura, exposto diretamente à violência: é a vida nua.

Os estudos de Agamben contribuem para um aprofundamento do estudo do controle social e para a exclusão que é gerada nesse processo. Exclusão essa que não deve ser entendida como um ato de simplesmente ignorar aqueles que são excluídos, mas de tratá-los como tal. É uma *inclusão como excluídos*. É um grau máximo de disposição da vida e de exposição à morte. É a situação em que a biopolítica pode se transformar em tanatopolítica (controle sobre a vida que passa também ao controle sobre a morte e a possibilidade de extermínio).

O exemplo máximo da tanatopolítica trabalhada nos estudos de Agamben é a radicalização da biopolítica da Alemanha Nazista, na qual o controle do “corpo biológico da nação” envolveu não só o extermínio de judeus como também de pessoas incapacitadas por debilidades físicas ou mentais⁹². Não apenas o inimigo poderia ser um *homo sacer*, mas qualquer um poderia ser tornar um ser matável.

Se é certo que a política de saúde pública brasileira anterior à década de 80 não pode ser equiparada à tanatopolítica do Terceiro Reich, não é menos certo que em menor grau podemos observar algumas de suas características em nossa biopolítica. O Brasil também tinha seus *homines sacri*, e algumas camadas da população ou categorias poderiam ser bem identificadas nessa situação. Os trabalhadores sem carteira e os demais enfermos que não

⁹¹ As origens históricas e a semântica do termo *homo sacer* são explicitadas no livro acima citado. Não se propõe agora a descrição do estudo de Agamben, mas a sua aplicação no contexto da saúde pública brasileira. Assim, a construção histórica do sentido do termo *homo sacer* está na Parte 2 do livro, enquanto a sua aplicação e desenvolvimento da idéia do ser humano matável na modernidade está na Parte 3.

⁹² AGAMBEN, 2002: 143/145.

estavam cobertos pelo sistema de saúde não tinham acesso à assistência médica. Como destaca Bertolli Filho:

O mais grave, porém, era o fato de os enfermos serem apresentados como párias da sociedade: além de deixarem de trabalhar e de produzir riqueza para a nação, ainda exigiam assistência médica e tratamentos gratuitos, tornando-se uma estranha espécie de inimigos do país. Apesar de o presidente – o ‘pai dos pobres’ – declarar que cabia ao Estado preservar a saúde da população, na prática isso acontecia precariamente. Muitos brasileiros enfermos continuavam a morrer sem receber a ajuda médica necessária.⁹³

Como se pode perceber nos estudos feitos por Bertolli Filho, vários de nossos excluídos eram abandonados e expostos à vida nua. Não podiam obviamente ser sacrificados, mas eram deixados à sua própria sorte ou à caridade, e a sua provável morte não era um problema do Estado e nem objeto de sanção. Era uma morte anunciada e tolerada. A aptidão para o trabalho era, assim, um dos claros limites que separavam quem era relevante e de quem ficaria à margem da proteção do Estado. Tal situação é bem explicada por Agamben:

É como se toda valorização e toda “politização” da vida [...] implicasse necessariamente em nova decisão sobre o limiar além do qual a vida cessa de ser politicamente relevante, e é então somente “vida sacra” e, como tal, pode ser impunemente eliminada. Toda sociedade fixa esse limite, toda sociedade – mesmo a mais moderna – decide quais sejam seus “homens sacros”. É possível, aliás, que este limite, do qual depende a politização e a *exceptio* da vida natural na ordem jurídica estatal não tenha feito mais do que alargar-se na história do Ocidente e passe hoje – no novo horizonte biopolítico dos estados de soberania nacional – necessariamente ao interior de toda vida humana e de todo o cidadão. A vida nua não está mais confinada a um lugar particular ou em uma categoria definida, mas habita o corpo biológico de cada ser vivente. (grifo nosso)⁹⁴

O trecho acima transcrito da obra de Agamben traz duas importantes contribuições para a nossa reflexão. Por um lado, reforça o argumento de que no Brasil tínhamos (e temos) nossos homens matáveis, assim como em toda sociedade⁹⁵. Por outro, ele aponta a tendência de alargamento dessa situação de *homo sacer* para potencialmente alcançar todos os cidadãos. E é o que realmente o desenvolvimento da saúde pública no Brasil parece nos mostrar.

Como afirmado antes, categorias como o trabalhador sem carteira, o enfermo ou o desempregado seriam um exemplo de pessoas submetidas à condição de *homo sacer*. Porém qualquer pessoa ou cidadão poderia um dia sair da condição de incluído para a condição de

⁹³ BERTOLLI FILHO, 2001: 38.

⁹⁴ AGAMBEN, 2002: 146.

⁹⁵ Nesse sentido, Bauman (2007: 75/76) destaca: “Apenas uma linha tênue separa hoje os desempregados, especialmente os que estão nessa condição há muito tempo, de uma queda no buraco negro da ‘subclasse’: homens e mulheres que não se encaixam em nenhuma divisão social legítima, indivíduos deixados fora das classes e que não são portadores de nenhuma das funções reconhecidas, aprovadas, úteis e indispensáveis que os membros ‘normais’ da sociedade executam. Pessoas que nada acrescentam à vida da sociedade, a não ser o que esta poderia fazer muito bem sem elas e de fato ganharia por se livrar delas.”

excluído. Bastava perder o emprego para perder também a condição de cliente do sistema de saúde. Mas, de qualquer forma, era possível identificar de forma mais ou menos precisa quem eram os nossos excluídos e quais eram os critérios dessa exclusão. Os muros da exclusão ainda podiam ser identificados.

A evolução da saúde pública no Brasil, curiosamente, caminhou para essa indefinição de quem são os *homines sacri* de nossa sociedade. Como veremos, a *reforma sanitaria*, ao tempo em que derrubou certos muros que separavam incluídos de excluídos, abriu a possibilidade para que realmente todos os cidadãos possam estar potencialmente expostos à vida nua. Por outro lado, também a partir da observação do desenvolvimento da saúde pública e da medicina é possível inferir que não apenas o papel de *homo sacer* ficou diluído, mas também o papel do soberano.

Assim, no próximo tópico, serão trabalhadas essas duas idéias. Em primeiro lugar, será objeto de estudo essa diluição do papel do soberano que deixou de pertencer a um só líder e se espalhou entre os diversos detentores das várias formas de saber-poder, em especial a do saber médico. Em seguida, será abordada a *reforma sanitaria* sedimentada na Constituição de 1988 e as conseqüências para a questão da exclusão.

1.1.3 *Os novos soberanos e excluídos: uma redefinição de papéis*

1.1.3.1 *O saber-poder da medicina: os médicos no controle.*

A hipótese ora lançada é que, no Brasil, os médicos também passaram a exercer um poder de vida e morte sobre seus pacientes, decorrente do desenvolvimento do saber médico e da valorização cada vez maior da medicina como um conhecimento central do controle biopolítico. Para desenvolver essa idéia, retornamos ao pensamento de Foucault e à construção da saúde pública brasileira para, após, recorrer novamente ao estudo de Agamben.

A formação de uma medicina social voltada para o trabalhador não foi a única característica do sistema de saúde brasileiro que repete as práticas observadas por Foucault na Europa. Outros fenômenos se repetem na história da saúde no Brasil e nas práticas que caracterizam nosso sistema de saúde. Um aspecto interessante é a hospitalização da medicina, a reclusão do saber médico na estrutura dos hospitais.

No artigo **O nascimento do hospital**, Foucault identifica como o hospital deixou de ser local para morrer, destinado aos pobres e administrado por religiosos, para se tornar um local voltado para a cura, controlado pelos médicos. Ele analisa como a caridade cedeu espaço à disciplina a partir do momento em que a vida humana passou a ser tão economicamente valiosa, que foi necessária a criação de instrumentos para a sua preservação⁹⁶.

É exatamente a introdução dos mecanismos da disciplina no antes confuso espaço hospitalar que vai permitir a sua *medicalização*: a calculada distribuição espacial dos indivíduos; o minucioso controle sobre o desenvolvimento das atividades; a vigilância constante dos indivíduos (a visita médica); e o registro completo do que acontece (os prontuários médicos); estas são as ferramentas que mudaram o que era entendido por hospital.⁹⁷

A partir da aplicação destas ferramentas da disciplina, que tem o *exame* como instrumento fundamental, que ocorre o ajuste de dois processos: o deslocamento da intervenção médica e a disciplinarização do espaço hospitalar, que está na origem do hospital médico. Esse duplo processo dá origem as atuais características dos hospitais modernos⁹⁸ que são tanto voltados à saúde do indivíduo em particular quanto à população em seu conjunto. A partir desse momento, há uma centralização do saber médico e, conseqüentemente, da saúde no espaço hospitalar e “o individuo e a população são dados simultaneamente como objetos de saber e alvos de intervenção da medicina, graças à tecnologia hospitalar”.⁹⁹

Essa centralização do saber médico nos hospitais é bem característico no Brasil, pois é neste espaço que se dá na formação do saber médico (registro e estudos dos casos¹⁰⁰), na transmissão do saber¹⁰¹ (por meio da residência médica) e no exercício desse saber (por meio de nosso sistema de saúde que é baseado em hospitais).

E as questões acima suscitadas são apenas um exemplo de como o sistema de saúde brasileiro, público ou privado, é um sistema de controle nos moldes descritos por Foucault. Neste sistema, a disciplina se revela em todas as suas faces, mecanismos e instrumentos.

⁹⁶ FOUCAULT, 1979: 104.

⁹⁷ FOUCAULT, 1979: 105/107.

⁹⁸ Essas características são bem descritas por FOUCAULT, 1979: 108-111.

⁹⁹ FOUCAULT, 1979: 111.

¹⁰⁰ A criação de um espaço real para a investigação do ‘organismo doente’ é um traço marcante da medicina moderna, o olhar sobre o corpo e a criação de uma linguagem sobre ele são, para Foucault, características essenciais, muitas vezes, não percebidas no estudo da história da medicina (MACHADO, 2006: 102/103).

¹⁰¹ A forma como se dá a transmissão do saber dentro das corporações é abordado por Foucault em **Vigiar e Punir**, p. 132 e seguintes. Cumpre destacar que, no Brasil, a residência médica é uma forma de controlar o acesso ao saber médico, pois não se tem acesso amplo às especialidades. É necessário conseguir ser *incluído* em algum grupo de médicos que detêm o conhecimento almejado.

A aplicação dos estudos de Foucault sobre a biopolítica ao cenário do sistema de saúde brasileiro permite revelar os micropoderes e dominações que estão escondidos e desconstruir a imagem de que os hospitais e o sistema de saúde são simples instrumentos de cura voltados apenas para a realização do bem comum.

Assim, não só é possível reafirmar as observações e conclusões de Foucault, mas apontar que o sistema de saúde brasileiro é também um sistema de controle, e o saber médico no Brasil é um instrumento de poder que, dentro do modelo centrado em hospitais, exerce uma influência notável em nossa população¹⁰².

Desta forma, o controle do Estado sobre a vida se acentua e ela, que era o próprio fundamento da soberania¹⁰³, torna-se o sujeito-objeto da política estatal¹⁰⁴. E, se por um lado a medicina dá substrato ao poder biopolítico sobre os corpos, por outro, “no horizonte biopolítico que caracteriza a modernidade, o médico e o cientista movem-se naquela terra de ninguém onde, outrora, somente o soberano podia penetrar”¹⁰⁵. Dilui-se um pouco o papel do soberano. Os cientistas e os médicos passam também a ter em suas mãos o poder soberano sobre a vida do *homo sacer*.

E esse poder é exercido diariamente pelos mais diversos profissionais da área de saúde tanto na prática de suas profissões quanto na formulação de políticas públicas voltadas para esse modelo *hospitalocêntrico* baseado na cura (momento no qual a influência dos interesses de inúmeros grupos privados – laboratórios, fornecedores de insumos hospitalares, etc. – é determinante).

Importante notar que essa dominação exercida pelo saber-poder da medicina, cujo monopólio dos médicos é evidente, submete indistintamente os usuários do SUS ou do sistema privado de saúde. A projeção e controle que o saber médico exerce na formulação de políticas públicas e na própria relação médico-paciente são aspectos microestruturais de nosso sistema de saúde que não podem ser ignorados, especialmente reforçam a posição de cliente que o cidadão ocupa nesse sistema. Efetivamente, nos contornos atuais, o cidadão/paciente,

¹⁰² A conseqüência (bio)política disso é bem observada por Agamben que enxerga na integração entre medicina e política uma das características essenciais da biopolítica moderna. E tal quadro implica num deslocamento da decisão soberana sobre a vida. Ela sai “de motivações e âmbitos estritamente políticos, para um terreno mais ambíguo, no qual o médico e o soberano parecem trocar de papéis” (AGAMBEN, 2002: 150). Segundo o mesmo autor, há uma transformação do significado e das atribuições da medicina que se integra cada vez mais às funções e aos órgãos do Estado (AGAMBEN, 2002: 152).

¹⁰³ A vida como fundamento da soberania é trabalhado por Agamben nos primeiros capítulos da Parte 3 de sua obra **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I**.

¹⁰⁴ AGAMBEN, 2002: 155.

¹⁰⁵ AGAMBEN, 2002: 166.

em geral, é tratado como objeto da medicina, com pouca ou nenhuma influência sobre os tratamentos aos quais será submetido¹⁰⁶.

1.1.3.2 A Reforma Sanitarista e a Constituição de 1988: a redefinição da exclusão

A compreensão de saúde e as novas bases da saúde pública lançadas na Constituição de 1988 redefiniram a forma de exclusão do sistema de saúde.

No fim do regime militar que perdurou entre as décadas de 60 e 80, caracterizada por uma medicina social dominada por interesse de grupos privados, surgiu um importante ator político que acabou por demonstrar anseios antagônicos à visão privatista. Trata-se do *movimento sanitarista*¹⁰⁷. Os grupos privados e o *movimento sanitarista* representaram duas forças políticas antagônicas, que estabeleceram tendências opostas de desenvolvimento da política de saúde no Brasil¹⁰⁸. Nascia a oposição entre *privatistas*¹⁰⁹ e *sanitaristas*¹¹⁰. Esta dualidade percorreu várias das reformas realizadas no sistema brasileiro de saúde.

A forte atuação do *movimento sanitarista* ensejou o surgimento de um discurso voltado à defesa do direito universal à saúde e do dever do Estado em garanti-lo. Para tanto, foi convocada uma Conferência Nacional de Saúde¹¹¹ para subsidiar a Assembléia Nacional

¹⁰⁶ Nesse sentido, vale destacar a ponderação do médico Luiz Roberto Londres (2005:30) sobre a relação entre o paciente e a gestão da saúde: “O paciente está esquecido, o paciente passa a incomodar quando quer assumir sua condição de pessoa. Ela, a pessoa, atrapalha tudo: ensino, ciência, status, tecnologia administração, finanças, plano de saúde, governo... todos esses se sentem a parte mais importantes, procurando, segundo sua ótica própria, dar ordens e impor normas. E o paciente? Passa a ser um objeto de estudo, uma apostila, uma cobaia, um degrau, um objeto, parte de um processo, um comprador, um número, um mercado de produtos ou ate mesmo apenas um corpo.”

¹⁰⁷ Para maiores esclarecimentos sobre a gênese do movimento sanitarista cf. BERTOLLI FILHO, 2001: 62/63.

¹⁰⁸ CASTRO, 2003:384.

¹⁰⁹ “Os grupos privados, com alguma estilização, podem ser caracterizados como constituídos de profissionais e empreendedores da área médica e hospitalar que encaram a saúde como um bem cuja provisão depende de investimentos geridos de modo a permitir um retorno financeiro relevante. Na visão desses grupos, a gestão de recursos deve ser realizada em função de finalidades que sejam objeto de deliberação preponderantemente privada, isto é, sem interferência do debate ‘público’ e critérios daí derivados.” (CASTRO, 2003: 385).

¹¹⁰ “Já o outro ator decisivo, o movimento sanitarista brasileiro, constituiu-se com base na participação de médicos sanitaristas reformistas que tinham ligações com agremiações políticas de oposição ao regime militar, notadamente o Movimento Democrático Brasileiro (MDB) e o Partido Comunista Brasileiro (PCB). O movimento sanitarista ligava-se também a centros e veículos de pesquisa científica, especialmente a Fundação Oswaldo Cruz, a revista ‘Saúde em Debate’ e o Centro Brasileiro de Estudos da Saúde (CEBES). A agenda do movimento sanitarista propunha a redefinição das relações entre o setor privado e o Estado na área da saúde, bem como a “universalização” do acesso aos serviços de assistência médica” (CASTRO, 2003:385). Para maiores detalhes sobre o *movimento sanitarista* confira ALMEIDA *et al*, 2001: 26/27 e BERTTOLI FILHO, 2001:62/63.

¹¹¹ “Em março de 1986 aconteceu, em Brasília, a VIII Conferência Nacional de Saúde (CNS), um dos eventos políticos sanitários mais importantes devido ao seu caráter democrático (presença de milhares de delegados, representando usuários, trabalhadores da saúde, partidos políticos, os diferentes níveis de governo, universidade,

Constituinte¹¹². Tal evento, de importância sem precedentes no desenvolvimento da saúde no Brasil, resultou na formatação de um projeto de Reforma Sanitária, caracterizado por três aspectos principais: a ampliação da noção de saúde; a garantia da saúde como direito de cidadania e dever do Estado; e a instituição de um Sistema Único de Saúde¹¹³. Assim, a citada conferência, por meio da Comissão Nacional de Reforma Sanitária, influenciou profundamente a elaboração da nova Constituição¹¹⁴.

As principais demandas do *movimento sanitarista* foram acolhidas no texto da nova Constituição, e a ordem jurídica que se inaugurava representou uma redefinição profunda da compreensão constitucional acerca da saúde e do direito à saúde que surgia. A nova base da universalidade do direito à saúde não comportava à primeira vista a exclusão de nenhum cidadão. Realmente, é possível afirmar que a Constituição de 1988 trouxe mudanças para aquela medicina social que era tão bem observada no modelo do sistema de saúde que foi formado na Era Vargas e mantido até o fim da ditadura militar. Certamente, a exclusão não era mais a mesma. Por outro lado, se as observações de AGAMBEN acerca da biopolítica moderna estão corretas, a exclusão de alguma forma deveria persistir. E a realidade do sistema de saúde brasileiro dá sinais disso.

As novas bases da saúde lançadas na Constituição de 1988 foram um momento ímpar para o desenvolvimento da saúde pública brasileira. Em vários aspectos, o nosso sistema público de saúde alcançou níveis satisfatórios ou de excelência no atendimento à sociedade. Para citar apenas alguns exemplos, o programa de HIV/AIDS¹¹⁵ do governo federal e as diversas iniciativas quanto a diabetes são referências mundiais¹¹⁶. Apesar desse cenário

parlamentares, ONG etc.) e, também, ao processo social que se estabeleceu a partir das conferências municipais e estaduais, como a ampliação do debate em termos de toda a sociedade” (ALMEIDA *et al*, 2001: 30/31).

¹¹² ALMEIDA *et al*, 2001: 30.

¹¹³ ALMEIDA *et al*, 2001: 31.

¹¹⁴ “Naquele momento havia o consenso entre, os participantes, de que para o setor de saúde no Brasil não era suficiente uma mera reforma administrativa e financeira mas sim uma mudança em todo o arcabouço jurídico institucional vigente que contemplasse a ‘ampliação do conceito de saúde segundo os preceitos da reforma sanitária’ (ANDRADE, 2001: 26).

¹¹⁵ Para uma análise da construção das políticas públicas de combate à AIDS e tratamento dos soropositivos que se deu, sobretudo, na década de 90 cf. PARKER, 1999. A mesma questão é analisada por MIRANDA, 2007, sob uma perspectiva de valorização dos movimentos sociais, com atenção ao Movimento Nacional de Luta contra a AIDS, cujas demandas se voltavam para efetivação do direito à saúde de pessoas vivendo com HIV/AIDS.

¹¹⁶ Sobre a importância e repercussões do programa brasileiro de combate à AIDS pontua MIRANDA: “Os êxitos alcançados com a política brasileira, que incluem controle da infecção, garantia da qualidade de vida de pessoas com HIV e redução de gastos com internação e procedimentos clínicos prova que apesar da fragilidade da política no quesito sustentabilidade, esforços devem ser engendrados para a manutenção e ampliação da política. (...) A ONU reconheceu em 2001, por intermédio da Resolução Acesso a medicamentos no contexto de pandemias HIV/AIDS, proposta pelo Brasil, o acesso a medicamentos como elemento fundamental para a realização do direito humano à saúde” (MIRANDA, 2007:124/125).

animador, sérios problemas continuaram a circundar a saúde pública no Brasil. E a exclusão mostrou novos contornos.

O fim dos institutos de previdência, com a implantação do SUS, induziu a criação de uma saúde supletiva (ou suplementar), que não dependia de financiamento do Estado e nem estava diretamente subordinada a ele¹¹⁷. Ocorreu, entretanto, que a expansão do setor privado se deu à custa da perda de qualidade do setor público, fazendo com que este passasse a ser considerado o sistema dos grupos ‘de baixo’, e o da atenção médico supletiva (privada) o dos grupos ‘de cima’¹¹⁸. Esta é a conhecida *universalização excludente*.

A formação de um sistema público de saúde destinado aos pobres acarretou sérios prejuízos no desenvolvimento do SUS, especialmente porque a classe média, forte formadora de opinião, deixa de lutar por um bom sistema público de saúde, calcada em uma falsa percepção de que não necessita de seus serviços. Nesse particular, é importante destacar os apontamentos de Lenir Santos e Guido Ivan de Carvalho:

A luta pelo direito à saúde, como um direito das pessoas pobres, valoriza a saúde apenas como um direito que deve ser satisfeito no campo da assistência social, esvaziando-se de seu conteúdo de direito social e individual a ser garantido pelo poder público a qualquer cidadão. O direito à saúde assim considerado (mero assistencialismo), transforma-o em ‘direito dos pobres’, devendo a classe média desejá-lo na forma de ‘mercadoria’, pretendendo sempre ter ou melhorar seu plano ou seguro-saúde. O direito à saúde transformado em bem de consumo dificulta a sua concretização, pois todos aqueles que, de algum modo, devem garantir a saúde pública, entendem que estão praticando assistencialismo, dando ao pobre aquilo que não pode comprar.¹¹⁹

A valorização dos planos privados em detrimento da qualidade dos serviços públicos de saúde e a gestão da saúde pública submetida a interesses econômicos são apenas algumas das práticas recorrentes que agravam a exclusão da população com menor poder aquisitivo. De outro lado, a transferência para o setor público de procedimentos de alto custo que o sistema privado se recusa a cobrir¹²⁰ (carências e ausência de cobertura), a manutenção do modelo *hospitalocêntrico* e o abuso do poder econômico dos planos de saúde são outros problemas que expõe à exclusão também as classes mais abastadas, o que indica ser falsa a sensação de segurança que a saúde suplementar oferece.

Como era de se esperar, o estabelecimento da saúde como direito universal não acabou com a exclusão provocada pelo sistema de saúde. Mas a dinâmica se alterou

¹¹⁷ Atualmente o setor privado é regulado pela ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar. A criação de uma agência reguladora somente para este setor já demonstra a importância do sistema privado e dos planos de saúde no cenário brasileiro..

¹¹⁸ ALMEIDA *et al*, 2001:38.

¹¹⁹ CARVALHO e SANTOS, 2002: 45.

¹²⁰ SALAZAR *et al*, 2003: 375.

substancialmente. Se antes parte da população não tinha direito à saúde e era excluída do sistema, agora ele é aberto a todos. A exclusão tornou-se mais sutil. A definição dos ‘politicamente irrelevantes’ passou a adotar novas formas, mas com a manutenção de velhos critérios.

Esta é uma das conseqüências da universalização do direito à saúde: a exclusão deixa de se apresentar de forma clara. Não é mais no âmbito do direito que a encontramos na sua forma mais nítida, mas sim na formulação e concretização das políticas públicas: na prestação deficiente, na dificuldade de acesso aos serviços de saúde, na adoção de uma lógica econômica na formulação das políticas públicas, na autoritária relação médico-paciente etc. Em verdade, muitos brasileiros passaram a ser *incluídos como excluídos*¹²¹.

Uma conseqüência da situação descrita está na amplitude do alcance da exclusão. Se, no plano normativo, todos são incluídos, se torna mais fácil a exclusão de qualquer indivíduo. Como a população está inteiramente submetida a esse sistema, qualquer um pode ser objeto das conseqüências que ele pode gerar. Assim, não só a pessoa hipossuficiente está submetida ao SUS (Sistema Único de Saúde), mas também aquele que detém um plano de saúde privado pode ter que recorrer ao SUS, seja por uma emergência, seja por falta de cobertura¹²². Além disso, o modelo *hospitalocêntrico* impõe que sempre estejamos submetidos ao saber-poder médico. Nas mãos de um médico, tanto o pipoqueiro da esquina quanto um professor universitário poderão estar igualmente submetidos à vida nua. E o fato de um estar sendo atendido na rede pública e o outro na rede privada não é garantia de participação em seu próprio destino. Em poucas palavras, todos somos incluídos, mas potencialmente excluídos¹²³.

¹²¹ Essa mudança estrutural é bem observada por Zygmunt Bauman (1999: 56/62), que chama atenção para a diferença dos instrumentos de controle mais modernos, que superam a estrutura panóptica descrita por Foucault. Bauman destaca que há uma gradual alteração para uma estrutura ‘Sinóptica’, na qual os indivíduos deixam de ser objeto de controle por outros, mas se ‘entregam’ ao controle em busca de inclusão. Os diversos bancos de dados, os cartões de crédito, os planos de saúde, as contas bancárias, todos esses instrumentos que fornecem informações sobre os indivíduos são livremente fornecidos, pois cada vez mais se busca a inclusão nesse sistema. Os excluídos não são mais aqueles que são controlados, mas sim os que não são controlados. A luta pela inclusão é uma luta por ‘mais controle’, por mais inserção no sistema. É assim que potencialmente todos podem ser incluídos, mas muitos permanecem às margens desse sistema, sem acesso aos bens e ao conforto que o controle gera. Quanto mais controlado pelo sistema, mais livre é o indivíduo.

¹²² Isso porque estamos a enfocar apenas o aspecto de assistência à saúde, pois, no que tange aos serviços de vigilância sanitária prestados pelo SUS, todos os cidadãos são indistintamente alcançados.

¹²³ É importante ressaltar que essa potencial exclusão se materializa de forma muito menos freqüente na vida dos indivíduos que pertencem às classes mais abastadas de nossa sociedade e se apresenta mais amiúde aos integrantes das classes menos favorecidas. Além disso, muitos indivíduos convivem com uma exclusão permanente. São aqueles que Bauman chama de ‘excedentes’ e ‘criminosos’, subcategorias de indivíduos excluídos que são “permanentemente marginalizados, inadequados para a reciclagem social e designados a serem mantidos permanentemente fora, longe da comunidade dos cidadãos cumpridores da lei” (BAUMAN, 2007: 76). Boaventura de Sousa SANTOS (2007: 63) também destaca esse fenômeno: “[...] é que cada vez mais gente passa do sistema de desigualdade ao sistema de exclusão; de estar dentro de uma maneira subordinada a

Assim, em que pese o notável desenvolvimento ocasionado pela criação do SUS, a nova exclusão que temos após a Constituição de 1988 é ainda mais perigosa, pois este sistema que está aberto a todos gera apenas uma inclusão formal. Todos têm direito aos serviços de saúde, mas, na realidade, poucos obtêm acesso integral. E as epidemias de dengue, as maternidades desativadas, os equipamentos de quimioterapia aguardando manutenção, as filas nos hospitais, a falta de leitos, os abusos dos planos de saúde, o desabastecimento das farmácias públicas, todos esses acontecimentos se tornam notícias de jornal que preocupam cada vez menos, especialmente aos que se consideram incluídos¹²⁴.

O direito à saúde e o SUS não são, portanto, garantias de boa saúde para a população e não geram necessariamente mais cidadania, emancipação e independência dos indivíduos. São avanços constitucionais importantes, fruto de movimentos sociais históricos, mas que podem servir de instrumentos de exclusão caso a participação social que os criou não se perpetue. Aguardar que o mercado ou o Estado resolvam os problemas da saúde não parece ser um bom caminho.

Assim, voltamos à pergunta formulada no início de nosso estudo: como pensar a saúde e o problema da exclusão se estamos (e precisamos ser) cada vez mais inseridos em um sistema do qual não podemos abrir mão?

estar fora, a sair do contrato social, da sociedade civil: são os desocupados que não tem esperança de voltar a ser ocupados; os jovens em milhares de guetosurbanos das grandes cidades”.

¹²⁴ CARVALHO e SANTOS, 2002: 45.

1.1.4 Como pensar uma saúde diferente?

A sociedade disciplinar parece ter “evoluído” de tal forma que as ferramentas que *prendem* os indivíduos aos controles dos sistemas de disciplina não necessitam mais ser tão fortes. A vida longe dos controles dos diferentes sistemas criados pelos saberes-poderes parece ser impossível. Os novos direitos adquiridos aumentam a dependência em relação ao Estado¹²⁵, ao tempo em que expõe os cidadãos a uma nova e perigosa forma de exclusão. Temos, então, sérios problemas a enfrentar no caminho rumo a uma maior inclusão.

No campo da saúde, um importante passo no sentido de enfrentar essa situação é buscar entender a quem cabe excluir, quem pode decidir acerca da vida e da morte dos indivíduos e, a partir daí, pensar a quem deve pertencer essa autoridade. Sabemos que essa decisão já não cabe mais a um único soberano. Em nossa sociedade, tanto o poder soberano está diluído como também qualquer um pode estar na situação de *homo sacer*. Não é mais tão fácil distinguir aqueles que exercem o poder e os que estão submetidos a ele. A realidade é mais complexa¹²⁶.

Para evitar que o controle exercido sobre os cidadãos (ou a ausência dele) implique disposição da vida dos que são considerados “irrelevantes”, é importante definir quem tem direito a decidir sobre a vida e a morte dos indivíduos, e quem deve assumir o papel de soberano.

Os estudos de Foucault e Agamben mostram que esse poder de decisão passou ao longo da história para as mãos de quem detém o poder biopolítico. Especificamente no campo

¹²⁵ A experiência dos paradigmas anteriores já demonstrou que a exacerbação da autonomia individual ou da colonização do espaço público pelo Estado pode gerar sérias distorções. A passividade diante do Poder Público pode aumentar de forma perigosa uma dependência que já é uma característica moderna. Como destaca Agamben (2002: 127): “[...] antes de emergir impetuosamente à luz do nosso século [século XX], o rio da biopolítica, que arrasta consigo a vida do *homo sacer*, corre de modo subterrâneo mas contínuo. É como se, a partir de um certo ponto, todo o evento político decisivo tivesse sempre uma dupla face: os espaços, as liberdades e os direitos que os indivíduos adquirem no seu conflito com os poderes centrais simultaneamente preparam, a cada vez, uma tácita porém crescente inscrição de suas vidas na ordem estatal, oferecendo assim uma nova e mais temível instância ao poder soberano do qual desejariam liberar-se” (grifo nosso).

¹²⁶ Agamben (2002: 128) enfoca essa situação: “Se, em todo Estado moderno, existe uma linha que assinala o ponto em que a decisão sobre a vida torna-se decisão sobre a morte, e a biopolítica pode desse modo converter-se em tanatopolítica, tal linha não mais se apresenta hoje como um confim fixo a dividir duas zonas claramente distintas; ela é, ao contrário, uma linha em movimento que se desloca para zonas sempre mais amplas da vida social, nas quais o soberano entra em simbiose cada vez mais íntima não só com o jurista, mas também com o médico, com o cientista, com o perito, com o sacerdote”

da saúde, percebe-se que esse poder de decisão sobre a vida e a morte¹²⁷ pertence hoje tanto àqueles que possuem determinados saberes – médicos, farmacêuticos, juristas, etc. – quanto aos que possuem (ou podem influenciar) o poder político.

Portanto, para evitar a exclusão, é necessária uma mudança na visão de quem é esse poder soberano. Ora, se os corpos e a vida dos indivíduos estão submetidos a uma decisão, eles mesmos devem ser os protagonistas e não apenas o objeto dela. Em outras palavras, se é a decisão política e o conhecimento que definem a vida dos cidadãos, é necessário que eles tomem essa decisão¹²⁸ também participem na produção do conhecimento.

A valorização da participação social tanto no espaço da política - por meio da participação na formulação das políticas públicas e do controle social de sua execução -, quanto no compartilhamento dos saberes que estruturam o sistema de saúde (médico, jurídico, administrativo, etc.) pode transformar a potencial exclusão a qual os cidadãos estão expostos em uma efetiva inclusão de todos.

Isso porque na participação reside a grande esperança de mudança de nosso sistema de saúde. Se por um lado, a universalização do direito à saúde criou uma perigosa exclusão que potencialmente alcança todos os cidadãos, a inclusão formal que ela gera também abre espaço a uma inclusão efetiva sem precedentes. A universalização é, ao mesmo tempo, possibilidade de mais exclusão e oportunidade para inclusão efetiva. E a participação social é o fiel da balança.

É importante que os cidadãos tenham meios, procedimento e canais por meio dos quais possa participar e, a partir de então, abandonar o papel de clientes e buscar o protagonismo na formação do sistema de saúde.

Nossa proposta de leitura se baseia, portanto, na valorização da participação social como elemento para mudanças estruturais em todos os níveis de nosso sistema de saúde. No entanto, ela ainda carece de justificação normativa em face da Constituição.

¹²⁷ AGAMBEN (2002: 171) destaca que nem mesmo vida e morte são conceitos propriamente científicos, mas conceitos políticos que adquirem significado preciso somente através de uma decisão.

¹²⁸ Se Foucault e Agamben estavam certos ao afirmar que as decisões (bio)políticas é que definem o que será feito de nossos corpos (o que pode ir desde um produtivo controle ao extermínio), é imprescindível que antes possamos definir os contornos dessas políticas. Como conclui AGAMBEN (2002: 193), “nós não somos apenas, nas palavras de Foucault, animais em cuja política está em questão suas vidas de seres vivos, mas também, inversamente, cidadãos em cujo corpo natural está em questão a sua própria política.”

1.2 Por uma concepção de saúde adequada ao Estado Democrático de Direito.

Na primeira parte deste capítulo, buscamos justificar, de um ponto de vista sociológico, que a valorização da participação social na construção do sistema de saúde é um importante mecanismo do seu desenvolvimento no sentido de estender os seus serviços a uma maior parcela da população. Essa alternativa que colocamos, contudo, deve também sustentar-se argumentativamente em face da Constituição vigente.

Como destacamos na introdução deste trabalho, mesmo no paradigma do Estado Democrático de Direito, subsistem concepções de saúde ainda ligadas às leituras conceituais dos paradigmas superados. Essas leituras justificam a formulação de políticas públicas ou práticas do mercado que geram distorções em nosso sistema de saúde. Esse movimento é natural, pois as ações concretas de determinados grupos em prol de seus interesses devem obter algum respaldo argumentativo ou normativo, sob pena de serem considerados ilegítimos.

Apontamos neste tópico que a justificação e uma leitura do direito à saúde só pode ser considerada válida, e por conseqüência legitimar¹²⁹ uma ação, se puder ser defendida argumentativamente de forma coerente com o paradigma constitucional vigente, o Estado Democrático de Direito. Ademais, consideramos que a valorização da participação é um instrumento importante para evitar abusos e distorções do modelo de saúde, garantindo a concretização do direito à saúde em favor todos os cidadãos.

¹²⁹ Legitimidade e validade são momentos diferentes quando analisamos uma política pública ou uma norma jurídica. A legitimidade está ligada ao procedimento de criação e ao potencial de aceitação pelos destinatários. A validade, à possibilidade de imposição da política ou norma aos destinatários. Numa visão do direito à saúde à partir do paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito, há uma mudança nessa separação entre legitimidade e validade, pois a primeira passa a ser um pressuposto da segunda. Uma norma ou política pública que não for legítima sob os aspectos democráticos procedimentais, pode ser considerada como não válida. Esses critérios que antes estavam separados, passam a se entrelaçar. Conforme destaca DALLARI (2008:99): “A participação popular da Administração, por exemplo, deve ser considerada um procedimento eficiente para **legitimar as decisões** que, apreciadas conforme seu conteúdo normativo, atuam como atos legislativos” (grifo nosso).

1.2.1 *A Constituição de 1988: disputas na formulação de um novo direito à saúde.*

Conforme observamos na primeira parte do capítulo, inúmeros fatores estavam em jogo para influenciar a construção da saúde na Constituição de 1988, com especial destaque para o embate de uma tradição privatista da saúde com uma nova visão representada pelos defensores da reforma sanitária. Interesses de diversos grupos estavam em contraposição. Velhas práticas arraigadas no sistema então existente, baseado em uma saúde de cunho curativo, foram revistas. Além disso, estava em pauta a construção de um direito à saúde.

A formação da compreensão de saúde da nova Constituição foi bem representativa do que Michel Rosenfeld chama de construção de uma Constituição e da formação de um sujeito constitucional¹³⁰. O referido autor destaca que o sujeito constitucional não molda uma ordem política totalmente nova, não há uma criação no vazio¹³¹. Forma-se uma nova ordem sim, mas a partir das tradições e do contexto em que a nova Constituição é construída. Assim, a nova compreensão de saúde que se inaugurava em 1988 levou em conta a tradição privatista e as novas demandas do *movimento sanitarista*, as diversas concepções de saúde existentes na sociedade, além do modelo de saúde então vigente. Esse movimento é necessário, pois o texto exige contexto, e o processo de formação da Constituição recebe influxos de inúmeros setores sociais, sejam ou não hegemônicos.

Nesse ponto, reside uma característica interessante. Ao mesmo tempo em que são recebidos inúmeros influxos para a formação de uma identidade constitucional, deve-se buscar uma negação de todas outras identidades – um afastamento – para que seja possível a sua própria criação¹³². A partir daí, segue-se em um segundo momento no qual se busca uma identidade positiva, motivo pelo qual as identidades antes afastadas são revisitadas, mas, desta vez, sob o enfoque da nova identidade criada¹³³.

Isto se dá porque os objetivos do constitucionalismo não podem ser perseguidos no vazio. O aparato institucional a ser criado deve se assentar “na história, nas tradições, no

¹³⁰ ROSENFELD, 2003.

¹³¹ ROSENFELD, 2003: 34/35.

¹³² “A negação é crucial á medida que o sujeito constitucional só pode emergir como um ‘eu’ distinto por meio da exclusão e da renúncia” (ROSENFELD, 2003: 50).

¹³³ A busca por uma identidade positiva marca, sobretudo, o segundo estágio do desenvolvimento lógico do sujeito constitucional. Mas uma tal identidade positiva só se torna possível se recorre às mesmas identidades descartadas no primeiro estágio de formação do sujeito constitucional (ROSENFELD, 2003: 53).

patrimônio cultural da comunidade política pertinente”.¹³⁴ Mas, como essa operação parte da Constituição, a incorporação das identidades pré-constitucionais antes descartadas agora se dá de forma seletiva. Segundo Rosenfeld, “as tradições incorporadas ao sujeito constitucional no segundo estágio o são em seu próprio benefício. Essas tradições só são invocadas à medida que sejam capazes de servir aos interesses do constitucionalismo”.¹³⁵

Esse é o ponto diferencial para que a visão do *movimento sanitarista* sobre a saúde tenha sido incorporada de forma predominante na Constituição de 1988. Não foi apenas a força política deste movimento que permitiu tal incorporação, mas o fato de suas reivindicações serem compatíveis com o que exige o constitucionalismo (Estado de Direito e respeito aos direitos fundamentais) e com um princípio deontológico que deve ser respeitado em qualquer Constituição¹³⁶ ou na interpretação de normas constitucionais: a igualdade.

Se assumirmos que o direito à saúde é importante para o exercício da cidadania e para uma vida digna – e é razoável partir deste pressuposto –, a saúde deve ser um direito garantido a todos, sem exceção, sob pena de desrespeito à igualdade. A manutenção de uma saúde, que era apenas direito do trabalhador, revelava uma tendência muito mais ao controle social do que à constituição de uma comunidade fundada em princípios¹³⁷ nos quais o igual respeito e consideração devem ser pressupostos irrenunciáveis.

E são pressupostos irrenunciáveis porque a igualdade é fundamento tanto da Democracia quanto do Estado de Direito. Assim, uma Constituição elaborada sob o paradigma do Estado Democrático de Direito deve levar a igualdade a sério¹³⁸, conforme bem destaca Ronald Dworkin:

Posso ter dado a impressão de que a democracia e o Estado de Direito são conflitantes. Não é isso; pelo contrário, esses dois importantes valores políticos estão enraizados em um ideal mais fundamental, o de que qualquer governo aceitável deve tratar as pessoas como iguais.¹³⁹

¹³⁴ ROSENFELD, 2003: 53.

¹³⁵ *Id-Ibidem*.

¹³⁶ Para ROSENFELD (2003: 36), o constitucionalismo moderno requer além de governo limitado e a aceitação do Estado de Direito, a proteção de direitos fundamentais.

¹³⁷ Segundo DWORKIN (2003: 254/255), “os membros de uma sociedade de princípio admitem que seus direitos e deveres políticos não se esgotam nas decisões particulares tomadas por suas instituições políticas, mas dependem, em termos mais gerais, do sistema de princípios que essas decisões pressupõem e endossam.”

¹³⁸ “Podemos dar as costas à igualdade? Nenhum governo é legítimo a menos que demonstre igual consideração pelo destino de todos os cidadãos sobre os quais afirme seu domínio e aos quais reivindique fidelidade” (DWORKIN, 2005: IX).

¹³⁹ DWORKIN, 2000: 38. Conforme destaca Rosenfeld (2003:46), a igualdade é tão importante para Dworkin que ele considera um requisito fundamental para a interpretação judicial.

E, se o princípio democrático somente pode ser concretizado em conjunto com a idéia de Estado de Direito, conforme aponta Habermas¹⁴⁰, a igualdade passa a ser necessária em qualquer regime que se pretenda democrático ou que respeite o *rule of law*. É assim que, ao final de intensos debates e embates de diferentes interesses e concepções, a compreensão de saúde como direito fundamental e, portanto, universal, foi acolhida pela Constituição Federal.

Não se pode negar que algumas das reivindicações da ‘agenda privatista’ também foram inseridas no texto constitucional. Afinal, a partir dos parâmetros constitucionais, todas as identidades relevantes devem ser revisitadas, pois “as tradições pré-revolucionárias não são completamente erradicadas, mas transformadas e seletivamente incorporadas na nova ordem forjada pelo sujeito constitucional”.¹⁴¹ Espera-se isso principalmente das tradições que são hegemônicas, como era o caso da *privatista*.

Assim, os grupos privados também influenciaram a elaboração do texto constitucional, contando com a articulação de partidos políticos mais conservadores – PTB, PFL (atual DEM) e PDS¹⁴². Obtiveram resultados políticos importantes, especialmente na garantia de participação da iniciativa privada no SUS¹⁴³, mediante contratos e convênios.¹⁴⁴

É importante observar que mesmo essa apropriação da concepção *privatista* está em consonância com os preceitos do constitucionalismo, pois é uma expressão dos direitos e liberdade, em especial da liberdade de empreender. Além disso, vale lembrar que a intenção de atribuir todas as funções de relevância pública (como a saúde) ao Estado é um traço característico do Estado Social que não deve ser repetido.

Os contornos gerais que do direito à saúde na Constituição Federal de 1988 mostram que o texto constitucional, fruto de intensos debates, foi concebido sob os auspícios de um Estado Democrático de Direito, pois não perpetuou a visão clientelista predominante até então. As diretrizes de universalização, igualdade e integralidade incluíram todos os cidadãos

¹⁴⁰ HABERMAS, 2003: 171.

¹⁴¹ ROSENFELD, 2003:35.

¹⁴² CASTRO, 2003: 386.

¹⁴³ Para confirmar tais esclarecimentos, basta observar a dicção dos artigos 197 e 199 da Constituição Federal de 1988: “art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. [...] art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.”

¹⁴⁴ CASTRO, 2003: 386. Para confirmar tais esclarecimentos, basta observar a dicção dos artigos 197 e 199 da Constituição Federal de 1988. “Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.”

como potenciais usuários do sistema público de saúde, ao tempo que as diretrizes de participação social e descentralização da gestão possibilitaram aos usuários dos SUS serem não só clientes, mas também co-gestores do sistema.

Essa notável evolução normativa abriu espaço ao desenvolvimento do sistema de saúde, contudo, uma norma, por mais adequada que seja, não pode revolucionar sozinha a realidade e salvar a sociedade de seus males. O texto constitucional escrito é invariavelmente incompleto e aberto a novas interpretações¹⁴⁵, e a partir de sua promulgação inicia-se o seu processo de incessante reconstrução. Tal processo é natural e necessário, contudo, pode também dar espaço a distorções aptas a utilizar o direito à saúde contra o próprio direito à saúde.

1.2.2 *As distorções após a Constituição de 1988*

A tradição privatista que dominou as ações de saúde durante décadas não pôde simplesmente ser extirpada dos serviços de saúde. Da mesma forma, os interesses de influentes grupos privados que não foram contemplados na Constituição não abandonaram a cena política, e não demoraria a estar novamente influenciando o discurso constitucional e a produção legislativa infraconstitucional.

Várias práticas apontam para uma crescente ‘privatização’ da saúde pública, pois o SUS é alvo constante apropriações para atender a interesses de determinados setores privados: hospitais particulares, laboratórios, indústria de insumos hospitalares, planos de saúde¹⁴⁶ etc.

Mas na nova conjuntura inserida pela Constituição de 1988 não foi mais possível identificar claramente a ação de grupos comprometidos com a defesa de interesses coletivos na área de saúde e outro grupo, comprometido com interesses econômicos, voltado a uma individualização lucrativa da saúde. As agendas *sanitarista* e *privatista* ganharam novos contornos.¹⁴⁷

¹⁴⁵ ROSENFELD, 2003: 18.

¹⁴⁶ LONDRES, 2006:88/90.

¹⁴⁷ CASTRO, 2003:387. Todavia, não é difícil perceber que um modelo voltado à assistência médica, individual e *hospitalocêntrica* se apresenta muito mais lucrativo para o setor privado do que um modelo que prioriza a prevenção e a promoção da saúde, buscando uma abordagem mais coletiva desta. Da mesma forma, a pesquisa de tratamento de doenças e desenvolvimento de medicamentos raramente volta-se para os males que atingem grande parte da população, pois estes são exatamente os que atacam a parcela mais pobre e, mais uma vez, atender ao interesse coletivo contraria os interesses econômicos. Como salienta Claudia Fernanda de Oliveira

A saúde suplementar ganhou grande projeção no cenário nacional, definindo uma nova exclusão após a Constituição de 1988. O crescimento do setor privado recebeu tratamento legal, por meio que a Lei nº 9.961/00, regulamentada pelo Decreto nº 3.327/00, que criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), além de regulamentar o plano de saúde e o seguro privado de assistência à saúde¹⁴⁸. A regulamentação e regulação do setor privado, ao mesmo tempo que destinava-se a coibir abusos contra seus usuários, reafirmou a segmentação entre o sistema público e o privado, além de realçar as desigualdades latentes e o papel de cliente que os cidadãos desempenhavam nesse cenário.

A segmentação criada não trouxe, no entanto, segurança para os incluídos (usuários de planos de saúde), pois o setor privado, além de furtar-se de qualquer ação voltada à saúde pública, cria obstáculos ao acesso à saúde para seus próprios clientes e acaba por transferir parte de suas demandas para o setor público como forma de garantir seu lucro.¹⁴⁹

Não são apenas problemas e prejuízos que o setor privado transfere para o setor público, mas também a lógica econômica em que se baseia a sua organização. As ações e políticas públicas do SUS também são influenciadas pela lógica de mercado em determinadas circunstâncias, conforme alertam Sueli Gandolfi Dallari e Deisy de Freitas:

De fato, o que se verifica, então, é que as estruturas estatais de prevenção sanitária passam a estabelecer suas prioridades não mais em virtude dos dados epidemiológicos, mas, principalmente, em decorrência da **análise econômica do custo/benefício**. E isso, por vezes, acaba implicando a ausência de prevenção, elemento historicamente essencial ao conceito de saúde pública.¹⁵⁰ (grifo nosso)

A influência de interesses econômicos e da lógica econômica não prejudica apenas a prestação de ações preventivas¹⁵¹, como também as curativas, contribuindo para a queda da

Pereira (2004: 42): “Apenas 10% dos gastos mundiais em investigação e desenvolvimento médico são orientados para as doenças dos 90% mais pobres da população mundial.”

¹⁴⁸ Apesar da normatização do setor várias polêmicas ainda permanecem, como a limitação da cobertura dos riscos de doença, a cobertura de doenças preexistentes, a portabilidade do prazo de carência, entre outras.

¹⁴⁹ Algumas das contradições do setor privado são bem descritas por Andréa Lazzarini Salazar, Karina Rodrigues e Vidal Serrano: “Enquanto o sistema público trata, como não poderia deixar de ser, da saúde integralmente, de maneira harmônica e igualitária, tanto no que diz respeito ao aspecto preventivo, como também o assistencial e curativo, o sistema privado consegue a proeza de tratar a saúde de forma fragmentada, além de praticamente ignorar as ações de prevenção. Enquanto o sistema público deve garantir a assistência em todos os níveis de complexidade, o privado, fica desobrigado de garantir cobertura aos procedimentos ditos de alta complexidade para os portadores de doenças preexistentes, nos dois primeiros anos de contrato. Temos, dessa forma, uma postura por vezes contraditória, iniciada através da legislação e seguida pela atuação do Poder Público que, de um lado, se diz impossibilitado de implantar os princípios e diretrizes do SUS, especialmente devido à falta de recursos e, de outro, acaba permitindo a transferência do ônus dos tratamentos mais caros ou não cobertos pelas operadoras de planos de saúde exatamente para o sistema público” (grifo nosso) (SALAZAR, 2003: 375).

¹⁵⁰ DALLARI e FREITAS, 1995.

¹⁵¹ Em breve síntese, o aspecto *curativo* é ligado à saúde como uma singela ausência de doenças. As ações de saúde sob esse viés são aquelas destinadas a debelar doenças e outros males que atacam o organismo humano.

qualidade do serviço prestado às populações mais carentes em comparação aos detentores de planos de saúde. Um bom exemplo é a questão da implantação do sistema de ‘duas portas’,¹⁵² meio pelo qual se institui nos hospitais públicos um atendimento diferenciado aos pacientes. De um lado os usuários de planos privados de saúde, que pagam e recebem pronto atendimento e, do outro, o restante da população, com atendimento gratuito, porém de baixa qualidade. Atitude semelhante também é encontrada em hospitais particulares conveniados ao SUS que, com frequência, rejeitam pacientes do SUS para atender aos que utilizam plano de saúde¹⁵³.

Alguns hospitais públicos ainda enfrentam o problema da criação de *fundações de apoio* a eles vinculadas. Tais entidades, que são, na prática, uma distorção da saudável parceria entre o setor público e o privado, buscam captar recursos públicos para aplicação em ações e serviços científicos ou culturais de interesse de seus dirigentes. É a utilização do dinheiro público para a consecução de interesses individuais, muitas das vezes totalmente dissociados das finalidades às quais foram destinados os recursos públicos¹⁵⁴.

As práticas mencionadas, que podem ser associadas a uma visão da saúde vinculada aos ideais do Estado Liberal, convivem com outras ações que veiculam uma influência das diretrizes que caracterizavam o Estado Social.

Uma dessas ações é a crescente intervenção do Judiciário no sistema público de saúde¹⁵⁵. As ordens judiciais se direcionam especialmente à prestação de serviços de saúde

Não há ação sobre a causa, mas apenas assistência para a recuperação do doente. No segundo aspecto, o *preventivo*, o esforço concentra-se na prevenção das doenças, a ação é adiantada, contudo o foco permanece o mesmo: a doença. A diferença entre as concepções está no tempo de intervenção. O terceiro aspecto traz uma abordagem diferente. Esse novo marco foi consagrado na Constituição da Organização Mundial de Saúde – OMS. Ele vincula a saúde às questões de bem-estar e qualidade de vida. Ultrapassa os aspectos *curativo* e *preventivo* para uma atitude de *promoção* da saúde. Tal noção aproxima a saúde de suas questões determinantes e condicionantes, buscando mudar o enfoque da doença para a saúde em si.

¹⁵² “Tem sido muito comum os hospitais públicos instituírem um sistema de atendimento desigual ao paciente. A chamada ‘duas portas’ traduz-se pela preferência de atendimento, nos hospitais públicos, às pessoas que possuem planos ou seguro-saúde, ou que se dispõem a pagar pelos serviços prestados. Para cada tipo de clientela, um tipo de acesso aos serviços; para os que pagam, garante-se atendimento prioritário, sem filas, em sala de espera confortável, com consulta pré-agendada etc.; aos demais (cidadãos brasileiros, com direito à saúde), o atendimento é de segunda classe; consulta e exames com espera de meses, filas, a insensatez e o desrespeito na marcação de todas as consultas do dia em um único horário, sendo atendido aquele que chegar primeiro; salas de espera sem o menor conforto, cirurgias agendadas em datas incompatíveis com a necessidade da intervenção e assim por diante” (CARVALHO e SANTOS, 2002: 79).

¹⁵³ “Embora legalmente injustificável, visto que as operadoras privadas de saúde devem obedecer às diretrizes do SUS, e, também, moralmente questionável, as instituições privadas recusam-se (ou procuram desculpas para tanto) a internar pacientes que não tenham seguros de saúde privados, pois é certeza de *deficit* devido à baixíssima contraprestação governamental.” (SCHWARTZ, 2001: 150)

¹⁵⁴ Sobre as fundações de apoio e as distorções por elas geradas cf. Carvalho e Santos, 2002: 95/99.

¹⁵⁵ Fenômeno que trabalharemos com maior atenção no capítulo 2.

curativos: medicamentos de alto custo, cirurgias, internações em Unidades de Terapia Intensiva (UTIs), entre outros. Por meio do Judiciário, atualmente, é possível garantir o acesso a praticamente qualquer serviço de saúde.

Por melhores que sejam as intenções dos magistrados ao intervirem na gestão do SUS, a formatação atual dessa intervenção não têm contribuído para a redução da dependência do cidadão em relação ao Estado, e, tampouco, tem colaborado para o desenvolvimento do SUS¹⁵⁶. Ao contrário, da forma como tem ocorrido, as ações judiciais demonstram um potencial para realçar desigualdades e desvalorizar a participação social na saúde.

Em suma, com o propósito de realizar o direito à saúde, tanto influências privatistas quanto visões estatizantes têm interpretado esse direito de forma que podemos considerar incoerentes com o paradigma do Estado Democrático de Direito.

1.2.3 *A valorização da participação social em busca de inclusão: uma concepção de saúde socialmente compartilhada.*

As distorções do direito à saúde são movimentos que ordinariamente acontecem em nossa sociedade, pois, por ser uma norma constitucional, esse direito é aberto a várias interpretações. É possível que uma interpretação do direito à saúde seja amoldada a um discurso parcial voltado aos interesses de determinado grupo. E essa característica não pode ser considerada um problema da redação da nossa Constituição, pois é inerente a qualquer direito socialmente construído. A elaboração da Constituição é o preenchimento de um vazio, de uma identidade que surge como oposição a todas as outras¹⁵⁷. Mas o texto constitucional não prescinde de contexto, e necessita reinventar-se a todo momento conforme os contextos se modifiquem. Nesse sentido, Rosenfeld destaca:

Como o texto é dependente do contexto e como contexto é aberto-a-finalidades (*open-ended*) e sujeito a transformações ao longo tempo, o sujeito constitucional precisa recorrer ao discurso constitucional para inventar e reinventar sua identidade. Em outros termos, o sujeito constitucional, motivado pela necessidade de superar a sua carência (*lack*) e inerente incompletude, precisa se dotar do instrumental do discurso constitucional para construir uma narrativa coerente na qual possa localizar uma auto-identidade plausível¹⁵⁸.

¹⁵⁶ Esse argumento será justificado e desenvolvido no capítulo 3.

¹⁵⁷ Segundo Rosenfeld (2003: 26), “encontramos um hiato, um vazio, no lugar em que buscamos uma fonte última de legitimidade e autoridade para a ordem constitucional.”

¹⁵⁸ ROSENFELD, 2003: 40.

A renovação da identidade constitucional é inevitável e necessária, mas como todo processo interpretativo não está imune às tentativas de apropriação. Assim, o abuso de direito é um perigo constante. E não adianta depositarmos no Estado as esperanças de defesa do “verdadeiro” direito à saúde.

Concomitantemente à construção do direito à saúde também se observa uma redefinição¹⁵⁹ na dicotomia entre *público* e *privado*, com o surgimento de novas categorias de direitos que fogem dessa velha oposição e problematizam esse campo relacional¹⁶⁰. Esta relação ocupa também posição central no novo paradigma que se instala. O público não se confunde mais com o estatal e o privado não é apenas o refugio do egoísmo. A complexidade social exige que “organizações da sociedade civil defendam interesses públicos contra o Estado privatizado, o Estado tornado empresário, o Estado inadimplente e omissivo”¹⁶¹.

Além disso, mesmo quando os agentes estatais atuam com a intenção de atender aos interesses públicos, não necessariamente terão sucesso em suas ações. Conforme destacamos na introdução de nossa pesquisa, a crise do Estado Social não é apenas uma crise econômica. As demandas por inclusão não se destinam apenas a combater os corruptos, mas a questionar o caráter autoritário e centralizador do Estado¹⁶². Isso ocorreu, conforme Habermas, porque “com o crescimento e a mudança qualitativa das tarefas do Estado, modifica-se a necessidade de legitimação”¹⁶³. A crise do Estado Social foi uma crise de legitimidade. E esse é o principal ponto de superação no paradigma do Estado Democrático de Direito.

Tal paradigma, por suas características destacadas, ao contrário de seus antecessores, é auto-reflexivo e está ciente que possui limitações. Ele exige um saber que se assuma precário e que seja capaz de incorporar a complexidade dos riscos e tensões inerentes à modernidade.

¹⁵⁹ A dicotomia público/privado nos paradigmas do Estado de Direito e Estado Social mantinham certa identidade, apesar da aparente oposição. “O conceito básico era o mesmo, em um ou em outro, mudava-se simplesmente a seta valorativa. No primeiro, o privado é excelente e o público é péssimo. No segundo, o público é excelente e o privado é péssimo. De toda sorte, no entanto, o privado é e continua a ser em ambos o reino do egoísmo encarnado no indivíduo e o público o do interesse geral sempre consubstanciado no Estado” (CARVALHO NETTO, 2001: 25).

¹⁶⁰ CARVALHO NETTO, 2001: 24.

¹⁶¹ *Id-Ibidem*.

¹⁶² Araújo Pinto assim relata a de crise do Estado interventor: “Ele [o Estado Democrático de Direito] decorre da constatação da crise do Estado Social e da emergência – a partir da complexidade das relações sociais – de novas manifestações de direitos. Desde manifestações ligadas à tutela do meio ambiente, até reivindicações de setores antes ausentes do processo de debate interno (minorias raciais, grupos ligados por vínculos de gênero ou orientação sexual), passando ainda pela crescente preocupação com lesões a direitos cuja titularidade é de difícil determinação (os chamados interesses difusos), setores das sociedades ocidentais, a partir do pós-guerra e especialmente da década de 1960, passam a questionar o papel e a racionalidade do Estado-interventor” (ARAÚJO PINTO, 2003).

¹⁶³ HABERMAS, 1997: 171.

Logo, definir diretrizes e conceitos constitucionais sob este paradigma é algo complexo, e isso não é diferente quando buscamos uma concepção de saúde. A deliberação do que é saúde deve, necessariamente, observar a interdisciplinaridade desse setor e suas diversas determinantes e condicionantes.

A determinação do conteúdo da saúde deve, portanto, se pautar por um procedimento democrático¹⁶⁴, que garanta uma participação efetiva dos cidadãos¹⁶⁵, pois o espaço *público*¹⁶⁶ não pertence somente ao Estado. Tais atitudes contribuiriam para evitar a volta do *clientelismo* típico do Estado Social ou a manutenção de práticas voltadas à satisfação de interesses privados.

A sociedade pode e deve participar, influenciando na composição da saúde que entenda ser mais adequada¹⁶⁷, seja ela prioritariamente voltada para a cura e prevenção de doenças, seja ela voltada para ações de melhoria das condições de vida do cidadão. A concepção de saúde, neste ponto, é uma construção social, e será válida enquanto for precária, provisória e adequada à realidade.

Desta forma, mesmo os cidadãos em desacordo com o conceito de saúde transitoriamente adotado ou com as políticas de saúde implementadas pelo Estado poderão aquiescer com a aceitação geral. Entendimentos e ações isoladas poderão coexistir com visões predominantes, pois também os desacordos sobre a moral política, também são componentes da comunidade política¹⁶⁸. Assim, quaisquer definições realizadas terão uma maior defesa de sua legitimidade política¹⁶⁹.

¹⁶⁴ Esse procedimento democrático deverá ser capaz de garantir uma permanente inclusão, ou seja, ser capaz “de reconhecer a exclusão quando tematizada, de realizar permanentemente a revisão do próprio conceito de povo, que há de ser sempre fragmentado e fragmentário e em constante tensão” (CARVALHO NETTO, 2001: 12).

¹⁶⁵ A participação dos cidadãos não pressupõe, necessariamente, uma participação *direta*, mas alguma forma de representação da sociedade civil e dos interesses particulares. Não se defende, com esta afirmação, que o ideal de democracia é a tradicional democracia representativa, mas sim que a participação dos cidadãos pode ocorrer de diversas formas que não a direta.

¹⁶⁶ “No Estado Democrático de Direito, para assegurar a aproximação da norma ao sentido imperante de justiça, é preciso proteger as condições procedimentais do processo democrático, sendo indispensável a criação de um espaço jurídico público, onde se possam submeter ao debate público as decisões sobre princípios – como o da solidariedade social – que são problemáticas. Na lição de Habermas, a chave para a gênese democrática do direito encontra-se justamente na combinação e mediação recíproca entre a soberania do povo juridicamente institucionalizada e a soberania do povo não institucionalizada” (DALLARI, 2008: 98).

¹⁶⁷ Merece destaque, nesta seara, o papel desempenhado pelos Conselhos de Saúde, nos diversos entes da Federação. Sobre a atuação dos conselhos, conferir OLIVEIRA, 2005 e OLIVEIRA, 2008: 172/176.

¹⁶⁸ DWORKIN, 2003/A: 255.

¹⁶⁹ Algo que não acontecia nos paradigmas constitucionais anteriores, como se pode observar na crise de legitimidade do Estado Liberal e no Estado Social, bem descritas por Cristiano Paixão Araújo Pinto (2003: 76/93).

Não queremos com essas ponderações afirmar que o direito à saúde não deve ter diretrizes definidas, ao contrário, é necessário que ele as tenha, e de forma explícita, para que a sociedade possa observar se estas diretrizes estão sendo seguidas, como estão sendo adotadas e se devem permanecer.

Entendemos, sim, que a legitimação pela participação social pode contribuir para que as diretrizes da saúde não sejam interpretadas contra o próprio direito à saúde¹⁷⁰. Dessa forma, é possível que demandas abusivas não preponderem sobre os interesses dos titulares do direito à saúde - os cidadãos brasileiros.

Essa legitimação pela participação é um critério para que a formulação de uma política pública ou a concepção de um direito seja coerente com o paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito, pois o controle social desse processo é uma ferramenta indispensável para coibir os abusos do direito, tal como observamos na saúde.

Nesse contexto, as diretrizes dispostas entre os artigos 196 e 200 devem orientar as políticas públicas de saúde. Mas a decisão sobre o que é acesso universal e igualitário, ou o que é atendimento integral na saúde, deve ser aberta à sociedade civil. Em suma, a própria concepção de saúde deve ser socialmente compartilhada, destinada a atender aos interesses dos cidadãos, e não aos da Administração Pública ou do mercado.

Assim, uma concepção de saúde adequada ao Estado Democrático de Direito deve ser construída mediante procedimentos que permitam a participação da sociedade civil de forma institucionalizada, a exemplo dos Conselhos de Saúde, e não institucionalizada. Dessa forma, os cidadãos podem abandonar de vez a lugar de clientes para assumir a função a que tem direito: co-gestores do sistema de saúde¹⁷¹.

¹⁷⁰ Essa afirmação será justificada no capítulo 3, item 3.4.1.

¹⁷¹ Ao considerar que os usuários do SUS devem assumir também um papel de co-gestores desse sistema, nossa perspectiva se aproxima daquela defendida por VILA-NOVA GOMES (2007:186): "A ótica dos administrados-administradores imputa a todos os cidadãos e movimentos sociais, o direito e, sobretudo, o dever e a oportunidade de acionarem o espaço público para identificar práticas sociais tendentes à privatização de tais políticas". "A partir dessa ótica, assumimos como pressuposto que os cidadãos somente poderão reunir condições mínimas para o exercício da cidadania quando a própria titularidade de direitos que lhes for democraticamente atribuída os reconhecer, simultaneamente, como administrados e administradores. [...]. O (re)pensar da relação administrados-administradores busca articular, por fim, as possibilidades desse exercitar cidadão. [...]. Em resumo, a ótica dos administrados-administradores é uma perspectiva que se faz possível por meio da estrutura e funcionamento das redes de comunicação social mediadas pela Constituição. Estamos diante de uma experiência compartilhada das liberdades, da igualdade e da fraternidade que também deve ser interpretada quanto a alguns de seus protagonistas: os cidadãos, os movimentos sociais e o Estado"(VILA-NOVA GOMES, 2007:54.

A necessidade de valorização da participação social é tanto intuitiva e simples, pois já é uma diretriz constitucional, quanto é complexa, porque sua transposição do campo das idéias para a prática social e institucional é árdua. Por isso, a partir da análise que estabelecemos nessa primeira parte de nosso estudo, nosso foco se reduz, de modo que *o grande desafio que pretendemos enfrentar é como o Judiciário do Distrito Federal pode incorporar essa diretriz constitucional e agir de forma criativa e responsável em prol da construção de um sistema de saúde melhor para toda a comunidade do DF e entorno, e não apenas para aqueles que buscam a sua jurisdição.*

2 A SAÚDE NO DISTRITO FEDERAL: O CONTEXTO E AS CONSEQÜÊNCIAS DA JUDICIALIZAÇÃO

A partir da análise realizada no primeiro capítulo, iniciaremos um estudo detalhado do papel desempenhado pelo Judiciário distrital no desafio de lidar com políticas públicas de saúde. Para que nossa visão esteja mais afinada com os reais problemas que envolvem essa questão é necessário aliar os dados obtidos ao contexto sócio-econômico do Distrito Federal e, após, estender nossa pesquisa também aos demais entes envolvidos nesse processo.

O primeiro passo será contextualizar a judicialização das políticas públicas de saúde. Buscaremos apontar que essa questão possui abrangência nacional, mas que o Distrito Federal pode ser um espaço privilegiado de observação e de ação. Dessa forma, é possível analisar a situação local e sugerir alternativas que podem servir também a outros entes da Federação ou, ainda, identificar experiências bem-sucedidas que possuem o potencial de serem reproduzidas em outros locais¹⁷².

Em um segundo momento, apresentaremos uma pesquisa da jurisprudência do TJDFT sobre o tema, que será precedida de uma justificação e exposição do método utilizado. O objetivo é obter uma visão geral dos argumentos e provas levados a júízo pelas partes (autores, Ministério Público e o Distrito Federal) e os fundamentos utilizados pelos magistrados para decidir.

¹⁷² Reproduzimos aqui a sugestão de Boaventura de Souza Santos: pensar global e agir local. Nesse capítulo, contudo, nossa intenção é descrever o contexto da judicialização da saúde no Distrito Federal para que, fundamentado nesse estudo, possamos contribuir para a construção de alternativas aos problemas que conseguirmos identificar.

No terceiro passo, buscaremos identificar algumas das conseqüências que postura adotada pelo TJDFDT tem sobre a gestão da assistência farmacêutica do SUS no Distrito Federal. Para tanto, contamos com a coleta de dados, revisão bibliográfica e entrevista de autoridades e gestores¹⁷³ públicos dos órgãos envolvidos na questão.

2.1 A judicialização das políticas de saúde e o Distrito Federal

Os gastos com o sistema de saúde cresceram desde a criação do SUS¹⁷⁴, acompanhando a expansão dos serviços oferecidos, da estrutura hospitalar, de vigilância sanitária e de laboratórios públicos¹⁷⁵. A missão de oferecer atendimento universal e integral à população criou a obrigação de manter funcionando os serviços básicos de prevenção e cura, bem como oferecer outros, mais complexos¹⁷⁶, de recuperação e promoção da saúde. Assim, exames e procedimentos avançados, internações em unidades de terapia intensiva (UTI's), fornecimento de medicamentos de alto custo, dentre outros serviços, foram paulatinamente incorporados às políticas públicas de saúde.

Os medicamentos são um bom exemplo. Vários fatores¹⁷⁷ têm exercido pressão sobre o estado para que sejam garantidos à população não só os medicamentos essenciais¹⁷⁸, mas também aqueles de uso contínuo e os excepcionais (conhecidos comumente como

¹⁷³ Foram entrevistados dois gestores que exercem suas funções na DIASF, Paulo Roberto de Sousa Carvalho e Islaine da Silva Ribeiro, além do Procurador Coordenador da PROCAD, Dr. Cícero Ivan Ferreira Gontijo. No capítulo seguinte será expostos também dados obtidos com a entrevista de 3 juízes do TJDFDT.

¹⁷⁴ “Dados da Organização Mundial da Saúde (OMS), de 2005, indicam que o Brasil vem se colocando, nos últimos cinco anos, entre os dez países do continente americano com maiores gastos com saúde em valores absolutos, o que é, sem dúvida, uma boa notícia” (BARBOSA, 2008:283).

¹⁷⁵ Sobre a importância dos laboratórios públicos na assistência farmacêutica do SUS cf. ARANHA, 2008:405/406.

¹⁷⁶ É importante ressaltar que medicina relaciona-se com a tecnologia de forma um tanto diferente se compararmos com outros setores. Regra geral a tecnologia costuma contribuir para a redução de custos dos serviços, já a medicina vive uma contradição, pois o uso da tecnologia tem aumentado sensivelmente os custos dos tratamentos ao mesmo tempo que o uso da tecnologia médica tem sido utilizada de forma excessiva e pouco criteriosa (LONDRES, 2006:55).

¹⁷⁷ O envelhecimento da população, a organização da sociedade civil e o lobby das indústrias farmacêuticas são alguns desses fatores. A própria consciência que os cidadãos têm tomado de seus novos direitos após a reforma sanitária contribui muito para que se formassem essas exigências.

¹⁷⁸ As bases das políticas públicas relativas a medicamentos foram lançadas pela **Política Nacional de Medicamentos**, aprovada pela Portaria nº 3.196/98 do Ministério da Saúde. Ela estabelece as diretrizes das políticas destinadas aos medicamentos essenciais, especialmente os destinados à atenção básica e ao tratamento da saúde pública, e os medicamentos de dispensação em caráter excepcional (de alto custo) e aqueles de uso continuado. Os medicamentos de uso continuado não são necessariamente de alto custo, mas o seu uso prolongado acarreta em gastos elevados. Tal característica aproxima as políticas públicas para ambos os casos. Para facilitar a explanação, daqui para frente, trataremos ambas as categorias sob a denominação de medicamentos de alto custo, como são comumente conhecidos.

medicamentos de alto custo). Um grupo inicial de medicamentos excepcionais foi inserido nas tabelas de valores do SUS (sistema SAI/SUS) no ano de 1993. Com posteriores ajustes periódicos. Em 2004 já constavam na tabela 106 princípios ativos passíveis de co-financiamento entre a União, estados e municípios¹⁷⁹. Os gastos antes insignificantes com medicamentos excepcionais chegaram ao patamar de aproximadamente 450 milhões de reais em 2001, e subiram 42,95% até 2003, atingindo a cifra de R\$ 642 milhões. O número de pessoas beneficiadas quase dobrou nesse mesmo período, atingindo mais de 100 mil já em 2002¹⁸⁰, com crescimento constante dessa demanda. Outro dado importante é o crescimento das despesas do Ministério da Saúde com medicamentos excepcionais, que subiu 479% nos últimos 10 anos¹⁸¹.

A necessidade de se organizar o acesso aos medicamentos excepcionais pode ser observada na formulação de diversos programas para doenças específicas, tais como AIDS, diabetes, doenças renais crônicas, hanseníase, tuberculose, entre outras¹⁸². O tema também foi tratado na Política Nacional de Medicamentos e muito debatido na 1ª Conferência Nacional de Medicamentos e Assistência Farmacêutica, na qual foi aprovado um grupo de propostas relativas aos medicamentos excepcionais. Os esforços para o desenvolvimento de políticas nessa área permitiu que o acesso aos medicamentos de alto custo fosse estendido a muitos usuários do SUS. Contudo, vários problemas do sistema de saúde pública prejudicam a equidade da distribuição destes medicamentos.

No ano de 2004, o Tribunal de Contas da União (TCU) realizou extensa auditoria sobre a assistência financeira para aquisição e distribuição de medicamento de alto custo. Dentre outros problemas¹⁸³ encontrados pelo TCU, destaca-se o atendimento descontínuo e não integral dos pacientes. Segundo este estudo 65,31% dos usuários apontou a falta do medicamento fornecido¹⁸⁴. Outro problema grave é a distribuição desigual dos medicamentos.

¹⁷⁹ BRASIL/TCU, 2005: 09.

¹⁸⁰ *Id-Ibidem*.

¹⁸¹ BARBOSA, 2008:284.

¹⁸² Em verdade, a maior parte dessas doenças, dado o seu perfil endêmico e de impacto social, são tratadas por programas específicos, motivo pelo qual os medicamentos, nesses casos, são chamados 'estratégicos'.

¹⁸³ Os problemas apontados são: deficiência nos sistemas de gerenciamento, controle e avaliação; atendimento descontínuo e não integral dos pacientes; diferença na distribuição dos recursos e dificuldades de acesso dos pacientes; desequilíbrio no co-financiamento da ação entre os estados, quanto à contrapartida de recursos; variações no custo unitário de aquisição de medicamentos excepcionais; contribuição restrita dos laboratórios oficiais; indisponibilização de informações sobre os protocolos por entidades médicas; falta de articulação do processo de revisão dos protocolos; dificuldades nos processos de dispensação e acompanhamento do uso dos medicamentos; e crescente número de demandas judiciais para o fornecimento de medicamentos (BRASIL/TCU, 2005).

¹⁸⁴ A título de exemplo, destacamos que em março de 2007 o fornecimento de medicamentos excepcionais foi interrompido no Distrito Federal por problemas de alocação dos recursos federais repassados pela União.

Os estados mais desenvolvidos do país recebem proporcionalmente mais recursos, pagam mais barato pelo preço unitário dos medicamentos, e dão menor contrapartida financeira aos recursos federais recebidos. Além disso, as pessoas que vivem longe dos centros de distribuição ou das grandes cidades também tem seu acesso prejudicado. Ou seja, as contradições do acesso aos medicamentos não se resumem apenas aos essenciais, pois, na verdade, elas são ainda maiores quando nos voltamos para os medicamentos de alto custo.

O problema de desigualdade e exclusão no acesso aos serviços de saúde começou, no final da década de 90, a ser levado ao Judiciário. Um crescente número de demandas por medicamentos de alto custo encontrou um Poder Judiciário disposto a garantir a realização do direito à saúde por meio da entrega dos fármacos postulados. Esse movimento, que teve início¹⁸⁵ com portadores do vírus HIV¹⁸⁶, cresceu nos anos seguintes e se diversificou para pleitos por medicamentos destinados à cura de diversos outros males.

Um levantamento do Ministério da Saúde mostrou que, de janeiro a julho de 2008, o Governo Federal gastou diretamente R\$ 48 milhões com *ações judiciais* para aquisição de medicamentos. Esse valor cresce a cada ano. Em 2007, foram gastos R\$ 15 milhões, em 2006, R\$ 7 milhões e, em 2005, R\$ 2,5 milhões. Em três anos o aumento chegou a 1920%. Além dos gastos diretos, grande parte dos recursos despendidos com ações judiciais pelos estados é oriunda de repasses federais¹⁸⁷.

O Distrito Federal também convive com essa situação, cuja complexidade se agrava pela existência de ações que veiculam pedidos não só de medicamentos, mas também de

¹⁸⁵ ROMERO, 2008:18.

¹⁸⁶ Não foi apenas no Distrito Federal que o movimento de judicialização das políticas de saúde teve início com as demandas judiciais por medicamentos para o tratamento da AIDS. Outros estados da Federação, como o Rio de Janeiro (MESSÉDER et al, 2005:525), apresentaram a mesma tendência. Esse contexto inclusive é considerado por alguns pesquisadores como determinante para a formulação das consistentes políticas públicas brasileiras no tratamento da AIDS. Nesse sentido, destaco a pesquisa de Denise Travassos Gama: “Essa terceira posição [jurisprudencial], vamos encontrar na base de decisões que asseguram a vida de aidéticos e que forçaram uma política pública extremamente consistente que existe até hoje” (GAMA, 2007:19). (grifo nosso) Por outro lado, estudos que tem como o enfoque os movimentos sociais não atribuem às decisões do Judiciário papel central na formulação de políticas públicas para o tratamento de determinada doença. No caso específico da AIDS, as ações do Ministério da Saúde foram além da dispensação de medicamentos, pois abarcaram campanhas de prevenção, atuação internacional para quebra de patentes, dentre outras ações. Ademais, outros atores sociais além do Judiciário atuaram ativamente para a construção do programa brasileiro de combate à AIDS. O contexto da formulação dessa política é assim descrito por MIRANDA (2007:126): “[...] alguns fatores foram essenciais para que uma política de distribuição de medicamentos de HIV fosse implantada no Brasil: existência de uma rede básica de serviços estruturada para oferecer atenção à saúde de toda população brasileira de forma gratuita, universal, integral e descentralizada; capacitação de recursos humanos do SUS em diagnósticos e HIV/AIDS e o fortalecimento de laboratórios públicos.”

¹⁸⁷ Fonte: Brasil. Ministério da Saúde. Ações judiciais comprometem políticas de saúde. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/aplicacoes/noticias/noticias_detalhe.cfm?co_seq_noticia=53828>. Acesso em 26 de dez. 2008.

cirurgias, exames, equipamentos e produtos¹⁸⁸, consultas médicas e internação em UTI's. Esse movimento de “judicialização das políticas de saúde” tem crescido rapidamente. Segundo os registros da Assessoria Jurídica e Legislativa da Secretaria de Saúde (AJL/SES), só o número de ações relativas a medicamentos impetradas contra a Secretaria aumentaram de 281 em 2003 para 378 em 2004, 604 em 2005, e 682, em 2007¹⁸⁹. De acordo com informações da Procuradoria Geral do Distrito Federal, órgão responsável pela defesa do DF, são 3.725 ações em tramitação, e entre 5 e 10 ações são distribuídas diariamente. O impacto financeiro no orçamento da saúde é desconhecido pelas autoridades distritais¹⁹⁰, mas certamente não é insignificante.¹⁹¹

A estrutura distrital ainda é uma referência em saúde no âmbito nacional¹⁹², uma vez que o SUS realiza a maior parte do atendimento da rede de saúde. É um sistema primordialmente público, que possui uma razoável rede de hospitais¹⁹³, centros de saúde e farmácias públicas presentes em todo o território¹⁹⁴. Tudo isso financiado por um considerável orçamento para saúde, que em 2007 recebeu 1,1 bilhão do Fundo Constitucional somente para pagamento de pessoal. Para o programa de assistência farmacêutica foram 135 milhões de reais¹⁹⁵ do orçamento distrital de 2007.

Esse quadro favorável, contudo, convive com uma gestão ineficiente, cujos reflexos na qualidade dos serviços de saúde ajudam um pouco a entender o crescimento da judicialização da saúde no Distrito Federal.

Os problemas na administração da saúde no DF não são recentes¹⁹⁶, e diversas irregularidades já foram encontradas inclusive na compra de medicamentos¹⁹⁷. Estes e outros

¹⁸⁸ Bombas de insulina, aparelhos para deficientes auditivos, luvas para procedimentos, esparadrapo, gases, fraldas comuns e geriátricas, leite especial, etc.

¹⁸⁹ ROMERO, 2008:12.

¹⁹⁰ Informações obtidas em entrevista ao Procurador do DF Cícero Gontijo, Coordenador da Procuradoria Administrativa – PROCAD/PGDF.

¹⁹¹ “Em nosso País, existem evidências de que a judicialização da política de assistência farmacêutica tem sido um fator desorganizador das finanças públicas (CARVALHO, 2007; TCU, 2005) e de desvio de recursos da execução de ações programadas, no âmbito da atenção coletiva”. (ROMERO, 2008:11)

¹⁹² Não é a toa que 20% dos pacientes atendidos não residem no Distrito Federal, segundo dados do TCDF.

¹⁹³ A rede hospitalar é formada por um hospital terciário (HBDF), 12 hospitais secundários, e três especializados. No que se refere à atenção básica, existem 61 centros de saúde, 23 pontos de saúde urbanos e 8 rurais.

¹⁹⁴ PEREIRA, 2004: 128.

¹⁹⁵ TCDF, 2007: 38/39 (Cartilha para o controle social).

¹⁹⁶ Cláudia Fernanda de Oliveira denuncia que, já em 1994, três concorrências fraudulentas foram realizadas na área de saúde no Distrito Federal: uma para fornecimento de alimentos para hospitais, outra para vigilância e a terceira para serviços de limpeza e conservação na rede hospitalar. Como aponta a citada autora, “todos aqueles serviços continuaram a ser prestados sem licitação, por quase uma década, e sem cobertura contratual. Referidas empresas abocanharam juntas quase meio bilhão de reais!” (PEREIRA, 2004: 131).

¹⁹⁷ Essas irregularidades são bem destacadas por Cláudia Pereira (2004: 131/132): “Em 1999, começaram a surgir outros relatos de irregularidades. Foi desde essa data que se inicia no Distrito Federal um esquema

problemas¹⁹⁸ levaram à situação delicada pela qual a saúde pública passa na descrição de Claudia Fernanda de Oliveira Pereira:

Excesso de recurso em algumas áreas, como no PSF, e penúria em outras. Em consequência de tão desarrazoada e imoral política pública, os hospitais ficaram sucateados. Falta tudo. Tudo mesmo: de seringas e anti-sépticos para lavar as mãos a antibióticos, aparelhos de raio X, quimioterápicos etc. Os pacientes são constantemente constringidos a toda sorte de atentado à dignidade da pessoa humana: no Hospital de Base do Distrito Federal, foram constatados alguns procedimentos dolorosos feitos sem anestesia; não há separação por sexo; os infantes também não são separados dos adultos; pacientes não tomam banho regularmente diante da ausência de roupas para serem trocadas; não existem sequer mesas de apoio suficientes, para que possam alimentar-se os índices de infecção hospitalar sobem; banheiros expõem odores fétidos. Não há medicamentos. Cirurgias são suspensas. Em outros hospitais da rede, há, também, lista de espera de atendimento para até daqui a 40 (quarenta) anos!¹⁹⁹

O caso mais emblemático, contudo, é o da conhecida Ponte JK (3ª Ponte). Tal obra, orçada inicialmente em R\$ 80 milhões, foi finalizada em mais de R\$ 200 milhões. A diferença absurda da previsão não é a maior questão, e sim de onde foram retirados os recursos necessários. Em um momento de grave crise na saúde o Governo do Distrito Federal encaminhou proposta legislativa para a retirada de mais de R\$ 40 milhões de reais do orçamento do Fundo de Saúde do Distrito Federal para a construção da obra que mais tarde seria apelidada pelos populares de ‘A Ponte dos Remédios’.²⁰⁰

Muitos dos problemas dos governos passados permanecem na atual gestão que, apesar de defender a eficiência do serviço público, não consegue obter a continuidade desejada em suas políticas de saúde, até porque o cargo de Secretário de Saúde é conhecido pela sua grande rotatividade. Ademais, os projetos de inspiração neoliberal – tal qual a privatização da

montado de compra de medicamentos e insumos por meio de vales, antecipações e outros. As licitações foram excepcionadas e os tais vales sucederam os prévios empenhos, previsto no art. 58 da Lei nº 4.320/64. Trata-se de prática semelhante àquelas efetuadas nas bodegas do interior do país, quando o comerciante emitia um vale, para firmar a operação. No Distrito Federal, por igual, a Secretaria de Saúde (SES/DF) recebia os medicamentos, emitia um vale ao fornecedor, escolhido até mesmo sem qualquer procedimento licitatório, segundo denúncias, era comum, ainda, que, tempos depois, para ‘esquentar’ o pagamento, aquelas empresas, que forneceram o medicamento, muitas delas até desabilitadas, passassem à condição de licitantes vencedoras.”

¹⁹⁸ Em ofício enviado pela Procuradora do Tribunal de Contas do Distrito Federal, Cláudia Fernanda de Oliveira Pereira (Ofício nº 80/2005-CF/MPC/TCDF) ao Promotor de Justiça da PROSUS, Jairo Bisol, encontramos a seguinte denúncia: “Vale registrar, porque é gravíssima, a baixa representatividade das aplicações em investimentos, apenas 2,6% do total executado, isto é, R\$ 16,0 milhões. ‘Essa postura, a médio e longo prazos, leva ao sucateamento da infra-estrutura física e tecnológica do sistema de saúde, acarretando inevitáveis quedas de qualidade no atendimento à população’.”

¹⁹⁹ PEREIRA, 2004: 133/134. Para maiores informações conferir também o Ofício nº 80/2005-CF/MPC/TCDF.

²⁰⁰ PEREIRA, 2004: 134.

administração do Hospital de Santa Maria²⁰¹ – destinados à gestão da saúde não parecem um caminho promissor, ante a possibilidade de estabelecimento de gestões que aprofundem a exclusão hoje existente.

Essa contextualização permite identificar alguns fatores que contribuíram para que a judicialização das políticas públicas encontrassem na saúde um campo extraordinário de desenvolvimento e no Distrito Federal um local com condições propícias ao crescimento desse movimento. Nesse ente encontramos um sistema de saúde relativamente estruturado, mas mal administrado²⁰² e exposto a abusos, situação que resulta na reiterada exclusão dos cidadãos que estão à margem do sistema de saúde. Os problemas decorrentes desse contexto são, então, exportados das salas dos gestores públicos para os gabinetes dos juízes. Esse processo foi percebido por Boaventura de Souza Santos:

As pessoas, que têm consciência dos seus direitos, ao verem colocadas em causa as políticas sociais ou de desenvolvimento do Estado, recorrem aos tribunais para as protegerem ou exigirem a sua efectiva execução. Como me referiu um magistrado desse país uma boa parte do seu trabalho é dar medicamentos. As pessoas vão a tribunal exactamente para poderem ter acesso a medicamentos que de outra maneira não teriam. Essa informação é facilmente corroborada em qualquer breve análise que se faça dos noticiários jurídicos no Brasil onde, cada vez mais, são publicitadas vitórias de cidadãos que, através do poder judiciário, obtêm acesso a tratamentos especializados e a exames médicos gratuitos. Temos, assim, o sistema judicial a substituir-se ao sistema da administração pública, que deveria ter realizado espontaneamente essa prestação social²⁰³.

Cumpra agora observar como o TJDF tem lidado com essa nova responsabilidade a ele oferecida. O objetivo dos próximos tópicos é observar os argumentos levantados pelas partes em litígio e as respostas do Judiciário aos problemas trazidos ao seu conhecimento, com ênfase nos fundamentos das decisões. Após compreender melhor os argumentos e a prática judicial no TJDF poderemos partir para o estudo das conseqüências na gestão da saúde no Distrito Federal.

²⁰¹ E cumpre destacar que este Hospital ainda não entrou em funcionamento em virtude da demora no estabelecimento desta gestão privada.

²⁰² “A falta de cumprimento dos acordos pactuados entre União, estados e municípios e o desvio ou não aplicação, por estes, de recursos federais destinados à assistência farmacêutica é evidenciada pelos números da Controladoria Geral da União: entre janeiro e junho de 2004, por exemplo, em apenas cinco estados auditados (AM, MG, MS, SC e RN), foi encontrada uma diferença de 13,3 milhões de reais entre o que eles receberam do governo federal para adquirir medicamentos e o que foi efetivamente dispensado aos pacientes. O resultado disso é o quadro severo de desabastecimento de medicamentos nas redes de serviços do SUS, conforme mostram os resultados de pesquisa realizada em 2002, pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, com o apoio do Núcleo de Estudos de Saúde Pública da Universidade de Brasília, em uma amostra de onze cidades. Segundo o levantamento, a média nacional de disponibilidade de medicamentos “indispensáveis para a atenção primária segundo a Rename” era de apenas 55,4% e, em 42,5% dos serviços visitados, “não foi encontrado nenhum farmacêutico”. O desabastecimento é também uma constatação dos estudos sob a judicialização da política realizados em São Paulo e no Rio de Janeiro”. (ROMERO, 2008:11)

²⁰³ SANTOS, 2007: 19.

2.2 O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios e as demandas por medicamentos

2.2.1 Justificativa da pesquisa

O nosso estudo da atuação do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDFDT terá por base as conclusões apresentadas em duas pesquisas sobre a jurisprudência desse tribunal. A primeira realizada em 2005, quando da redação de minha monografia final de curso na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. A segunda realizada em 2008, pela Consultoria Legislativa do Senado Federal, de autoria do Consultor Luiz Carlos Romero.

Em ambas foi realizado estudo dos acórdãos na base de dados do portal eletrônico do TJDFDT, a primeira pesquisa abrangendo os processos julgados no período entre 1990 e 2005 e a segunda de 2001 a 2005. Tais estudos nos oferecem diversas informações sobre demandas judiciais por medicamentos: os argumentos expostos pelas partes, as decisões proferidas, os fundamentos utilizados pelos desembargadores do TJDFDT e o cotejo com aspectos dos casos concretos.

As pesquisas oferecem, portanto, dois recortes adequados ao nosso estudo. Ambas têm como foco o TJDFDT (recorte jurisdicional) e as ações relativas a medicamentos (recorte temático). Entretanto, não são totalmente adequadas no aspecto temporal, pois não alcançam os anos posteriores a 2005 e, portanto, necessitam de atualização.

Em face disso, nosso estudo parte das conclusões expostas nestas pesquisas, mas realiza um cotejo de tais resultados com o estágio atual do debate no TJDFDT, de modo a verificar se há alguma evolução no discurso judicial que envolve o direito à saúde. Com esse intuito, procedemos a uma pesquisa não probabilística de todos os acórdãos do TJDFDT que versam sobre pedidos de medicamentos formulados em face do Distrito Federal ou dos gestores distritais da saúde (autoridades coatoras), e que foram julgados no último semestre de 2008 (01/07/2008 a 31/12/2008).

Iniciaremos pela exposição das conclusões das pesquisas que nos servem de base, oportunidade em que destacaremos pontos comuns e complementares²⁰⁴. Em seguida

²⁰⁴ O inteiro teor de ambas será disponibilizado em forma de anexos.

apresentaremos os resultados da pesquisa destinada a observar as mudanças que ocorreram no debate judicial.

2.2.2 *Conclusões das pesquisas de jurisprudência até o ano de 2005.*

2.2.2.1 *Os argumentos dos autores*

A argumentação, de que se valem as partes, se apresenta de forma diferente nas ações individuais e nas ações civis públicas promovidas pelo Ministério Público – MPDFT²⁰⁵. Nestas os fundamentos são mais abrangentes em face da natureza, coletiva²⁰⁶ ou difusa, do pedido principal. Em todos os casos, porém, os magistrados enfrentam poderosos argumentos, alguns mais emocionais que jurídicos, ou seja, estão em jogo não apenas regras e princípios, mas valores e sentimentos (dor, compaixão, medo, receio) que as demandas relativas à saúde carregam em seu bojo²⁰⁷.

No plano jurídico, dois argumentos estão presentes em todas as demandas contra a Administração Pública: i) o entendimento de que a prestação de assistência farmacêutica por parte do Estado constitui um direito constitucional e legal²⁰⁸; ii) o fato de os autores não disporem de recursos financeiros para adquirir, por conta própria, os medicamentos pleiteados²⁰⁹.

Ainda, uma terceira linha de argumentos tornou-se cada vez mais freqüente a partir de 2002: a insuficiência, descontinuidade ou omissão na assistência farmacêutica prestada na rede pública. A alegação de tais fatos por vezes se fez acompanhar pela juntada de denúncias de descontinuidade e omissão na prestação de assistência à saúde pelo SUS-DF e da “*via*

²⁰⁵ Há uma diferença significativa na abordagem feita pelo autor que litiga em uma ação individual, na qual ele postula para si o fornecimento de algum medicamento, e pelo autor em uma ação civil pública (Ministério Público ou associação), na qual se busca a melhoria de determinado serviço de saúde como, por exemplo, o fornecimento de medicamentos para os doentes de câncer atendidos no Hospital de Base.

²⁰⁶ Inseridos aí os direitos individuais homogêneos e os direitos coletivos *stricto sensu*.

²⁰⁷ BARCELLOS, 2002: 275.

²⁰⁸ Lei Orgânica do Distrito Federal, Lei Orgânica da Saúde (nº 8.080/90) e Lei nº 9.313/96.

²⁰⁹ Associado a esse segundo argumento é comum os autores destacarem o alto custo dos medicamentos ou sua necessidade por tempo prolongado.

crucis pela qual está passando a população que não tem recursos para adquirir medicamentos”.²¹⁰

Não é apenas importante o conteúdo dos argumentos, mas a forma como são utilizados. Em praticamente todas as ações, mais enfaticamente nas ações individuais²¹¹, os postulantes colocam seus pedidos em forma de um dilema maniqueísta: ou se fornece o medicamento, ou a saúde do cidadão (ou até sua vida) estará em risco. Assim, o magistrado é colocado pelas partes em uma incômoda situação de pressão psicológica. Faz-se parecer que uma decisão de improcedência se assemelharia, em certos casos, a uma sentença de morte. Dessa forma, os argumentos jurídicos ganham forte apelo sentimental. Em suma, de um lado se coloca a pessoa e seu direito à saúde e à vida, e do outro a Administração e suas normas administrativas e orçamentárias, que se forem seguidas poderão acarretar danos irreversíveis.

Os argumentos contra a ‘burocracia administrativa’ foram intensificados após a edição da Portaria nº 14/2001 pela Secretaria de Saúde - SES/DF. Essa norma regulamentou a dispensação de medicamentos em caráter excepcional, obrigando o cadastramento dos pacientes, seu acompanhamento e a prescrição por profissional da rede da SUS/DF. Às razões dos autores acresceu-se que a “burocracia” ou “burocratização excessiva”²¹² era um óbice ao acesso dos serviços de saúde.

Os autores argumentam que todas as regras “burocráticas” que restringem o seu direito sejam afastadas pelos magistrados²¹³. Assim, pretendem o fornecimento de medicamentos não previstos na lista oferecida pela Administração (REME-DF), postulam que os fármacos sejam entregues mesmo sem prescrição por médico das unidades do SUS (em desconformidade com a Portaria nº 14/01).

²¹⁰ Processo nº 2002.00.2.002 247-6, acórdão 164.261. As ponderações sobre o desabastecimento por vezes eram feitas pelos próprios Desembargadores, como nos seguintes exemplos: “Impende destacar, ainda, que o Ministério Público do Distrito Federal vem identificando falhas na distribuição de medicamentos por parte da Secretaria de Saúde do Distrito Federal desde novembro de 2001, o que deu origem à Recomendação nº 001/2002, da Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde, bem assim à propositura das Ações Cíveis Públicas nº 2002011075801-5 e 2003011028275-2” (Processo nº 2004.00.2.006 677-8, acórdão 215.115, julgado em 19/04/05). “Diante das reiteradas negativas do Poder Público de prestar assistência às pessoas que não dispõem de recursos para custear tratamento médico-hospitalar, o Judiciário tem se mostrado sensível à demanda de pleitos como o que ora se apresenta, e a jurisprudência tem se firmado no sentido de impor ao Estado o cumprimento de tal mister” (Processo nº 2002.01.1.052 025-9, acórdão 188.299, julgado em 05/2/04).

²¹¹ Vide os Mandados de Segurança nº 4325-8/01, 2247-6/02, 2984-2/03, 2140-5/03, 5728-1/04, 9320-7/04 e 6677-8/04 (todos julgados pelo Conselho Especial).

²¹² Diversos autores passaram a questionar o condicionamento da concessão de medicamentos à prescrição feita por médico de uma unidade do SUS, em um mandado de segurança a impetrante “ressalta que tal procedimento necessita de marcação de consultas, o que implica longa espera, fato que poderia resultar em prejuízo ao seu tratamento” (MS nº 4325-8/01, p. 03).

²¹³ Vide Mandados de Segurança nº 4325-8/01, 9320-7/04 e 6677-8/04.

Tais argumentos ganharam força com o tempo, pois as notícias de desabastecimento e descontinuidade no fornecimento de medicamentos colocaram em descrédito as normas administrativas de dispensação e as normas orçamentárias de previsão de gastos.²¹⁴

Cumprido sublinhar um último argumento que, nos anos finais do período estudado, foi levantado nos pleitos por medicamentos inovadores ou de segunda linha: a falência terapêutica e a superveniência de reações colaterais com os medicamentos de primeira linha ou selecionados²¹⁵.

Expostos os principais argumentos levados ao debate judicial pelos autores, passamos a expor aqueles que a Administração Pública lança mão em sua defesa.

2.2.2.2 *Os argumentos do réu: o Distrito Federal.*

O Distrito Federal demonstrou, nos primeiros anos do período pesquisado, pouca predisposição para o debate e uma intenção de buscar a extinção dos processos sem a apreciação do mérito. Para tanto, os procuradores do DF levantavam toda forma de defesas preliminares²¹⁶, procurando dar uma solução processual a um problema material. Ademais, informações incompletas acerca de cumprimentos das ordens, por vezes, confundiram os julgadores com questões relativas ao prazo de licitação e à liberação de medicamentos.

²¹⁴ Os seguintes fundamentos de decisão proferida em 2005 são ilustram bem essa situação: “Cabe ressaltar que é de conhecimento coletivo a falência do sistema público de saúde em nosso país. [...] No presente caso, como houve informação da existência de outro medicamento, sem dizer se pode ser usado pela impetrante, esta acabará por necessitar de nova consulta apenas para verificar a possibilidade de substituição da medicação, o que, como se ressaltou, é verdadeira *via crucis*, impedindo o acesso da impetrante ao medicamento de que necessita, podendo, inclusive, após a nova consulta, receber notícia negativa do médico para a possibilidade de substituição do remédio, protelando a recusa no fornecimento, que pode tornar-se infundável diante da burocracia estatal” (Processo nº 2005.00.2.002838-4, acórdão 227.062, julgado em 30/08/05). Outro trecho ilustrativo: “O que se observa é que, de modo geral, a saúde pública no Distrito Federal apresenta-se sucateada, diante da inércia da administração em prover os recursos necessários ao atendimento de sua população. Não se vislumbra uma intenção clara em resolver os problemas existentes. As autoridades competentes limitam-se a afirmar que o assunto está sendo enfrentado e que a solução demanda recursos financeiros, quando se tem notícia de que recursos da saúde são remanejados para propaganda institucional e aplicação em obras de infra-estrutura”. (Processo nº 2003.01.1.028 275-2, acórdão 203.001, julgado em 07/10/04).

²¹⁵ Muitos deles padronizados e incluídos na REME-DF.

²¹⁶ O Distrito Federal alega – além de sua própria ilegitimidade passiva – a ilegitimidade ativa do Ministério Público, a ilegitimidade passiva das autoridades indicadas como coatoras, a falta de interesse como condição da ação, buscam a denunciação da lide à União, etc. Merece destaque também a tentativa de obter a extinção do processo sob a alegação de que a parte autora residia fora do DF. Boa parte destes argumentos é afastado sob o fundamento da descentralização da gestão do SUS.

Como tais estratégias foram sistematicamente rejeitadas pelo TJDF, o Distrito Federal passou a enfrentar de forma mais incisiva o mérito das demandas. Em suma, a estratégia de defesa seguiu duas principais linhas de argumentação.

Em primeiro lugar, o DF afirma que o fornecimento de medicamentos está vinculado ao cumprimento das normas administrativas do SUS, e que tais normas devem ser observadas em cada caso concreto julgado pelo Judiciário. Destaca que tais normas não criam óbice ao gozo do direito à saúde, mas tão somente o regulamentam em benefício de toda sociedade, de modo a evitar fraudes e o mau uso dos fármacos. Desta linha partem argumentos como: i) o medicamento pretendido não é padronizado²¹⁷, ou seja, não está incluído nas relações de medicamentos²¹⁸; ii) o tratamento indicado não segue os protocolos clínicos adotados pelo SUS²¹⁹; iii) a inexistência do medicamento no mercado interno ou a ausência do registro na ANVISA²²⁰; iv) o fato de o autor não ter sido atendido por profissional ligado ao SUS.

Ainda associada a essa linha de defesa merece destaque a alegação de que a intervenção judicial nas políticas de saúde constitui extrapolação da competência do Poder

²¹⁷ Quando um medicamento é padronizado, passa a fazer parte das relações de medicamentos que devem ser dispensados aos pacientes de acordo com as necessidades expostas nos protocolos clínicos. Passa então a integrar a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME, se tiver sido padronizado pelo Ministério da Saúde, ou pode integrar a Relação de Medicamentos – REME de algum estado da federação. No caso do Distrito Federal, temos a REME-DF, que foi instituída Portaria nº 144/2005 da Secretaria de Estado de Saúde do DF. Todas essas diretrizes estão traçadas na Política Nacional de Medicamentos (Portaria nº 3.196/98 do Ministério da Saúde) e na Política Nacional de Assistência Farmacêutica (Resolução n. 338/2004 – CNS/MS).

²¹⁸ Tal questão foi observada no MS nº 9320-7/04, no qual a autoridade coatora justificou seu ato com base nas regras administrativas. As informações foram assim registradas pelo Desembargador Lécio Resende: “O Diretor de Procedimento de Alta Complexidade informou que o medicamento requerido pela Impetrante não faz parte do rol dos medicamentos excepcionais, bem como que o prazo de validade da APAC (Autorização de Procedimentos de Alta Complexidade) da Impetrante encontra-se vencido, não tendo a mesma comparecido à DIPAC/SES para renová-la” (MS nº 9320-7/04, p. 03).

²¹⁹ Dessa afirmação decorre o argumento de que mandado de segurança não é o remédio constitucional adequado a amparar o direito pleiteado. As autoridades impetradas passaram a afirmar “não haver direito líquido e certo do impetrante a adquirir, à custa do Poder Público, medicamento que não faz parte dos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas do Sistema Público de Saúde” (Processo nº 2005.00.2.011858-0; acórdão 239.793, julgado em 07/03/06) e a existência de outras opções terapêuticas de menor custo e boa eficácia. Tais alegações não renderam muitos frutos, especialmente em razão da ausência de justificativas técnicas consistentes, conforme se vê no seguinte caso: “Na ausência de prova produzida pelo impetrado de que o medicamento não é adequado ou que os medicamentos que possui são mais adequados, há direito líquido e certo do impetrante de adquirir o remédio pretendido” (Processo nº 2004.00.2.007563-2; acórdão 231.546, julgado em 29/3/05)

²²⁰ O aumento do número de pedidos por antiretrovirais inovadores que se verificou a partir de 2000 e o gradual crescimento da demanda por medicamentos inovadores ou de *segunda linha*, levou ao reforço dessa argumentação. Defesa semelhante foi utilizada em apelações e agravos interpostos contra decisões que determinaram a dispensação de medicamentos experimentais para doenças raras. O DF aponta que tais decisões representam grave lesão à saúde pública, porquanto obrigam o Estado ao fornecimento de um medicamento sem comprovação de eficácia, ou cujo uso é vedado, colocando em risco os pacientes que o utilizarem, dados os potenciais riscos de efeitos adversos ainda não totalmente pesquisados. Indica também lesão à ordem pública, já que dá margem a outras decisões no mesmo sentido, com frontal infringência à legislação federal.

Judiciário, que procede assim a uma “invasão na esfera de atuação meritória do administrador”.²²¹

A outra linha de defesa, enfatizada nas ações civis públicas, refere-se à ausência, insuficiência ou indisponibilidade de recursos orçamentários ou financeiros²²². Nessa argumentação, o DF deixa clara a tensão sempre presente em qualquer questão em que se exijam prestações positivas do Estado²²³, especialmente quando se tem em vista a realização de direitos sociais. A Administração Pública destaca que não é possível atender aos pedidos por medicamentos, pois não dispõe de recursos suficientes para dar o atendimento requerido a toda a população²²⁴. Ademais, ressalta que mesmo o deferimento de medicamentos a apenas alguns pacientes apontados nas ações é inviável, pois acarreta em desigualdade no atendimento, uma vez que são beneficiados os que têm acesso à justiça em detrimento dos demais²²⁵.

Convém ilustrar essa linha de raciocínio com alguns trechos dos julgados, nos quais o DF afirma que determinadas sentenças “comprometiam o atendimento de dezenas de milhares de cidadãos pobres, portadores de moléstia grave”²²⁶; “constituem privilegiamento dos pacientes de aids em detrimento de outros”²²⁷; de que “as necessidades da comunidade são múltiplas e o atendimento a um determinado grupo de pessoas [referindo-se a quatro doentes com síndrome de Gaucher] colocaria em risco o atendimento dos demais”²²⁸. Tais alegações, a exemplo das outras, também não foram eficazes.

²²¹ Processo nº 2002.01.1.052 025-9, acórdão 188.299, julgado em 05/2/04.

²²² A insuficiência de recursos e a necessidade de previsão orçamentária e financeira são alegações frequentes, em especial nos primeiros anos pesquisados. O seguinte trecho de relatório de voto ilustra bem o argumento: “É necessário lembrar que a atividade do Estado para fazer face ao cumprimento dos preceitos constitucionais deverá ser planejada; o GDF não pode ser condenado a fornecer a certos cidadãos, por tempo indeterminado, um número indeterminado de medicamentos, sem que se saiba quanto vão custar e se há recursos no orçamento para tal compra” (Processo nº 2000.01.1.025572-2, acórdão 140.533, julgado em 19/3/01).

²²³ Sobre a divisão entre as funções dos direitos fundamentais (direitos de defesa, prestação e participação), confira BRANCO *et al.*, 2002: 139/152.

²²⁴ Em recurso à ação civil pública impetrada pelo Ministério Público, em 2003, a Secretaria da Saúde assume que à “falta de recursos materiais e de pessoal especializado, não reúne condição de atender a toda a população, fazendo-se necessária a seleção dos pacientes a serem atendidos de forma prioritária” (Processo nº 2003.01.1.028 275-2, acórdão 203.001, julgado em 07/10/04). Em outra peça de defesa, o DF “esclarece que o poder público, para a consecução de seus fins, atua dentro de determinados limites orçamentários e de políticas públicas, não podendo o administrador dar vazão imediata a todas as necessidades da população, não havendo base de sustentação financeira programada para o atendimento de solicitações similares ao do presente feito. Esclarece que o conteúdo programático instituído pela Constituição Federal ao estabelecer o acesso público à saúde não pode ser entendido como o fornecimento instantâneo do tratamento médico a quem indistintamente dele necessite” (Processo nº 2005.01.1.029 123-2, acórdão 239.068, julgado em 12/12/05).

²²⁵ Apelação Cível nº 28275-2/03.

²²⁶ Processo nº 1.684-0, de 1998, acórdão 132 349, julgado em 14/6/00.

²²⁷ Processo nº 2000.01.1.025 572-2, acórdão 140.533, julgado em 19/3/01.

²²⁸ Processo nº 2000.00.2.000 838-8; acórdão 126.790, julgado em 27/3/00.

Por fim, informações acerca da falta do medicamento ou da complexidade dos procedimentos administrativos para compra frequentemente são apresentados para justificar o descumprimento das ordens judiciais, e não como argumento de defesa.

2.2.2.3 *As decisões e fundamentos dos Desembargadores do TJDF.*

Conforme exposto nos tópicos anteriores, as demandas judiciais por medicamentos são levadas ao crivo judicial tendo, por um lado, os cidadãos (ou o Ministério Público) postulando a garantia do direito à saúde e à vida e, por outro, a Administração Pública, que invoca o respeito às normas administrativas e expõe o problema da falta de recursos e a contingência que há no atendimento à população.

Ao cotejar tais questões, os Desembargadores acabam por estabelecer oposições entre os argumentos das partes. Duas são mais evidentes. A primeira é uma oposição entre a Constituição e as normas administrativas que regulamentam a dispensação de medicamentos. A segunda é estabelecida entre o direito à saúde e as restrições orçamentárias (reserva do possível).²²⁹

Na primeira hipótese, os magistrados acabam por admitir que as normas que regulamentam a gestão orçamentária e a dispensação de medicamentos são incompatíveis com a Constituição Federal. O cerne do argumento em favor dos autores é o reconhecimento de que a prestação de assistência farmacêutica constitui materialização do direito constitucional à vida e à saúde, com base nos arts. 5º, 196 e 198 da Constituição Federal e em normas legais²³⁰. Há evidente dificuldade por parte dos Desembargadores em enxergar uma

²²⁹ A reserva do possível é expressão utilizada pela doutrina e Jurisprudência para indicar as possibilidades de efetivação de um direito (especialmente os direitos sociais ou direitos de prestação) em face da escassez de recursos inerentes à atuação estatal. A maior parte dos Desembargadores do TJDF não faz menção expressa a este termo (que está subjacente ao discurso), porém nos utilizamos dele, pois resume a questão em debate e é apropriado para a tensão estabelecida pelo citado tribunal. Ademais, tal expressão já foi utilizada pelo STF, em especial na comentada ADPF 45. Sobre o tema, merece menção o que aponta Ana Paula de Barcellos: “a expressão *reserva do possível* procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas” (BARCELLOS, 2002: 236).

Destacamos, ainda, os esclarecimentos de Andréas J. Krell (2002: 51): “o português Canotilho vê a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais dentro de uma ‘reserva do possível’ e aponta a sua dependência dos recursos econômicos. A elevação do nível de sua realização estaria sempre condicionada pelo volume de recursos suscetível de ser mobilizado para esse efeito. Nessa visão, a limitação dos recursos públicos passa a ser considerada verdadeiro limite fático à efetivação dos direitos sociais prestacionais.”

²³⁰ Três normas são citadas amiúde: a Lei Orgânica da Saúde (arts. 17 a 19), a Lei Orgânica do Distrito Federal (LODF) (arts. 204 e 207, II, XIV e XXIV) e a Lei nº 9.313, de 1996 (que dispõe sobre a assistência farmacêutica aos portadores do HIV e doentes de aids).

compatibilização entre as normas administrativas regulamentadoras do SUS e a Constituição Federal, a Lei Orgânica do Distrito Federal (LODF) ou a Lei Orgânica da Saúde (LOS).²³¹

Tais normas administrativas voltadas à padronização de medicamentos e formulação de protocolos clínicos terapêuticos davam substrato às defesas do DF quando os medicamentos, postulados ou não, faziam parte das relações de medicamentos fornecidos pelo SUS ou não eram adequados ao quadro clínico do autor da demanda²³².

Esse argumento encontrou aceitação limitada e transitória²³³ nos anos iniciais do período estudado, porém após alguns debates o Tribunal pacificou seu entendimento de forma a rejeitar o argumento do DF e decidir sempre em favor dos postulantes²³⁴, inclusive nos

²³¹ No seguinte voto fica bem clara essa oposição: “A observância literal da mencionada Portaria equivale à indiscutível restrição de direito fundamental, que não pode ser admitida; a não ser que se considere que esse direito não passa de uma promessa vã, uma declaração de princípios irresponsável. Nem mesmo a regulamentação federal tem, a meu juízo, relevância bastante, porquanto, estando em colidência com o preceito da Lei Maior, a este devem ceder. (Processo nº 2002.00.2.002 247-6, acórdão 164.261, julgado em 20/8/02).

²³² Essa linha de defesa era adotada especialmente quando o pleito envolvia tratamentos com medicamentos inovadores, de *segunda linha* e de elevado custo.

²³³ Um bom exemplo é o seguinte trecho de voto: “Não tem o Órgão Público como incluir entre os medicamentos a serem fornecidos a seus pacientes com aids outros que não estejam entre os listados pelo Ministério da Saúde”. (Processo nº 2000.01.1.067510-0; acórdão 144.091, julgado em 25/6/01).

²³⁴ A decisão mais representativa do debate, na qual realmente realizou-se uma ponderação entre as normas administrativas e os comandos constitucionais, originou-se do julgamento do **MS nº 4325-8/01**. Este mandado de segurança foi impetrado no ano de 2001 e seu julgamento realizou-se em maio do ano seguinte. A impetrante postulava determinação judicial para o fornecimento de medicamentos sem a necessidade de prévia prescrição por médico de uma unidade do SUS. Esta questão, levada ao Conselho Especial pela primeira vez, foi alvo de extenso debate para que fosse fixada uma orientação para todo o tribunal, tendo em vista a existência de outras ações semelhantes.

O Relator do feito, Des. Natanael Caetano, apresentou voto desfavorável à pretensão da impetrante, destacando que sua tese não possuía sustentação jurídica. Para tanto afirmou: “É que, em verdade, a exigência contida na referida Portaria nada tem de abusiva ou ilegal. Ao contrário, com a expedição da Portaria nº 14, de 18/04/01, nada mais fez a Secretaria de Saúde do Distrito Federal do que dar fiel e rigoroso cumprimento às normatizações emanadas do Ministério da Saúde, em especial a Portaria nº 125/01 da Secretaria Nacional de Saúde/MS e a Portaria nº 97 de 22/03/01, que estabelece o “Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas – Esclerose Múltipla”, fixando os critérios de inclusão/exclusão de pacientes no tratamento, critérios de diagnóstico, esquema terapêutico preconizado e mecanismos de acompanhamento e avaliação desse tratamento, de caráter nacional, visando a prescrição segura e eficaz. [...] Nada mais razoável. Ao que sugere, tal exigência revela o cuidado da Administração Pública com possíveis fraudes contra o Sistema de Saúde, tão comuns nos dias atuais. [...] A bem da verdade não se está negando à impetrante o direito fundamental à saúde, garantido constitucionalmente a todo cidadão, mas sim condicionando-o ao atendimento de certas exigências que, como já registrado, nada têm de ilegal ou abusiva. Ao contrário, é de muito fácil realização e cumprimento”.

O posicionamento do relator foi seguido pelos Desembargadores Jeronymo de Souza, Romão C. Oliveira, Everards Mota e Matos e Hermenegildo Gonçalves. Tais julgadores admitiram que o exercício do direito à saúde deveria obedecer a certas normas administrativas, máxime para facilitar a fiscalização e evitar fraudes.

Inaugurando a divergência, o voto do Des. Nívio Gonçalves acolhe os argumentos da impetrante, para considerar ilegal a regulamentação imposta pela portaria atacada. Ele assevera que a realidade precária da saúde no Distrito Federal não permite que o fornecimento de medicamentos fique condicionado à prescrição por médicos do SUS. Para tanto, apresenta os seguintes fundamentos: “São vidas que estão em risco, a merecer, portanto, a devida vigilância pelo poder público. Isso porque, por força de disposições constitucionais, a saúde é direito de todos e dever do Estado, estando assegurada e disciplinada em inúmeros dispositivos da Magna Carta [...]. Dessume-se, pois, que a saúde constitui direito constitucionalmente assegurado aos cidadãos, sendo inerente à vida e, em assim sendo, detém o Estado a obrigação de fornecer condições a seu exercício pleno.[...] A

casos que o medicamento não possui sequer registro na ANVISA²³⁵, situação que proíbe sua comercialização no Brasil.

A partir dessa orientação jurisprudencial o Poder Judiciário local passou a enxergar a padronização de medicamentos e a adoção de protocolos clínicos como “exigência de índole meramente administrativa”²³⁶; que “a limitação alegada traduz-se em negativa de dever constitucional”²³⁷; e que a prescrição médica deve prevalecer²³⁸. Nesse último caso, os julgadores afirmam que o médico sabe tratar-se de medicamento existente no mercado e selecionado para utilização pelo SUS, ou o de que “é o médico que entende das necessidades

aquisição do remédio é, portanto, imprescindível à sobrevivência, do que se depreende que na hipótese sub iudice está em discussão o próprio direito à vida, o qual está sendo negado pelo Poder Público na medida em que, para sua fruição, estabeleceu condição iniludivelmente impossível de ser alçada sem comprometer gravemente a saúde da impetrante, porquanto se ela ficar a mercê de marcação de consultas nos hospitais públicos para lograr a obtenção do medicamento, decerto os sintomas da doença terão progredido ou talvez se tenha verificado seu óbito”. Por fim, lança o argumento que sintetiza o entendimento que a partir desse julgamento passou a vigorar TJDF: **“o não atendimento a uma formalidade burocrática não pode obstar o exercício do direito à vida e à saúde, contemplados e guarnecidos pela Constituição Federal”**.

O entendimento acima descrito foi seguido pelos Desembargadores Eduardo de Moraes Oliveira, Aparecida Fernandes, Valter Xavier, Estevam Maia, decidindo a questão favoravelmente à impetrante, por seis votos contra cinco, esse caso paradigmático no qual melhor foram expostos os argumentos dos magistrados do Conselho Especial do TJDF. (grifo nosso)

²³⁵ As alegações de ameaça de lesão à ordem pública por ir de encontro à legislação que proíbe a importação, prescrição e uso de medicamento não-registrado ANVISA são afastadas: “Diante da gravidade do caso em concreto, não antevejo, no simples fato de inexistir registro do medicamento no Ministério da Saúde, ameaça de lesão à ordem ou à saúde pública. Tampouco resta ameaçada, por isso, a saúde da impetrante, haja vista que a decisão condiciona o fornecimento à prescrição médica, e pela prescrição do medicamento, responde o médico requisitante” (Processo nº 2004.01.1.011 071-5, acórdão 212.073, julgado em 21/03/05). “Sendo prescrita a substância por médico responsável pelo tratamento do paciente, máxime se integrante da rede pública de saúde, ainda que não registrado o fármaco perante a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, faz-se necessária a sua importação diante da finalidade terapêutica indicada” (Processo nº 2004.01.1.045859-4, acórdão 211.723, julgado em 28/3/05).

²³⁶ Processo nº 2002.01.1.100 178-8, acórdão nº 194.078, julgado em 24/5/04.

²³⁷ Processo nº 1999.01.1.056 324-0, acórdão 153.317, julgado em 07/2/02.

²³⁸ Várias decisões a respeito desse tópico revelam o entendimento sedimentado pelos magistrados do TJDF. “Ainda que a medicação pretendida não esteja padronizada pelo Ministério da Saúde para fornecimento gratuito aos doentes de aids, a comprovada necessidade do medicamento, prescrito por médico, impõe a condenação do Distrito Federal ao seu fornecimento, posto que não pode o dever do Estado limitar o direito à saúde, principalmente quando em risco a vida do paciente”. (Processo nº 1999.01.1.056 324-0; acórdão 145 849, julgado em 27/8/01).

“[...] mostrando-se irrelevante não se encontrar o medicamento na lista dos medicamentos padronizados pelo Ministério da Saúde”. (Processo nº 2000.01.1.074934-2, acórdão 170.015, julgado em 30/09/02).

“Não pode o Estado querer se eximir de sua responsabilidade constitucional, com argumentos de ordem burocrática. Não conceder o medicamento solicitado, apenas pelo fato de não estar o referido medicamento relacionado no rol dos medicamentos excepcionais, não conduz à conclusão de estar ele indisponível; demonstra, isto sim, como bem destacado em decisão que concedeu a liminar nestes autos, resistência do impetrado em fornecer a substância que a menor necessita para o seu tratamento”. (Processo nº 2004.00.2.009 320-7, acórdão 214.038, julgado em 15/3/05).

“As normas burocráticas não podem ser erguidas como óbice à obtenção de tratamento adequado e digno por parte do cidadão carente, em especial, quando comprovado que a medicação anteriormente aplicada não surte o efeito desejado, apresentando o paciente agravamento em seu quadro clínico” (Processo nº 2005.00.2.006214-8, acórdão 238.054, julgado em 17/1/06).

de seu paciente”. Em suma, a palavra do médico é intangível para os magistrados²³⁹, mesmo quando se trata de médico não conveniado ao SUS. Cumpre lembrar que a Portaria 14 da SES/DF determina que a dispensação de medicamentos pelo SUS só se faz mediante prescrição de profissional a ele conveniado. Esta e todas as normas regulamentadoras do SUS são vistas como entraves burocráticos à realização do direito à saúde quando, de alguma forma, criam óbice ao fornecimento do medicamento postulado na petição inicial. Ademais, a ausência de informações e explicações dos critérios técnicos nas peças de defesa reforça essa submissão ao conhecimento médico e desfavorece a aceitação das teses do DF.

A lei de licitações é igualmente ignorada, e incluída como entrave burocrático²⁴⁰, motivo pelo qual se determina que os gestores promovam a aquisição emergencial dos medicamentos, com dispensa de licitação, se necessário for.

Há uma tendência sedimentada de fazer valer a diretriz constitucional de integralidade no atendimento em qualquer caso, de forma a fornecer ao paciente/autor praticamente qualquer serviço de saúde postulado. Curioso notar que tal orientação, entretanto, não é a mesma em relação às diretrizes de universalidade e igualdade na prestação dos serviços de saúde. Em diversos votos os julgadores deixam claro que a situação de hipossuficiência financeira do autor-paciente é fator determinante para a procedência do pedido²⁴¹. *A contrario sensu*, tal argumento implica que as pessoas em situação financeira confortável não têm direito à assistência farmacêutica.

²³⁹ Isso fica bem claro no seguinte voto: “Se foi este o medicamento indicado pela médica, nós, que não somos versados em tal ciência, não devemos, por questão de ética, tecer considerações sobre os seus estudos. Se é este o medicamento necessário à saúde do paciente, não se pode deixar o paciente sem atendimento, simplesmente pelo fato daquele produto não fazer parte dos listados pelo Ministério da Saúde. A escusa somente seria válida se se tratasse de medicamento proibido pelo Ministério da Saúde” (Processo nº 2001.01.1.104096-3, acórdão 206.955, julgado em 25/10/04).

²⁴⁰ “Não pode o Distrito Federal esquivar-se da obrigação legalmente imposta, ao argumento de que não há previsão orçamentária para a compra dos medicamentos e que ainda não foi realizada licitação para escolher o fornecedor dos produtos. Com efeito, não pode ser o beneficiário do sistema de saúde apenas pela negligência do Poder Público” (Processo nº 2002.01.1.063 874-6, acórdão 184 431, julgado em 24/11/03).

²⁴¹ São exemplos: “Cabe ressaltar que o tema em debate não é de toda novidade nos tribunais, sendo certo que a jurisprudência do Pretório Excelso tem firmado posicionamento no sentido de que o paciente hipossuficiente deve receber do Estado os medicamentos de que necessita.” (Processo nº 2003.00.2.002 984-2, acórdão 187.718, julgado em 03/02/04). “Esta Corte tem reconhecido que os portadores de moléstias graves, que não tenham disponibilidade financeira para custear o seu tratamento, têm o direito de receber gratuitamente do Estado os medicamentos de comprovada necessidade”. (Processo nº 2003.01.1.065 766-3, acórdão 206.921, julgado em 22/11/04). “Restando comprovado que o autor não pode arcar com as despesas sem privar-se dos recursos indispensáveis ao próprio sustento de sua família, o Estado está obrigado a fornecer de forma gratuita, os medicamentos destinados ao seu tratamento, sob o risco de afronta ao bem jurídico maximamente resguardado pelo ordenamento jurídico pátrio: a vida”. (Processo nº 2004.01.1.075 727-5, acórdão 235.791, julgado em 16/01/06). (grifo nosso)

Por outro lado, a ‘hipossuficiência financeira’ do Estado em nenhuma hipótese serviu como justificativa para o não fornecimento dos medicamentos. É nessa linha que encontramos a segunda oposição estabelecida pelos Desembargadores, que se dá entre a garantia da saúde do cidadão pleiteante, por um lado, e a Administração e suas contingências orçamentárias por outro (reserva do possível).

O TJDFDT repete a mesma postura. Em todas as ações em que a falta de recursos foi mencionada como óbice ao fornecimento de medicamentos o direito à saúde e à vida foi preservado frente aos “interesses financeiros do Estado”. Dois fundamentos são mais freqüentes: o de que limitações orçamentárias não podem suplantam direitos constitucionais²⁴² e o de que não ficou demonstrado pelo DF o “risco ou dano à ordem, à saúde, à segurança ou à economia pública”²⁴³.

A insuficiência de recursos é interpretada por juízes e desembargadores como incompetência administrativa e desinteresse em agir por parte do gestor público, ainda que se alegue que a realização de outras políticas públicas de saúde restará prejudicada²⁴⁴ pelo fornecimento de medicamentos por ordem judicial. Também o reconhecimento de que o suprimento orçamentário depende de transferência de recursos federais²⁴⁵ não é aceito como justificativa para que o Distrito Federal deixe de cumprir o que está no âmbito de sua competência material.

²⁴² “A escassez orçamentária e a necessidade de procedimentos administrativos para a aquisição não podem suplantam o direito à vida e à saúde” (Processo nº 1999.01.1.056 324-0; acórdão 153 317, julgado em 07/02/02).

²⁴³ “É certo que se deve tomar em consideração, na tarefa de concretização dos programas normativos, as reservas do financeiramente possível, dentro dos limites que o orçamento enseja. Contudo, nenhuma demonstração inequívoca se apresenta nos autos de que a concessão do pedido venha a provocar danos à ordem, à saúde, à segurança ou à economia pública, tanto que nenhuma provocação nesse sentido foi promovida pelo apelante” (Processo nº 2003.01.1.008 763-9, acórdão 201.248, julgado em 16/8/04). (grifo nosso)

²⁴⁴ Não se pode deixar de dar relevo a esta curiosa fundamentação: “É de tudo louvável o combate à malária, bem assim à desnutrição. O que é certo, absolutamente certo, é que as vítimas dessas duas últimas deficiências de saúde são tratáveis até com medicamentos caseiros ou, quiçá, apanhados no balcão dos raizeiros ou numa boa horta. Destarte, não recebo com muita boa vontade esses argumentos do apelante como causa de pedir para a desconstituição da decisão judicial, que manda, nos termos da Constituição Federal e das leis, fornecer medicamento indispensável à manutenção da vida aos portadores do HIV” (Processo nº 2000.01.1.025 572-2; acórdão 140.533, julgado em 19/3/01).

²⁴⁵ Cumpre destacar que na aquisição de determinados medicamentos, o Distrito Federal recebe o reembolso da maior parte do valor gasto, contudo, isso depende da realização de um procedimento administrativo específico, que não ocorre quando a compra é determinada emergencialmente pelo Judiciário. Assim, o argumento da ausência de recursos não pode ser considerado falso de antemão, como se vê no seguinte voto: “A simples argumentação de que para tanto se faz necessário o repasse de recursos não afasta a constatação de que se faz necessária efetiva previsão de tal suprimento, de forma a atender a demanda que pode ser mensurada pelo governo local, que por certo dispõe de dados e servidores aptos a empreender tal serviço de evidente utilidade pública” (Processo nº 2002.01.1.091 335-9).

Assim, em face destes dois principais conflitos criados no seio do debate sobre o fornecimento de medicamentos, a balança da justiça no DF tem pendido sempre para o mesmo lado. E nem mesmo as seguidas alegações de que o Judiciário está a extrapolar os limites da separação dos poderes foram suficientes para provocar uma mudança significativa na jurisprudência do TJDFT²⁴⁶.

Em suma, praticamente em todos os acórdãos analisados foi determinado o fornecimento dos fármacos vindicados pelas partes. E tal determinação se fez a qualquer custo²⁴⁷ e nas mais diversas situações²⁴⁸, a despeito dos argumentos levantados pelo Distrito Federal em sua defesa.

Para tanto, os Desembargadores têm se utilizado basicamente dos mesmos argumentos²⁴⁹ e das mesmas referências normativas. Corroboram seu entendimento com a transcrição de outros julgados, em sentido semelhante, do próprio TJDFT ou dos tribunais superiores²⁵⁰. Assim buscam uma coerência com as decisões anteriores, e nelas se apóiam para perpetuar o mesmo discurso e chegar aos mesmos resultados. Tal inércia no discurso no TJDFT pode ser observada na completa pacificação da questão do fornecimento de medicamentos, inclusive identificamos ações nas quais foi adotado, como fundamentação do voto pelo relator, apenas o parecer da Procuradoria de Justiça²⁵¹. Transparece desinteresse em buscar novas justificativas ou uma postura crítica. Formou-se um verdadeiro senso comum em torno da questão.

²⁴⁶ “A r. decisão impugnada [concessão de liminar em ação cominativa obrigando a Secretaria de Saúde do DF a fornecer medicamento não contemplado nos protocolos clínicos adotados] não está a invadir a seara discricionária da Administração, mas apenas impõe ao Estado o dever de assegurar a todos os cidadãos, indistintamente, o direito à saúde (art. 6º e 196 da CF/88). Ademais, conforme preconiza o art. 207 da Lei Orgânica do Distrito Federal compete ao Sistema Único de Saúde do DF prestar assistência farmacêutica e garantir o acesso da população aos medicamentos necessários à recuperação de sua saúde”. (Processo nº 2005.00.2.000 355-5, acórdão 221.448, julgado em 06/6/05).

²⁴⁷ Assim afirmamos, pois os remédios são deferidos independente de constarem na lista de medicamentos excepcionais, de serem receitados por médico do SUS, de realização de licitação, etc. Merece especial destaque a Apelação Cível nº 11071-5/04, na qual foi determinada a importação de medicamento que sequer estava registrado na ANVISA.

²⁴⁸ Excluídas apenas as hipóteses em que as postulações do Ministério Público envolvem uma abordagem *difusa* do direito à saúde.

²⁴⁹ Em poucas situações se observa uma mudança no enfoque do debate. Uma boa exceção são algumas das considerações dos Desembargadores acerca da má gestão administrativa empreendida pelo Governo do Distrito Federal na área da saúde. Tais críticas, normalmente advindas do Des. Romão, fazem menção à falta de planejamento e à utilização dos recursos em obras não essenciais para a vida da população (como pontes suntuosas e viadutos).

²⁵⁰ Situação semelhante a que observamos no TJDFT se desenvolve também em outros tribunais, tais quais o STF, o STJ e o TJSP. Para conferir tal afirmação, é importante a leitura dos estudos de caso (*cases studies*) realizados por Euclides Benedito de Oliveira (OLIVEIRA, 2001: 49/57) e Luiz Cietto (CIETTO, 2003: 97/103).

²⁵¹ Autos nº 6677-8/04 e 5728-1/04.

Cumpra agora avançar em nossa pesquisa e constatar se há alguma diferença entre as conclusões acima expostas e o atual debate que se desenvolve no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

2.2.3 *O atual debate judicial sobre a assistência farmacêutica no TJDFT.*

2.2.3.1 *Metodologia da Pesquisa*

Em acesso ao site do TJDFT, em 10/1/2009, foi realizada uma investigação jurisprudencial utilizando apenas o indexador ‘saúde’ e a restrição temporal aos acórdãos publicados entre 01/7/2008 e 01/1/2009²⁵². Foram obtidos 415 acórdãos, dentre os quais estavam incluídos inúmeros assuntos além da assistência farmacêutica. Com o intuito de excluir questões estranhas ao nosso estudo, foi realizada nova consulta com os indexadores ‘saúde’ e ‘medicamentos’, obtendo-se 55 julgados. Destes, 7 foram descartados, pois versavam sobre obrigações de planos de saúde privados ou fornecimento de outros produtos, além de dois acórdãos cujo inteiro teor não estava disponível para pesquisa.

Neste ponto, com 48 acórdãos para análise, procedeu-se a leitura do inteiro teor de todos os julgados, com a finalidade de realizar uma pesquisa não-probabilística. A pesquisa se foca nos argumentos utilizados pelos magistrados na fundamentação das decisões, especificamente os entendimentos sedimentados e as mudanças jurisprudenciais em relação às pesquisas anteriores. Passamos a expor os resultados dessa pesquisa.

2.2.3.2 *Resultados da Pesquisa: a conformação da jurisprudência.*

A leitura dos 48 acórdãos selecionados entre os julgados mais recentes do TJDFT nos dá indícios que, ao menos na 2ª instância, poucas mudanças ocorreram no debate judicial

²⁵² O recorte temporal torna possível uma pesquisa não-probabilística, pois o número de acórdãos para análise se torna mais reduzido. Assim, pode-se proceder ao exame do inteiro teor dos julgados, permitindo um estudo qualitativamente melhor. Dessa forma, mantêm-se a coerência com o marco teórico, pois, no direito como integridade, a análise da prática judicial é mais representativa nos casos difíceis, onde os argumentos são melhor expostos (possibilidade de uma análise interpretativa). Uma pesquisa probabilística pouco contribui, sem o estudo dos argumentos. Não se pretende afirmar com isso que serão incluídos na pesquisa apenas casos difíceis, mas com tais critérios, as chances de obter julgados mais representativos é maior.

acerca da assistência farmacêutica. Os argumentos levantados pelos autores permanecem os mesmos e as defesas apresentadas pelo Distrito Federal continuam a ser sistematicamente rejeitadas pelo Tribunal, que se mantém vinculado a fundamentos muito semelhantes aos que já foram expostos nas pesquisas anteriores.

Há claramente uma conformação da jurisprudência do TJDFT, tanto que dos 48 acórdãos pesquisados, em 47 os postulantes obtiveram êxito em seu pedido. Em apenas um único caso a pretensão dos autores não foi acolhida pelo TJDFT, e o motivo foi a não juntada dos laudos médicos que comprovariam a doença alegada pela postulante²⁵³. Ou seja, em nenhum caso em que a parte demonstrou possuir determinada doença, deixou de obter o medicamento pleiteado.

A menção ao direito à saúde, garantido pela Constituição (art. 196), e à assistência farmacêutica, prevista na LODF (art. 204), são fundamentos centrais nos acórdãos pesquisados. O primeiro argumento está presente em 46 dos 48 julgados, e o segundo em 36. Também merece destaque o recurso cada vez mais freqüente ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana²⁵⁴, mencionado em 4 julgamentos²⁵⁵.

Ademais, em vários acórdãos os magistrados deixaram claro que a questão já foi enfrentada pelo Tribunal e que está pacificada na Jurisprudência pátria²⁵⁶. Assim, em 34 julgados os magistrados recorreram à Jurisprudência do TJDFT para fundamentarem suas

²⁵³ Destaco o seguinte trecho do julgado: “Como se observa, em cognição sumária, não restou demonstrada a prova inequívoca dos fatos, consubstanciada na comprovação pelo Paciente da necessidade do medicamento pleiteado e na escusa do seu fornecimento pelo Ente Público, a qual daria ensejo ao convencimento pelo Magistrado que o direito aos remédios solicitados era verossímil. Faltou, inclusive, nesta sede recursal, a comprovação do estado de saúde do Autor, eis que não foram juntados aos autos os alegados laudos médicos, o que impede de constatar a ocorrência do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”(Agravo de Instrumento 20080020048944, Des. MARIA BEATRIZ PARRILHA, Acórdão n. 314.656).

²⁵⁴ “No que tange à limitação orçamentária – ou ao comprometimento das finanças públicas -, destaco que o argumento da reserva do possível não pode ser utilizado como forma de objeção ao direito à saúde, porquanto tal argumento esbarra no valor maior da vida e na dignidade da pessoa humana. Significa dizer: sob o postulado da proporcionalidade, a decisão a respeito da aplicação dos recursos orçamentários pelo Poder Público não pode visar a desqualificar os direitos sociais carentes de efetivação. À evidência, em situações nas quais a via judicial é a única para garantir o mínimo necessário para a vida digna, justifica-se impor ao Estado o cumprimento de suas obrigações constitucionais” (WALDIR LEÔNICIO, CONSELHO ESPECIAL, Agr Reg no MS 2008.00.2.006031-4, Acórdão n. 311171). “Resta claro que a Lei Máxima conferiu ao Estado o dever de primar pela saúde de toda a sociedade. Em se tratando de ônus que objetiva assegurar a dignidade da pessoa humana, não pode ser cumprido segundo critérios de conveniência e oportunidade da Administração. Ao contrário, deve consistir numa das prioridades máximas do Estado” (Apelação Cível - Remessa *Ex Officio* 20060111088408APC, acórdão n. 333829).

²⁵⁵ Foram feitas ainda referências à Lei Orgânica da Saúde em 8 julgados, e em um acórdão foi citada a Lei 9.313/96.

²⁵⁶ “O debate não é inédito, já havendo sido enfrentado exaustivamente pelos Tribunais pátrios. Com efeito, é uníssono o entendimento de que cabe ao Estado assegurar o acesso à saúde” (Des. Nídia Corrêa Lima, Apelação Cível - Remessa *Ex Officio* 20050110925680APC, Acórdão n. 324.524).

decisões, e em 22 acórdãos, citaram a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal²⁵⁷. A padronização é evidente, inclusive com o uso freqüente do mesmo modelo para várias decisões.

Alguns argumentos que foram identificados nas pesquisas anteriores, permanecem nas defesas e, conseqüentemente, repercutem nas decisões judiciais. Por um lado, seguem as tentativas infrutíferas do Distrito Federal de fazer valer as normas administrativas que regulamentam a dispensação de medicamentos: i) padronização do uso dos medicamentos por meio da REME-DF²⁵⁸; ii) observância dos protocolos clínicos e terapêuticos²⁵⁹; iii) necessidade de prescrição por médico vinculado ao SUS²⁶⁰.

Nesta mesma linha de raciocínio, foram acrescentados alguns argumentos pouco utilizados anteriormente: a falta de interesse de agir da parte, por ausência de uma prévia

²⁵⁷ “Igualmente inadequada se mostra a tese de prevalência do princípio da reserva do financeiramente possível. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou acerca da inaplicabilidade do princípio da reserva do possível sempre que o debate refira-se às restrições orçamentárias do Estado e às necessidades mínimas do ser humano para sua existência. É uníssono, na jurisprudência pátria, que diante da proteção constitucional à chamada garantia do mínimo existencial não pode o Estado conclamar o princípio da reserva legal. Afinal, se as restrições financeiras do Estado constituíssem escudo contra suas obrigações constitucionais e legais, a eficácia normativa da Constituição Federal ficaria submissa à programação orçamentária feita pelo Administrador, o que é inadmissível. Dessarte, realizando-se a ponderação dos valores constitucionais em jogo, quais sejam, direito à saúde e obediência à previsão orçamentária, o primeiro deve prevalecer, porque atinente à vida humana” (Apelação Cível - Remessa *Ex Officio* 20060111088408, acórdão n. 333829).

²⁵⁸ “Registra-se, ainda, que, em relação à lista de medicamentos do Ministério da Saúde, esta Corte de Justiça já decidiu que ‘o fato de determinado medicamento não estar cadastrado no ‘Protocolo Clínico Diretrizes Terapêuticas do Ministério da Saúde’, não afasta a obrigatoriedade de o Distrito Federal fornecê-lo àqueles que dele necessitem’ ” (Des. Fábio Eduardo Marques, Apelação Cível 20060111327792, Acórdão n. 318.800).

“Ainda que o medicamento denominado etanescepte 25mg, prescrito pelo médico que acompanha o Postulante, não conste do rol dos medicamentos previstos pelo Ministério da Saúde, consoante Parecer Técnico do Núcleo de Medicina Integrada da Secretaria de Saúde do DF (fl. 46), tal fato não tem o condão de isentar o Ente Público do seu dever de prestar assistência à saúde daqueles que não têm condições e necessitam de atendimento médico. Por outro lado, não socorre o Réu a alegação de que os remédios não são indicados para o quadro apresentado pelo Autor, pois, uma vez havendo prescrição médica, não cabe ao Judiciário se imiscuir em atividade que lhe é estranha, elegendo o melhor tratamento” (Des. Maria Beatriz Parrilha, Apelação Cível - Remessa *Ex Officio* 20070110237818, Acórdão n. 321721). (grifo nosso)

²⁵⁹ “Como visto no relatório, a matéria trazida a exame na presente apelação não oferece novidade a este Tribunal, em face de reiterada jurisprudência na mesma linha do entendimento adotado nos fundamentos da sentença recorrida, sendo certo que, quanto ao argumento, suscitado pelo Distrito Federal, ora apelante, de que os remédios visados pelo apelado não estariam previstos como ‘Medicamentos Excepcionais no Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas do Ministério da Saúde’ (folha 66), cumpre assinalar que a obrigação do ente estatal de assegurar o direito à saúde, de forma contínua e gratuita aos cidadãos, decorre de disposição contida na Carta Política **[artigo 196]**, bem como na Lei Orgânica do Distrito Federal **[artigos 204/216]**, tratando-se, portanto, de uma garantia constitucional, sendo defeso à Administração furtar-se a este dever, por invocação de norma infralegal de índole meramente regulamentar **[artigo 37, Constituição Federal]**.

E, no âmbito do Distrito Federal, os artigos 204 e seguintes da LODF, disciplinam sobre esta matéria trazida a debate ao assegurar o **‘direito à saúde’**, para proporcionar ao necessitado ‘o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde, para sua promoção, prevenção, recuperação e reabilitação’ **[artigo 204, II]**.” (Apelação Cível 20060111351504, Acórdão nº 334.442) (grifo nosso)

²⁶⁰ “Além disso, o simples fato de a receita médica onde estão prescritos os medicamentos não ter sido fornecida por instituição integrante da Rede Pública de Saúde não exonera o ente estatal de cumprir com suas obrigações estabelecidas no seu ordenamento máximo” (Des. Humberto Adjuto Ulhôa, Apelação Cível 20050111115974, Acórdão n. 312402).

tentativa de obter o medicamento pelas vias administrativas²⁶¹, e a ofensa ao princípio da isonomia²⁶², em virtude da disparidade de tratamento entre os cidadãos que recorrem ao Judiciário e aos que se submetem às políticas públicas do SUS.

Permanece também uma segunda linha de argumentos embasada na necessidade de racionalizar os gastos com saúde. Em exatamente metade dos julgados, foi possível identificar na defesa do Distrito Federal a alegação de ausência de recursos²⁶³ ou da necessidade de se observar a reserva do financeiramente possível²⁶⁴.

²⁶¹ "O Distrito Federal argüi, em preliminar, carência de ação por ausência de prova da negativa de fornecimento do medicamento de que necessita o apelado. Tal argumentação afigura-se-me frágil, porquanto não parece crível que o autor diante da possibilidade de vir a ser atendido pelas vias administrativas, preferisse ingressar com a presente ação.

Tanto assim o é que, somente após o ajuizamento da presente ação, por força de concessão de liminar em 02 de fevereiro de 2006 (19-22), é que passou a receber a medicação necessária (36-7).

Destarte, constitui a sentença, ora impugnada, a certeza da continuidade do fornecimento dos medicamentos" (Des. Fernando Habibe, Apelação Cível 20060110094433, Acórdão n. 327603).

²⁶² "Com base em tais fundamentos, tenho que a sentença, ao determinar o fornecimento do medicamento pleiteado em favor do autor, cumpre e observa o princípio da isonomia, na medida em que confere a este, pessoa em evidente situação de hipossuficiência financeira e jurídica, tratamento que vise restabelecer sua igualdade em relação aos demais cidadãos, que gozam de atendimento médico e hospitalar, não obstante a notória precariedade dos serviços públicos de saúde" (Des. Ana Maria Duarte Brito, Apelação Cível 20060110332967, Acórdão n. 328738).

"Ademais, o fornecimento de medicamentos à parte apelada não consubstancia ferimento ao princípio da isonomia, pois essa mesma providência deve ser dispensada a todos aqueles que comprovadamente necessitarem de remédios ou tratamento médico, indistintamente"(Juiz Convocado Hector Valverde, Apelação Cível - Remessa *Ex Officio* 20060110440205, Acórdão n. 329121).

²⁶³ "Não pode o recorrente sustentar que o Poder Judiciário está criando despesas sem a necessária previsão orçamentária. É fato público e notório que no orçamento do Distrito Federal existe rubrica própria para o atendimento das despesas com saúde. Não havendo crédito na rubrica é possível fazer suplementação de verba, sendo esse recurso usado frequentemente pelo Poder Executivo. Ao ser determinado o imediato fornecimento dos medicamentos, nada mais se está fazendo do que obrigar o cumprimento do artigo 196 da Constituição Federal [...](Des. Luciano Vasconcelos, Apelação Cível - Remessa *Ex Officio* 20060111337496, Acórdão n. 327.356)

"Não se desconhece que existem entraves burocráticos e limitações orçamentárias que, em muitas ocasiões, tornam difícil ao Estado o pronto atendimento às suas obrigações, geralmente de difícil solução para o administrador. Contudo, não é admissível que tais percalços possam vir a constituir barreira que impeça a garantia de atendimento a direitos fundamentais, muito especialmente os relativos à saúde e à vida" (Des. Silva Lemos, Apelação Cível - Remessa *Ex Officio* 20060111106427, Acórdão n. 321.353).

²⁶⁴ "É certo que se deve tomar em consideração, na tarefa de concretização dos programas normativos, as reservas do financeiramente possível, dentro dos limites que o orçamento enseja. Tais limitações devem se ater apenas às políticas gerais do Governo, não podendo possuir qualquer eficácia em relação ao direito social concretizado e individualizado do cidadão que, à míngua daquelas políticas públicas, não pode por elas esperar ad aeternum, notadamente diante da doença de que padece. Em suma, a reserva do possível tem como limite o princípio do mínimo existencial, que, por sua vez, é corolário do princípio-mor da dignidade da pessoa humana. A despeito dos comentários tecidos, nenhuma demonstração inequívoca se apresenta nos autos no sentido de que a procedência do pleito possa provocar danos à ordem, à saúde, à segurança ou à economia pública". (Des. Cruz Macedo, 2006 01 1 135275-7, Acórdão n. 320692) (grifo nosso)

"Poder-se-ia admitir a aplicabilidade do princípio da reserva do possível em situações excepcionais, desde que o ente público comprovasse a impossibilidade ou a incapacidade econômico-financeira de fornecer o medicamento pleiteado. No entanto, os autos não contêm prova de tal impossibilidade, de sorte que a mera alegação do ente recorrente não se mostra suficiente para lhe desonerar do cumprimento do dever constitucional que lhe foi imposto" (Apelação Cível - Remessa *Ex Officio* 20060111088408APC, acórdão n. 333829).

Com fundamento no direito à saúde, previsto na Constituição, todos os argumentos de defesa foram rejeitados, a exemplo do que foi observado nas pesquisas anteriores. Em alguns julgados os magistrados também utilizaram como fundamento o valor superior da saúde e da vida humanas, que devem ser priorizados em relação às restrições orçamentárias do Estado. O argumento é semelhante, mas colocado de forma diversa, pois a fundamentação deixa o campo normativo para o valorativo²⁶⁵.

E quando novamente questionados se a interferência do Judiciário na gestão da saúde representaria uma ofensa ao princípio da separação dos poderes, os magistrados mantiveram firme o entendimento de que as normas constitucionais não são meros programas indicativos²⁶⁶ para o governo e que o direito à saúde pode ser postulado individualmente em Juízo pelos cidadãos hipossuficientes²⁶⁷, sem que isso implique na violação da separação dos poderes²⁶⁸.

Os casos mais representativos da conformação jurisprudencial estabelecida são os julgamentos dos mandados de segurança impetrados contra o Secretário de Saúde que, por disposição regimental²⁶⁹, são de competência do Conselho Especial, órgão julgador que substitui o Tribunal Pleno²⁷⁰. Quatro dentre os acórdãos pesquisados se encaixavam nesta

²⁶⁵ "Não se desconhece que o Estado se submete a normas na aquisição e fornecimento de medicamentos, mas é sabido que a burocracia dificulta, muitas vezes, a efetiva circulação de medicamentos necessários à saúde e à vida de pessoas afetadas por enfermidades graves, cabendo, pois, ao Judiciário a ponderação dos bens colocados em conflito.

Na hipótese dos autos, tenho que se deve considerar, para um juízo de valor, a gravidade da moléstia em questão, o custo do medicamento e as condições financeiras do apelado/autor" (Des. Natanael Caetano, Apelação Cível - Remessa *Ex Officio* 20060111217750, Acórdão n. 322.003).

²⁶⁶ "Com efeito, tanto a doutrina e como a jurisprudência entendem que o direito à preservação da saúde, premissa básica da existência digna do ser humano, não pode ser interpretado como uma norma programática, mas sim como de eficácia limitada, à qual deve ser dada aplicabilidade imediata" (Apelação Cível - Remessa *Ex Officio* 20060111088408APC, acórdão n. 333829).

²⁶⁷ Ressalte-se que em 22 dos acórdãos pesquisados, os julgadores consideraram a condição de hipossuficiência da parte autora como um dos fundamentos para o fornecimento do medicamento.

²⁶⁸ "Com efeito, o sistema de controle entre as diversas funções estatais é um dos imperativos do Estado Democrático de Direito, pois os "poderes" não são estanques, absolutos, mas interdependentes.

É certo que se deve tomar em consideração, na tarefa de concretização dos programas normativos, as reservas do financeiramente possível, dentro dos limites que o orçamento enseja. Contudo, nenhuma demonstração inequívoca se apresenta nos autos de que a concessão do pedido venha a provocar danos à ordem, à saúde, à segurança ou à economia pública, tanto que nenhuma provocação nesse sentido foi promovida pelo apelante.

Ademais, não se pode aceitar que haja um monopólio do Administrador quanto ao cumprimento dos preceptivos constitucionais, máxime os que estatuem direitos fundamentais.

A propósito, se há uma esfera de poder que mais teve ampliadas as suas competências rumo à concretização das normas constitucionais, esta é a do Poder Judiciário. Havendo necessidade de concretização das normas constitucionais que vai além da mera previsão legal e alcança o caso concreto, o intérprete mais autorizado para a sua efetivação é o Poder Judiciário". (Des. Cruz Macedo, Apelação Cível - Remessa *Ex Officio* 20060110440205APC, Acórdão n. 329121)

²⁶⁹ Art. 8º, inciso I, alínea c, do Regimento Interno do TJDF.

²⁷⁰ "Art. 6 - O Conselho Especial, constituído de 17 (dezessete) Desembargadores, respeitada a representação de advogados e membros do Ministério Público, e presidido pelo Presidente do Tribunal, é integrado:

situação e, após a leitura do inteiro teor de todos, surpreendeu a ausência de qualquer debate relevante²⁷¹ neste órgão que se reúne com a presença de, no mínimo, nove Desembargadores. Todas as decisões seguiram o mesmo padrão e foram tomadas por unanimidade²⁷².

Também causou surpresa o julgamento da única ação de caráter coletivo: a apelação interposta na Ação Civil Pública nº 20030111091637²⁷³. Ao contrário do que se observou em julgamentos analisados nas pesquisas anteriores, no acórdão concernente à citada ação, o Des. Relator apenas adotou as razões do parecer da Procuradoria de Justiça como fundamento de sua decisão e votou pelo não provimento do recurso do Distrito Federal, no que foi acompanhado pelos demais membros da 2ª Turma Cível (acórdão n. 318.270). Assim, tanto nas decisões do Conselho Especial quanto nas decisões de ações coletivas, pouco ou nenhum debate ocorreu entre os magistrados. E estes eram exatamente os casos mais propícios à diversidade de argumentos.

A partir de tais análises é possível identificar um padrão na resposta dos Desembargadores às demandas por medicamentos. Da mesma forma, também são uniformes os argumentos levantados pelas partes. Infelizmente, tais padrões são aplicados a casos concretos muito díspares. A pobreza discursiva que encontramos no Judiciário não condiz com a complexidade²⁷⁴ que o assunto apresenta.

São várias as normas administrativas do SUS que regulamentam a compra, distribuição e dispensação de medicamentos. São inúmeros os tipos, marcas e usos terapêuticos dos fármacos disponibilizados pelo SUS. Também são variadas as necessidades clínicas de cada cidadão que busca a tutela do Judiciário, e esta diversidade cresce com os diferentes tratamentos indicados pelos médicos assistentes e pela evolução que apresenta cada paciente. Todas essas variáveis, contudo, não encontram no Judiciário espaço para serem desenvolvidas. Falta informação para que as peculiaridades de cada caso aflorem e permitam ao magistrado uma decisão mais adequada, mas também há pouca disposição para buscar

I - pelos 9 (nove) Desembargadores mais antigos, entre eles o Presidente;

II - por 8 (oito) Desembargadores eleitos pelo Tribunal Pleno”.

²⁷¹ Acórdãos n^{os} 315.796, 320.650, 325.545 e 325.546.

²⁷² Merece destaque nestes julgados apenas a parte dispositiva da decisão. Nos acórdãos 325.545 e 325.546 o Des. Relator condicionou o fornecimento do medicamento à apresentação de receita médica emitida por profissional do SUS. No acórdão 320.650, os Desembargadores submeteram a validade da decisão a uma reavaliação médica a ser feita a cada 2 anos. Por fim, no acórdão 315.796, o Des. Relator determinou que a posologia indicada pelo médico fosse adequada à posologia dos medicamentos padronizados.

²⁷³ Nessa ação se que veiculava pedido de disponibilização de recursos financeiros para custear aquisição de medicamentos necessários a tratamento de quimioterapia no Hospital de Base do Distrito Federal, bem como reparos necessários e/ou compra de aparelhos de radioterapia na mesma unidade hospitalar, além do fornecimento de determinados medicamentos a alguns pacientes individualizados na inicial

²⁷⁴ DALLARI, 2008:96.

mais detalhes do caso concreto. *Não há individualização das demandas a fim de buscar uma resposta correta para cada caso. Há sim uma resposta única: conceder o medicamento.*

Em pelo menos 40, dos 48 julgados analisados, pode-se observar um padrão muito semelhante àquele encontrado nas pesquisas anteriores, com o aspecto agravante de que a sedimentação da jurisprudência do TJDFT tem reduzido, cada vez mais, os debates e a confrontação de argumentos que antes eram mais freqüentes. A menção ao art. 196 da Constituição e ao art. 204 da LODF, associada à transcrição de precedentes do TDFT e do STF, têm sido a base da fundamentação destes julgados. Em apenas 05 acórdãos observa-se um debate mais extenso acerca do caso concreto, ainda que a solução dada seja a mesma. Por fim, em 03 julgamentos há realmente votos que fogem totalmente ao padrão decisório adotado pelo TJDFT. A um deles já fizemos referência no início do tópico, trata-se da única decisão em que foi negado o fornecimento dos medicamentos postulados²⁷⁵. Tal decisão, contudo, não é fruto de uma mudança jurisprudencial, mas apenas da falta de provas da doença alegada pela autora.

Restam então apenas 02 julgados que realmente vinculam entendimentos divergentes da jurisprudência sedimentada no TJDFT. Pretendemos aprofundar nossa análise nestes casos, com a finalidade de entender os motivos que levaram alguns magistrados a fugir do padrão e trazer novos elementos para o debate judicial.

2.2.3.3 *Os votos vencidos: a indicação para uma postura diferente.*

O primeiro caso que trazemos à análise é o julgamento da apelação nº 20060110332967, interposta pelo Distrito Federal contra sentença que determinou o fornecimento do medicamento TRIPANAVIR, destinado ao tratamento da AIDS e de custo mensal de aproximadamente R\$ 15.000,00. Tal medicamento foi solicitado em razão da resistência e incompatibilidade a outros medicamentos usualmente fornecidos aos enfermos dessa patologia.

A Relatora, Desa. Ana Maria Duarte Amarante Brito, negou provimento ao recurso do Distrito Federal sob os fundamentos de que o fornecimento do medicamento estava garantido

²⁷⁵ Agravo de Instrumento 20080020048944, Desa. Maria Beatriz Parrilha, Acórdão n. 314.656.

pelo direito à saúde, à vida e à isonomia, todos previstos na Constituição. Também transcreveu julgados do STF e STJ. Um voto que segue fielmente a jurisprudência do TJDFT.

É no voto do Revisor, Des. Jair Soares, que há uma postura diferenciada. Ele acolhe a apelação do Distrito Federal em razão do medicamento Tripanavir não ter registro na ANVISA: “Não cabe ao Poder Judiciário, portanto, impor ao Distrito Federal o fornecimento de medicamento importado não aprovado pela ANVISA e não registrado no Ministério da Saúde, pena de violação do art. 12, da L. 6.360/76”. E após diversas considerações acerca do caso concreto, acrescenta que existe medicamento similar ao postulado que já está padronizado para uso pelo SUS (Fuzeon). A diferença entre ambos estaria apenas na forma de aplicação, o Tripanavir por via oral, e o Fuzeon por injeção intravenosa (portanto, de aplicação mais incômoda).

Diante dessa situação, o Desembargador entendeu não existir razões suficientes para determinar o fornecimento de medicamento em desacordo com as diretrizes de tratamento definidas pelo Ministério da Saúde: “O paciente pode utilizar o medicamento Fuseon, ainda que sua aplicação seja injetável. Não se justifica, portanto, que o Poder Judiciário imponha ao Distrito Federal a obrigação de fornecer o medicamento importado -- ressalte-se, não registrado no Ministério da Saúde quando ajuizada a ação -- Tipranavir, apenas pelo fato desse ser de mais fácil utilização, pela via oral”.

Cabia ao Vogal, Des. Teófilo Caetano, a continuidade do debate e a definição da tese que deveria prevalecer. Infelizmente, o magistrado perdeu a oportunidade de iniciar um produtivo debate e limitou-se em expressar seu voto da seguinte forma: “Com o Relator”.

Em que pese o dispositivo e a ementa do julgado terem sido iguais a tantos outros²⁷⁶, o voto vencido do Des. Jair Soares mostra que a correta instrução dos autos – com informações pormenorizadas acerca do caso concreto, aliada ao estudo das políticas públicas e normas que regulamentam o SUS – pode gerar um debate mais responsável e completo sobre as demandas trazidas ao Judiciário.

O segundo caso que merece destaque é o Agravo de Instrumento 2008.00.2.002421-5²⁷⁷, interposto por José Ribamar dos Santos contra o Distrito Federal em razão de decisão do Juízo da 6ª Vara de Fazenda Pública que indeferiu seu pedido de antecipação de tutela para o fornecimento do medicamento Raptiva (efalizumabe). Tal fármaco destinava-se ao tratamento

²⁷⁶ Daí a importância de estudar o inteiro teor dos autos, e não apenas a sua ementa.

²⁷⁷ Acórdão 324.631.

de psoríase grave que acometia o autor, cujos rendimentos não eram suficientes para arcar com a importação da medicação. As quatro ampolas necessárias ao tratamento somavam a quantia de aproximadamente R\$ 3.266,77 mensais.

Também Relatora nesse caso, a Des. Ana Maria Duarte Amarante Brito deu provimento ao agravo e reformou a decisão monocrática para conceder a antecipação de tutela e, por conseqüência, determinar o fornecimento do medicamento. Fundamentou sua decisão no direito à saúde, previsto no art. 196 da Constituição, e no direito à assistência farmacêutica previsto na LODF. Destacou, ademais, que o fármaco era aprovado pela ANVISA e que o autor não possui recursos para comprá-lo.

O 1º Vogal, Des. Jair Soares, acompanhou o voto da Relatora, mas o 2º Vogal, Des. Otávio Augusto pediu vistas dos autos e apresentou interessante voto. Afirmou que o medicamento não poderia ser fornecido, pois seu uso ainda estava em fase experimental e não estava, portanto, incluído nas Diretrizes e Protocolos Clínicos e Terapêuticos do Ministério da Saúde. Para formar sua convicção, deu destaque à decisão da magistrada de 1ª instância.

A exemplo do caso anterior, o entendimento inovador foi vencido pela maioria, mas demonstrou que as decisões bem fundamentadas da magistratura de 1º grau podem refletir positivamente na 2ª instância, possibilitando uma melhor análise do caso concreto e das políticas públicas aplicáveis.

Em comum nos dois votos acima destacados está a disposição dos julgadores em analisar de forma mais apurada cada situação, por meio do cotejo entre as especificidades do caso concreto e as normas aplicáveis (Constituição, leis, decretos, portarias). Esses magistrados não se limitaram apenas à Constituição no momento de formular a justificação normativa de sua decisão.

2.2.3.4 *Conclusões da comparação entre as pesquisas: um quadro do discurso judicial desenvolvido no TJDFT.*

As três pesquisas que compõem esse estudo apontam conclusões muito semelhantes e a comparação entre elas permite concluir que poucas mudanças ocorreram na jurisprudência do TJDFT desde o início das demandas por medicamentos no final dos anos 90.

Observa-se que, a partir de 2001, inicia-se uma conformação jurisprudencial que já era visível nos dois primeiros estudos que analisaram os acórdãos publicados até 2005. Nos três anos que se seguiram (2006-2008) aumentaram exponencialmente as demandas pelos mais variados tipos de medicamentos postulados e cresceu a importância da intervenção judicial na gestão da saúde pública em diversos setores. Apenas o debate judicial foi reduzido. Salvo exceções pontuais, o posicionamento dos Desembargadores do Tribunal de Justiça tem se alinhado a um padrão que não atende de forma satisfatória a complexidade da questão.

Em suma, eis as principais características a serem destacadas no debate judicial desenvolvido no TJDFT:

- A assistência farmacêutica fornecida pelo Estado é materialização dos direitos constitucionais à saúde e à vida, e ela pode ser postulada individualmente no Judiciário, especialmente quando o cidadão não possui recursos financeiros suficientes para arcar com o custo de seu tratamento.
- Os julgadores têm evidente dificuldade em lidar com conceitos técnicos da gestão da saúde (padronização, protocolos clínico e terapêuticos, dispensação, etc), e a deficiência técnica de algumas peças processuais trazidas pelas partes não colaboram para alterar esse quadro. Como resultado, as normas de gestão do SUS são vistas como entraves burocráticos e mecanismos de resistência do gestor à prestação de serviço de qualidade à população.
- Não há compatibilização entre a interpretação do direito à saúde (art. 196 da CF) e as leis e normas administrativas que representam as políticas públicas traçadas pelo Ministério da Saúde e pela Secretaria de Saúde para a assistência farmacêutica.
- A indicação terapêutica do médico que assiste o autor (receita médica) prevalece sobre os protocolos clínicos e terapêuticos formulados pelos gestores do SUS. Os magistrados evitam debates que envolvam o conhecimento médico, ainda que a defesa junte aos autos laudo médico, com indicação terapêutica diferente daquela exposta na petição inicial.
- As limitações orçamentárias, tanto fáticas quanto jurídicas, em nenhuma hipótese justificam o não atendimento ao direito à saúde do cidadão na forma como é postulado na petição inicial.
- A intervenção judicial na gestão da saúde não representa violação ao princípio da separação dos poderes.

- É desnecessário que o autor postule junto ao SUS o fornecimento do medicamento ou que siga os procedimentos administrativos de dispensação antes de recorrer ao Judiciário.

A partir de tais conclusões, é possível identificar na interpretação dada pelos Desembargadores do TJDFT ao direito à saúde indícios de uma vinculação a concepções típicas do Estado Social²⁷⁸.

O direito à saúde, previsto na Constituição, é interpretado pelo Judiciário local de forma tão abrangente que dá margem ao fornecimento de praticamente qualquer medicamento postulado em face do Estado. Ao mesmo tempo em que os Desembargadores criticam a gestão do SUS, condenam a ‘burocracia estatal’. O Judiciário pretende que o governo organize o SUS para atender a todas as demandas por saúde pela população, no entanto, ignora as normas que estruturam esse sistema e que, supostamente, o fazem funcionar.

Em suma, a jurisprudência do TJDFT claramente aponta o Estado como principal responsável por promover a saúde dos cidadãos do DF, e reserva para si o papel de guardião²⁷⁹ para que esse dever não seja olvidado ou limitado. O cidadão surge novamente como um cliente indefeso que deve ser protegido por um Estado provedor, cujos magistrados detêm legitimidade²⁸⁰ para definir os valores prioritários a serem preservados.²⁸¹

Não há dúvidas que a crescente intervenção judicial nas políticas públicas de saúde tem importantes repercussões na gestão da saúde no Distrito Federal. Entretanto, um olhar mais apurado sobre a administração distrital da assistência farmacêutica contribuirá para

²⁷⁸ É importante destacar que os magistrados não optaram deliberadamente por abandonar o projeto constitucional de criação de um Estado Democrático de Direito em prol de um resgate do Estado Social. A interpretação que os Desembargadores têm feito do direito à saúde é que está vinculada aos ideais do Estado Social, no qual encontramos um clientelismo estatal que ainda influencia fortemente o controle jurisdicional das políticas públicas de saúde. A opção feita pelos julgadores nos parece mais influenciada por questões morais do que políticas.

²⁷⁹ "Trata-se apenas de compelir o ente público a cumprir dever que a Carta Magna lhe impõe e assegura ao cidadão como direito fundamental, devendo a Administração Pública realocar os recursos suficientes a fim de assegurar aos administrados a proteção à saúde e à vida, bem como engendrar suas políticas públicas de modo a suprir seu dever constitucional" (Apelação Cível - Remessa *Ex Officio* 20060110285482, acórdão n. 334.902).

²⁸⁰ "De outro lado, cabe enfatizar que havendo a delimitação dos direitos a serem implementados por políticas públicas, o Poder Judiciário poderá e deverá exercer controle, pois não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados constitucionalmente, não havendo que se falar em interferência indevida na esfera da Administração Pública" (Juiz Convocado Hector Valverde, Apelação Cível 20060110332967, Acórdão n. 328.738)

²⁸¹ "Com efeito, tendo em vista a relevância do bem jurídico ameaçado, não há como vingar o argumento de entraves financeiros como lastro à ineficiência Estatal, o que significaria ignorar o imperativo de solidariedade social, fato esse intolerável, conforme se extrai da decisão proferida também pelo i. Ministro Celso de Mello, no julgamento do RE 267.612/RS. [...] Não se pode dizer que o Poder Judiciário esteja usurpando a função do Administrador Público, mas está sim a priorizar a esperada proteção à vida digna". (Des. Luis Gustavo, 2006.01.1.108589-0, Acórdão n. 314.345)

identificar algumas das conseqüências dessa atuação dos magistrados, de modo a tentar divisar quais problemas podem estar ligados à intervenção judicial e quais são questões já latentes no sistema de saúde e apenas foram “exportadas” para o Judiciário.

Assim, expostas as conclusões do estudo da jurisprudência do TJDF, passamos a uma análise dos reflexos da atuação judicial na Administração Pública, em especial na gestão da assistência farmacêutica.

2.3 Reflexos da atuação do TJDF na Administração Pública do Distrito Federal

2.3.1 Os reflexos na gestão da assistência farmacêutica do SUS

É comum ouvir dos juízes do TJDF, em tom de brincadeira, que sua função agora é “dar remédios”²⁸² e que o governo deveria facilitar logo as coisas e colocar uma farmácia em cada gabinete. Mal sabem os magistrados que seu anseio já foi atendido há algum tempo, pois há cinco anos já está em funcionamento uma farmácia destinada só para eles: a Farmácia Ações.

Essa farmácia é um órgão da SES vinculado à Diretoria de Assistência Farmacêutica - DIASF²⁸³. Foi criada em 2004 e está localizada no Parque de Apoio da Secretaria de Saúde/SAI. Tem como função atender aos pacientes com mandados judiciais, para os quais deve dispensar todos os medicamentos constantes das ordens judiciais, exceto alguns excepcionais que são dispensados na Farmácia de Alto.²⁸⁴

Na assistência farmacêutica, a interface entre o Judiciário e a Secretaria de Saúde é feita por dois órgãos: a Procuradoria Geral do Distrito Federal – PGDF, responsável pela defesa do DF em Juízo, e a Assessoria Jurídico-Legislativa da SES – AJL, cuja incumbência é dar suporte jurídico à Secretaria de Saúde.

²⁸² Boaventura de Souza Santos, ao fazer uma análise do Judiciário Brasileiro, deu destaque a esta situação: “Como me referiu um magistrado deste país uma boa parte do seu trabalho é dar medicamentos” (SANTOS, 2007: 20).

²⁸³ A Diretoria de Assistência Farmacêutica (DIASF) foi criada pelo Decreto Nº 24.421 /04 e passou a ser o órgão elaborador e gestor da política de Assistência Farmacêutica da SES/DF, em consonância com a orientação da Política Nacional de Medicamentos do Ministério da Saúde. Esse órgão centraliza as várias etapas da assistência, formando o chamado Ciclo da Assistência Farmacêutica, por meio das gerências técnicas, administrativas e operacionais.

²⁸⁴ Fonte portal eletrônico da Secretaria de Saúde (www.saude.df.gov.br).

Os mandados judiciais são entregues pelos oficiais de justiça à PGDF, que os encaminha ao protocolo da SES-DF²⁸⁵, de onde são direcionados à AJL. Esse órgão é o elo entre as ordens judiciais e a SES, pois é responsável por acompanhar o cumprimento e por fornecer informações que darão suporte à elaboração das defesas judiciais²⁸⁶. Em suma, essa assessoria recebe e encaminha à Procuradoria Geral do DF todos os documentos necessários à instrução processual e, nos mandados de segurança, elabora as informações das autoridades impetradas.

A DIASF efetivamente analisa e executa a ordem judicial. Quando o medicamento está disponível em seu estoque, encaminha a determinação de cumprimento para a Farmácia Ações, órgão que realiza a dispensação do fármaco aos autores das ações judiciais. Por outro lado, quando não há estoque do medicamento, é feita aquisição em caráter emergencial, com dispensa da licitação.

Esse é o caminho geralmente percorrido quando um magistrado determina o fornecimento de medicamentos. É muito diferente do procedimento adotado em situações normais, nas quais os usuários do SUS postulam administrativamente os remédios indicados por seus médicos. Contudo, não parece um procedimento muito complicado, e realmente não é quando o fármaco solicitado está padronizado pela SES e, portanto, relacionado na REME-DF.

Em geral há estoque dos medicamentos padronizados, e no caso de desabastecimento – situação comum no DF – a compra emergencial é feita com preços já registrados com antecedência. Por outro lado, os medicamentos não padronizados raramente contam com algum estoque, até porque a Administração Pública não adquire-los de forma ordinária e planejada²⁸⁷. A consequência disso é que os gestores da saúde se vêem obrigados a adquirir produtos pelo preço normal de mercado, sem os descontos que normalmente obtêm em compras de maior vulto. Ademais, é comum que os medicamentos não padronizados sejam fabricados por apenas um único laboratório, que atua em regime de monopólio e pode praticar

²⁸⁵ É comum, entretanto, que nos mandados de segurança, por serem impetrados contra o Secretário de Saúde, as ordens judiciais sejam encaminhadas diretamente à SES-DF.

²⁸⁶ A assessoria jurídica abastece a PGDF com informações sobre o medicamento solicitado: padronização, importação, registro sanitário, disponibilidade de estoque na DIASF e esquema terapêutico entre outros.

²⁸⁷ É importante destacar que alguns medicamentos demandados em ações judiciais são padronizados apenas para uso hospitalar, ou seja, o estoque existente na SES destina-se apenas ao abastecimento de hospitais, e não à dispensação aos usuários em tratamento ambulatorial. Dessa forma, quando se postula um medicamento dessa categoria, cria-se um problema de gestão semelhante àqueles provenientes do fornecimento de medicamentos não padronizados.

preços muito elevados²⁸⁸. E a Administração é obrigada a adquirir tais produtos independente das condições de mercado e no exíguo prazo conferido pelos magistrados, que geralmente varia entre 72 horas e 10 dias²⁸⁹.

A intervenção judicial cria um padrão diferente de atuação dentro do SUS. Duas formas de selecionar, comprar e dispensar medicamentos. Duas formas de realizar a assistência farmacêutica. Duas formas de tratar os cidadãos²⁹⁰.

A coexistência da gestão ordinária do SUS com uma administração paralela destinada aos pleitos judiciais cria, portanto, não somente uma clara diferença de tratamento entre os usuários do SUS, mas também afeta em várias etapas o que os gestores chamam de “Ciclo da Assistência Farmacêutica”. A figura a seguir ilustra bem esse ciclo:



Figura 1.1: Ciclo da Assistência Farmacêutica (fonte: FIOCRUZ, 2001)

²⁸⁸ É exatamente para alcançar essa posição que inúmeros laboratórios que detêm a patente exclusiva de alguns medicamentos, estimulam médicos a receitar seus produtos mediante o pagamento de comissões ou outras vantagens.

²⁸⁹ Para se ter uma idéia do quão insuficiente é esse prazo, o tempo médio para uma compra por meio de pregão por registro de preço é de 120 dias, quando o medicamento já está contemplado em ata de registro de preço, o tempo médio é de 45 dias. Nas compras emergenciais, o prazo médio é de 30 dias. Somente a compra direta com provisão de fundos é capaz de atender tal prazo, pois a compra é feita de forma quase imediata, pois o medicamento é adquirido em aproximadamente 24 horas (GUIMARÃES *et alli*, 2006: 41).

²⁹⁰ Regra geral, a dispensação de medicamentos para os usuários do SUS é feita conforme critérios técnico-administrativos, que são ditados pelo Ministério da Saúde quando existe repasse de verbas federais. Os medicamentos de atenção básica são dispensados nas farmácias dos centros de saúde e hospitais nos quais o paciente é atendido. Os medicamentos excepcionais (também denominados de alto custo) são entregues no Núcleo de Medicamentos de Alta Complexidade (Numac) que fica próximo ao Pronto-socorro do HBDF. Para receberem estes medicamentos os pacientes são cadastrados na Dipac (Diretoria de Procedimentos de Alta Complexidade) e apresentam a documentação exigida pelo Ministério da Saúde.

O grande e desarticulado²⁹¹ volume de ordens judiciais para o fornecimento de medicamentos afeta gravemente o primeiro e mais importante aspecto desse ciclo: a seleção²⁹². Quando os magistrados determinam o fornecimento de medicamentos não padronizados, e isso ocorre em aproximadamente 49,7% dos casos²⁹³, é descaracterizado todo o processo de seleção de quais fármacos deveriam ser adquiridos pela SES e disponibilizados para as farmácias públicas. Ademais, 62% das receitas emitidas por médicos do SUS e 86,5%²⁹⁴ das emitidas por médicos particulares indicam apenas a marca do medicamento, e não o nome da substância ativa, que é o padrão de compra para os gestores o SUS por imposição da Lei nº 9.787/99²⁹⁵. Tal situação dificulta ainda mais a seleção dos itens e impede a aquisição de substitutos genéricos aos medicamentos de marca.

A etapa seguinte é a *programação*²⁹⁶, que também é prejudicada em razão dos mesmos motivos acima expostos. O gestor não planeja o abastecimento de medicamentos que ele não ‘pode comprar’ (não padronizados). Ademais, não há previsibilidade das demandas oriundas do Judiciário e o espaço de tempo assinado pelos magistrados para o cumprimento das ordens é inferior ao necessário para qualquer procedimento licitatório. Há ainda uma dificuldade no gerenciamento das informações, pois diferentes partes do processo judicial são separadas em arquivos desconexos situados em até três órgãos diferentes: Gerência de Medicamentos da DIASF, Farmácia de Ações e AJL²⁹⁷.

²⁹¹ BISOL, 2008:331.

²⁹² A seleção é um processo de escolha de medicamentos eficazes e seguros, imprescindíveis ao atendimento das necessidades de uma população. Deve estar fundamentada em critérios epidemiológicos, técnicos, estruturais e econômicos. A seleção racional dos medicamentos proporciona eficiência administrativa e resolutividade terapêutica, seus objetivos são, portanto, tanto terapêuticos quanto econômicos. A responsabilidade por esta etapa do ciclo é da **Comissão de Farmácia e Terapêutica**, que faz o processo de seleção e atualização dos medicamentos a serem dispensados pelo SUS em cada estado da Federação (GUIMARÃES *et alli*, 2006: 20).

²⁹³ GUIMARÃES *et alli*, 2006: 28.

²⁹⁴ GUIMARÃES *et alli*, 2006: 62.

²⁹⁵ “Art. 3º - As aquisições de medicamentos, sob qualquer modalidade de compra, e as prescrições médicas e odontológicas de medicamentos, no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS, adotarão obrigatoriamente a Denominação Comum Brasileira (DCB) ou, na sua falta, a Denominação Comum Internacional (DCI).”

§ 1º – O órgão federal responsável pela vigilância sanitária editará, periodicamente, a relação de medicamentos registrados no País, de acordo com a classificação farmacológica da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais - Rename vigente e segundo a Denominação Comum Brasileira ou, na sua falta, a Denominação Comum Internacional, seguindo-se os nomes comerciais e as correspondentes empresas fabricantes.

§ 2º – Nas aquisições de medicamentos a que se refere o caput deste artigo, o medicamento genérico, quando houver, terá preferência sobre os demais em condições de igualdade de preço.” (grifo nosso)

²⁹⁶ Nessa fase o gestor deve reunir informações sobre o consumo de medicamentos, o perfil epidemiológico da população atendida, a oferta e demanda dos serviços de saúde, recursos humanos capacitados e disponibilidade financeira. A partir destes dados é feito o planejamento para se garantir a continuidade no abastecimento de medicamentos.

²⁹⁷ GUIMARÃES *et alli*, 2006: 33.

A *aquisição*²⁹⁸ dos medicamentos padronizados, ainda que por determinação judicial, não altera substancialmente a gestão da assistência farmacêutica. Por outro lado, a compra dos fármacos não padronizados costuma ser realizada de forma emergencial, com uso de verbas reservadas para situações extraordinárias: o “suprimento de fundos”. Além dos problemas decorrentes da falta de licitação, a ausência de previsibilidade das demandas regulares muitas vezes torna infrutíferas as tentativas de fazer ao menos um registro de preços. Se as quantidades adquiridas forem muito pequenas os fornecedores não se dispõem sequer a fazer ofertas²⁹⁹.

As etapas de *armazenamento e distribuição* são pouco afetadas, contudo, há de se ressaltar que o simples fato de existir uma farmácia a parte apenas para receber e armazenar medicamentos postulados em Juízo denota um desvirtuamento dos padrões ordinários de gestão da saúde.

A última etapa, a *dispensação*, é o objetivo final de todo o ciclo. Nesse momento os profissionais das farmácias públicas entregam os medicamentos aos usuários do SUS conforme determina a ordem judicial. É exatamente aí que residem alguns problemas. Os tratamentos indicados aos pacientes, regra geral, sofrem constantes modificações que dificilmente podem ser acompanhadas no trâmite das ações judiciais. A dinâmica clínica é superior à judicial. Os casos de alteração na demanda por mudança da prescrição, falecimento do autor da ação ou desistência do tratamento farmacológico geram altos índices de perdas financeiras para o DF. Muitas vezes, os medicamentos que sobram não são devolvidos e se perdem.³⁰⁰

O ato de dispensação vai além da mera entrega de medicamentos, inclui a orientação ao paciente para que faça o uso correto do produto (posologia, intervalos, armazenamento, reações indesejadas com alimentos e outros medicamentos etc.). Como o medicamento é dispensado em local diverso do atendimento, é comum que os usuários não recebam uma atenção farmacêutica de qualidade, até porque o número de profissionais não é suficiente para a demanda.³⁰¹

²⁹⁸ Um processo adequado de aquisição deve propiciar agilidade das compras, confiabilidade dos medicamentos adquiridos e alcance de preços competitivos. Objetiva o abastecimento de medicamentos em quantidade adequada e qualidade assegurada, ao menor custo possível (GUIMARÃES *et alli*, 2006: 21).

²⁹⁹ Informação fornecida pelos gestores da Farmácia Central do DF.

³⁰⁰ Segundo relato dos gestores da Farmácia Central do DF e do Procurador Cícero Gontijo, algumas clínicas particulares utilizam as sobras de medicamentos de alto custo em seus outros pacientes, e cobram por isso. É uma distorção grave, pois o dinheiro público é transformado em lucro particular por falta de controle.

³⁰¹ GUIMARÃES *et alli*, 2006: 37.

Em suma, a intervenção judicial na gestão da saúde gera distorções em todas as etapas do Ciclo da Assistência Farmacêutica, situação que torna extremamente difícil a busca por um *uso racional dos medicamentos*³⁰² nos momentos de prescrição, dispensação e uso. É importante que esse uso racional seja promovido em razão da economia que gera para o SUS e os seus usuários e também pelo fato do uso apropriado ser parte essencial da qualidade da assistência farmacêutica disponibilizada ao paciente e à comunidade.

As repercussões das decisões judiciais vão além de prejuízos administrativos e financeiros, pois alcançam também o plano orçamentário. Os estados e o Distrito Federal recebem uma provisão de fundos proveniente do Ministério da Saúde para a compra de diversos medicamentos, isso ocorre em grande escala no caso de medicamentos de dispensação excepcional³⁰³. O repasse de verbas é feito pelo Ministério da Saúde apenas mediante a comprovação por parte da Secretaria de Saúde da compra e dispensação desses medicamentos aos usuários do SUS. Tal comprovação é feita segundo procedimentos previamente determinados pelo MS.

No caso dos medicamentos excepcionais, é necessário o cadastramento dos usuários do medicamento e a emissão de um documento chamado APAC (Autorização de Procedimentos de Alta Complexidade). Somente seguindo tais procedimentos o gestor local pode exigir do gestor federal a sua contraprestação nas despesas efetuadas, contudo, quando a compra é feita mediante determinação judicial, os medicamentos são adquiridos e dispensados sem a realização desse procedimento. Por conseqüência, o gestor local deixa de receber parte dos repasses que comporiam seu orçamento para as próximas compras³⁰⁴.

Assim, além dos prejuízos com o desperdício e desvio de medicamentos, a intervenção judicial afeta também a provisão orçamentária da assistência farmacêutica, contudo, não se sabe ao certo o impacto dessa intervenção, pois não existem números oficiais sobre o quanto é gasto com o cumprimento das ordens judiciais e o quanto se deixa de receber dos repasses federais. Mas é possível ter uma idéia.

Pesquisadores do Curso de Especialização em Gestão Pública da Assistência Farmacêutica, ligado à Faculdade de Ciências da Saúde da UnB, realizaram um estudo no ano

³⁰² Segundo definição da Política Nacional de Medicamentos, uso racional de medicamento: “É o processo que compreende a prescrição apropriada; a disponibilidade oportuna e a preços acessíveis; a dispensação em condições adequadas; e o consumo nas doses indicadas, nos intervalos definidos e no período de tempo indicado de medicamentos eficazes, seguros e de qualidade”.

³⁰³ Entre os medicamentos de dispensação em caráter excepcional estão o de alto custo e os de uso continuado.

³⁰⁴ Informações fornecidas pelos gestores da Farmácia Central do DF e pelo Procurador Cícero Gontijo.

de 2006 sobre o impacto dos mandados judiciais para fornecimento de medicamentos na SES-DF. Calcularam que para atender as demandas judiciais estavam sendo gastos cerca de R\$ 1.660.000,00 mensais (para atendimento a 786 pacientes), equivalente a 70% do valor gasto mensalmente (R\$2.340.000,00) com medicamentos para Atenção Básica e 34% do valor gasto mensalmente (R\$4.900.000,00) com medicamentos do Programa de Medicamentos Excepcionais. No mesmo estudo foi apurado que cada ação judicial custa em média R\$ 2.114,95 por mês aos cofres do Distrito Federal³⁰⁵.

Esses são números de 2006, e nos últimos dois anos o número de ações distribuídas aumenta a cada dia. Diante dessa situação é difícil dizer se surpreende mais a extensão do impacto da intervenção judicial na saúde ou a falta de estudos oficiais sobre a questão.

2.3.2 *A interface entre o Distrito Federal e o TJDF: a ação da Procuradoria Geral do DF.*

Os passos para o cumprimento de uma ordem judicial na Secretaria de Saúde são acompanhados pela Assessoria Jurídico-Legislativa da SES – AJL. Já a função de contencioso judicial, de contato direto com o Tribunal de Justiça, é realizada pela Procuradoria Geral do Distrito Federal – PGDF. Esse órgão que elabora a estratégia de defesa do DF em Juízo, que não vem dando certo nos litígios que envolvem assistência farmacêutica, conforme sugerem os estudos acerca da Jurisprudência do TJDF.

Esse fato não passou despercebido pela direção da PGDF³⁰⁶, pois, conforme informa o Procurador Cícero Ivan Ferreira Gontijo, coordenador da PROCAD, os argumentos levantados em defesa do Distrito Federal têm sido sistematicamente rejeitados pelo TJDF, fato que tem desestimulado, inclusive, a interposição de recursos em diversos casos.

Segundo o procurador, a crescente litigiosidade que envolve a assistência farmacêutica deve ser creditada não só à postura adotada pelo Judiciário, mas também às falhas do Distrito Federal na prestação dos serviços de saúde e ao desabastecimento de medicamentos padronizados, cuja dispensação pela rede pública é obrigatória.

³⁰⁵ GUIMARÃES *et alli*, 2006: 37.

³⁰⁶ As informações apresentadas nesse subtópico foram reunidas em contatos com diversos procuradores da PGDF e em uma entrevista formal com o Procurador Coordenador da PROCAD, Dr. Cícero Ivan Ferreira Gontijo. A PROCAD é a Procuradoria Administrativa, responsável pelo contencioso administrativo e, portanto, área designada para realizar as defesas do Distrito Federal em ações que veiculam pedidos relativos à assistência médica e farmacêutica.

Assim, Cícero Ivan Gontijo considera que as ações judiciais são um instrumento legítimo à disposição da população para exigir o cumprimento das políticas públicas de saúde, contudo, ressalta que a intervenção judicial tem causado um desarranjo de grandes proporções na administração da saúde pública no DF. Ele elenca as seguintes causas para esse problema: i) a determinação do fornecimento de medicamentos de marca específica³⁰⁷, medicamentos experimentais ou não aprovados pela ANVISA para comercialização no Brasil; ii) os prazos para o oferecimento de informações e para o cumprimento das decisões são demasiadamente curtos, inviabilizando determinados procedimentos administrativos necessários; iii) os magistrados tratam o direito à saúde de forma absoluta, acompanhando a jurisprudência dos Tribunais Superiores; iv) não é levada em conta a renda do demandante, motivo pelo qual são fornecidos medicamentos a pessoas que tem condições de adquiri-los; v) não é observada a reserva do possível³⁰⁸.

A postura adotada pelo Distrito Federal é um aspecto de um problema que vai além do campo jurisdicional. De acordo com Cícero Gontijo há severos problemas de comunicação institucional entre os diversos setores da Secretaria de Saúde, entre esta e a PGDF³⁰⁹, e da Procuradoria e o TJDF. Não há sequer uma ação conjunta entre o Judiciário e o Executivo do Distrito Federal para uma resolução da litigiosidade crescente na área da saúde.

Para enfrentar esta situação, que toma proporções alarmantes, a PGDF pretende tomar diversas providências administrativas antes de alterar sua postura no campo judicial. O referido órgão formou em 2008 um grupo com três procuradores, que foram encarregados: i) da defesa das novas demandas relativas aos serviços de saúde; e ii) da elaboração de um relatório a partir do estudo pormenorizado dos protocolos e diretrizes terapêuticas do SUS e da REME-DF. O referido relatório, que ainda está em fase de confecção, será apresentado em um seminário aos demais procuradores.

Enquanto esse estudo é realizado, a Procuradoria diligenciará junto à Secretaria de Saúde para que seja regularizado o estoque de *todos* os medicamentos padronizados para dispensação no âmbito do SUS, de modo a garantir assistência farmacêutica imediata a todas

³⁰⁷ Uma consequência disto, segundo o procurador, é que alguns laboratórios chegam a contratar advogados e disponibilizar seus serviços gratuitamente aos pacientes para que ingressem com demanda judicial para pleitear o fornecimento de seus produtos a expensas do SUS.

³⁰⁸ Especificamente sobre essa questão, o Procurador Cícero Gontijo ressalta a existência de uma demanda ajuizada por quatro pessoas portadores de Síndrome de Goucher, que, para ser atendida, consumiria praticamente todo o orçamento anual do Distrito Federal destinado a aquisição de medicamentos. Destaca que o pedido foi acolhido pelo TJDF e aguarda julgamento de recurso endereçado aos tribunais superiores.

³⁰⁹ Esse desencontro transparece na ausência de dados oficiais sobre o impacto financeiro das demandas judiciais sobre o orçamento da assistência farmacêutica.

as pessoas atendidas pelo sistema público de saúde no DF. A intenção é que essa medida diminua o número de demandas judiciais e garantir ao DF o reembolso orçamentário que tem direito junto ao Ministério da Saúde³¹⁰.

Após implementadas essas ações administrativas, pretende-se realizar um contato institucional com o TJDF. O objetivo é informar os magistrados da regularização do abastecimento de medicamentos e das normas que regulamentam a assistência farmacêutica no SUS. Outra medida que será adotada é a alteração na estratégia de defesa no âmbito judicial. A intenção é deixar de contestar os pedidos de medicamentos padronizados e, em contrapartida, concentrar esforços nas defesas contra as pretensões de fornecimento dos fármacos que não constam na REME-DF. A pretensão é separar “o joio do trigo” e permitir que os magistrados possam dar atenção aos casos mais complexos e economicamente expressivos e, com o tempo, obter uma mudança jurisprudencial.

O Procurador Cícero Gontijo destaca que essa mudança jurisprudencial pretendida já pode ser notada em alguns julgados e procedimentos processuais inovadores que acontecem na 1ª instância. Cita como atitude pioneira a marcação de audiências para a oitiva dos postulantes, procedimento iniciado na 2ª Vara de Fazenda Pública pelo Juiz Alvaro Luis de A. Ciarlini e depois adotado por outros magistrados³¹¹.

Diante de todo o contexto analisado, tal indício de mudança aparece como um novo elemento na conjuntura da judicialização das políticas de assistência farmacêutica no Distrito Federal e que será objeto de nosso próximo capítulo, no qual pretendemos apresentar contribuições para a mudança na atual postura do TJDF em relação às demandas por medicamentos.

Como vimos, a conformação da jurisprudencial do Judiciário local tem provocado distorções na gestão do SUS, e a atuação judicial tem potencial de gerar maiores prejuízos se o crescimento da judicialização não for acompanhado de ações preventivas por parte dos magistrados, procuradores do DF, gestores e demais atores sociais.

³¹⁰ Há também a proposta de que qualquer negativa de fornecimento de medicação seja devidamente justificada em formulário padronizado, de modo a possibilitar um controle jurisdicional mais preciso dos atos administrativos da Secretaria de Saúde.

³¹¹ Alterando o procedimento ordinário das ações cominatórias, os magistrados têm determinado a oitiva dos autores em audiência preliminares, realizadas normalmente antes da apreciação do pedido de antecipação de tutela. É comum também que os magistrados ouçam nessa oportunidade o médico que assiste a parte autora e/ou médicos que integram as coordenações de cada área de atuação da SES/DF (oncologia, pediatria, reumatologia, etc.). Esse procedimento tem permitido que os juízes tenham um contato mais próximo aos demandantes e colham informações mais precisas acerca do tratamento adequado ao estado clínico do paciente, reações adversas, possíveis substituições terapêuticas, etc.

3 JUDICIÁRIO, DEMOCRACIA E IMAGINAÇÃO: CONTRIBUIÇÕES PARA O DESENVOLVIMENTO DA SAÚDE NO DISTRITO FEDERAL

Iniciamos nosso estudo por uma análise do relevante papel da participação social no SUS e na construção do direito à saúde (primeiro capítulo) e desenvolvemos a pesquisa para uma análise institucional do contexto e das conseqüências da judicialização das políticas públicas de saúde (segundo capítulo). Nesta segunda parte, foi focado o Distrito Federal, no intuito de buscar contribuições para o enfrentamento dessa crescente demanda de intervenção judicial nos serviços prestados pelo SUS. O objetivo maior é pensar uma atuação local que contenha um potencial de desenvolvimento de experiências que possam ser reproduzidas além da jurisdição distrital.

A partir de tais pressupostos, no presente capítulo propomos uma nova leitura da prática judicial, de forma a contribuir para a construção de alternativas à atual forma como o TJDFT intervém nas políticas públicas de assistência farmacêutica. Antes, porém, precisamos fugir de duas tentações. A primeira, de transformar este estudo sobre o Judiciário em uma sentença, seguindo o esquema tradicional de fatos, direito e dispositivo – mas dessa vez a toga vestiria um acadêmico, e não um magistrado. A segunda, de aplicar os esquemas teóricos expostos diretamente aos problemas identificados, para formular uma proposta de leitura que, provavelmente, seria tão aparentemente milagrosa quanto pragmaticamente inútil.

Na busca de uma ‘vacina metodológica’ para tais males, nosso estudo fundamentará suas leituras tanto em formulações teóricas quanto nas experiências institucionais em curso

que mostrem potencial a mudança associada a uma legitimidade democrática³¹². Procuramos, portanto, identificar ações concretas nas quais as instituições desenvolvam seu papel no jogo democrático ao tempo em que o cidadão possa exercer uma posição de protagonista e abandone a condição de cliente.

Acreditamos que esse duplo filtro – legitimidade/potencial de mudança – nos ajudará a distinguir as práticas e experiências condizentes com o paradigma do Estado Democrático de Direito e fomentará a imaginação, a partir do direito, de alternativas ao atual tratamento dado pelo Judiciário às políticas públicas de saúde.

Em tal intuito o Direito como Integridade nos fornece ferramentas preciosas, pois permite uma análise mais profunda da prática judicial e da forma como os Juízes decidem, tendo em vista adotar uma perspectiva interna³¹³ e deontológica³¹⁴ do direito. Como esclarece Dworkin:

Estudaremos o argumento jurídico formal a partir do ponto de vista do juiz, não porque apenas os juízes são importantes ou porque podemos compreendê-los totalmente se prestamos atenção ao que dizem, mas porque o argumento jurídico nos processos judiciais é um bom paradigma para a exploração do aspecto central, proposicional, da prática jurídica. Os cidadãos, os políticos e os professores de direito também se preocupam com a natureza da lei e a discutem, e eu poderia ter adotado seus argumentos como nossos paradigmas, e não os do juiz. Mas a estrutura do argumento judicial é tipicamente mais explícita, e o raciocínio judicial exerce uma influência sobre as outras formas de discurso legal que não é totalmente recíproca³¹⁵. (grifo nosso)

É essa estrutura do argumento judicial que DWORKIN explora. A partir do elemento da *integridade no direito* DWORKIN destaca que o magistrado deve buscar no conjunto coerente dos princípios aplicáveis em cada caso a melhor leitura que se possa fazer da “estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade”³¹⁶. Mas, tendo em vista que o trabalho dos juízes é sensível às suas concepções políticas³¹⁷, o magistrado deve estabelecer

³¹² Tal opção metodológica é comumente adotada por DWORKIN (2005:XIII): “Não devemos hesitar em seguir uma argumentação que comece na política prática e entre em quaisquer terrenos abstratos da filosofia política, ou mesmo da filosofia em suas partes mais gerais, que nos levem a explorar, até chegar ao que nos pareça uma resolução intelectual satisfatória, ou pelo menos uma resolução tão satisfatória quanto nos julguemos capazes de alcançar. Todavia é importante que a argumentação que termina na filosofia geral deva começar na nossa vida e na nossa vivência, pois só então terá probabilidade de alcançar a forma correta, não só para finalmente nos ajudar, mas também pra demonstrar que os problemas que acompanhamos até as nuvens, mesmo que intelectualmente, são genuínos e não espúrios”.

³¹³ DWORKIN, 2003/A: 03.

³¹⁴ RODRIGUES, 2008: 71.

³¹⁵ DWORKIN, 2003/A: 19.

³¹⁶ DWORKIN, 2003/A:305.

³¹⁷ DWORKIN, 2003/A: 307.

um limiar para sua interpretação baseado em convicções sobre a adequação e justificação de suas decisões. Ainda que o limiar seja variável entre os magistrados, a “verdadeira história política de sua comunidade”³¹⁸ deve servir de baliza para que o Juiz restrinja suas convicções políticas ao formular seu juízo interpretativo geral. Caso contrário,

Se não o fizer – se seu limiar de adequação derivar totalmente de suas concepções de justiça e a elas for ajustável, de tal modo que essas concepções ofereçam automaticamente uma interpretação aceitável – não poderá dizer de boa-fé que está interpretando a prática judicial [...] estará agindo de má-fé ou enganando a si próprio³¹⁹.

Assim, com os critérios interpretativos que a integridade oferece, podemos argumentativamente rejeitar as experiências que, mesmo advindas da prática judicial, não enxergaram o caso concreto à sua “melhor luz”³²⁰. Por outro lado, o estudo deve nos orientar àquelas experiências nas quais o desenvolvimento da prestação jurisdicional dada às partes está preocupada com a realização dos direitos que ela visa garantir:

Qualquer interpretação plausível dos direitos das pessoas segundo a Constituição deve ser complexa o suficiente para tratar tanto do remédio quanto da substância. Assim, a decisão de Hércules sobre o remédio é também uma decisão de direito, uma decisão sobre os direitos secundários que as pessoas têm quanto ao método e à maneira de fazer valer seus direitos substantivos primários. Hércules deve decidir, como uma questão liminar geral, se a melhor interpretação das práticas remediadoras dos tribunais em geral e da Suprema Corte em particular exige que os direitos das pessoas ao remédio sejam sensíveis às conseqüências. Ele decidirá que sim: **o objetivo da decisão judicial constitucional não é meramente nomear os direitos, mas assegurá-los, e fazer isso no interesse daqueles que têm tais direitos**³²¹. (grifo nosso)

Assim, as ferramentas que DWORKIN oferece para analisar a prática judicial permitem que possamos realizar uma análise crítica das decisões do TJDFT ao tempo em que podemos buscar experiências que inspirem a criação de alternativas aos problemas decorrentes da judicialização das políticas de saúde³²². E isso deve ser feito antes que a intervenção

³¹⁸ DWORKIN, 2003/A: 305.

³¹⁹ DWORKIN, 2003/A: 305

³²⁰ Nessa perspectiva, não parece coerente, por exemplo, que o debate sobre as políticas de saúde do SUS – um modelo construído pela experiência brasileira – seja pautado por conceitos jurídicos europeus como a ‘reserva do possível’ e o ‘mínimo existencial’. Esse é um problema bem identificado por Boaventura de Souza SANTOS (2007: 19/20): “[...] nossas grandes teorias das ciências foram produzidas em três ou quatro países do Norte. Então, nosso primeiro problema para quem vive no Sul é que as teorias estão fora de lugar: não se ajustam realmente à nossa realidade. Sempre nos tem sido necessário indagar uma maneira pela qual a teoria se ajuste à nossa realidade”.

³²¹ DWORKIN, 2003/A: 465.

³²² Uma outra perspectiva interessante e complementar à que adotamos é a proposta de “Experimentalismo Democrático” de Roberto Mangabeira Unger. O referido autor observa o direito como ferramenta de imaginação institucional e considera que a experiência fomenta variações institucionais entre as diferentes

judicial possa levar o sistema de saúde a uma crise que nos imponha uma postura ativa e nos cobre o preço da demora.

O recurso às idéias e às teorias, apesar de imprescindível, não será eficaz sem o a contribuição das experiências concretas. Afinal, “pensar sobre ideais e interesses e pensar sobre instituições e práticas não são momentos ou atividades separados: um incorpora o outro sem ser redutível ao outro”³²³.

Com esse intuito, buscaremos na prática judicial da 1ª Instância do TJDF, experiências inovadoras para repensarmos a judicialização das políticas de saúde a partir dos critérios que a *integridade* nos oferece.

Feitas tais considerações, iniciaremos a exposição de nossas contribuições, que se dividem em três partes. Na primeira, partimos da idéia de que o Judiciário não pode democratizar o debate acerca da saúde sem que o saber médico, hoje dominante na saúde pública, seja igualmente tematizado e contestado a partir das demandas sociais. Assim, indicamos a necessidade de realizar uma abertura do saber médico à sociedade e buscamos apontar alternativas para que o processo judicial seja um instrumento para essa abertura.

No passo seguinte, buscamos expor os problemas do atual discurso que fundamenta a intervenção judicial no sistema de saúde e propor novas práticas judiciais – ou o reforço das experiências existentes – que promovam a abertura do discurso judicial para o que a sociedade tem a dizer sobre saúde.

Por fim, reforçaremos a proposta feita por Alvaro Ciarlini de uma abertura procedimental do discurso judicial por meio das ações de natureza coletiva, em especial as ações civis públicas, que são instrumentos processuais que permitem a participação mais efetiva dos diversos atores sociais que compõem o SUS.

realidades, e essa contingência conduz à necessidade de buscar soluções específicas para os nossos problemas sociais. Nessa perspectiva, um projeto de transformação do SUS, portanto, exige a construção de alternativas institucionais específicas. Sobre a questão, UNGER (2004: 44) destaca que: “Quando começamos a explorar modos de assegurar as condições práticas do gozo efetivo de direitos, descobrimos que, a cada passo, há modos alternativos plausíveis de definir essas condições, e aí, uma vez definidas, de as satisfazer. Para cada direito de escolha, individual ou coletivo, há concepções plausíveis diferentes das suas condições de realização efetiva na sociedade, tal como ela é organizada hoje. Para cada concepção dessas, existem diversas estratégias plausíveis para preencher as concepções especificadas” (grifo nosso).

³²³ UNGER, 2004: 14.

3.1 A Magistratura de 1º Grau: Juízos singulares, experiências múltiplas

O princípio do Duplo Grau de Jurisdição, que estrutura os tribunais em duas instâncias, baseia-se na ideal de que todo o jurisdicionado tem direito a um recurso, a uma segunda opinião. Daí que o ‘sentir’ do Juiz Singular, de 1ª instância, é passível de revisão por um órgão colegiado, que compõe a 2ª instância ou 2º grau de Jurisdição. Com essa estrutura se pretende corrigir os eventuais erros dos Juízos Singulares e uniformizar as expectativas dos litigantes. Além disso, abre-se espaço para opiniões divergentes e um debate mais heterogêneo, tendo em vista a existência de mais de um julgador³²⁴.

A diversidade de julgadores, contudo, não é garantia de uma diversidade de idéias e experiências. Por diversas razões, a postura dos tribunais tende a ser mais conservadora e, discursivamente, mais restrita que a dos Juízes Singulares. Essas impressões se confirmam quando voltamos nosso olhar para a saúde e para o TJDFT.

Nossa pesquisa jurisprudencial mostrou que há muito tempo está ‘pacificado’ o tema ‘saúde’ na jurisprudência. Mas as conseqüências da intervenção judicial estão longe de uma ‘solução pacífica’, e a dinâmica da saúde vai muito além da passividade discursiva que encontramos no TJDFT. Mesmo no órgão especial, que se reúne com um mínimo de 09 Desembargadores, não se encontrou um embate de idéias. O padrão é uma decisão unânime, na qual o voto do Relator é timidamente seguido pelo “De acordo” dos demais Desembargadores.

O distanciamento dos fatos e das pessoas, somado ao excesso de processos, pode explicar, em parte, essa postura de nossos magistrados. Mas uma postura diferente, aberta à mudança, é possível, como demonstraram alguns Desembargadores que, mesmo vencidos, expuseram suas razões para considerar que determinado caso concreto merecia uma resposta diferente.

Nos votos que fogem ao entendimento majoritário encontramos análises que mergulham nas peculiaridades dos casos em julgamento, na busca por uma decisão condizente

³²⁴ DINAMARCO *et al*, 2000:74.

com as contingências de cada lide. Mas essa postura diferenciada depende, em grande parte, da instrução processual que se realiza na 1ª instância e do debate que ali se inaugura³²⁵.

Além disso, os magistrados de 1ª instância possuem maiores poderes instrutórios, (potencial) contato com as partes e estão em maior número. A soma dessas características aponta que lá temos maior chance de encontrar experiências institucionais que apresentem uma legitimidade democrática aliada ao potencial de mudança.

3.1.1 *Os Juízes e o desafio de dizer o que é saúde*

Para encontrar e descrever algumas das experiências institucionais que acontecem na 1ª instância da Justiça Distrital, foram realizadas entrevistas³²⁶ com 03 magistrados³²⁷ responsáveis, cada um, por uma das Varas de Fazenda Pública do Distrito Federal - VFP³²⁸. Às entrevistas e materiais ofertados pelos Juízes entrevistados, somam-se as experiências de vários anos de trabalho como servidor nos Juízos de 1º grau do TJDFT³²⁹.

O primeiro passo desse estudo é a contextualização das condições que os magistrados enfrentam para apreciar os diversos pleitos por medicamentos que todos os dias chegam aos seus gabinetes.

³²⁵ Isso pode ser observado nos dois casos estudados no item 2.2.3.3 desta pesquisa. Neles, os votos divergentes se fundamentaram ou nas peculiaridades do caso concreto (o que demanda uma boa instrução processual) ou na decisão divergente tomada na 1ª instância.

³²⁶ A opção metodológica pelas entrevistas se faz por duas razões. A primeira, porque muito da experiência vivida na prática judicial não fica registrada nas decisões e tampouco nos autos do processo. Ela é vivida pelo Juiz, partes, advogados, servidores, mas não é documentada. Entretanto pode ser alcançada, parcialmente, pelos relatos dos magistrados, que já trazem consigo, além da descrição dos fatos, as impressões destes intérpretes sobre os desafios de julgar e dizer o que é saúde. A segunda razão é de ordem prática, já que não existem estudos publicados sobre as decisões judiciais da 1ª instância do TJDFT. Convém destacar que uma extensa pesquisa sobre a judicialização da saúde, que envolve todas as Varas de Fazenda Pública, está em fase de finalização pela FIOCRUZ/PRODISA, contudo, seus resultados ainda não foram divulgados.

³²⁷ Os entrevistados foram os Juízes de Direito Luciana Pessoa Ramos (2ª VFP), Gislaíne Carneiro Campos Reis (4ª VFP), e Eduardo Smidt Verona (5ª VFP). Todas as entrevistas foram realizadas no mês de janeiro de 2009.

³²⁸ O estudo se restringe às Varas de Fazenda Pública, pois são os Juízos competentes para o julgamento de ações ajuizadas contra o Distrito Federal e seus servidores, nos casos de mandado de segurança (excetuam-se apenas os casos de competência do Conselho Especial).

³²⁹ É importante destacar que trabalhei no TJDFT durante 5 anos (entre 2003 e 2008), dedicados quase integralmente à assessoria de magistrados. Durante 03 anos trabalhei na 2ª Vara de Fazenda Pública, e no período de maio de 2007 a junho de 2008, desempenhei a função de oficial de gabinete do Juiz Alvaro Ciarlini. Nessa oportunidade, tive a experiência única de dialogar diariamente sobre a 'judicialização da saúde' com um magistrado que estudou a fundo o tema. A partir dessas ponderações, várias experiências institucionais nasceram, e pude acompanhar seu crescimento e a influência destas práticas na atuação de outros magistrados e dos advogados das partes. Além disso, também pude observar outras iniciativas dos demais magistrados atuantes nas Varas de Fazenda Pública. Essas experiências influenciaram profundamente as minhas escolhas metodológicas e as propostas que apresento nesta dissertação.

Partindo dos aspectos macroestruturais, a primeira questão a ser destacada é que não há nenhuma ação institucional de iniciativa da direção do TJDF (Presidência, Vice-Presidência e Corregedoria) ou do Governo do Distrito Federal para um enfrentamento conjunto dos problemas e conseqüências da judicialização das políticas de saúde. A falta de diálogo entre as instituições se reflete também internamente. Não há notícia de reunião convocada para debater o tema ou curso oferecido para capacitar os magistrados do TJDF para o julgamento das demandas que envolvem duas áreas praticamente desconhecidas do ensino jurídico: o direito sanitário e as políticas públicas.

As poucas iniciativas existentes de contato institucional partiram de reuniões convocadas pelo Ministério Público, com pauta definida apenas por aquele órgão. Quanto à Procuradoria do DF, até o momento, atuou apenas em seu mister de defender o ente distrital no contencioso judicial.

Apesar desse ambiente desfavorável, entre os magistrados de 1ª instância existe uma fundamental troca de experiências que ocorre de forma não institucionalizada³³⁰. Ela ocorre especialmente entre os Juízes Substitutos³³¹, uma vez que os titulares das Varas de Fazenda Pública com freqüência estão designados para outras funções jurisdicionais ou administrativas.

Essa troca de experiências é fundamental para a imaginação de alternativas voltadas para o enfrentamento das inúmeras dificuldades que o julgamento dessas demandas impõe. As peculiaridades se apresentam desde o início do processo, na postura apresentada pelos autores.

Na quase totalidade dos pedidos está presente o apelo moral pela preservação da saúde e da vida do autor da demanda. A tentativa de colocar o magistrado na incômoda situação de decidir entre a vida ou a morte, cria uma forte pressão psicológica. E a estratégia tem se demonstrado muito eficaz.

³³⁰ Isto porque não é estimulada ou intermediada pela direção do TJDF, mas surge de iniciativas dispersas dos próprios magistrados. Mas isso não significa que essa interação não seja, de alguma forma, organizada. Como importante exemplo, merece destaque um texto informativo escrito por três Juízas (Luciana Ramos, Priscila Faria e Gislaine Reis) no qual relataram suas experiências com as demandas por serviços de saúde e sistematizaram importantes informações/sugestões para os demais magistrados das Varas de Fazenda.

³³¹ O contato entre os Juízes de Direito Substitutos é mais freqüente e fluído se comparado ao contato ente os Juízes titulares. A troca de experiência é mais intensa e existe maior flexibilidade para mudanças de entendimento e uniformização de procedimentos. Ademais, é comum que alguns Juízes Substitutos acumulem o trabalho de mais de uma Vara de Fazenda Pública.

O altíssimo sucesso que estas demandas obtiveram no decorrer dos anos, provocou, além do efeito multiplicador, uma fuga dos procedimentos administrativos do SUS. Muitos usuários do sistema público deixaram de percorrer os procedimentos administrativos ordinários para a obtenção de medicamentos e buscaram diretamente a tutela judicial.

Os problemas dessa postura vão além da esfera administrativa e orçamentária³³², pois a falta de um ato administrativo concreto de recusa por parte da Administração inviabiliza o clássico controle jurisdicional dos atos administrativos³³³. Muitos magistrados passam a considerar o desabastecimento de medicamentos um ‘fato notório’, e dispensam a produção de provas nesse sentido. E esse é apenas um dos aspectos de uma tendência que se torna cada vez mais clara: *as demandas por serviços de saúde recebem tratamento diferenciado das demais questões que envolvem o controle jurisdicional da Administração Pública*.

As dificuldades enfrentadas pelos magistrados continuam na fase de instrução processual. As partes pouco se esforçam para trazer aos autos provas suficientes para proporcionar uma decisão criteriosa e adequada às peculiaridades do caso concreto. Os demandantes geralmente se restringem à juntada do receituário médico e o Distrito Federal pouco contribui para esclarecer se o tratamento postulado está adequado ao quadro clínico descrito e às políticas públicas do SUS. A precariedade das defesas processuais do Distrito Federal reflete os graves problemas de comunicação entre os diversos órgãos envolvidos³³⁴ e o impasse criado pelos próprios médicos do SUS, que, freqüentemente, prescrevem tratamentos em dissonância com os protocolos clínicos e padronização de medicamentos feitos pelo SUS. A passividade das partes não é condizente com a complexidade da questão em julgamento.

Ao fim da demanda, a sentença também exige cuidados especiais, pois a redação do dispositivo deve ser cuidadosamente calculada para que não ‘engesse’ o tratamento dispensado ao usuário do SUS. A dinâmica clínica é muito superior à judicial, e o processo civil carece de instrumentos eficazes para acompanhar as constantes mudanças. A esta restrição normativa soma-se o acúmulo sobre-humano de trabalho que se impõe aos magistrados e servidores das Varas de Fazenda Pública.

³³² As conseqüências dessa ‘substituição’ no orçamento e gestão da Secretaria de Saúde foram expostas no capítulo anterior.

³³³ Sem ato administrativo, não há controle sobre os elementos de forma, competência, objeto, motivo e finalidade.

³³⁴ Assessoria Jurídico-Legislativa da SES (AJL), PGDF, Farmácia Central, Farmácia Ações, Hospitais Públicos, etc.

Outro aspecto relevante no julgamento é o fato de a deficiente instrução dos autos, ao invés de prejudicar a parte autora – conforme as comezinhas normas de distribuição do ônus da prova (art. 333, I, do CPC) –, volta-se contra o réu. A dúvida sobre a adequação dos tratamentos pleiteados pelos demandantes normalmente conduz à procedência do pedido inicial, e os casos de improcedência são sistematicamente reformados pela 2ª instância.

3.1.2 *As alternativas institucionais: em busca de uma resposta correta*

A complexidade e os desafios que as demandas por medicamentos trouxeram para o seio do Judiciário Distrital foi tratada com indiferença pela maior parte dos magistrados que, após alguns debates iniciais, aderiram a uma conformação jurisprudencial que impressiona por sua pobreza discursiva.

O crescimento das demandas por medicamentos, contudo, chamou a atenção de alguns magistrados que perceberam a deficiente prestação jurisdicional dispensada a tais casos. A experiência adquirida no reiterado enfrentamento dos problemas destacados no tópico anterior fomentou a busca por critérios mais claros para decidir sobre saúde e a disposição de melhor apreender as peculiaridades de cada caso concreto.

Dentre os critérios construídos merecem destaque:

- a exigência de que o medicamento postulado em Juízo seja registrado pela ANVISA e tenha sua comercialização liberada no Brasil, de forma a evitar que a Administração Pública seja obrigada a adquirir fármacos de eficácia duvidosa ou em fase experimental;
- a prescrição do tratamento por médico vinculado ao SUS, em atenção ao que determina a Portaria 14 da Secretaria de Saúde³³⁵;
- a inclusão do medicamento na RENAME ou na REME-DF (medicamento padronizado).

A adoção de tais critérios, longe de representar uma solução final, deu início a um debate efetivo e plural: *finalmente o Judiciário passou a ter algo a dizer sobre saúde*. Outras questões importantes surgem a partir do estabelecimento dessas balizas: o que fazer se a

³³⁵ Regra geral, para aferir se o médico é conveniado ao SUS, procura-se na prescrição o timbre da SES/DF. Tal procedimento, com o tempo, mostrou-se insuficiente, pois vários dos médicos que trabalham para o SUS também fazem a clínica particular e podem usar facilmente o papel timbrado da SES/DF para aviar receitas aos seus pacientes de clínicas privadas. É mais um exemplo de apropriação privada do serviço público.

prescrição do medicamento for realizada por médico vinculado ao SUS, mas no exercício da medicina privada? E se o único medicamento disponível para determinado tratamento não for padronizado? O Juiz pode determinar o fornecimento de um medicamento genérico em substituição ao de marca que foi postulado na inicial?

Essas e outras ponderações permitiram que as novas demandas por medicamentos deixassem de ser ‘mais do mesmo’ – um modelo que deveria receber uma resposta padrão –, e obtivessem a atenção devida para as peculiaridades que tornam único cada caso. E a individualização dos casos exige instrução adequada dos processos, exatamente o que as partes não estavam dispostas a fazer.

Assim, para atender à necessidade de uma adequada instrução processual, um número crescente de Juízes decidiu lançar mão de seus poderes instrutórios. Nesse sentido, novas ações merecem destaque:

- a exigência de comprovação da recusa do fornecimento do medicamento por parte da Secretaria de Saúde, de modo a permitir um controle adequado do ato administrativo;
- remessa de ofícios à Secretaria de Saúde (ou o contato telefônico) para a obter informações sobre o tratamento prescrito, a possibilidade de substituição terapêutica por um medicamento padronizado, os custos do tratamento, dentre outras informações importantes para firmar a convicção do magistrado;
- marcação de audiência preliminares (ou de justificação), para oitiva das partes e, quando necessário, do médico que prescreveu o tratamento e do profissional que represente a Secretaria de Saúde.

A iniciativa de marcar audiências preliminares foi uma das experiências mais bem sucedidas e difundidas na 1ª instância do TJDF. Com esse novo procedimento, aplicado pelo Juiz Alvaro Ciarlini e experimentado inicialmente na 2ª Vara de Fazenda, foi possível estabelecer um contato direto com os usuários do SUS e obter valiosas informações para a resolução da demanda. Muitas vezes, o simples estabelecimento do diálogo nas audiências foi suficiente para por fim às lides e facilitar que os autores obtivessem acesso ao tratamento adequado ao seu quadro clínico.

Esse esforço repercutiu na postura das partes em Juízo – em especial o DF – que passaram a instruir de forma mais adequada os autos no intuito de obter êxito na demanda. Da mesma forma, o implemento qualitativo nas decisões de 1ª instância aumentou a influência

delas nos julgamentos proferidos em 2ª instância. Em suma, a postura ativa dos magistrados na busca de informações tem transformado o tratamento dado às demandas por medicamentos.

Como é de se esperar, nem todas as reações a essa nova postura podem ser consideradas legítimas. Dentre as práticas questionáveis está o movimento dos advogados dos autores, em especial a Defensoria Pública do DF³³⁶, de direcionar a distribuição das demandas para o plantão judicial, mesmo que a causa não seja urgente. O objetivo é fugir da análise criteriosa dos Juízes das Varas de Fazenda Pública e obter a resposta padrão favorável que os Juízes Plantonistas costumam apresentar³³⁷. Outra prática comum dos autores é a realização de pedido administrativo concomitante com a ação judicial. Conforme narram os magistrados, é comum que o demandante faça a requisição administrativa em um dia, e no seguinte distribuição sua ação cominatória.

A despeito de tais abusos, as contribuições obtidas com as experiências vividas pela magistratura de 1º grau são muito relevantes para formular as estratégias para lidar com as conseqüências da judicialização das políticas de saúde. Isso porque, além do potencial de mudança que tais ações apresentam, reconhecemos que são legítimas sob o prisma do Estado Democrático de Direito, pois valorizam a participação do cidadão no processo judicial e dão o devido valor às políticas públicas e normas administrativas que estruturam o SUS.

Além disso, tais experiências possibilitaram a superação de debates estéreis – tal qual a dicotomia direito à saúde *x* reserva do possível – e trouxeram à tona os problemas reais subjacentes à judicialização das políticas de saúde. Quatro sérios problemas destacados pelos magistrados entrevistados parecem essenciais para nosso estudo:

- lidar com a falta de organização administrativa e planejamento da SES, que gera um desabastecimento de medicamentos padronizados, sem subverter a organização administrativa que estrutura o SUS;
- o descompasso entre os tratamentos prescritos pelos médicos da SES em relação às diretrizes terapêuticas e protocolos clínicos aprovados pelos gestores

³³⁶ Grande parte das ações judiciais nessa área é patrocinada pela Defensoria Pública do DF, cuja denominação correta é Procuradoria de Assistência Judiciária do Distrito Federal.

³³⁷ Cumpre destacar que os Juízes Plantonistas em geral são magistrados mais modernos que ainda não tiveram a experiência de trabalhar nas Varas de Fazenda Pública e, por isso, não estão a par das novas experiências que descrevemos. O índice de provimento dos pedidos é muito alta. Mas já existe, felizmente, um movimento dos magistrados das Varas de Fazenda para conscientizar os Juízes Plantonistas desta ‘estratégia’ e transmitir o conhecimento obtido com as novas experiências realizadas.

do SUS, o que denota ou uma indisciplina médica ou a desatualização das políticas públicas de saúde (ou ambas)³³⁸;

- a difícil tarefa de compatibilizar a legislação sobre saúde com as políticas públicas nessa seara, especialmente quando os medicamentos postulados não são padronizados, mas são os únicos adequados ao tratamento do usuário do SUS que vem a Juízo;
- respeitar as políticas públicas, em especial a RENAME e a REME-DF, e ao mesmo tempo lidar com as freqüentes denúncias de desatualização destas listas³³⁹.

Uma última contribuição importante dessa nova postura é sua capacidade de influenciar a 2ª instância. Com maior ou menor entusiasmo, os magistrados entrevistados afirmaram que perceberam um reflexo de suas idéias nos votos dos Desembargadores. Além disso, a instrução processual mais completa permitiu que os Desembargadores, que tem poder de revisão sobre os Juízes das Varas de Fazenda, pudessem ter acesso a peculiaridades do caso e ponderar sobre a forma como suas decisões podem ser efetivamente cumpridas e evitar a imposição de ordens inexecutáveis³⁴⁰.

3.1.3 *A imaginação que renova a prática judicial: casos ilustrativos*

No tópico anterior, relatamos as experiências institucionais, fruto da imaginação dos magistrados comprometidos com o enfrentamento dos problemas da judicialização das políticas públicas de saúde.

Nossa abordagem, no entanto, foi panorâmica. O objetivo era apresentar os contornos desse trabalho pragmático de experimentação. Não ilustramos com casos concretos e ações isoladas. Não explicamos como essas diretrizes e balizas construídas pelos juízes ajudam a

³³⁸ A Juíza Luciana Pessoa Ramos chama atenção para o freqüente desencontro entre as recomendações terapêuticas feitas pelos médicos assistentes (aqueles que assistem diretamente o paciente) e as indicações dos médicos coordenadores das respectivas especialidades (cardiologia, oncologia, dermatologia, etc.) ou daqueles que trabalham junto às Farmácias que adquirem os medicamentos.

³³⁹ Esse problema de desatualização é mais sentido em relação às medicações destinadas aos tratamentos psiquiátricos. A atualização nessa área é especialmente relevante em razão dos graves efeitos colaterais que a medicação tradicional costuma ocasionar.

³⁴⁰ E aqui há outro problema de ordem processual. Apesar dos Desembargadores terem a palavra final nas instâncias ordinárias, não são eles que cumprem seus julgados, mas sim os Juízes das Varas de Origem dos processos, que se vêem em situação difícil quando a ordem superior não é redigida de forma a facilitar seu cumprimento pela Administração Pública.

resolver as ações judiciais distribuídas todos os dias. E é exatamente isto que pretendemos fazer nesse tópico, mediante uma descrição resumida de 05 casos que entendemos ser representativos. E, assim, os consideramos por ilustrarem bem como as experimentações criativas que mencionamos resolvem situação práticas e resguardam a legitimidade da atuação judicial em um Estado Democrático de Direito.

O **primeiro** caso³⁴¹ que destacamos é a ação cominatória 138985-5/08, por meio da qual era postulado o fornecimento imediato de três colírios. O magistrado responsável pela causa, Juiz Eduardo Smidt Verona, designou data para audiência de justificação. Neste ato, foram ouvidos o médico que prescreveu os colírios e um oftalmologista da SES/DF. Dos esclarecimentos prestados por ambos, conclui-se que os três colírios indicados na inicial não eram padronizados por serem de marca específica, mas que possuíam substitutos genéricos dentre os medicamentos inseridos na REME-DF. Os três colírios de marca e não padronizados foram substituídos por outros quatro colírios, estes genéricos, padronizados e com estoque na SES/DF. O problema foi resolvido de forma simples³⁴² com a adoção de uma postura proativa e desafiadora: mergulhar nas peculiaridades do caso concreto e não admitir que a prescrição médica seja tratada como um documento sagrado, livre de erros ou omissões.

O **segundo** é o caso dos processos nº 68044-7/07, nos quais uma senhora que sofria de osteoporose postulou o fornecimento do medicamento FÓRTEO. A prescrição foi feita por médico particular e a autora afirmou que o medicamento “proporcionou boa resposta clínica e boa aceitação”. O custo total do tratamento era de R\$ 56.160,00.

O pedido de antecipação de tutela foi indeferido por três fundamentos: i) a prescrição não era de médico conveniado ao SUS; ii) o medicamento não era padronizado; iii) não havia prova de que este é o único tratamento adequado e que a autora tenha reagido bem ao seu uso.

Meses depois foi realizada audiência, oportunidade em que foi constatado que a autora obtivera o medicamento por outros meios, fez uso dele, e logo na primeira dose apresentou uma forte reação alérgica. Diante disso, interrompeu o uso do medicamento³⁴³.

³⁴¹ No corpo desta dissertação, apenas serão mencionados os aspectos mais relevantes dos casos selecionados e exposta nossas considerações a respeito. O inteiro teor das decisões, para uma eventual consulta, será disponibilizado em forma de anexo.

³⁴² Destaco trecho da audiência: “Consultados os médicos do autor FLAVIO ARANHA e NARA GUIMARÃES, os dois confirmaram a possibilidade de substituição dos três medicamentos, como foi sugerido pelo médico perito do Distrito Federal, confirmou que a substituição atenderia perfeitamente as necessidades do autor”.

³⁴³ Ressalto o seguinte trecho da audiência: “Abertos os trabalhos, ao responder as perguntas formuladas pelo M.M Juiz a demandante relata ter recebido administrativamente o medicamento prescrito e que se encontra descrito na petição inicial. [...] Acrescenta que, após a aplicação de algumas doses do medicamento seu organismo desencadeou um processo alérgico, motivo pelo qual suspendeu o seu uso. Dada a palavra aos

E se a magistrada responsável pelo caso, Dra. Luciana Pessoa Ramos, tivesse deferido a antecipação de tutela como se faz normalmente? Pode-se perceber que a adoção de critérios para o fornecimento de medicamentos evita prejuízos financeiros para o Estado e resguarda melhor os usuários do SUS de tratamentos irresponsáveis. Além disso, mais um caso foi resolvido por uma simples audiência.

A **terceira** demanda a refere-se aos autos 37236-6/07. Neste caso, o autor era portador do vírus HIV e estava recebendo o tratamento disponibilizado pelo Estado, o conhecido *coquetel de medicamentos*. Sob a afirmação de que o tratamento não era mais eficaz, em virtude de falha terapêutica por resistência do vírus, postulou o fornecimento de medicamento importado, o DURANAVIR.

O pedido de antecipação de tutela foi negado, sob os argumentos de que o medicamento não fazia parte da reconhecida política brasileira anti-AIDS e não havia nos autos prova de sua eficácia e adequação ao tratamento do quadro clínico do autor.

Após aproximadamente 08 meses, o medicamento postulado foi incluído no coquetel fornecido pelo programa anti-AIDS, e a decisão de indeferimento foi reconsiderada e o medicamento fornecido ao postulante.

Em tal caso, observa-se que algumas das políticas públicas brasileiras de saúde não são tão irresponsáveis e desatualizadas como se quer fazer parecer. O diálogo com elas pode ajudar que as decisões judiciais pontuais sejam mais coerentes com a gestão do SUS. No presente caso, evitou-se a compra de um medicamento importado sem a devida licitação. E com sua posterior padronização, foi possível sua aquisição por melhores preços e sem subverter a estrutura do SUS.

No **quarto** caso que destacamos (autos 34016-3/08), a autora sofria de câncer na mama e postulou o fornecimento do medicamento HERCEPTIN (custo mensal de R\$ 10.000,00 mensais). O tratamento solicitado pela autora, que consistia em um ciclo de tratamento com um ano de duração, parecia atender aos requisitos técnicos e terapêuticos, uma vez que o medicamento era aprovado pela ANVISA e a prescrição foi feita por médico do SUS. Contudo, além do medicamento não estar padronizado, foram apresentadas informações técnicas pela Gerência de Câncer da Secretaria de Saúde levantando sérias ponderações acerca da eficácia e da adequação do tratamento receitado à postulante. Tal laudo

Advogados de ambas as partes, concordaram que o fornecimento do medicamento deve ser interrompido até que a Autora possa realizar nova consulta para certificar se ele é a causa da alergia”.

questionou, inclusive, a lisura dos estudos sobre os efeitos do medicamento HERCEPTIN e ressaltou que a efetividade desse medicamento tem sido posta em dúvida pela comunidade científica. Por fim, ainda informou da existência de outros esquemas de tratamento para o caso da autora que são contemplados pelas tabelas do SUS e que estão de acordo com protocolos clínicos aprovados pelos gestores da saúde pública.

Com base nas informações prestadas pela SES/DF, o magistrado Alvaro Ciarlini indeferiu o pedido de antecipação de tutela. A faceta mais relevante dessa decisão foi a postura inovadora de enfrentar um dilema criado pelo próprio SUS: por um lado o médico assistente prescreve um medicamento e, por outro, o coordenador da oncologia condena tal prescrição. Ou seja, antes do litígio jurídico, já havia um impasse médico. E tal problema, que não foi resolvido no âmbito do SUS, foi exportado para o Judiciário. E ao contrário do que vimos na pesquisa da jurisprudência da 2^a instância, o magistrado não se omitiu, como vemos no seguinte trecho de sua decisão:

A definição dos serviços de saúde que devem ser prestados à população cabe prioritariamente aos gestores do SUS. Eles, por sua vez, já definiram as políticas públicas para o câncer e estabeleceram os medicamentos e insumos que serão fornecidos pelo Estado. Uma simples prescrição de um médico não pode subverter toda uma política pública estabelecida a ponto de subsidiar, por si só, a prolação de uma ordem judicial que vai de encontro ao que foi estabelecido pelos administradores da saúde pública.

Por fim, merece especial destaque *o caso da menina de 03 anos, Mayara Pitombeira* (autos 59388-3/07). Essa criança sofre da Síndrome de *Haunter*, um distúrbio enzimático que implica no depósito de substâncias que, gradativamente, prejudicam inúmeras funções orgânicas, o que poderia levá-la a óbito até os 10 anos de idade. A autora postulou o medicamento ALDURAZYME, prescrito por médica do SUS e registrado na ANVISA, contudo, não padronizado pela SES/DF. O tratamento foi indicado de forma contínua, durante toda a vida da menor, com a intenção de deter a progressão da doença. O custo anual do tratamento foi orçado em R\$ 200.000,00.

O presente caso destoa dos demais acima descritos pelo custo muito elevado do medicamento e pela necessidade de prolongamento por toda a vida, o que faz desse pedido o de maior custo dentre os ora destacados. Em outros casos de pedido de medicamentos de alto custo, os fármacos não eram tão dispendiosos e, ademais, o tratamento seria feito por um determinado período. Por outro lado, trata-se de um tratamento capaz de reduzir as terríveis seqüelas da doença e impedir a morte da autora ainda em sua infância.

Certamente o magistrado responsável estava a enfrentar um *hard case*, pois, em suas mãos, foi colocada uma decisão que não envolve apenas normas jurídicas, mas questões orçamentárias, valores morais, religiosos, etc. Afinal, pode o Judiciário obrigar o Estado a fornecer medicamento tão dispendioso sem qualquer conhecimento da realidade das finanças e da saúde pública brasileiras? Sem a menor idéia de como tal decisão poderá ser cumprida?

Diante da necessidade de densificar no caso uma interpretação acerca do direito à saúde invocado pela autora, o Juiz Alvaro Ciarlini, ciente de que os critérios não podem ficar adstritos somente às suas ponderações individuais, reconheceu que “é necessário realizar uma abertura discursiva para a compreensão da sociedade civil e também para o que é produzido nos espaços institucionalizados que se destinam ao debate sobre a saúde (Ministério da Saúde, Secretaria de Saúde, Conselhos, ONG’s, organismo internacionais)”.

Mas uma decisão sobre o pedido de antecipação de tutela era necessária, pois o magistrado não pode se esquivar de julgar sob o argumento de que necessita da participação da sociedade. Ele deve decidir, e, no exercício desse mister, buscar uma abertura discursiva. Diante da importância da postura tomada nesse julgamento, passamos a transcrever parte do fundamento e o dispositivo da decisão:

Isso que dizer, portanto, que o fato do medicamento postulado não fazer parte das políticas públicas de saúde do réu, não quer dizer que automaticamente estará excluído do âmbito do direito à saúde assegurado à autora. Mas, como vimos da digressão feita, a saúde e a vida não são direitos absolutos, e o fato da vida e da saúde da autora estarem em risco não determina necessariamente a procedência de seu pedido.

É necessário saber se a sociedade aceita arcar com os custos do tratamento postulado, e isso vai depender da impossibilidade de se realizarem outros tratamentos menos dispendiosos e também da possibilidade de redução dos custos para obtenção do medicamento.

Neste ponto, se revelam necessárias algumas providências para que se de uma *resposta correta* ao caso, ou seja, uma resposta que leve em conta todas as peculiaridades e potencialidades desse caso concreto. Em primeiro lugar, é imprescindível aguardar a instrução probatória para que se tenha certeza que a indicação terapêutica realizada pela médica Denize Bomfim é a única opção viável para combater a Síndrome de Haunter que compromete a saúde e o bem-estar da autora. Em segundo lugar, é preciso que esse Juízo, de alguma forma, tenha acesso às fontes que tragam informações acerca da noção de saúde compartilhada pela sociedade, de modo a definir se a pretensão da autora está ou não albergada pelo seu direito à saúde.

Ocorre que a situação da saúde da autora não pode aguardar o trâmite normal deste feito e as investigações que o caso exige. Ela é uma criança de apenas 03 (três) anos de idade, e seu organismo dia-a-dia tem suas funções deterioradas pela terrível doença. Os sistemas nervoso, circulatório e digestivo estão sendo comprometidos, e seus membros, pele e olhos já mostram sinais dos sintomas nefastos da doença.

Não se trata neste caso de preservar a vida de alguém, mas de permitir que ela tenha alguma vida. Se a autora não receber um tratamento morrerá antes de deixar a infância, se é que pode se chamar de infância a difícil rotina da autora, que já tem seu bem-estar muito comprometido pelo avanço da doença e agravamento de seus sintomas.

Assim, enquanto são realizadas as diligências necessárias para a apreciação do pedido principal, deve ser garantido à autora o início de seu tratamento. Isto porque, se não existem nos autos elementos suficientes para a procedência do pedido principal, já há o suficiente para provar a verossimilhança das alegações da autora e justificar a dispensação dos medicamentos postulados, ao menos enquanto se desenrola a instrução probatória.

Forte nas razões expostas, defiro parcialmente a antecipação de tutela para determinar ao réu que forneça à autora, no prazo de 10 (dez) dias improrrogáveis, o primeiro ciclo do medicamento ALDURAZYME (Iaromadase), suficiente para 01 (um) mês de tratamento, ou seja, 12 frascos. Determino, ainda, que nos cinco meses subsequentes seja disponibilizado para a autora o suficiente para a continuidade de seu tratamento (12 frascos por mês). Assim, esta medida liminar garante à autora tratamento por 06 (seis) meses, período após o qual, se o processo não tiver chegado ao seu termo final, será apreciado novamente o pedido antecipatório.

No mais, determino à parte autora que realize um relatório pormenorizado (digitado) da situação clínica da autora, de suas necessidades terapêuticas, dos detalhes do tratamento pretendido e da atuação do medicamento em seu organismo. Este relatório deverá ser instruído com o prontuário médico da demandante em que conste o histórico de sua doença (Síndrome de Haunter). Tal diligência deverá ser ultimada no prazo de 20 (vinte) dias a contar da intimação.

Após elaborado, o referido relatório deverá ser entregue na Secretaria deste Juízo em cinco vias.

Cumprida tal determinação, a Secretaria deste Juízo deverá enviar ofício instruído com o relatório/prontuário entregue pela parte autora para os seguintes órgãos: Secretaria de Saúde do Distrito Federal (endereçado ao Secretário de Saúde); Ministério da Saúde (endereçado ao Ministro da Saúde); Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios (endereçado à Promotora Chefe da Prosus); Procuradoria Geral da República (endereçado à Procuradora Federal dos Direitos do Cidadão); Conselho Nacional de Saúde; Conselho de Saúde do Distrito Federal; e para a Organização Pan-Americana da Saúde – OPAS (no endereço de sua representação no Brasil, Setor de Embaixadas Norte Lote 19 Brasília-DF). O ofício deverá conter solicitação de informações deste Juízo aos órgãos mencionados acerca das políticas públicas existentes para o tratamento das vítimas do mal de Haunter no Brasil e da possibilidade de cooperação das instituições públicas e privadas para proporcionar à autora tratamento adequado à doença que ameaça sua vida e impede que ela viva com o mínimo de bem-estar. Os exatos termos do ofício serão posteriormente definidos em momento oportuno. (grifo nosso)

Na decisão acima transcrita, é possível encontrar uma tentativa de abertura do Judiciário para dialogar com a sociedade, em especial os fóruns institucionalizados de participação e os órgãos responsáveis pelas diversas políticas públicas de saúde. Há no julgamento em estudo uma preocupação de harmonizar a preocupação com o bem-estar da usuária do SUS e a necessidade de dar autonomia à sociedade para fazer suas escolhas, até

aquelas mais difíceis: *deixar ou não uma pessoa falecer*. Os juízes não devem decidir sozinhos sobre isso – essa é a mensagem clara dos ofícios enviados pelo magistrado Alvaro Ciarlini.

3.2 Judiciário, Democracia e Participação: por uma intervenção que contribua para o desenvolvimento do Sistema de Saúde.

Não podemos deixar o magistrado decidir sozinho o que é saúde. Essa afirmação pode ter vários sentidos e, no presente estudo, serve tanto como um apelo, quanto como recomendação.

O Judiciário Distrital recebeu em suas mãos uma incumbência nunca antes exercida: decidir reiteradamente sobre políticas públicas. Boa parte dos problemas que chegam aos gabinetes, contudo, é fruto da omissão dos outros Poderes da República. Alguém ‘passou a bola’ para o Judiciário e aguarda-se que ele dê a última palavra acerca do que é saúde. Mas, para decepção e preocupação de nossos jurisdicionados, até agora o Judiciário pouco falou sobre saúde.

Como vimos, praticamente qualquer pedido que se fundamente no direito à saúde e à vida obtém uma rápida resposta afirmativa. E se praticamente qualquer coisa postulada está inserida no conceito de saúde, o que é saúde então?

Não temos a pretensão de responder a tal questão, mas a situação é preocupante, pois se saúde for tudo, abrem-se caminhos para toda espécie de abusos e, assim, saúde será nada. Se todo e qualquer receituário médico que chegar ao conhecimento de um magistrado fundamentar uma ordem de compra, de que serve então a análise feita pelos Juízes? Poupáramos tempo e dinheiro se os nossos administradores públicos fizessem isso. E por que eles não o fazem?

Não fazem por vários motivos. Conforme exposto nos capítulos e tópicos anteriores, o desabastecimento é fruto de um inexplicável *deficit* de gestão e planejamento da assistência farmacêutica do SUS. Por outro lado, alguns pedidos veiculados se referem a medicamentos que realmente não deveriam ser comprados (remédios de marca ou não padronizados) ou que não podem ser comprados (não registrados pela ANVISA). Ademais, o avanço tecnológico incessante e os preços praticados pelos laboratórios farmacêuticos tornam financeiramente

proibitiva a aquisição de muitos fármacos de ponta, especialmente aqueles vendidos em regime de monopólio.

Se os motivos para que a Administração Pública não forneça determinados medicamentos são diversos, uns mais legítimos que outros, logo, ao realizar o controle jurisdicional dos atos administrativos, os magistrados precisam ter algo a dizer sobre saúde e diferenciar as pretensões legítimas das abusivas. É preciso dar densidade ao direito à saúde. E é exatamente sobre essa questão que pretendemos desenvolver nossas contribuições.

Conforme destacado na introdução e no primeiro capítulo desta pesquisa, consideramos que a valorização do elemento democrático da saúde – a participação social – e a construção de um direito à saúde coerente com o paradigma do Estado Democrático de Direito são caminhos para desenvolver um sistema de saúde que atenda melhor às necessidades de toda população e trate o cidadão como um co-gestor, e não como cliente.

Afirmar, simplesmente, que a participação social resolverá nossos problemas não é suficiente. O desafio a que nos lançamos é pensar alternativas para que a judicialização das políticas públicas de saúde seja um fator positivo no desenvolvimento do SUS. E como Judiciário, Administração Pública e sociedade civil podem dialogar e compor uma saúde melhor.

Com esse intuito passamos a traçar nossas contribuições em três eixos principais.

Em primeiro lugar, nos voltamos a um aspecto da saúde anterior à judicialização da demanda, mas que tem uma enorme influência na tomada de decisão pelo Juiz: o conhecimento médico.

Como vimos, o conhecimento médico monopolizou de tal forma todo o sistema de saúde que goza de um prestígio que inibe as críticas. É um saber que gera um poder de decisão a que poucos têm acesso (nem mesmos os Juízes). E tal característica reflete severamente nas demandas baseadas no direito à saúde. Assim, nosso primeiro eixo de argumentos se direciona a abertura do saber médico e a necessidade de lidar com essa hermética e relevante área do conhecimento humano.

No segundo eixo, voltamo-nos à crítica da prática judicial e nos lançamos na busca de alternativas para que o magistrado tenha algo a dizer sobre direito à saúde nas diversas demandas por medicamentos. Que tenha algo a dizer e alguém para dialogar: a sociedade.

Por fim, no terceiro eixo, pretendemos radicalizar o argumento pela abertura democrática do Judiciário. Baseados na tese de Alvaro Ciarlini, pretendemos ressaltar que as ações coletivas, em especial a ação civil pública, são instrumentos mais legítimos e adequados para o desenvolvimento da judicialização das políticas públicas de saúde.

3.3 Judiciário, saúde e o conhecimento médico: o desafio da inclusão pelo saber

Os magistrados ressaltam que muitos dos problemas enfrentados nos processos se originam dos impasses e da falta de comunicação entre os médicos e seus pacientes, ou mesmo entre os próprios médicos.

A hierarquizada relação médico-paciente é marcada pela falta de diálogo. As consequências disso se refletem negativamente em inúmeros aspectos do sistema de saúde, e alguns deles acabam por criar litígios que chegam ao Judiciário.

No Distrito Federal, por exemplo, os gestores da Farmácia de Alto Custo esclarecem que alguns médicos do SUS não orientam corretamente seus pacientes acerca de quais medicamentos são padronizados, como solicitá-los e onde obter sua dispensação. Desinformados, os usuários não conseguem receber os medicamentos junto às farmácias da SES e, muitos, buscam a tutela judicial. A situação é desnecessariamente judicializada, e os procedimentos administrativos do SUS são substituídos pelo processo judicial.

Outro problema freqüente está na prescrição quando feita por médicos particulares. A maior parte dos receituários não indica o nome da substância ativa do medicamento, mas somente o nome da marca de predileção do médico. Apesar dos problemas éticos e econômicos subjacentes, a simples ausência do nome 'genérico' inviabiliza o fornecimento do medicamento pelo SUS, exceto, é claro, quando o Juiz assim determina.

Ademais, conforme já destacamos, há constantes impasses entre o tratamento prescrito pelo médico assistente e pelo médico coordenador/gestor, especialmente quando o tratamento foge aos protocolos clínicos e terapêuticos do SUS. À medida que a instrução dos autos é incrementada, aumenta o número de processos nos quais o Juiz deve lidar com duas indicações médicas divergentes. A situação é delicada, pois entre os médicos não há

hierarquia funcional, ou seja, um médico mais experiente não pode modificar o tratamento do médico assistente.

Assim, não apenas as políticas estruturais e de gestão criam os litígios que chegam ao Judiciário, mas também as relações microestruturais, os pequenos detalhes, as relações mais específicas. Como a Administração Pública não consegue lidar com tais problemas, acaba por exportá-los para o Judiciário, reforçando a tendência atual de direcionar a este Poder a tomada de decisões importantes³⁴⁴.

Até o momento, o Judiciário encontrou uma fórmula cômoda para assumir o papel de protagonismo que lhe ofereceram: fazer valer a palavra dos médicos. Após certa hesitação até o início desta década, os juízes assumiram uma postura definida e firme no sentido de obrigar o Estado a custear os tratamentos que os médicos das partes lhes indicavam. E assim o Judiciário permaneceu por anos, enquanto o problema crescia e assumia contornos preocupantes.

A reação de alguns setores sociais, mas, sobretudo, dos gestores do SUS, mostraram ao Judiciário que a saúde não se restringe às receitas médicas juntadas na inicial. As experiências vividas na magistratura, em especial na 1ª instância, mostram que o SUS é estruturado por uma série de normas, com destaque para os protocolos clínicos e terapêuticos, padronização de medicamentos, procedimentos de atenção básica etc.

Com as informações, vêm as contradições: diante de duas decisões médicas divergentes, qual o critério para decidir quem está certo? Se o medicamento postulado é padronizado, o pedido deve ser deferido de pronto ou o autor deve ser encaminhado a uma farmácia do SUS para obtê-lo da forma ordinária? Antes mesmo de formular critérios ou proferir sua sentença, os Juízes devem estar dispostos a dialogar com o saber médico, e não se esconderem sob o manto de Hipócrates.

Assumir essa postura, contudo, é mais difícil que parece³⁴⁵. Não é à toa que a tomada de decisões pelo Judiciário esteve e continua submetida à ciência médica³⁴⁶. Ela estabeleceu o

³⁴⁴ Os recentes julgamentos do STF sobre a pesquisa com células-tronco embrionárias e a demarcação da reserva Raposa Serra do Sol são apenas os exemplos conhecidos dessa tendência que alcança os mais diversos níveis da Federação e do Poder Judiciário. Nesse sentido destaca Boaventura de Souza Santos (2007: 15): “De todo modo, nunca, como hoje, o sistema judicial assumiu tão forte protagonismo. E, já não é um protagonismo do tipo político que acabei de me referir. Antes parte da idéia de que as sociedades assentam no primado do Direito, de que não funcionam eficazmente sem um sistema judicial eficiente, eficaz, justo e independente”

³⁴⁵ Além da autoridade do saber médico que, por si só, desestimula qualquer diálogo ou contestação, a formação dos magistrados desestimula qualquer inclinação para o debate com outros saberes. Confunde-se a idéia de independência judicial com auto-suficiência, conforme bem registra Boaventura de Sousa Santos (2007: 70): “Independência como auto-suficiência. Finalmente, a última característica da cultura jurídica dominante é

seu monopólio sobre a saúde de forma tal que vincula praticamente qualquer decisão jurídica sobre saúde.

3.3.1 *Saúde, ciência e responsabilidade*

A dependência em relação à ciência médica é apenas um exemplo, muito intenso e representativo, do papel predominante que a ciência ocupa hoje em nossa sociedade³⁴⁷. Além da própria presença da ciência, Hans-Georg GADAMER³⁴⁸ destaca que a sua *aplicação* na vida social é outro fator a ser levado em conta, pois está a alterar a práxis da convivência humana e submeter esferas cada vez mais amplas da vida humana ao domínio técnico.

Voltando os olhos para a aplicação da ciência, GADAMER chama atenção para a tensão existente entre o saber e a ação. Para o autor, quanto mais a ciência busca definir não só o saber, mas também a sua aplicação - por meio da racionalização do próprio julgamento que o ser humano faz ao aplicar o saber - mais amarras³⁴⁹ são colocadas sobre o 'fazer'. Por consequência, reduz-se a capacidade de julgamento³⁵⁰. Cria-se uma espécie de juízo

confundir independência com individualismo auto-suficiente. Significa, basicamente, uma aversão enorme ao trabalho de equipa; uma ausência de gestão por objectivos no tribunal; uma oposição militante à colaboração interdisciplinar; e uma idéia de auto-suficiência que não permite aprender com outros saberes" (grifo nosso)

³⁴⁶ O longo debate no Congresso Nacional acerca da regulamentação do Ato Médico é caso ilustrativo dessa profunda influência do conhecimento médico.

³⁴⁷ "Promovidos pela rápida conversão da ciência em força produtiva, os critérios científicos de eficiência e eficácia logo se tornaram hegemônicos, ao ponto de colonizarem gradualmente os critérios racionais das outras lógicas emancipatórias" (SANTOS, 2005:51).

³⁴⁸ As reflexões que se seguem estão baseadas em um cotejo entre as obras de FOUCAULT e AGAMBEN, trabalhadas no primeiro capítulo, e um extenso estudo de GADAMER acerca de importantes questões da saúde: a natureza da saúde, a relação médico-paciente, a ciência médica e a prática médica e etc. Tais reflexões povoam as páginas dos artigos da coletânea "*O Caráter Oculito da Saúde*". O mais interessante é que não se trata de uma obra inteira sobre saúde, mas a reunião de 13 artigos sobre o tema escritos entre os anos de 1963 e 1991. Ou seja, a coletânea de artigos encerra a opinião de GADAMER sobre assuntos centrais da saúde durante quase 30 anos de intensa produção acadêmica.

Nas reflexões de GADAMER acerca da saúde e da ciência médica ficam claros os pressupostos de sua teoria desenvolvida especialmente em *Verdade e Método*. A idéia central é que, se o problema hermenêutico não se resume ao estudo metodológico das ciências modernas, ainda que essa seja a pretensão da ciência, da mesma forma a saúde não se resume ao método da ciência médica.

A partir do ponto de vista hermenêutico, de redefinição da relação sujeito e objeto e da atenção ao papel da tradição, GADAMER busca o que é a saúde na relação que se estabelece entre o indivíduo, a sociedade e a ciência médica.

³⁴⁹ "A espontaneidade daquele que faz uso da técnica é, na verdade, precisamente por meio dessa técnica, cada vez mais interrompida. Ele tem de se submeter às leis dos respectivos temas dessa técnica e nisso renunciar à 'liberdade'. Ele se torna dependente do correto funcionamento da técnica." (GADAMER, 2006:26)

³⁵⁰ Gadamer afirma que a ciência se institucionalizou como empresa, que transforma tudo de acordo com sua "lógica empresarial". Em seus dizeres: "A institucionalização da ciência como empresa pertence ao amplo contexto da vida econômica e social na era industrial. Não apenas a ciência é uma empresa, mas todos os processos de trabalho da vida moderna são organizados de maneira empresarial. A parte isolada é ajustada com determinado desempenho, num todo empresarial maior, o qual, por seu lado, possui uma função exatamente

indolente, pois “quanto mais intensivamente a área de aplicação é racionalizada, mais falta o próprio exercício do juízo e, com isso, a experiência prática no seu verdadeiro sentido”.³⁵¹

Somadas à limitação da aplicação do saber está a limitação imposta pela dependência dos meios de comunicação. O profissional da área ou o profissional responsável pela informação detém o *monopólio do saber*, e os outros recebem acesso às informações na medida em que é desejável. O detentor da informação se transforma em um ‘fator social próprio’, capaz de uma produção artificial de necessidades, sobretudo com o recurso da publicidade moderna. Dessa forma, o profissional se torna intangível, e o seu apelo à ciência, irrefutável. É a chamada ‘autonomização’ que se dissemina entre as profissões práticas, em especial a médica.³⁵²

Assim, a sociedade depara-se com uma ciência que busca tudo justificar e tudo saber, além de pretender dominar a aplicação de seus preceitos e o acesso às valiosas informações por ela produzidas. E tudo submetido à ordem econômica, que transforma o fazer científico em técnica tão logo haja promessa de algum lucro³⁵³.

Para que a sociedade não abra mão de sua liberdade, GADAMER sugere, por um lado, que a ciência desempenhe seu papel e faça sua desmitologização pelos meios apropriados da informação crítica e da disciplina metódica³⁵⁴, e, por outro, que seja retirado da ciência a tarefa de controle de sua aplicação. Tal papel pertence à *política*:

Controlar a aplicação daquele nosso ser-capaz-de-fazer, que é possibilitado cientificamente, não é tarefa da ciência, mas permanece como uma tarefa política. Ao contrário, também, não é tarefa de política, mas de ciência, controlar suas próprias necessidades, investimentos, tempo e dinheiro, etc. Em última análise, essa é a função da crítica científica³⁵⁵. (grifo nosso)

O argumento de GADAMER tenta chamar atenção para algo que deveria parecer claro: *o homem é responsável por si mesmo, e também pelas conseqüências de sua omissão*.

prevista na organização altamente especializada do trabalho moderno; isso significa, porém, ao mesmo tempo, uma função sem uma orientação própria sobre o todo” (GADAMER, 2006:25-26).

³⁵¹ GADAMER, 2006,:26.

³⁵² GADAMER, 2006:27. Ressalte-se que essa idéia desenvolvida por Gadamer na filosofia guarda justa correspondência de resultados na sociologia com os estudos de Foucault acerca do saber-poder na era da ‘ortopedia social’. Além disso, voltando os olhos para a saúde, é exatamente o que acontece com as prescrições feitas por médicos. Os pacientes não têm acesso às informações sobre o seu tratamento, e devem adquirir os medicamentos indicados por seus médicos, a despeito da possibilidade de arcar com tratamentos mais baratos e com remédios genéricos. Não é à toa que a propaganda das grandes farmacêuticas não se dirige ao grande público, mas sim aos médicos, que costumam ser agraciados com todo tipo de brindes, presentes e até comissões em dinheiro.

³⁵³ GADAMER, 2006, 33.

³⁵⁴ GADAMER, 2006, 15.

³⁵⁵ GADAMER, 2006: 34.

Acreditar que a lógica científica conduzirá sempre a sociedade para o melhor caminho é acomodar-se e abrir mão de sua liberdade política, que pode e deve limitar a aplicação da ciência à vida.

Essa liberdade do cidadão necessita ser especialmente estimulada (e respeitada) na área da ciência médica, pois tal ciência não lida com a produção de algo artificial, mas antes do restabelecimento do natural³⁵⁶. Além disso, os próprios critérios de aferição da cura são subjetivos, pois a “esfera do não-racionalizado neste campo é especialmente ampla”.³⁵⁷ A noção de saúde, portanto, está tanto ligada à ciência da saúde quanto ao sujeito, à pessoa. Ela é um estado e não algo a ser diagnosticado³⁵⁸.

A saúde é, portanto, algo interior. Um bem-estar oculto³⁵⁹ que permite que o indivíduo se volte para fora³⁶⁰, esqueça de sua condição e se abra para a experiência do mundo. É o “estar-aí”³⁶¹. O papel das ciências médicas, e do médico, não é, portanto, fazer saúde, mas trabalhar para que ela se restabeleça. A ciência médica deve ser construída tendo em vista sua peculiar e intensa relação entre saber teórico e prático³⁶².

Um dos nossos desafios é exatamente pensar como compatibilizar uma noção humanizada e humanizante de saúde com a lógica capitalista e cientificista ora dominantes³⁶³. E repensar uma das relações mais básicas, corriqueiras e importantes da saúde – a relação entre médico e paciente – é um bom ponto de partida.

3.3.2 *A relação médico-paciente: um diálogo, não um monólogo*

³⁵⁶ “Isso se relaciona à peculiaridade da arte de curar, que, de forma mais intensa que as próprias artes da produção artificial, tem sua tarefa no restabelecimento de algo natural” (GADAMER, 2006: 28).

³⁵⁷ GADAMER, 2006: 30.

³⁵⁸ Nas palavras de Gadamer (2006: 103): “Saúde não é algo que se apresenta como tal num exame, mas algo que existe justamente por se subtrair a um exame. Saúde não nos é, então, algo permanente consciente e ela não nos acompanha de forma preocupante como a doença. Não é algo que nos advirta ou convide ao contínuo autotratamento. Ela pertence ao milagre do autoesquecimento.”

³⁵⁹ GADAMER, 2006: 136.

³⁶⁰ “É nessa dimensão que a doença nos afasta do grande e vasto exterior, do estar de fora de nossa experiência de mundo, e nos recolhe ao interior” (GADAMER, 2006: 82).

³⁶¹ “É que saúde não é, de maneira alguma, um sentir-se, mas é **estar-aí**, estar-no-mundo, estar-com-pessoas, sentir-se ativa e prazerosamente satisfeito com as próprias tarefas da vida” (GADAMER, 2006).

³⁶² “Entre as ciências da natureza a medicina é aquela que nunca é entendida completamente como técnica, porque ela sempre experimenta o seu próprio ser-capaz-de-fazer apenas como recuperação do natural. Por isso, dentro das ciências modernas ela representa uma unidade particular entre conhecimento teórico e saber prático, uma unidade que de modo algum se deixa interpretar como aplicação de ciência à práxis. Ela representa um modo próprio de ciência prática” (GADAMER, 2006: 48).

³⁶³ GADAMER, 2006:79-80.

A relação entre médico e paciente é pautada pela aplicação técnica de uma ciência que, sabemos, exige um (equivocado) distanciamento³⁶⁴. Nesse contexto, a “aproximação entre paciente e médico é muito questionável. Sobretudo, quando hoje se vai a uma clínica moderna. Ela suscita uma verdadeira perplexidade ao, logo no início, se perder o verdadeiro nome e, em seu lugar, se receber um número”³⁶⁵. E tal perplexidade que aflige Gadamer é repetida um sem número de vezes no cotidiano do sistema de saúde brasileiro. É a forma como se moldou a relação médico-paciente em nossa sociedade de massas.

Dentro dessa relação distante, o que pode legitimar a ação do médico? Simplesmente sua autoridade, que lhe é conferida pelo saber técnico que possui, e cuja aplicação é monopólio de sua classe profissional. Essa autoridade é praticamente imposta³⁶⁶, até porque se acredita que apenas esse saber superior pode ajudar o paciente.

A manutenção dessa relação que tem o paciente como um objeto da aplicação da técnica médica, como vimos, já traz prejuízos e precisa ser repensada. A humanização do tratamento que deve ser dispensado aos cidadãos parece ser uma exigência óbvia, mas não é simples mudar a forma como as relações se estabelecem. A inércia é grande e saídas devem ser pensadas.

O primeiro passo pode partir do paciente, que não deve se sentir desencorajado em face da autoridade do especialista. Deve exigir um ‘tratamento’ e não apenas um diagnóstico. Deve expressar o que a sua doença lhe diz³⁶⁷ sobre sua condição e contribuir para encontrar uma saída para sua situação de declínio³⁶⁸.

O médico, por sua vez, deve ter muito cuidado ao desempenhar seu papel de forma a conquistar a confiança³⁶⁹ do paciente, mas, ao mesmo tempo, limitar sua atuação. Isto para que ele obtenha acesso ao humano, à subjetividade daquele paciente, sem exercer sobre ele

³⁶⁴ GADAMER, 2006: 77.

³⁶⁵ GADAMER, 2006: 132.

³⁶⁶ “Aqui se trata, sobretudo, da autoridade do médico. Por isso, gostaria de partir de um fato que me parece ser fundamental para tudo o que vem a seguir, a saber, que não nos aproximamos do problema a partir da autoridade da instituição, isto é, por assim dizer, da reputação profissional do médico. Parece-me, ao contrário, ser a expectativa de autoridade, sim, a exigência de autoridade em relação ao médico, que se manifesta no doente. Isso é quase uma imposição. [...] A crença na autoridade do médico se manifesta na população de tal forma que na clínica é solicitada a presença do professor” (GADAMER, 2006: 124/125).

³⁶⁷ “Se não se pode medir verdadeiramente a saúde é por ela ser um estado da adequação interna e da conformidade com si próprio, que não pode ser superado por outro controle. Por isso faz sentido perguntar ao paciente se ele se sente doente” (GADAMER, 2006: 114).

³⁶⁸ GADAMER, 2006: 96.

³⁶⁹ “Mas ainda hoje o poder de convicção do médico e a confiança e a colaboração do paciente representam um importante fator de cura, que pertence a uma dimensão bem diferente daquela do efeito físico-químico de medicamentos no organismo ou da intervenção cirúrgica” (GADAMER, 2006: 29).

uma dominação. O médico pode dominar a sua técnica, a medicina, pode afirmar que ‘domina uma doença’, mas não dominar seu paciente e transformá-lo em um objeto de sua atividade³⁷⁰.

O que Gadamer sugere é que, junto com a autoridade do médico, coexista a liberdade crítica³⁷¹. Tal proceder se estabelece por meio da superação do *monólogo* que costuma dominar as relações médico-paciente, por um *diálogo*. Essa nova dinâmica permite que o paciente contribua com seu tratamento e que o médico evite eventuais abusos e não transforme seu paciente em mais um ‘caso’.

3.3.3 *O conhecimento médico: a busca pelo compartilhamento do saber e das responsabilidades*

As reflexões pregressas apontam que uma mudança do sistema de saúde depende de um aspecto microestrutural: o estabelecimento de um diálogo entre médico e paciente.

Em um primeiro olhar, os tribunais não parecem ser o local ideal para o estabelecimento desse diálogo. O próprio processo judicial nasce de um desentendimento entre as partes que tende a se estender por todo o curso do processo, tanto em virtude da visão estreita que o Judiciário tem de saúde quanto pela ausência de espaços e oportunidades de conciliação.

As experiências institucionais que observamos na magistratura de 1º grau demonstram, no entanto, que o Judiciário pode ajudar a desconstruir o monólogo estabelecido entre a autoridade técnica e o ‘caso’ e fomentar uma nova relação médico-paciente, um diálogo entre uma *autoridade autêntica* e um *cidadão*³⁷².

A busca por mais informações sobre cada caso concreto, de forma a entender as peculiaridades do quadro clínico do autor e do respectivo tratamento, permite identificar onde reside o litígio entre as partes, e até entre os médicos.

A experiência das audiências preliminares (ou de justificação) desenvolvida em diversas Varas de Fazenda Pública do DF é o melhor exemplo dessa possibilidade de reconciliação e de crítica construtiva ao conhecimento médico. Por meio delas, é possível até

³⁷⁰ GADAMER, 2006: 116.

³⁷¹ GADAMER, 2006: 128.

³⁷² “Eu gostaria de finalizar com a convicção de que essa liberdade crítica para consigo mesmo é um dos fatores mais fortes com as quais se constrói uma autoridade autêntica e através dos quais se mantém controlável o abuso de autoridade” (GADAMER, 2006: 129).

perceber que não há litígio algum, como no caso dos ‘colírios de marca’ ou do medicamento Fórteo, ambos mencionados no tópico 3.1.3. E esta experiência é apenas um exemplo de iniciativa bem sucedida. Além dela, existem inúmeras outras providências foram e podem ser pensadas a partir do uso criativo e proativo dos poderes instrutórios que o Código de Processo Civil concede aos magistrados: envio de ofícios, realização de perícias, requisição de documentos, oitiva de autoridades e especialistas, solicitação de informações etc. Tais iniciativas já estão em prática em alguns Juízos e podem se multiplicar conforme se desenvolvam os canais de comunicação entre médicos, pacientes e magistrados.

As experiências que destacamos dão contornos mais palpáveis à afirmação que fizemos no Capítulo 1: a valorização da participação social na saúde é um caminho para o desenvolvimento do SUS na direção da inclusão. Elas permitem observar que precisamos ir além das formas tradicionais e institucionalizadas de participação social para reduzir a exclusão social que cerca o sistema de saúde. Precisamos alterar as relações microestruturais de exclusão e dominação e, para isso, devemos imaginar outras formas de participação.

É nesse sentido que se orienta a primeira contribuição de nosso estudo: *a abertura do conhecimento médico*. E essa abertura pode e deve ser feita por ‘pacientes’, médicos e magistrados. Aos primeiros, cabe abandonar seu papel de cliente e buscar o protagonismo na definição de sua própria saúde. Aos médicos, cumpre renunciar a parte da autoridade superior que eles nunca propriamente possuíram³⁷³. Quanto aos magistrados, parte estranha chamada a intervir nessa relação, precisam se abrir a este diálogo com o conhecimento médico. Assim, os juízes poderão funcionar como mediadores dessa relação, e não mais como interventores.

O conhecimento médico deve ser, portanto, estudado e desafiado por partes e magistrados, pois o tratamento a ser dispensado ao usuário do SUS não é uma prerrogativa exclusiva do médico que o assiste. Essa decisão passa também pelo paciente e, quando trazida ao Judiciário, igualmente se submete à análise jurídica. É necessário, portanto, *compartilhar e assumir responsabilidades* ao decidir sobre uma saúde que está em construção.

³⁷³ A necessidade de fazer dialogar o conhecimento técnico e as ‘pessoas comuns’ é uma preocupação de Mangabeira Unger e um dos fundamentos da sua proposta de experimentalismo democrático. Em relação ao tema, destaco trecho representativo do pensamento do referido autor: “Para adquirirmos a liberdade de criar futuros alternativos para a sociedade com clareza e ponderação, devemos ser capazes de imaginá-los e de discutí-los. Para que os imaginemos e discutamos eficazmente, devemos adentrar áreas especializadas do pensamento e da prática. Devemos transformar essas especialidades por dentro, modificando a sua relação com o debate público numa democracia. Devemos convencer os especialistas a renunciar a parte da autoridade superior que eles nunca propriamente possuíram, trocando essa falsa autoridade por um novo estilo de colaboração entre especialistas técnicos e pessoas comuns” (UNGER, 2004: 9).

3.4 A Judicialização das Políticas Públicas: o desafio de dizer algo sobre a saúde

O contato com as partes em litígio e o diálogo com o conhecimento médico são atitudes importantes que permitem avaliar melhor os casos trazidos a Juízo, identificar ‘falsos litígios’ e promover a conciliação. Esse seria um significativo passo para lidar com as consequências da judicialização das políticas de saúde e demais outros problemas que cercam o sistema de saúde brasileiro. Mas, em várias das demandas judiciais, mesmo após uma detalhada análise dos autos e de uma instrução processual adequada, um litígio real será encontrado. A abertura que propomos no tópico anterior facilitará a definição dos contornos dessa lide, mas não irá resolvê-la.

Nessas situações, a causa do litígio é o desabastecimento ou descontinuidade no fornecimento de medicamentos pelo SUS ou, simplesmente, há uma pretensão de obter determinado fármaco que o SUS realmente não oferece, nem mesmo um similar, ou que não é indicado para o tratamento do quadro clínico do demandante.

Por mais que se acredite que o Judiciário não possui o instrumental técnico e a legitimidade democrática para agir na resolução dos problemas do SUS³⁷⁴, quando uma questão de saúde é judicializada, os magistrados tem uma saída apenas: dar uma resposta³⁷⁵.

O problema central não está no fato dos magistrados terem assumido a postura de responder às demandas por saúde, abandonando o discurso liberal de não intervenção no ‘mérito administrativo’, está na resposta em si, que é praticamente a mesma em qualquer situação. Esta ‘resposta pronta’ denuncia uma total ausência de critérios para definir se um medicamento deve ou não ser fornecido pelo SUS. Em suma, a maior parte dos magistrados do DF não tem o que dizer sobre saúde, mas devem continuar a julgar.

Acerca destes problemas, debruçamo-nos neste tópico com o intuito de, a partir das experiências da prática judicial, construir critérios para a análise das demandas por

³⁷⁴ É importante lembrar o que já afirmamos em nossa introdução. Em que pese o foco deste estudo ser o Judiciário do Distrito Federal, não entendemos que a judicialização das políticas de saúde seja uma solução eficaz ou legítima para os problemas do SUS. Ao contrário, colocamo-nos ao lado de CIARLINI, 2009, quando afirma que “a desjudicialização da saúde é um bem necessário”. É imprescindível, porém, analisar o fenômeno do crescimento das demandas judiciais por saúde, porque ele existe e tende a crescer caso a questão não seja enfrentada com a devida seriedade.

³⁷⁵ Essa condição é claramente exposta pelo magistrado Ciarlini (2009): “Seria dispensável mencionar, no entanto, que quando juízes, promotores e demais atores dos processos judiciais se vêem diante de questões atinentes ao direito à saúde, é porque tais questões já foram judicializadas, restando pouco a fazer, a não ser atuar nos casos concretos individuais submetidos ao exame estatal”

medicamentos. Deste modo, pretendemos contribuir para que os magistrados tenham o que dizer sobre saúde e possam dar uma resposta certa a cada caso. Todavia, antes de formular alternativas, é preciso entender o que está errado em nossa prática judicial.

3.4.1 *Crítica à Jurisprudência do TJDF: o falso protagonismo judicial*

A pesquisa jurisprudencial exposta no capítulo 2 mostra que o Judiciário Distrital tem respondido de maneira uniforme às demandas por medicamentos e que essa postura tem gerado prejuízos para a administração do SUS. O desinteresse em buscar novas justificativas ou de assumir uma postura crítica é evidente. Formou-se um verdadeiro senso comum em torno da questão, quebrado apenas em alguns votos vencidos e decisões de primeira instância.

Ao longo do estudo, temos criticado essa postura do TJDF, mas cabe questionar essa nossa avaliação. Temos boas razões para acreditar que nossos tribunais costumam tomar decisões acertadas, especialmente quando elas são repetidas e mantidas por tanto tempo. Poderíamos considerar que o TJDF age com coerência com a Jurisprudência do próprio tribunal e dos tribunais superiores (STJ e STF), e não haveria motivo para observar tal procedimento como uma falha, mas antes como uma busca de adequação com o passado (precedentes), que justificaria sua perpetuação no presente.

Mas não há coerência na Jurisprudência do TJDF, isso se considerarmos coerência algo semelhante ao que Dworkin chama de *integridade*³⁷⁶. A partir desse ponto de vista, o que o TJDF faz é ‘decidir casos semelhantes da mesma maneira’, e a integridade exige uma coerência com os princípios³⁷⁷, e não necessariamente com os precedentes. Não basta repetir inúmeras vezes um mesmo argumento para legitimar determinado entendimento, é necessário que o magistrado reforce a cada novo julgamento a sua adequação na consecução dos direitos individuais invocados em cada caso concreto.

³⁷⁶ “Será a integridade apenas coerência (decidir casos semelhantes da mesma maneira) sob um nome mais grandioso? Isso depende do que entendemos por coerência ou casos semelhantes. Se uma instituição política só é coerente quando repete suas próprias decisões anteriores o mais fiel ou precisamente possível, então a integridade não é coerência; é, ao mesmo tempo, mais e menos. A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. Uma instituição que aceite esse ideal, às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo” (DWORKIN, 2003/A: 263/264). (grifo nosso)

³⁷⁷ “O princípio se ajusta a alguma parte complexa da prática jurídica e a justifica; oferece uma maneira atraente de ver, na estrutura dessa prática, a coerência de princípio que a integridade requer” (DWORKIN, 2003/A: 274).

A repetição irrefletida de precedentes não é novidade no Judiciário Brasileiro, mas, no presente caso, a postura adotada tem multiplicado uma intervenção judicial desarticulada e de graves conseqüências. Quando os magistrados julgam as demandas por serviços de saúde, *julgam de forma diferente*. Diferente de qualquer outro tema, em especial dos demais direitos sociais cujas demandas por realização são também trazidas ao Judiciário.

O Judiciário do Distrito Federal, a exemplo do Judiciário Brasileiro³⁷⁸, costuma ser cauteloso quando demandado pela concretização de direitos sociais. Isso fica claro, por exemplo, quando está em voga a realização do direito à assistência social³⁷⁹, à moradia ou ao meio ambiente³⁸⁰. Mas torna-se extremamente proativo quando o assunto é saúde. Muda, inclusive, sua forma de ver o direito.

É dominante entre os magistrados brasileiros uma concepção normativista e restritiva do direito³⁸¹, e isso não é diferente no DF. Na interpretação do direito à saúde (art. 196 da CF), contudo, essa concepção parece ser esquecida, pois os juízes buscam dar a esse direito social a máxima efetividade possível e emprestam ao texto constitucional um sentido que vai além do que permite a legislação infraconstitucional – traço característico das decisões nascidas de um movimento de protagonismo judicial³⁸².

No entanto, é um falso protagonismo, por vários motivos. O primeiro, porque é ocasional e seletivo. Acontece com a saúde e não se repete em outras demandas por efetivação de direitos sociais. Em segundo lugar, pois é restrito à decisão judicial, não é um movimento que se estenda ao nível institucional (não há articulação institucional ou capacitação dos magistrados para lidar com o direito sanitário).

³⁷⁸ No plano nacional, dois bons exemplos são a questão da terra (SANTOS, 2007: 35) e o direito à previdência social.

³⁷⁹ CHAVES, 2008: 108.

³⁸⁰ Estes dois últimos são temas de elevada importância no Distrito Federal em razão da desordenada ocupação urbana que ocorreu nas duas últimas décadas. Em relação especificamente ao direito à moradia, cumpre destacar o papel relevante desempenhado pela Universidade de Brasília no reconhecimento do direito à moradia dos habitantes da ‘Vila Telebrásilia’ e a dificuldade de conquistar o reconhecimento desse direito social junto ao Judiciário e Administração Pública do Distrito Federal. Sobre a questão, conferir COSTA, 1999.

³⁸¹ Boaventura de Sousa Santos (2007: 68) assim descreve a formação jurídica dominante entre os magistrados brasileiros: “Domina uma cultura normativista, técnico-burocrática, assente em três grandes ideias: a autonomia do direito, a ideia de que o direito é um fenômeno totalmente diferente de tudo o resto que ocorre na sociedade e é autônomo em relação a essa sociedade; uma concepção restritiva do que é esse direito ou do que são os autos aos quais o direito se aplica; e uma concepção burocrática ou administrativa dos processos.” Opinião semelhante tem Sílvia Badim Marques (2006: 210) ao analisar a atuação da magistratura do estado de São Paulo nas demandas por saúde: “o poder Judiciário brasileiro, mesmo alicerçado no purismo metodológico, vem enfrentando questões relativas a direitos sociais e proferindo decisões jurídicas sobre o tema”

³⁸² SANTOS, 2007: 20.

Assim, destituído de um debate institucional ou de capacitação técnica dos magistrados, esse falso protagonismo segue calcado em fundamentos jurídicos vazios que são reiteradamente repetidos e requeitados, e que se expressam por meio de formação de oposições ou colisões entre direitos: direito à saúde \times normas administrativas do SUS e direito à saúde \times restrições orçamentárias (reserva do possível)³⁸³.

A estratégia argumentativa é simples. Estabelecidas as tensões entre os direitos, ressalta-se o caráter prioritário da saúde/vida e aponta-se a relevância secundária do direito ou valor em oposição, normalmente adjetivados como ‘entraves burocráticos’, que podem ser tanto administrativos quanto orçamentários. A forma como a dicotomia é estabelecida fica bem ilustrada no seguinte trecho de voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, o que demonstra que esta estratégia argumentativa não foi elaborada pelo TJDFT:

Tal como pude enfatizar, em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet 1.246-SC), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana [...]³⁸⁴. (grifo nosso)

Há uma evidente dificuldade em se lidar com conceitos e normas técnicas de forma a buscar uma compatibilização entre a Constituição e a legislação infraconstitucional. Mas será que em todas as situações dos casos que abordamos as normas administrativas ou orçamentárias estavam em *conflito* com os direitos constitucionais? As normas burocráticas estão necessariamente erradas quando ‘impedem’ (aparentemente) o exercício do direito à saúde? A nosso ver, não.

O direito constitucional à saúde, de acesso universal e igualitário, depende de inúmeras normas regulamentadoras para sua instrumentalização³⁸⁵, pois elas explicitam as

³⁸³ Todas as afirmativas estão baseadas na pesquisa da jurisprudência do TJDFT, especialmente nas conclusões do item 2.2.3.4.

³⁸⁴ RE 267.612-RS, publicada no DJU de 23.08.2000. No mesmo sentido, também se observa o RE 271286, julgado em 12/9/2000, pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (julgamento unânime).

³⁸⁵ Tais normas podem acarretar restrições legais no acesso ao direito à saúde, uma vez que regulamentam e estabelecem a forma como ele será realizado. “Consideram-se restrições legais aquelas limitações que o legislador impõe a determinados direitos individuais respaldados em expressa autorização constitucional. Os diversos sistemas constitucionais prevêm diferentes modalidades delimitação ou restrição dos direitos individuais, levando em conta a experiência histórica e tendo em vista considerações de índole sociológica ou cultural” (MENDES, 2002: 228).

Nossa Constituição autoriza a intervenção do legislador no âmbito dos serviços e ações de saúde, conforme observa-se no art. 197: “são de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor,

diretrizes, os princípios e as prioridades que devem ser observadas pelos gestores da saúde no Brasil e no DF. Tais normas permitem a aplicação dos direitos e princípios constitucionais que garantem não só o direito à saúde, subjetivamente considerado, mas também a saúde pública, analisada sob seu aspecto coletivo³⁸⁶.

Os magistrados do TJDF não têm considerado a existência deste vasto conjunto de normas que regula o sistema de saúde³⁸⁷. Salvo raras exceções, simplesmente não se reconhece que é possível a restrição do direito à saúde por normas infraconstitucionais. Ademais, quando os juízes negam vigência a tais normas administrativas, a fundamentação é deficiente, pois não há preocupação em se demonstrar que a exigência burocrática é desproporcional e que dificulta ou inviabiliza o exercício do direito à saúde.

Essa ‘ponte jurídica’ feita do caso concreto diretamente para a Constituição, com o intuito de justificar o fornecimento dos medicamentos, além de representar uma omissão normativa, também gera uma incoerência com a prática judicial. Tal atitude ignora a compartimentalização existente no direito, por meio de sua divisão por áreas³⁸⁸. Essa característica influi a prática judicial, que estabelece uma prioridade local no momento de cotejar os princípios aplicáveis a cada caso. Dworkin assim ilustra tal procedimento:

Se um juiz que aceita o direito como integridade considera que duas interpretações se ajustam, cada uma na área de seu interesse imediato, bem o suficiente para satisfazer as limitações interpretativas, então ampliará o alcance de seu estudo numa série de círculos concêntricos para incluir outras áreas do direito e, assim, determinar qual das duas melhor se adapta ao âmbito mais abrangente. Mas respeitará, normalmente, a prioridade da área do direito, na qual desponta seu problema imediato.³⁸⁹ (grifo nosso)

nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros[...].”

³⁸⁶ Essa também é uma preocupação de Sílvia Marques (2006: 215): “Não se defende aqui que as necessidades individuais não devem ser atendidas e que o Estado possa ser negligente frente a indivíduos que correm iminente risco de vida. No entanto, como o direito à assistência farmacêutica depende de uma política pública e de recursos públicos para ser garantido, sob a perspectiva da justiça distributiva pode nortear a prestação coletiva e o próprio atendimento às necessidades terapêuticas individuais” (grifo nosso)

³⁸⁷ Destaque-se que, em raras ocasiões, os Desembargadores têm mencionado a legislação específica aplicável ao caso concreto para justificar o fornecimento de medicamentos. Assim, em ações ajuizadas por portadores do vírus HIV, já foi mencionada a Lei da AIDS (Lei nº 9.313/36) e sua correspondente distrital, a Lei Distrital nº 1.898/98. Nos casos relativos à diabéticos, mencionou-se a Lei Distrital nº 640/94.

³⁸⁸ “A divisão do direito em partes distintas é um traço dominante da prática jurídica. As escolas de direito dividem os cursos, e suas bibliotecas dividem os tratados para distinguir os danos morais dos econômicos ou físicos, os delitos civis intencionais dos premeditados, os delitos civis dos crimes, [...]. Os argumentos jurídicos e judiciais respeitam essas divisões tradicionais. As opiniões judiciais normalmente começam por reportar o caso que têm em mãos a alguma área do direito, e os precedentes e as leis consideradas são extraídos, em geral exclusivamente, dessa mesma área. Quase sempre a classificação inicial é polêmica e crucial” (DWORKIN, 2003/A: 300/301). (grifo nosso)

³⁸⁹ DWORKIN, 2003/A: 481.

Assim, ao realizar este ‘salto’ na justificação das demandas por medicamentos diretamente para a Constituição, os magistrados deixam para trás uma importante análise dos princípios e regras dos círculos do direito mais ‘próximos’ ao processo sob análise³⁹⁰, no caso dos medicamentos, o direito sanitário.

Quanto à segunda tensão que mencionamos, entre o direito à saúde e as contingências financeiras do Estado (reserva do possível), é totalmente vazia na maneira como é formulada e debatida no Judiciário do DF³⁹¹. Em nenhum dos casos estudados havia qualquer base de dados suficiente para fazer inferências ou projeções acerca da extensão dos impactos financeiros do caso em análise ou das demandas judiciais em conjunto. Como já destacamos anteriormente, sequer existe um levantamento da extensão dos gastos provenientes das ordens judiciais para o fornecimento de medicamentos. A cláusula da reserva do possível, assim como o mínimo existencial³⁹², é um problema formulado no campo teórico, e lá permanece seu debate quando invocado em Juízo, sem qualquer relevância até o momento para a

³⁹⁰ Defender esta prática judicial de priorização local à luz da integridade pode parecer incoerente, contudo Dworkin (2003/A: 301) esclarece bem tal dúvida: “O direito como integridade tem uma atitude mais complexa com relação aos ramos do direito. Seu espírito geral os condena, pois o princípio adjudicativo de integridade pede que os juízes tornem a lei coerente como um todo, até onde lhes seja possível fazê-lo, e isso poderia ser mais bem sucedido se ignorassem os limites acadêmicos e submetessem alguns segmentos do direito a uma reforma radical, tornando-os mais compatíveis em princípio com outros. Contudo, o direito como integridade e interpretativo, e a compartimentalização é uma característica da prática jurídica que nenhuma interpretação competente pode ignorar.”

A compartimentalização do direito, portanto, não é necessariamente uma coisa boa ou ruim do direito. Ela é apenas uma prática jurídica tão antiga e freqüente que não pode ser ignorada, contudo, não é um dogma que não pode ser afastado. Esta prioridade local pode ser desconsiderada, mas de forma justificada. Dworkin (2003/A: 302) destaca algumas hipóteses em que ela pode não ser acatada: “Hércules, porém, não se mostrará tão disposto a acatar a prioridade local quando o resultado de sua prova não for bem-sucedido, quando os limites tradicionais entre as áreas do direito se tornarem mecânicos e arbitrários, ou porque a moral popular passou por uma modificação ou porque o conteúdo das divisões nas mais reflete a opinião pública.”

³⁹¹ Ressalto que o debate acerca dos limites da atuação judicial na realização dos direitos sociais em face das limitações financeiras do Estado é um problema central do direito constitucional contemporâneo, contudo, a invocação da ‘cláusula da reserva do possível’ e o debate que cerca tal questão no Judiciário Distrital (Brasileiro) não assume a feição pragmática que tornaria fértil o desenvolvimento do tema.

³⁹² Muitos pesquisadores defendem, especialmente na área da saúde, que o Estado garanta a todos cidadãos um ‘mínimo existencial’ ou ‘mínimo social’. Propugnam que a garantia de tal padrão mínimo deve ser priorizada frente às outras ações estatais. Diante dessa visão, o fornecimento de medicamentos de alto custo para um restrito número de pessoas poderia ser considerado um grande erro do TJDF que, ao invés de buscar garantir um mínimo existencial para toda população, por meio de uma realização difusa do direito à saúde, restringe sua atuação a um aspecto individual. Sobre o tema, destaco as ponderações de Ana Paula de Barcellos (2002): “O chamado mínimo existencial, formado pelas condições materiais básicas para a existência, corresponde a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer a eficácia jurídica positiva ou simétrica. Para além desse núcleo, ingressa-se em um terreno no qual se desenvolvem apenas outras modalidades de eficácia jurídica, decorrência da necessidade de manter-se o espaço próprio da política e das deliberações majoritárias”. Sobre o tema, cf. também KRELL, 2002: 63 e SARLET, 1998: 293.

Convém ressaltar, contudo, que sob a perspectiva do direito como integridade, a definição pelo Judiciário de um *mínimo existencial* é tão impertinente e inútil quanto a tentativa de estabelecer uma *reserva do possível*. Esses conceitos abertos não podem ser densificados pelo Judiciário, seja pela inviabilidade técnica desse procedimento, seja pela falta de legitimidade para justificar suas decisões a partir de um argumento de procedimento político (DWORKIN, 2006: 06).

resolução das demandas judiciais que os magistrados enfrentam diariamente³⁹³. Em verdade, não passa de uma tentativa, fracassada³⁹⁴, de utilizar estrategicamente o desconhecimento do Judiciário acerca da capacidade financeira do Estado em favor do administrador público e em prejuízo da realização dos direitos sociais.

Todos esses argumentos comumente utilizados pelos magistrados do TJDFR estão ideologicamente inseridos no que Dworkin chama de *princípio do resgate*, que possui duas partes vinculadas. A primeira afirma que a vida e a saúde são os bens mais importantes, e devem ser privilegiados em detrimento dos demais. A segunda afirma que a assistência médica deve ser distribuída com equidade mesmo nas sociedades mais desiguais.

Conforme destaca Dworkin, o *princípio do resgate* é tão nobre e atraente quanto inútil, pois não abre espaço a qualquer possibilidade de racionamento. Aponta que a sociedade deve gastar com saúde o quanto puder gastar, sem medir sacrifícios ou apresentar outras alternativas, mas ele destaca que “nenhuma sociedade sadia tentaria alcançar esse padrão, da mesma forma que uma pessoa sadia também não organizaria a própria vida segundo tal

³⁹³ Assim afirmamos, pois o debate que envolve o direito à saúde e a cláusula da reserva do possível é ‘resolvido’ pelos magistrados pela simples afirmação de que a saúde e a vida são bens jurídicos de valor mais elevado que o ‘interesse financeiro e secundário do Estado’. No entanto, é importante destacar que a questão assume contornos muito mais complexos e ricos no debate acadêmico, espaço no qual encontramos interessantes e divergentes análises sobre a relação entre Judiciário, realização de direitos sociais e controle das políticas públicas.

O tema sobre a reserva do possível passou a ser debatido com mais intensidade no Brasil após a publicação da obra de Stephen Holmes e Cass R. Sunstein, *The Cost of Rights*, de 1999. Nela os autores procuram fazer uma análise econômica do custo dos direitos, não apenas dos direitos sociais, mas também dos direitos individuais. Muitos autores defenderam sua aplicação com as devidas restrições, é o caso de de Barcellos (2002): “Embora a idéia de escassez de recursos possa parecer verdadeiramente assustadora, é preciso recolocá-la em seus devidos termos. Isso porque, em primeiro lugar – afora países em que os níveis de pobreza da população sejam extremos – faltando mesmo capacidade contributiva, os Estados têm, em geral, uma capacidade de crédito bastante elástica, tendo em vista a possibilidade de aumento de receita. Em curto espaço de tempo, pouco mais de um ano no caso brasileiro, a autoridade pública tem condições técnicas de incrementar suas receitas, com a majoração de tributos, por exemplo. Em suma: a limitação de recursos existe, ainda que esse limite não esteja tão próximo como muitas vezes se quer fazer acreditar” (grifo nosso). Em sentido semelhante, SARLET, 1998: 261.

Outros estudiosos do tema ressaltam que a aplicação desse conceito no Brasil não pode ser realizada da mesma forma como ocorre na Alemanha, onde foi desenvolvido. Este é um alerta de Andreas J. Krell (2002: 51), que critica a forma como o argumento da reserva do possível tem sido utilizado e como foi importado indiretamente do modelo alemão: “é questionável a transferência de teorias jurídicas, que foram desenvolvidas em países ‘centrais’ do chamado Primeiro Mundo com base em realidades culturais, históricas e, acima de tudo, sócio-econômicas completamente diferentes.”

³⁹⁴ Fracassada, porque tem sido sistematicamente rejeitada pelo TJDFR e pelos demais Tribunais Brasileiros, inclusive o STF, conforme destaca Germano Schwartz (2008: 10-11): “Tem-se, assim, que o órgão decisório máximo do sistema jurídico brasileiro, em sua função precípua de guarda da Constituição (preservação do código Recht/Unrecht, Constitucional / Inconstitucional), não entende como parte integrante da reflexividade do direito à saúde, em hipóteses de perigo de morte, a reserva do possível. Nessa senda, a Constituição garante o funcionamento da Economia quando renega a apropriação da reserva do possível pelo sistema jurídico. Cumpre ressaltar que, em todos os níveis organizativos do Poder Judiciário brasileiro, conforme demonstrado, a reserva do possível e o direito saúde – conectado ao direito à vida - são considerados incompatíveis.” (grifos nossos)

princípio”³⁹⁵. *Esse pensamento chega a ser prejudicial ao discurso dos juízes, pois incentiva a idéia de que a justiça nada tem a dizer acerca de quanto a sociedade deve gastar com saúde em comparação com outros bens (educação, segurança, artes)*³⁹⁶.

Dworkin sugere um ideal de justiça mais satisfatório na assistência médica: o ‘seguro prudente’. Esse ideal sugere uma interessante hipótese em “que a distribuição justa é aquela que as pessoas bem-informadas criam para si por meio de escolhas individuais, contanto que o sistema econômico e a distribuição da riqueza na comunidade na qual essas escolhas são feitas sejam também justos”³⁹⁷. Segundo o autor, nessas condições ideais, o que a sociedade gastaria com assistência médica é exatamente a quantia moralmente adequada, e a distribuição de recursos seria justa para tal sociedade, hipótese em que a justiça não exigiria assistência médica a quem não a comprou.

Esse ideal sugerido por Dworkin, apesar de não ser prontamente aplicável ao sistema de saúde brasileiro, pois pensado no contexto norte-americano, fornece uma interessante ferramenta³⁹⁸, uma espécie de teste para pensar os limites da saúde pública, ou seja, até onde o Estado deve arcar com os gastos de saúde de seus cidadãos. A resposta, nessa hipótese, não estará nos limites do orçamento do Governo, como sugere a teoria da *reserva do possível*, e tampouco no estabelecimento de um *mínimo existencial*. A saída passará, necessariamente, por indagar qual a saúde pretendida pela sociedade, se as condições de justiça permitissem uma escolha livre, consciente e justa³⁹⁹.

³⁹⁵ DWORKIN, 2005: 435.

³⁹⁶ Idem.

³⁹⁷ DWORKIN, 2005: 440. Para que a essa situação possa ser pensada Dworkin, pede que imaginemos como seria a divisão de recursos entre a saúde e outras necessidades, e inclusive entre os diversos cuidados relativos à saúde, se estivéssemos à mercê de um mercado livre e não subsidiado. Contudo, acrescenta que três deficiências devem ser sanadas desde o início. Deve-se imaginar que a distribuição de riqueza é tão justa quanto foi possível. Pensar, também, que os conhecimentos médicos fossem de conhecimento geral, ou seja, que todos tivessem acesso à informação do que é melhor para sua saúde. Por fim, é necessário garantir que nesse mercado livre ninguém pudesse obter informações sobre os maiores ou menores riscos que cercam a saúde das pessoas, ou seja, fosse impedida a discriminação pelos riscos do grupo que a pessoa integra.

³⁹⁸ A ferramenta que Dworkin nos fornece é um teste, segundo ele: “o teste pergunta quanto as pessoas decidiriam gastar com a própria assistência médica, individualmente, se comprassem um seguro em condições justas do mercado livre, e insiste, em primeiro lugar, que nós como nação devemos gastar tanto quanto os indivíduos gastariam, coletivamente, em tais condições; e, em segundo lugar, que devemos usar a despesa agregada para garantir que tenhamos todos, individualmente, o que aquelas pessoas teriam” (DWORKIN, 2005: 446/447).

³⁹⁹ Dworkin (2005: 447) aponta que a resposta institucionalizada parta de um órgão com representantes dos diversos grupos de interesse e de atuação. O interessante que o autor sugere que esse órgão “poderia aproveitar a experiência de países com serviços de saúde com ‘único pagador’, administrados pelo governo, que precisam racionalizar sistematicamente o atendimento médico.” Ora, essa é exatamente a experiência brasileira, na qual o Estado assume o papel de principal fornecedor dos serviços de saúde, facultada a atuação suplementar do setor privado. E é interessante que um dos grandes desafios do atual governo americano é a criação de um seguro de saúde que atenda ao menos as necessidades básicas de todos os norte-americanos.

Esses princípios trabalhados por Dworkin podem não trazer as respostas que buscamos para as demandas levadas ao crivo judicial, mas permite observar que responder sempre *sim* a elas em nada colabora para a realização do direito à saúde, ao contrário, subverte o sistema público de saúde construído a partir das bases lançadas pela Constituição Federal de 1988.

Quando os magistrados tratam o direito à saúde de forma absoluta dão espaço para que o direito à saúde seja usado contra a própria saúde, a exemplo do que foi apurado pela CPI da Saúde instaurada pela Câmara Legislativa⁴⁰⁰. Assim, quando os juízes ignoram a legislação infraconstitucional e as normas administrativas do SUS com o intuito de supostamente fazer cumprir o direito à saúde, podem estar agindo de *forma inconstitucional*.

A simples invocação do direito constitucional à saúde não vai criar automaticamente as ferramentas para a realização desse direito. É necessária uma fundamentação coerente que preveja as formas como o direito será realizado, pois, como destaca Dworkin “o objetivo da decisão judicial constitucional não é meramente nomear os direitos, mas assegurá-los, e fazer isso no interesse daqueles que têm tais direitos”⁴⁰¹.

De todo o exposto, concluímos que os conflitos estabelecidos entre direitos constitucionais e normas administrativas não ocorrem na proporção em que aponta o TJDF em seus julgados, boa parte das incompatibilidades declaradas é apenas aparente⁴⁰². Da

⁴⁰⁰ A CPI da Saúde instalada na Câmara Legislativa identificou uma máfia que envolvia empresas, médicos e supostos doentes. O esquema montado se iniciava com a prescrição de um remédio de alto custo cuja venda no Brasil não era autorizada pelo Ministério da Saúde. A receita vinha acompanhada de orientação para se procurar advogados, que acionavam a Justiça e obrigavam as secretarias de saúde a comprar o medicamento. O Judiciário foi utilizado para burlar a lei e testar em brasileiros medicamentos importados e não padronizados pela ANVISA. E tudo à custa do dinheiro público. A propósito, destaca-se reportagem do Correio Braziliense em 11/5/2006: “Orientados por médicos, pacientes brasileiros recorrem à Justiça para conseguir remédios caros e importados de graça. Nos últimos 14 meses, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal concedeu mais de 900 liminares obrigando o governo local a comprar medicamentos de alto custo, que consumiram R\$ 7,9 milhões dos cofres públicos. No entanto, parte dos doentes que fazem fila na farmácia da Secretaria de Saúde (SES), criada para atender as ações judiciais, são peças de um perigoso e milionário esquema de fraudes e corrupção. A Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) da Saúde na Câmara Legislativa identificou uma rede de empresas de fachada que importa, com dinheiro público, medicamentos não padronizados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa). O relatório da CPI, concluído em março, indica que o esquema começa normalmente numa clínica ou consultório particular, quando o médico prescreve um remédio de alto custo inexistente no Brasil e sem autorização do Ministério da Saúde para ser vendido em território nacional. A receita vem acompanhada de orientação para se procurar advogados ou defensores públicos, que acionam a Justiça e obrigam secretarias de saúde municipais ou estaduais a comprar o medicamento. A suspeita da CPI é de que esses médicos e advogados representem empresas fornecedoras dos medicamentos. Eles usam a Justiça para burlar a lei e testar medicamentos importados em brasileiros, uma vez que remédio não padronizado pela Anvisa pode ser vendido apenas com sentença judicial” Disponível em: <www.correioweb.com.br>, acesso em 26 de nov. 2006. Sobre a mesma questão é importante conferir a matéria “CPI da Saúde levantou ligações da máfia dos remédios” veiculada em 10/5/2006 pelo mesmo jornal de notícias.

⁴⁰¹ DWORKIN, 2003/A: 465.

⁴⁰² Um bom exemplo é o caso da exigência, pela Portaria nº 14/01, de prescrição dos medicamentos por médicos do SUS. À primeira vista, tal exigência pode ser considerada como uma restrição desarrazoada ao direito à saúde do cidadão, além de um voto de desconfiança na classe médica. Contudo, a questão não é tão simples. A

mesma forma, a oposição entre saúde e reserva do possível é dilema infundado que deve ser abandonado.

Antes de criar incompatibilidades, é necessário que os magistrados comecem a construir critérios claros para guiar suas decisões sobre saúde e harmonizar o direito constitucional com a legislação ordinária que densifica seu conteúdo normativo, de forma a analisar cada caso concreto em toda sua complexidade, buscando a *resposta certa*.

3.4.2 *Em busca de critérios para as demandas judiciais por medicamentos*

3.4.2.1 *Metáfora e metonímia: o discurso judicial e os interesses privados.*

Rosenfeld afirma que o discurso constitucional, seja empregado para justificar ou para criticar a ordem constitucional vigente, opera com base em três instrumentos: a negação, a metáfora e a metonímia⁴⁰³. O primeiro serve ao afastamento, rejeição, exclusão; o segundo explora equivalências e similitudes para estabelecer vínculos de identidade; e o terceiro promove relações de contigüidade e de deslocamento no interior de um contexto.

Essas ferramentas são utilizadas em vários momentos do discurso constitucional, mas destacamos o relevante papel que exerce na retórica jurídica, especialmente no discurso dos juízes.

Os demandantes, ao invocar o direito constitucional à saúde, se utilizam de um argumento metafórico para elevar as diretrizes de integralidade e universalidade da saúde aos níveis mais abstratos possíveis, ou seja, buscam mostrar que o direito à saúde é tão absoluto

evidente escassez de recursos impõe à Administração o estabelecimento de planos, diretrizes e prioridades, para buscar atender da melhor forma e o maior número de cidadãos com os recursos disponíveis. Na área de medicamentos, uma das principais políticas adotadas pelo governo brasileiro para baratear os custos e universalizar o acesso à assistência farmacêutica foi a priorização do desenvolvimento e produção de medicamentos genéricos. Obviamente, tal medida contraria o interesse dos grandes laboratórios, que perdem com a venda de opções mais baratas aos seus remédios registrados. Como é cediço, a propaganda dos laboratórios junto à classe médica é fortíssima e não seria injusto afirmar que boa parte dos médicos é 'estimulada' a priorizar determinado fabricante no momento de receitar medicamentos a seus pacientes. Assim, a adoção de medidas como a exigência de prescrição por médico conveniado ao SUS ou o fornecimento de fármacos que constem na lista oficial são importantes, pois, apesar de parecerem restritivas no caso individual, proporcionam o atendimento dos interesses de toda a população.

⁴⁰³ ROSENFELD, 2003: 49/50.

que pode ser aplicado em qualquer situação. É o uso estratégico de uma tradição constitucional para atender a interesses próprios, conforme bem destaca Rosenfeld:

Elevar uma tradição aos mais altos níveis de abstração possíveis é tão destrutivo da tradição quanto reduzi-la à sua mais extrema especificidade. A substituição ou destilação ilimitada torna possível, é claro, extrair de uma mesma tradição uma ampla gama de significações concorrentes de sorte a reduzir essa tradição a um repositório vazio a ser preenchido segundo as predileções de seus atuais defensores⁴⁰⁴. (grifo nosso)

Assim, na reconstrução incessante da compreensão de saúde e na hermenêutica dos princípios constitucionais em jogo, o direito à saúde previsto em nossa Constituição é apropriado de várias formas, a depender dos interesses e demandas em jogo. Em alguns casos mais graves, busca-se por meio da interpretação e da atuação dos juízes usar o direito à saúde contra o próprio direito à saúde previsto na Constituição.

Como fazer então para que impedir que essas demandas abusivas continuem a ser acolhidas pelo Judiciário, ao tempo em que sejam garantidos os direitos à saúde dos cidadãos que trazem pretensões legítimas ao crivo judicial? Qual compreensão de saúde pode ser reconstruída a partir da Constituição de 1988 que, ao mesmo tempo, não permita que um vazio seja apropriado por interesses privados e que permaneça aberta à concretização do direito à saúde?

Em primeiro lugar, é importante que os magistrados tenham em mente que a sua própria concepção sobre o que é saúde é tão parcial e incompleta⁴⁰⁵ quanto as concepções das partes que litigam no processo judicial. Assim, é importante que recorram não só aos argumentos levados pelas partes, mas também a todas as normas que concretizam o direito à saúde previsto na Constituição.

No caso, são relevantes a Lei Orgânica da Saúde, a Política Nacional de Medicamentos (Portaria nº 3.196/98 do Ministério da Saúde), a Política Nacional de Assistência Farmacêutica (Resolução nº 338/2004 – CNS/MS), a Relação Nacional de Medicamentos – RENAME, a Relação de Medicamentos do DF – REME-DF, as decisões do Conselho Nacional de Saúde – CNS, Portarias expedidas pelo Ministério da Saúde ou pelas

⁴⁰⁴ ROSENFELD, 2003: 104.

⁴⁰⁵ “Se levamos em conta que da perspectiva fragmentada e limitada do juiz constitucional singular, por exemplo, que, na melhor das hipóteses, tem um acesso parcial e incompleto à realidade empírica do constituinte e a mais pálida e fugida intuição da realidade das gerações futuras, parece ser absolutamente impossível desenvolver um quadro coerente da auto-identidade constitucional com base exclusivamente com o que lhe é empírica e historicamente acessível” (ROSENFELD, 2003: 42/43).

Secretarias de Saúde dos estados, Distrito Federal ou municípios, as Normas Operacionais Básicas do SUS⁴⁰⁶ (NOB's – SUS), dentre outras leis e normas administrativas aplicáveis.

Essas normas são legítimas interpretações do texto constitucional, criadas pelos órgãos responsáveis pela elaboração das políticas públicas de saúde, com a participação, em regra, de representantes de diversos setores da sociedade. Assim, devem ser levadas em conta no momento da formação da compreensão parcial do Juiz acerca da saúde. Como ressalta Habermas, uma constituição:

Constitui um projeto capaz de formar tradições com um início marcado na história. Todas as gerações posteriores enfrentarão a tarefa de atualizar a substância normativa inesgotável do sistema de direitos estatuídos no documento da constituição. Na linha dessa compreensão dinâmica da constituição, a legislação em vigor continua a interpretar e a escrever o sistema dos direitos adaptando-os às circunstâncias atuais.⁴⁰⁷ (grifo nosso)

Assim, é importante que os juízes busquem uma abertura para a compreensão de saúde compartilhada pela sociedade e adequada ao paradigma do Estado Democrático de Direito em que a Constituição de 1988 está inserida, no intuito de evitar uma volta ao assistencialismo típico do Estado Social⁴⁰⁸. Esse compartilhamento da opinião da sociedade tem o duplo benefício de alargar a base das decisões judiciais e também de aumentar a legitimidade da atuação dos tribunais. Habermas bem destaca a importância dessa abertura:

O assédio discursivo do tribunal através de uma sociedade mobilizada produz uma interação capaz de gerar conseqüências favoráveis para ambos os lados, pois o alargamento da base de decisão faz com que o tribunal, que continua a decidir de modo independente, amplie também o campo de visão dos especialistas. E, aos olhos do cidadão que tenta influir no tribunal através de uma opinião pública provocativa, cresce a legitimidade do procedimento que conduz à decisão⁴⁰⁹.

Logo, para fazer frente a pretensões abusivas ou tentativas de apropriações privadas do sistema público, é imprescindível que os magistrados entendam que a relação público-privado e os embates dos interesses no seio da sociedade civil ocupam posição central no novo paradigma.⁴¹⁰

⁴⁰⁶ Dentre elas, a NOB-SUS 01/91, NOB-SUS 01/92, NOB-SUS 01/93, NOB-SUS 01/96. Merece destaque também a Norma Operacional da Assistência à Saúde – NOAS-SUS 01/2001. Para uma análise das normas que integram o direito sanitário cf. AITH, 2008 e NOGUEIRA *et al*, 2008.

⁴⁰⁷ HABERMAS, 2003: 165.

⁴⁰⁸ Carvalho Netto (2001: 23), ao trabalhar o Estado Social, alerta que “o grande problema desse tipo de paradigma constitucional é que ele propõe a cidadania e, ele próprio, gera tudo menos cidadania”.

⁴⁰⁹ HABERMAS, 2003: 159.

⁴¹⁰ Nesse sentido, as palavras de Carvalho Netto (2001: 24) são elucidativas: “O público não mais pode ser visto como estatal ou exclusivamente como estatal e o privado não mais pode ser visto como egoísmo. A complexidade social chegou a um ponto tal que vai ser preciso que organizações da sociedade civil defendam interesses públicos contra o Estado privatizado, o Estado tornado empresário, o Estado inadimplente e omissivo.”

Além de se abrir discursivamente para a sociedade, é necessário que o magistrado também volte seu olhar com atenção para as especificidades do caso concreto.

Para evitar abusos de direito, é necessário também que os julgadores possam contrapor argumentos metonímicos aos argumentos metafóricos dos demandantes. Ou seja, onde apenas estabelecem semelhanças, que sejam estabelecidas também diferenças, para que a igualdade de tratamento entre todos os cidadãos seja mantida. Casos diferentes requerem decisões diversas, a adoção de uma concepção única e abstrata de saúde e a conseqüente resposta única às demandas judiciais, como ocorre no TJDF, em nada ajuda a concretização do direito constitucional à saúde. *É importante que os juízes busquem a resposta certa para cada caso, e não se deixem capturar por uma resposta única.*

Para tanto, cada caso concreto deve ser analisado em suas especificidades, pois a aplicação do texto constitucional pressupõem um contexto no qual incidirá. É importante buscar um equilíbrio entre a tradição constitucional que se extrai da constituição e o contexto de aplicação. Nesse sentido, merece destaque o apontamento de Rosenfeld:

Desse modo é que as tradições não podem ser nem exaustivamente contextualizadas, nem absolutamente abstraídas, mas devem operar em algum nível intermediário no qual os fatores contextuais delimitam o processo de se destilar e adaptar a essência de uma determinada tradição, sem esmaecer a distinção entre o que é duradouro (e, portanto, transcendente- de-contexto) e o que é específico-do-contexto.⁴¹¹

Por meio desse exame acurado do caso concreto e do cotejo entre normas, fatos e contexto sócio-político que envolve a demanda, podemos almejar a reconstrução de uma compreensão coerente⁴¹² de saúde e a obtenção de uma *resposta correta* a cada caso levado ao crivo judicial.

⁴¹¹ ROSENFELD, 2003: 104.

⁴¹² Defende-se uma coerência de princípios, nos moldes que exige o direito como integridade. Para DWORKIN “o direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento” (DWORKIN, 2003: 271). É essa integridade que exige uma coerência, mas não qualquer coerência como esclarece o próprio Dworkin (2003: 263/264): “Será a integridade apenas coerência (decidir casos semelhantes da mesma maneira) sob um nome mais grandioso? Isso depende do que entendemos por coerência ou casos semelhantes. Se uma instituição política só é coerente quando repete suas próprias decisões anteriores o mais fiel ou precisamente possível, então a integridade não é coerência; é, ao mesmo tempo, mais e menos. A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. Uma instituição que aceite esse ideal, às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo”.

3.4.2.2 *Os magistrados e o direito à saúde: uma alternativa para a renovação da prática judicial*

Baseamos nossa contribuição nas duas diretrizes que acima traçamos. Em primeiro plano, o discurso judicial deve se abrir para a sociedade, em busca dos critérios social e politicamente construídos para dar conteúdo ao direito à saúde. Entendemos que, dessa forma, os magistrados estarão valorizando a participação e o controle social mesmo quando estiverem sozinhos em seus gabinetes ponderando sobre os argumentos invocados pelas partes. Em um segundo plano, o juiz deve se aprofundar nas características do caso concreto por meio de uma instrução processual completa e proativa, e assim se entende quando o magistrado está disposto a dialogar, a todo o momento, com o conhecimento médico e com as partes em litígio.

Entendemos que, se observados esses dois aspectos, o magistrado a decisão do magistrado terá o atributo da *integridade*, pois, por um lado, poderá ter um parâmetro da “história política de sua comunidade”⁴¹³ na construção do direito à saúde e, por outro, terá maiores chances de ler o caso à sua melhor luz⁴¹⁴.

Em face dessas diretrizes, propomos aos magistrados do TJDFR uma espécie de ‘teste’, nos moldes sugeridos por Dworkin aos magistrados americanos, mas construído a partir de nossa realidade, especialmente porque temos um sistema de saúde pública estruturado, e os americanos, não. Por tal razão, nos inspiramos nas experiências institucionais que observamos no próprio TJDFR, especialmente na magistratura de 1ª instância, e que possuam potencial de mudança institucional associada a uma legitimidade democrática na atuação do magistrado.

Sugerimos que as demandas judiciais por medicamentos sejam submetidas a uma análise baseada em *três critérios*: o primeiro de adequação técnica, o segundo de adequação terapêutica e o último de adequação político-normativa⁴¹⁵.

⁴¹³ DWORKIN, 2003/A:305.

⁴¹⁴ Idem, 306.

⁴¹⁵ A proposta de criar critérios claros para a análise das demandas por medicamentos tem, além dos motivos já expostos, a intenção de aliviar o magistrado da forte pressão psicológica que se coloca sobre ele no julgamento dessas ações, essa uma queixa de todos os magistrados entrevistados. Barcellos (2002: 275) ilustra bem essa situação: “A primeira dificuldade diz respeito à atuação do juiz e a suas impressões psicológicas e sociais, que não podem ser desconsideradas. Um doente com rosto, identidade, presença física e história pessoal, solicitando ao Juízo uma prestação de saúde – não incluída no mínimo existencial nem autorizada por lei, mas sem a qual ele pode vir mesmo a falecer – é percebido de forma inteiramente diversa da abstração etérea do orçamento e das necessidades do restante da população, que não são visíveis naquele momento e têm sua percepção distorcida

O critério de *adequação técnica* volta-se, exclusivamente, para o medicamento postulado na ação judicial. Para que ele possa ser fornecido pelo SUS à parte autora, antes deve ser passível de comercialização e distribuição no território nacional, pois seria uma total subversão do sistema de vigilância sanitária se o SUS fosse obrigado pelo Judiciário a fornecer um medicamento cuja dispensação está proibida em território nacional. Em termos pragmáticos, o magistrado deve, em primeiro lugar, verificar se o fármaco postulado tem sua distribuição no Brasil autorizada pelo ente que regula o setor, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. Tal procedimento é simples, uma vez que a referida agência disponibiliza em seu portal eletrônico⁴¹⁶ um banco de dados com informações completas acerca da autorização de uso de determinada substância (princípio ativo) e do registro de todos os laboratórios autorizados a produzir e distribuir tal fármaco. Assim, além de atender às normas de vigilância sanitária, os magistrados poderão ter acesso a uma informação importante, qual seja, se o medicamento postulado é vendido ou não em regime de monopólio.

O critério de **adequação terapêutica** refere-se ao tratamento indicado ao autor da ação. A proposta, nesse ponto, é que seja realizada uma avaliação da adequação entre o quadro clínico apresentado pelo autor e o medicamento indicado. Em primeiro lugar, um tratamento só pode ser considerado adequado se prescrito por médico vinculado ao SUS (Portaria nº 14/01 da SES-DF). A intenção desse procedimento é assegurar que o tratamento indicado ao autor siga os protocolos e diretrizes terapêuticas previamente aprovados pelos gestores do SUS e que a prescrição do medicamento seja realizada com indicação da substância ativa (medicamento genérico) e não com o nome comercial do fármaco. A

pela incredulidade do magistrado, ou ao menos pela fundada dúvida de que os recursos públicos estejam sendo efetivamente utilizados na promoção da saúde básica⁴¹⁵. (grifo nosso)

E quando entra em jogo, além da saúde, o próprio direito à vida. O apelo emocional se torna ainda mais forte, pois é difícil a situação do magistrado quando deve assinar uma sentença onde se nega a determinada pessoa um tratamento que pode representar sua única chance de viver. Como o próprio Dworkin (2003/B: 116/117) ressalta: “Seja qual for sua forma ou configuração, a vida de um único organismo humano exige respeito e proteção devido ao complexo investimento criativo que representa e o nosso assombro diante dos processos divinos ou evolutivos que geram novas vidas a partir das que as antecederam, diante dos processos de uma nação, comunidade ou língua através dos quais um ser humano irá absorver e dar continuidade a centenas de gerações de culturas e formas de vida e valor, e, por último, quando a vida mental iniciar-se e florescer, diante do processo interior de criação e discernimento por meio do qual uma pessoa irá fazer-se e refazer-se, um processo misterioso e inevitável do qual todos participamos e que é, portanto, a mais poderosa e inevitável fonte de empatia e comunhão que temos com cada uma das outras criaturas que se defrontam com o mesmo desafio assustador. O horror que sentimos diante da destruição intencional de uma vida humana reflete nosso sentimento comum e inarticulado da importância intrínseca de cada uma dessas dimensões do investimento feito” (grifo nosso)

⁴¹⁶ Cujo endereço é <www.anvisa.gov.br>.

observância de tais critérios resguarda o usuário do SUS e contribui para a gestão da assistência farmacêutica pela Administração Pública.

É importante, ainda, que o magistrado esteja atento à instrução probatória para que possa identificar, em cada caso concreto, eventuais dissonâncias entre as provas técnicas produzidas por ambas as partes. Conforme já destacamos, não são poucas as vezes que a prescrição feita pelo médico assistente é desautorizada pelos médicos gestores do SUS. Neste ponto, é essencial que o magistrado dialogue com o conhecimento médico de modo a contribuir para que falsas contradições sejam esclarecidas, a exemplo do que vimos no estudo de casos concretos, ou que esteja preparado para decidir caso a contradição realmente exista.

O critério político-normativo refere-se a um juízo de adequação do tratamento indicado às políticas públicas de saúde e normas administrativas que estruturam o SUS tanto na esfera federal quanto na distrital. Esse é, provavelmente, o ponto mais complexo do ‘teste’ que propomos. Em primeiro lugar, conforme já destacamos, a regulamentação do SUS é ampla e cercada por questões técnicas que demandam estudo e atenção, portanto, é necessário capacitar os magistrados. Em segundo lugar, porque, na prática judicial, é freqüente que determinado tratamento seja terapeuticamente adequado, mas não atenda às políticas públicas do SUS, em especial as de padronização de medicamentos.

Tendo em vista que o foco de nosso estudo são as demandas judiciais por medicamentos, as normas administrativas mais relevantes para a avaliação do critério ora proposto são a Relação Nacional de Medicamentos – RENAME e a Relação de Medicamentos do Distrito Federal – REME-DF, mas especialmente a lista distrital, pois a lista nacional contempla medicamentos destinados a ações estratégicas que poucas vezes são objeto de pleitos judiciais no TJDF. Na maioria dos casos, portanto, quando se avalia a adequação de um pedido de medicamento às políticas públicas de saúde, avalia-se uma questão: se o medicamento postulado consta ou não na REME-DF.

Das pesquisas expostas no capítulo 2, conclui-se que o fato de um medicamento estar ou não incluído na REME-DF é algo extrema relevância, pois daí decorrem várias conseqüências para a gestão da assistência farmacêutica em si e do orçamento destinado a essa finalidade. Mas não apenas por estes motivos pragmáticos ela deve ser observada. É importante sublinhar que, assim como a RENAME, *a REME-DF é uma norma jurídica* (Portaria nº 144/06 da SES/DF), então, possui uma eficácia normativa que não pode ser

ignorada pelo magistrado no momento que ele avalia em cada caso concreto o direito à saúde invocado pelos usuários do SUS.

Além disso, a REME-DF, por carregar em si um conjunto de políticas públicas definidas pelos gestores do SUS, é uma expressão das escolhas que a sociedade fez sobre quais tratamentos devem ser disponibilizados pelo sistema público de saúde. Representa, portanto, uma densificação da diretriz constitucional de integralidade de atendimento nos serviços de saúde (art. 198, II, da Constituição). Representa, ainda, uma expressão da diretriz de participação social (198, III, da Constituição), pois a REME-DF foi submetida à consulta pública durante 45 (quarenta e cinco) dias antes da aprovação de seu texto permanente (Portaria nº 60/2005 da SES/DF⁴¹⁷). E tal participação não se resumiu ao momento de elaboração da lista, já que ela está submetida a uma constante revisão por meio da Comissão de Farmácia e Terapêutica⁴¹⁸.

Diante dessa situação, nossa proposta é que os magistrados, ao analisar o pedido de fornecimento de medicamentos, definam qual a extensão do direito à saúde da parte autora à luz das às políticas públicas de saúde e normas administrativas que estruturam o SUS, com especial atenção ao fato do medicamento ser ou não padronizado. Ademais, propomos especificamente que, grosso modo, não sejam acolhidos pedidos de fornecimento de medicamentos não padronizados, ou seja, daqueles que não constem nas listas da RENAME ou da REME-DF. Isso implica que nos pleitos por medicamentos de marca específica, quando existir o correspondente genérico padronizado, seja realizada uma emenda ao pedido inicial. Nos casos em que o medicamento não for padronizado e não existir similar nas listas oficiais,

⁴¹⁷ “O SECRETÁRIO DE ESTADO DE SAÚDE DO DISTRITO FEDERAL, no uso das atribuições legais [...] Considerando a necessidade de promover ampla discussão sobre a seleção feita para a REME-DF provisória, possibilitando a participação efetiva da comunidade técnico-científica, incluindo sociedades médicas, profissionais de saúde e gestores do Sistema Único de Saúde (SUS) na sua formulação definitiva, RESOLVE:

1- Adotar e submeter à CONSULTA PÚBLICA a REME-DF provisória, disponível no site www.saude.df.gov.br da Secretaria de Saúde do Distrito Federal. 2 - Estabelecer o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, a contar da data da publicação desta Portaria, para que sejam apresentadas sugestões, devidamente fundamentadas, relativas às propostas de inclusão ou exclusão na Relação de que trata o item 1. [...]

2.2 - As sugestões enviadas deverão, obrigatoriamente, estar fundamentadas por: a - Estudos clínicos de fase 3 realizados no Brasil ou no exterior; b - Metanálises de ensaios clínicos; c - Revisões sistemáticas de ensaios clínicos;

2.3 - As sugestões deverão ser acompanhadas pelos documentos que as fundamentam, conforme previsto no subitem 2.2, sendo que publicações estrangeiras deverão ser enviadas na versão original, sem tradução;

[...] 3 - Informar que a Comissão de Farmácia Terapêutica SES-DF - findo o prazo estabelecido para a Consulta Pública - procederá à avaliação das proposições apresentadas, elaborando a versão final consolidada da REME-DF.

3.1 - Após a consolidação da REME-DF, propostas de inclusão ou exclusão na Relação serão apreciadas pela Comissão de Farmácia Terapêutica SES-DF”. (Portaria nº 60/2005 da SES/DF) (grifo nosso)

⁴¹⁸ Para se ter uma idéia do ritmo de atualizações da REME-DF, a última versão disponível no portal eletrônico da Secretaria de Saúde é de novembro de 2008.

que os pedidos sejam julgados improcedentes, a não ser que existam motivos muito sérios para que, em determinado caso concreto, seja necessário julgar de forma diferente.

Por certo que o ‘teste’ que propomos cria apenas critérios gerais para guiar os magistrados na análise das demandas judiciais por medicamentos, de forma que eles tenham algo a dizer sobre saúde na fundamentação de suas decisões a partir do desenvolvimento de um diálogo com o conhecimento médico e com a sociedade. No entanto, somente as peculiaridades de cada caso concreto podem indicar ao magistrado a melhor forma de responder a cada demanda. Não pretendemos que esse ‘teste’ substitua o senso comum que se estabeleceu sobre a questão de forma a criar um método que supostamente resolveria nossos problemas. Ao contrário, sugerimos a adoção de tais alternativas para fomentar um julgamento mais legítimo e efetivo, no qual o magistrado, embasado no conhecimento socialmente produzido, possa colaborar para o enfrentamento dos reais problemas do SUS⁴¹⁹.

3.5 O Judiciário e o controle das políticas públicas de saúde: uma contribuição para a Revolução Democrática da Justiça

A proposta que formulamos no tópico anterior destina-se à apreciação das demandas judiciais por medicamentos, contudo, trabalha especificamente um âmbito desta questão: o individual. Em praticamente todas as ações judiciais em que se debate a assistência farmacêutica, encontramos de um lado um cidadão que pretende a dispensação do remédio receitado pelo seu médico. É o aspecto subjetivo do direito à saúde que está em discussão.

⁴¹⁹ Ressalte-se, ainda, que este ‘teste’ representa uma proposta mais estruturada para a renovação da prática judicial do TJDF. Inúmeras outras propostas pontuais e não sistematizadas poderiam ser formuladas a partir da observação e do cotejo entre as experiências institucionais dos magistrados, gestores distritais do SUS, Procuradores do DF, entre outros atores sociais. Com a intenção de apresentar um conjunto estruturado de propostas, optamos por não expor no corpo do texto as proposições pontuais, mas deixamos aqui, a título de exemplo, duas propostas específicas: i) que os magistrados, ao determinar o fornecimento de medicação que, por qualquer motivo, não conte com estoque nas farmácias da SES/DF, que assine prazo razoável para que seja viabilizada a licitação para aquisição do medicamento, tendo em vista que os prazos exíguos normalmente adotados impedem a realização de qualquer procedimento licitatório, até dos mais ágeis; ii) que os juízes exijam que a petição inicial seja instruída com cópia da requisição administrativa do medicamento junto à SES/DF, de forma que o ato que eventualmente recusar a dispensação do medicamento seja submetido ao regular controle jurisdicional dos atos administrativos; iii) que ao determinar o fornecimento de um medicamento, o magistrado ordene que o demandante seja cadastrado da mesma forma que os demais usuário do SUS que se beneficiam com a dispensação de medicamentos, de forma que seja realizado o respectivo procedimento administrativo do qual depende o pagamento da co-participação do Ministério da Saúde na compra dos medicamentos pelos gestores locais.

Mas a saúde é um direito público, de aspecto também coletivo e difuso. E assim deve ser tratado.

Por tais características, a análise do direito à saúde, mesmo em seu aspecto subjetivo, não pode estar dissociada de uma visão do sistema de saúde como um todo. Por isso afirmamos que o direito à saúde invocado individualmente por cada parte que litiga no Judiciário deve ser interpretado à luz das políticas públicas e normas administrativas que estruturam o SUS. Mas, se essas normas são um parâmetro para definir o que é saúde em cada caso concreto, o que fazer quando o próprio parâmetro é o problema?

Podemos pensar em vários exemplos. E se um medicamento novo, porém de eficácia comprovada por inúmeros estudos, demonstrar ter propriedades terapêuticas superiores e efeitos colaterais mais brandos que o medicamento padronizado? E se para determinada doença, sequer existir medicamentos padronizados? Em suma, se a REME-DF, que é parte essencial da política de assistência farmacêutica do Distrito Federal, não for adequadamente atualizada pela Comissão de Farmácia e Terapêutica, as diretrizes que traçamos em nossa proposta perderão sua capacidade de orientar magistrados e sociedade.

E este é só um exemplo, pois qualquer política pública de saúde que estrutura o SUS, se não for constantemente atualizada, perderá sua eficácia no plano da gestão administrativa e também no plano normativo, pois não podemos esquecer que qualquer norma caduca com o tempo, se não for atualizada.

Assim, para que a proposta que formulamos no tópico anterior possa manter-se útil, devem existir ferramentas para que os parâmetros possam permanecer atuais. É necessário, portanto, que exista um controle sobre o desenvolvimento e atualização das políticas públicas de saúde.

A principal forma para que isso ocorra, e a mais legítima, por certo, é o controle social exercido pela participação social. Mas, por inúmeros motivos, em muitas situações a pressão política ou os órgãos de representação social não são suficientes para proteger os interesses de determinados grupos sociais, especialmente aqueles que representam minorias marginalizadas. Nesses casos, a busca pela tutela jurisdicional é, além da única saída, a garantia democrática para fazer valer o direito dessas minorias. Logo, *o Judiciário pode ser*

*acionado pela sociedade para que a ajude a realizar um controle das políticas públicas de saúde*⁴²⁰. O problema que agora colocamos é: como?

Conforme destacamos no início deste tópico, no TJDFT a quase totalidade das ações são ajuizadas individualmente e nelas, obviamente, prevalece um debate sobre o direito subjetivo à saúde. Ademais, mesmo nas ações coletivas ajuizadas pelo Ministério Público, o debate sobre o direito à saúde permanece com enfoque no âmbito individual. Com efeito, tem sido uma prática constante que o pedido principal das ações coletivas, centrado em interesses difusos⁴²¹, seja acompanhado de um requerimento secundário, que visa ao fornecimento de medicamentos específicos para alguns pacientes já individualmente identificados na inicial ou em petição posterior. Esse pedido tem uma dimensão de defesa de um interesse individual homogêneo, pois é um interesse que pode ser quantitativamente dividido entre os integrantes de um grupo determinado ou determinável de pessoas (aqueles citados na inicial), unidas pela origem comum (a pretensão de receber medicação).

Na análise dessas ações coletivas pelo TJDFT os pedidos principais têm sido sistematicamente rejeitados⁴²², ao passo em que os pedidos secundários são acolhidos. E esta resposta negativa ao pedido principal tem sido realizada sem a devida fundamentação, e o deferimento do pedido realizado secundariamente tem funcionado como uma ‘compensação’ pela rejeição do pedido principal.

Esta atitude que identificamos nas ações coletivas julgadas pelos Desembargadores do TJDFT evidencia uma recusa debater o direito à saúde em sua dimensão coletiva. Daí resulta que o enfoque individual, que já é preponderante nas ações individuais, passe a ser dominante também na análise das ações civis públicas, que passam a servir apenas para defender interesses individuais homogêneos, em detrimento de interesses coletivos e difusos.

Destacamos ao longo deste estudo, que a realização do direito à saúde sob um âmbito individual, voltado fortemente para o fornecimento de medicamentos, acarreta diversos problemas para a administração da assistência farmacêutica do Distrito Federal, e a manutenção dessa postura é fruto de outro problema social: a falta de acesso à Justiça. Isto porque, se mais cidadãos tivessem acesso ao Judiciário, que é apenas um dos aspectos dessa

⁴²⁰ DELDUQUE e OLIVEIRA, 2008:108.

⁴²¹ Relembramos que os interesses *difusos* “são os interesses que não podem ser quantitativamente divididos entre os integrantes de um grupo indeterminável de pessoas, reunidas pela mesma situação de fato” (MAZZILLI, 2003: 88).

⁴²² Com exceção da Apelação Cível nº 28275-2/03.

questão, acreditamos que seria impossível a manutenção da atual forma de intervenção judicial na saúde.

Se o entendimento abraçado pelo TJDFT é dependente da manutenção de um problema social, então esta postura é errada? A princípio sim, mas a prática judicial nos mostra que a questão é mais complexa do que parece à primeira vista. Não podemos condenar de antemão a atitude dos Desembargadores de nosso tribunal, até porque quando tomam as decisões têm em mente boas intenções (e assim esperamos que seja), como bem ilustra o seguinte trecho do voto do Des. Jeronymo de Souza, atual Presidente do TJDFT:

O problema de gestão que V. Ex.^a se referiu é patente, porque como se deixam os depósitos, as farmácias dos hospitais vazios de remédios que são procurados naturalmente pela população, pelos doentes graves? Tem de haver uma reserva. Não falta só remédio para leucemia, não, faltam antibióticos, faltam remédios para problemas cardíacos, para pressão alta. Essas pessoas das camadas mais humildes estão morrendo por aí à míngua. Então, se o Tribunal de Justiça do Distrito Federal tomar, a partir de agora, uma posição firme no sentido de acolher esses pedidos, acho que estaremos fazendo justiça, estaremos dizendo: “estamos aqui”, e estaremos fazendo um benefício a essas populações mais carentes. Cumprindo o nosso dever de distribuir justiça⁴²³. (grifo nosso)

Como é fácil perceber, se há alguma coisa que o TJDFT não está fazendo é ‘distribuir justiça’, especialmente às populações mais carentes, que é a parcela da sociedade que dificilmente consegue acesso ao Judiciário.

Esta atitude de solução de problemas públicos em decisões pontuais tem favorecido uma ‘acomodação’ do Administrador. Acontece um verdadeiro círculo vicioso no qual o Distrito Federal não age, estrategicamente, porque está ‘amarrado’ pelas decisões judiciais, ao tempo em que o Judiciário determina o fornecimento de medicamentos, porque o Distrito Federal não age e, além disso, atua apenas no plano individual, porque entende que a atuação coletiva é papel do Executivo⁴²⁴. Qual seria então a solução para sairmos deste círculo vicioso?

Buscamos então uma resposta às duas perguntas que formulamos: i) como realizar um controle social das políticas públicas por meio do Judiciário?; e ii) como essa intervenção pode extrapolar o âmbito individual e colaborar para a melhoria da saúde da população do Distrito Federal?

⁴²³ MS 2247-6/02, p. 19.

⁴²⁴ Tal situação é bem descrita, em linhas gerais, por Barcellos (2002: 275): “O problema está em que, ao imaginar poder buscar, através do Judiciário, toda e qualquer prestação de saúde, cria-se um círculo vicioso, pelo qual a autoridade pública exime-se da obrigação de executar as opções constitucionais na matéria a pretexto de aguardar as decisões judiciais, ou mesmo sob o argumento de que não há recursos para fazê-lo, tendo em vista o que é gasto para cumprir essas mesmas decisões judiciais”.

Nossa proposta vai ao encontro da tese de Alvaro Ciarlini, Juiz Titular da 2ª Vara de Fazenda Pública do Distrito, que aponta a valorização das ações civis públicas um caminho para que o Judiciário possa mudar o foco de sua atuação e colaborar para o controle social das políticas de saúde por meio de uma ponderação entre a necessidade de garantir o bem-estar da população sem retirar-lhe a autonomia na construção de um sistema de saúde calcado na diretriz da participação social.

Ciarlini afirma que o processo judicial pode ser utilizado criativamente⁴²⁵ como um mecanismo de mediação entre a sociedade e a Administração Pública. Nesse sentido, o Judiciário, com o auxílio de outros órgãos como a Defensoria Pública e Ministério Público⁴²⁶, pode se transformar em um espaço público de deliberação no qual, ao mesmo tempo, se promova a cidadania e legitime as políticas públicas de saúde:

A sentença a ser prolatada como resultado de uma ação civil pública, não deve, portanto, deixar de pressupor a deliberação social plural. Na concretização desses direitos sociais, portanto, o Judiciário deve compartilhar os ônus de suas respectivas escolhas, ao possibilitar que a sociedade, por intermédio de seus representantes, estabeleça o necessário juízo crítico sobre os rumos tomados pelo processo decisório judicial quanto à escolha dos critérios de precedência para atendimento às pretensões judiciais que tenham por objeto a prestação de serviços de saúde.⁴²⁷

Entretanto, para obter sucesso nessa empreitada, é necessário evitar os equívocos que sublinhamos no julgamento das ações civis públicas pelo TJDF, de forma a reafirmar o enfoque coletivo ou difuso⁴²⁸. Ressalte-se, ainda, que esse processo de construção conjunta da saúde deve levar em conta os aspectos normativos, sociais e políticos em jogo, sem descuidar das limitações materiais⁴²⁹ que as restrições orçamentárias impõem.

No mais, destaque-se que um bom exemplo de aplicação desta tese que ora defendemos é a utilização de ações civis públicas como instrumento de atualização da REME-

⁴²⁵ CIARLINI, 2008: 318.

⁴²⁶ CIARLINI, 2008: 312.

⁴²⁷ CIARLINI, 2008: 315.

⁴²⁸ “Assim, não poderá o autor, legitimado para o ajuizamento de uma ação civil pública pretender, por exemplo, que a sentença judicial alcance apenas determinados indivíduos que necessitam da tutela judicial na busca de medicamentos ou determinadas terapias curativas. É indispensável – insista-se – que tal sentença seja vista como o parâmetro normativo a ser seguido por todos, a partir de seu trânsito em julgado, no sentido de regular aquelas situações e relações jurídicas.

É indispensável, portanto, que se preste atenção ao fato de que, para o fim de determinação de balizas ao exercício de certos direitos subjetivos constitucionais in concreto, o ajuizamento de uma ação civil pública corresponde, em verdade, ao início de um processo de elaboração de norma jurídica genérica, aplicável *erga omnes*, inclusive com a ‘extensão dos efeitos do julgado aos casos futuros e análogos’ ocasião em que caberá ao Judiciário a última palavra sobre a densificação de seus elementos normativos” (CIARLINI, 2008: 316).

⁴²⁹ CIARLINI, 2008: 13.

DF⁴³⁰, de forma a garantir que a lista de medicamentos fornecidos pelo SUS não se torne obsoleta e incompatível com o padrão de bem-estar que deve ser garantido a todos os cidadãos do Distrito Federal e entorno⁴³¹.

A proposta de Ciarlini nos permite, enfim, encontrar uma alternativa que apresenta um potencial de uma verdadeira mudança na postura paternalista que os magistrados do TJDFT têm adotado nas demandas por medicamentos. Ao radicalizar as possibilidades de assédio discursivo dos tribunais, o uso ‘criativo’ das ações civis públicas abre espaço para:

“A comunidade comprometida com a igualdade de recursos de modo que o povo possa tomar suas próprias decisões acerca da vida que melhor convier, incentiva, em vez de subverter, os princípios adequados da responsabilidade individual. Aceita que a intervenção do governo seja às vezes necessária para proporcionar as circunstâncias nas quais é justo pedir aos cidadãos que assumam responsabilidade pela própria vida. Contudo, respeita os juízos pessoais de condições adequadas, no exercício dessa responsabilidade. A meta está no âmago da concepção da igualdade em recursos e da hipotética estratégia de seguros que recomenda. O plano de saúde elaborado para respeitar as decisões dos cidadãos como seguradores prudentes é, de fato, igualitário. Mas é o oposto do paternalismo”⁴³². (grifo nosso)

Sob essa perspectiva é possível que os cidadãos que acessem o TJDFT encaminhem-se à condição que lhes é de direito: co-gestores da saúde pública do Distrito Federal.

⁴³⁰ Essa é a opinião de Luís Roberto Barroso (2008:35): “No âmbito de *ações coletivas* e/ou de ações abstratas de controle de constitucionalidade, será possível discutir a inclusão de novos medicamentos nas listas referidas. Tal inclusão, contudo, deve ser excepcional, uma vez que as complexas avaliações técnicas – de ordem médica, administrativa e orçamentária – competem primariamente aos Poderes Legislativo e Executivo”.

⁴³¹ Destaque-se que com essa providência, mantêm-se atual um importante parâmetro para o julgamento das ações individuais.

⁴³² DWORKIN, 2005:449.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Iniciamos a pesquisa com o desafio de entender o contexto da judicialização das políticas públicas de saúde. Diante da complexidade do tema, nosso estudo teve como foco a influência que as decisões do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios têm exercido sobre a administração da assistência farmacêutica no Distrito Federal, que cabe à Secretaria de Estado de Saúde.

O objetivo de nosso estudo foi entender as conseqüências da *judicialização das políticas públicas de saúde* e formular alternativas para uma mudança na postura do Judiciário e da sociedade em face dessa questão. Nossa intenção imediata, mais especificamente, foi estimular uma renovação das práticas judiciais do TJDFT por meio da valorização da participação social nos procedimentos processuais e nas decisões dos magistrados; e a intenção mediata, que essas mudanças contribuam para a construção de um sistema de saúde que proporcione serviços de melhor qualidade a uma parcela cada vez maior da população do Distrito Federal e entorno.

Para alcançar tais pretensões, dividimos nossa pesquisa em três capítulos, cada qual representando um passo para a formulação de nossas contribuições.

No primeiro capítulo, iniciamos o estudo por uma abordagem sociológica da construção do sistema de saúde brasileiro, com o intuito de identificar como ele serviu ao mesmo tempo como instrumento de controle social e exclusão das camadas marginalizadas de nossa sociedade. Essa relação se deu tanto na estrutura do sistema de saúde, pela forma como eram concebidas as políticas públicas, quanto nas microestruturas, por meio do domínio exercido pelo conhecimento médico. Contudo, tal exclusão que se apresentava de forma relativamente clara antes da criação do Sistema Único de Saúde pela Constituição de 1988

tomou uma forma mais fluída após a concepção do direito universal e igualitário à saúde. Lançamos, então, a idéia de que o Sistema Único de Saúde gerou uma inclusão formal de todos os cidadãos, mas que muitos brasileiros permaneceram às margens dos serviços prestados por este novo sistema de saúde. A partir de tais constatações, afirmamos que a valorização da participação social é um elemento central para que a inclusão formal criada pela universalização do direito à saúde se desenvolva para um efetivo acesso dos cidadãos aos serviços de saúde que pretendem obter.

Após esta primeira análise, partimos para uma abordagem jurídico-normativa do sistema de saúde brasileiro. Inicialmente, afirmamos que o SUS foi fruto de intensos debates entre grupos que defendiam diferentes concepções de saúde. Nesse contexto, o *movimento sanitarista* desempenhou um papel de protagonismo na construção de um direito à saúde com acesso universal e igualitário aos serviços do SUS, contudo, interesses de outros grupos também foram acolhidos pela Constituição de 1988. Dessa forma, a própria concepção do direito à saúde aponta que ele está constantemente aberto a novas interpretações. Assim, em que pese as suas diretrizes tenham sido construídas sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, o direito à saúde pode ser objeto de apropriações por interesses privados ou por concepções *estatizante*, pois é socialmente construído. Nesse contexto, a participação e o controle sociais são ferramentas indispensáveis para que os cidadãos possam abandonar a postura passiva de clientes do sistema de saúde para agirem de forma a coibir interpretações distorcidas do direito à saúde que possam, inclusive, representar abusos desse direito.

A idéia central que este primeiro capítulo nos proporciona é que a valorização da participação social na interpretação do direito à saúde é um caminho para a renovação da intervenção judicial nas políticas de saúde. Munidos dessa idéia, partimos para uma análise do contexto da judicialização das políticas de assistência farmacêutica no Distrito Federal, foco do capítulo 2.

Iniciamos o segundo capítulo com a apresentação de dados orçamentários que indicam a crescente importância que a judicialização das políticas públicas de saúde tem tomado no cenário nacional e no contexto do Distrito Federal. Avançamos nosso estudo com a realização de uma extensa análise da Jurisprudência do TJDF que teve como ponto de partida duas pesquisas que abarcaram desde as primeiras demandas judiciais por medicamentos ajuizadas na década de 90 até o ano de 2005. Os resultados de tais pesquisas foram comparados com um estudo do inteiro teor das decisões proferidas pelo TJDF no segundo semestre de 2008. Com

a adoção de tais procedimentos, buscamos obter uma análise representativa do debate judicial que se desenvolve na Justiça Distrital.

A partir da comparação entre as pesquisas realizadas, foi possível identificar os principais argumentos levantados pelas partes e fundamentos adotados pelos magistrados em suas decisões. A constatação mais relevante dessa análise, contudo, foi perceber que há uma conformação jurisprudencial que não condiz com a complexidade do tema. O discurso dos Desembargadores do Distrito Federal tende a considerar o direito à saúde em bases absolutas, de forma que praticamente todas as demandas por medicamentos são acolhidas. Com efeito, os magistrados do TJDFT pouco têm a dizer sobre saúde, postura que abre espaço para que pretensões legítimas e abusivas recebam igual tratamento.

As conseqüências da postura adotada pelo TJDFT são sentidas na gestão do SUS no Distrito Federal, pois a intervenção desarticulada e pouco criteriosa das inúmeras decisões judiciais afeta todo o ciclo da assistência farmacêutica, inclusive o seu financiamento por meio de repasse de verbas federais. Por outro lado, com os estudos realizados, percebemos que alguns dos problemas criados pela intervenção judicial na assistência farmacêutica são reflexos de falhas na gestão do SUS pela SES-DF, tal qual o constante desabastecimento de medicamentos.

A análise institucional permitiu identificar os contornos da judicialização das políticas de assistência farmacêutica no Distrito Federal. A principal contribuição para o nosso estudo foi perceber que os magistrados podem adotar uma postura diferente para que a intervenção judicial seja um elemento positivo na construção do complexo sistema de saúde. Nesse sentido, em alguns julgamentos foi possível perceber que o estudo cuidadoso do caso concreto aliado ao conhecimento das normas que estruturam o SUS são caminhos que a experiência institucional nos aponta.

A análise realizada no primeiro capítulo somado às experiências institucionais registradas no segundo nos conduzem à parte final da pesquisa com um importante direcionamento: utilizar as ferramentas conceituais para identificar nas experiências institucionais alternativas para os problemas da judicialização das políticas públicas de saúde.

Assim, iniciamos o capítulo 3 com enfoque no espaço do Judiciário no qual podemos encontrar a maior diversidade de experiências: a 1ª instância. Os magistrados de 1º grau têm o primeiro contato com as demandas judiciais por medicamentos e enfrentam muitos desafios que não chegam às demais instâncias judiciais. A partir das experiências vivenciadas por

diversos magistrados, foi possível traçar alguns dos principais problemas enfrentados na prática judicial. A deficiente instrução dos autos pelas partes, a pressão psicológica exercida pelos autores/pacientes, os relatórios médicos contraditórios, a falta de apoio institucional, a ausência de diálogo entre os diversos órgãos do Distrito Federal, dentre outros, são algumas das peculiaridades que cercam essa nova tarefa de intervir nas políticas públicas e dizer algo sobre saúde.

As experiências adotadas pelos Juízes para enfrentar tais desafios apresentam duas principais linhas: a busca por critérios mais claros para decidir sobre saúde e a tentativa de melhor instruir o processo para aflorar as peculiaridades de cada caso concreto. Dentre elas, destacamos as que apresentam um potencial de mudança das práticas judiciais aliadas a uma legitimidade advinda da valorização da participação do cidadão no processo judicial. Para melhor ilustrar as experiências inovadoras criadas na 1ª instância do TJDF, destacamos cinco casos que consideramos paradigmáticos.

Da releitura da prática judicial, a partir das ferramentas conceituais do direito como integridade e das experiências institucionais encontradas na 1ª instância do TJDF, traçamos nossas contribuições em três eixos principais.

Em primeiro lugar, voltamo-nos a um aspecto da saúde anterior à judicialização da demanda, mas que tem uma enorme influência na tomada de decisão pelo Juiz: o conhecimento médico. Afirmamos que antes de formular critérios ou proferir sua sentença, os magistrados devem estar dispostos a dialogar com o saber médico e fomentar um debate dos médicos com seus pacientes (partes), e não apenas servir como meros homologadores dos receituários médicos. É necessária uma *abertura do conhecimento médico*.

O uso criativo e proativo dos poderes instrutórios que o Código de Processo Civil concede aos magistrados podem multiplicar os canais de comunicação entre médicos, pacientes e magistrados, de forma que os juízes possam *compartilhar e assumir responsabilidades* ao decidir sobre o que é saúde em cada caso concreto.

No segundo momento de nossas contribuições, criticamos a atual prática judicial para apontar que os magistrados estão a julgar as demandas por serviços de saúde de forma *diferente de qualquer outro tema, em especial dos demais direitos sociais cujas demandas por realização são também trazidas ao Judiciário*. E tal postura diferenciada não representa um protagonismo judicial voltado à realização do direito à saúde, mas sim uma falta de coerência

com os princípios constitucionais que orientam a concretização do direito à saúde e a inobservância das normas administrativas e orçamentárias que estruturam o SUS.

A simples invocação do direito constitucional à saúde ou de precedentes jurisprudenciais não cria as ferramentas para a realização desse direito. Por isso, é necessário que os magistrados busquem a construção de critérios claros para guiar suas decisões sobre saúde e harmonizar o direito constitucional com a legislação ordinária que densifica seu conteúdo normativo, de forma a analisar cada caso concreto em toda sua complexidade, buscando a *resposta certa*.

Nesse sentido, sugerimos que as demandas judiciais por medicamentos fossem submetidas a uma análise baseada em *três critérios*: o primeiro de adequação técnica, o segundo de adequação terapêutica e o último de adequação político-normativa. Indicamos tais alternativas para fomentar um julgamento mais legítimo e efetivo, no qual o magistrado, embasado no conhecimento socialmente produzido, possa colaborar para o enfrentamento dos reais problemas do SUS.

Na terceira e última parte de nossas contribuições, radicalizamos o argumento de abertura democrática do Judiciário. Nas contribuições anteriores, apontamos alternativas para que o magistrado possa realizar uma democratização do conhecimento médico e uma abertura para a concepção de direito à saúde partilhada pela sociedade. Nesse terceiro momento, buscamos uma alternativa para que os magistrados possam trazer para o seio do Judiciário o debate público sobre as políticas públicas de assistência farmacêutica.

Defendemos que as políticas públicas formuladas pelos gestores da saúde são parâmetros normativos que devem ser observados pelos magistrados, pois, além de representarem normas jurídicas, são expressão das escolhas sociais e políticas que dão densidade ao direito à saúde previsto na Constituição. Dessa forma, o Judiciário deve oferecer aos cidadãos procedimentos para que possam questionar a legitimidade, eficácia e atualidade das políticas públicas de saúde quando não forem suficientes as demais formas de participação e controle sociais.

Consideramos que a ação civil pública é o instrumento processual adequado para o controle judicial das políticas públicas de saúde em virtude da abertura que o procedimento desta ação coletiva oferece para participação dos setores da sociedade civil e dos órgãos governamentais interessados no tema em debate. Por meio dela, podemos realizar um efetivo *assédio discursivo dos tribunais*.

Ademais, acreditamos que à medida que essa ferramenta processual coletiva seja valorizada e utilizada para garantir a participação e o controle social mais efetivo das políticas públicas de assistência farmacêutica, mais claros e legítimos serão os critérios que os magistrados poderão adotar no julgamento das ações ajuizadas individualmente pelos cidadãos contra o Distrito Federal.

Essa contribuição representou a forma mais evidente da proposta que percorre toda nossa pesquisa: *a valorização da participação e do controle sociais na judicialização das políticas públicas de assistência farmacêutica do Distrito Federal*. No entanto, o maior desafio que colocamos no decorrer desse estudo foi justificar como o magistrado e as partes em litígio podem desenvolver essa participação nas *ações e procedimentos individuais*, ou seja, naquelas demandas em que há um conflito entre *Caio-cidadão e Tício-Estado*⁴³³, que são a esmagadora maioria dos processos em trâmite do TJDF⁴³⁴.

Afirmamos que isso é um grande desafio, pois parece estranho à primeira vista que o magistrado sozinho em seu gabinete possa imaginar que uma boa alternativa para a resolução de um litígio possa ser a valorização para participação. A simples associação entre as palavras ‘Judiciário’ e ‘participação popular’ soa estranha. Mas essa associação, especialmente nas demandas que envolvem o direito à saúde, é indispensável. Isso porque, atualmente, é exatamente assim que o magistrado está: sozinho em seu gabinete.

A análise institucional do TJDF permitiu observar que os magistrados do Distrito Federal exercem atualmente um falso protagonismo judicial, pois a forma que decidem sobre saúde, sem uma abertura para o conhecimento socialmente produzido, é um perigoso caminho para o ‘decisionismo’. Mas tal protagonismo, apesar de falso, não é de todo irresponsável, pois os magistrados não estão apenas sozinhos no momento de decidir sobre o direito à saúde, estão *abandonados*.

Inúmeros problemas de gestão da saúde pública e da relação entre médicos e pacientes que não se resolvem no âmbito do SUS são exportados para o Judiciário, e recai sobre os magistrados a responsabilidade de, em muitas situações, tomar uma decisão que pode significar negar ou conceder a uma pessoa o medicamento que pode significar a diferença

⁴³³ BISOL, 2008:331.

⁴³⁴ Como destaca Bisol (2008:331): “a proteção judiciária dos direitos sanitários, concebidos originalmente para serem operados como direitos de natureza coletiva, acaba pulverizada em milhares de pedidos de tutela individuais [...]”.

entre a esperança de cura ou a certeza de encarar seu inevitável destino. E isso se repete com inúmeros outros serviços de saúde, como internações em UTI's, cirurgias, exames etc.

É importante questionar os motivos de termos chegado a essa situação. Por que a seqüência dos fatos colocou nas mãos dos magistrados a função de decidir entre a vida e a morte, entre a saúde e a doença? Certamente, não se pode atribuir a eles toda “culpa” das conseqüências da judicialização das políticas públicas de saúde. A sociedade deve assumir a responsabilidade por suas escolhas, até aquelas mais difíceis, como os casos que envolvem o direito à saúde. A partir do momento que fizemos estas escolhas, os magistrados terão critérios mais claros para agir e poderão compartilhar com a sociedade a responsabilidade por estas decisões. Daí será mais legítimo de nossa parte, cidadãos, cobrar de nossos magistrados que, diante do caso concreto, siga o caminho “*que parecer-lhe a direção certa em matéria de princípios políticos, e não uma atração passageira, por proporcionar uma decisão atraente no caso presente*”⁴³⁵.

A mensagem que nosso trabalho pretende deixar é que os magistrados precisam repensar sua prática judicial a partir do conhecimento socialmente produzido, mas a principal reflexão cabe à sociedade, que precisa entender como decisões tão importantes foram delegadas e pensar como reverter tal situação.

⁴³⁵ DWORKIN, 2003/A: 308.

REFERÊNCIAS

- ADORNO, Sérgio. **Foucault, a Lei e o Direito**. In: *O Legado de Foucault*. SCAVONE, Lucila *et alli* (org.). São Paulo: 2006.
- AITH, Fernando Mussa Abujamra. **Consolidação do Direito Sanitário no Brasil**. In: COSTA, Alexandre Bernardino *et al* (Org.). *O direito achado na rua: introdução crítica ao direito à saúde*. Vol. 4. Brasília: CEAD/UnB, 2008.
- ALMEIDA, Eurivaldo Sampaio *et al*. **Gestão de Serviços de Saúde**. São Paulo: Edusp. 2001.
- AGAMBEN, G. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2002.
- _____. **Estado de exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004.
- ANDRADE, Luiz Odorico Monteiro de. **SUS Passo a Passo – Normas, Gestão e Financiamento**. São Paulo: Hucitec; 2001.
- ARANHA, Márcio Iório. **Propriedade intelectual e patente farmacêutica**. In: COSTA, Alexandre Bernardino *et al* (Org.). *O direito achado na rua: introdução crítica ao direito à saúde*. Vol. 4. Brasília: CEAD/UnB, 2008.
- ARAÚJO PINTO, Cristiano Paixão. **Os problemas de legitimação no capitalismo tardio e a crise do estado do bem-estar social**. In SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de (org.). *Na fronteira: conhecimento e práticas jurídicas para a solidariedade emancipatória*. Porto Alegre: Síntese, 2003.

BARBOSA, Swendenberger. **Financiamento da saúde: ferramenta de concretização do direito à saúde.** In: COSTA, Alexandre Bernardino *et al* (Org.). *O direito achado na rua: introdução crítica ao direito à saúde.* Vol. 4. Brasília: CEAD/UnB, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais - o princípio da dignidade da pessoa humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação estatal.** Disponível em < <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>>, 2008.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais.** Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as conseqüências humanas.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

_____. **Tempos Líquidos.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

BERTOLLI FILHO, Cláudio. **História da Saúde Pública no Brasil.** São Paulo: Ática, 2001.

BISOL, Jairo. **Judicialização desestruturante: revezes de uma cultura jurídica obsoleta.** In: COSTA, Alexandre Bernardino *et al* (Org.). *O direito achado na rua: introdução crítica ao direito à saúde.* Vol. 4. Brasília: CEAD/UnB, 2008.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas.** São Paulo: Saraiva, 2002.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O direito na sociedade complexa.** São Paulo: Max Limonad, 2000.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. **Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamento para uma nova abordagem.** In: *Revista de Sociologia e Política*, p. 115-126. Curitiba, 2006.

CARVALHO, Guido Ivan de; SANTOS, Lenir. **Sistema Único de Saúde: Comentários à Lei Orgânica da Saúde (Leis nº 8.080/90 e nº 8.142/90).** Campinas/SP: UNICAMP, 2002.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **A contribuição do Direito Administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição.** In: *Fórum administrativo*. Ano I. Nº 1. Belo Horizonte: Fórum, março de 2001.

CASTRO, Marcus Faro de. **Dimensões Políticas e Sociais do Direito Sanitário Brasileiro.** In: ARANHA, Márcio Iório. *Direito Sanitário e Saúde Pública: coletânea de textos*. Vol. 1. Brasília: Editora MS, 2003.

CIARLINI, Alvaro Luis de Araujo. **O direito à saúde entre os paradigmas substanciais e procedimentais da Constituição: para uma compreensão agonística dos direitos fundamentais sociais, na busca do equilíbrio entre autonomia e bem-estar.** Brasília: Tese de Doutorado – UnB, 2008.

CIETTO, Luiz. **Posição do Superior Tribunal de Justiça – STJ, sobre o Direito à Saúde.** *Revista de Direito Sanitário*. São Paulo, Vol. 04, nº 01, 2003, p. 97/106.

CINTRA, Guilherme. **Saúde: direito ou mercadoria?** In: COSTA, Alexandre Bernardino *et al* (Org.). *O direito achado na rua: introdução crítica ao direito à saúde*. Vol. 4. Brasília: CEAD/UnB, 2008.

CHAVES, Vitor Pinto. **Justiça Social como reconhecimento e democracia deliberativa: estudos sobre garantias procedimentais de participação na gestão e de controle social como instrumentos para uma nova leitura e para (re)construção de alternativas institucionais de concretização do direito constitucional à assistência social no Brasil.** Brasília: Dissertação de Mestrado – UnB, 2008.

COSTA, Alexandre Bernardino (Org.); SOUSA JUNIOR, J.G. (Org.) . **Direito à memória e à moradia - Realização de direitos humanos pelo protagonismo social da comunidade do Acampamento da Telebrasília**. Brasília, DF: Ed. UnB, 1999. v. 1.

DALLARI, Sueli Gandolfi. **O conteúdo do Direito à Saúde**. In: COSTA, Alexandre Bernardino *et al* (Org.). *O direito achado na rua: introdução crítica ao direito à saúde*. Vol. 4. Brasília: CEAD/UnB, 2008.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003/A.

_____. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O Domínio da Vida** . Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003/B.

_____. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade** (tradução de Jussara Simões). São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FONSECA, Márcio Alves da. Michel Foucault e o direito. São Paulo: Max Limonad, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

_____. **Vigiar e Punir**. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987.

_____. **A verdade e as formas jurídicas**. Trad. Roberto C. M. Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: NAU, 2005.

GADAMER, Hans-Georg. **O caráter oculto da saúde**. Tradução de Antônio Luz Costa. Petrópolis: Vozes, 2006.

GAMA, Denise Travassos. **Por uma releitura principiológica do direito à saúde: da relação entre o direito individual a medicamentos nas decisões judiciais e as políticas públicas de saúde**. Brasília: Dissertação de mestrado - Unb, 2007.

GUIMARÃES, Luiz Gonzaga; SANTOS, Carla Carlos dos; GONÇALVES, Silmara de Almeida. **Estratégias para reorganização e otimização das atividades destinadas ao fornecimento de medicamentos demandados judicialmente contra a Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal**. Brasília: Monografia de Especialização – UnB, Faculdade de Ciências da Saúde, 2006.

KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha – Os (Des)Caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

HABERMAS, Jurgen. **Era das Transições** (tradução de Flávio Siebeneichler). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, volume II.

HEKMAN, Susan J. “Foucault: Nihilismo moral”. In: _____. *Hermenêutica e sociologia do conhecimento*. Trad. Luís Manuel Bernardo. Lisboa: Edições 70, 1990.

LONDRES, Adriano. **Saúde é coisa séria**. Rio de Janeiro: Ediouro, 2006.

LONDRES, Luiz Roberto. **O Paciente e a Gestão da Área de Saúde**. In: *Saúde, Previdência e Assistência Social: desafios e propostas para uma sociedade mais justa e moderna*. São Paulo: M. Books, 2005.

LUCENA, Cíntia. **Direito à Saúde no Constitucionalismo Contemporâneo**. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (org.). *O Direito à Vida Digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

MACHADO, Roberto. **Foucault, a ciência e o saber**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

MARQUES, Silvia Badim. A Garantia do Direito Social à Assistência Farmacêutica: o papel do sistema jurídico e do sistema político. In **Revista de Direito Sanitário**, v. 7, n. 1/2/3, p. 195-217. São Paulo : LTr, 2006.

MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”**. Trad. Martônio Lima e Paulo Albuquerque. Revista Novos Estudos CEBRAP, nº 58, nov. de 2000.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Os interesses transindividuais: sua defesa judicial e extrajudicial**. In: BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde. Departamento de Gestão da Educação na Saúde. *Direito Sanitário e Saúde Pública: coletânea de textos*. Brasília: Editora MS, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MESSEDER, Ana Márcia; OSÓRIO-DE-CASTRO, Cláudia Garcia Serpa; LUIZA, Vera Lúcia. **Mandados judiciais como ferramenta para garantia do acesso a medicamentos no setor público: a experiência do Estado do Rio de Janeiro, Brasil**. In: *Caderno de Saúde Pública*, v. 21, n. 2, p. 525-534. Rio de Janeiro : ENSP/FIOCRUZ, 2005.

MIRANDA, Adriana Andrade. **Movimentos sociais, AIDS e cidadania: o direito à saúde no Brasil a partir das lutas sociais**. Brasília: Dissertação de mestrado - Unb, 2007.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Direito à Saúde: Garantia e Proteção pelo Poder Judiciário**. Revista de Direito Sanitário. São Paulo, Vol. 02, nº 03, 2001, p. 36/58.

OLIVEIRA, Mariana Siqueira de Carvalho. **Por uma Construção Democrática do Direito à Saúde: a Constituição Federal, os Instrumentos de Participação Social e a Experiência do Conselho Nacional de Saúde.** Brasília: Dissertação de mestrado - Unb, 2005.

_____. **Fragmentos de discursos construídos a várias vozes: notas sobre democracia, participação social e Conselhos de Saúde.** In: COSTA, Alexandre Bernardino *et al* (Org.). *O direito achado na rua: introdução crítica ao direito à saúde.* Vol. 4. Brasília: CEAD/UnB, 2008.

PARKER, Richard *et al.* **Saúde, Desenvolvimento e Política: respostas frente à AIDS no Brasil.** Rio de Janeiro: ABIA; São Paulo: editora 34, 1999.

PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. **Direito Sanitário: a relevância do controle nas ações e serviços de saúde.** Belo Horizonte: Fórum; 2004.

RODRIGUES, Guilherme Scotti. **A Afirmação da Justiça como a Tese da Única Decisão Correta: o Enfrentamento da Questão do Caráter Estruturalmente Indeterminado do Direito Moderno.** Brasília: Dissertação de Mestrado – UnB, 2008.

ROMERO, Luiz Carlos. **Judicialização das Políticas de Assistência Farmacêutica: o caso do Distrito Federal.** Consultoria Legislativa do Senado Federal. Brasília, 2008.

ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional** (tradução de Menelick de Carvalho Netto). Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SALAZAR, Andréa Lazzarini *et al.* **Assistência Privada à Saúde: Regulamentação, Posição IDEC e Reflexos no Sistema Público.** In: ARANHA, Márcio Iório. *Direito Sanitário e Saúde Pública: coletânea de textos.* Vol. 1. Brasília: Editora MS, 2003.

SANTANA, Ramiro Nóbrega. **Judiciário: o novo defensor da saúde?** In: *Constituição & Democracia*, n. 13, p. 18-19, 2007.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma Revolução Democrática da Justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.

_____. **Renovar a Teoria Crítica e Reinventar a Emancipação Social**. São Paulo: Boitempo, 2007.

_____. **A crítica da Razão Indolente: contra o desperdício da experiência**. São Paulo: Cortez, 2005.

SANTOS, Sílvio César Machado dos. **Melhoria da equidade no acesso aos medicamentos no Brasil: os desafios impostos pela dinâmica da competição extra-preço**. [Mestrado] Fundação Oswaldo Cruz, Escola Nacional de Saúde Pública; 2001.

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

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à Saúde: Efetivação de uma Perspectiva Sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. *Gestão compartilhada sanitária no Brasil: possibilidade de efetivação do direito à saúde*. In: Schwartz, Germano (org.). **A saúde sob os cuidados do Direito**. Passo Fundo:UPF; 2003. (Série Direito; 5)

_____. **A Reserva do Possível no Direito à Saúde: observação a partir dos sistemas autopoieticos do Direito e da Economia**. Belo Horizonte: Revista PUC/MG, 2008.

UGÁ, Maria Alicia Dominguez; SANTOS, Isabela Soares. **Uma análise da equidade do financiamento do sistema de saúde brasileiro**. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2005.

UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito e o futuro da democracia**. São Paulo: Boitempo; 2004.

VENTURA, Deisy de Freitas Lima. DALLARI, Sueli Gandolfi. *Reflexões sobre a saúde pública na era do livre comércio*. In: Schwartz, Germano (org.). **A saúde sob os cuidados do Direito**. Passo Fundo:UPF; 2003.

VILA-NOVA GOMES, Daniel Augusto. **A noção de serviços públicos de (tele)comunicações a partir da ótica dos administrdos-administradores: a lei n. 9.612/1998 e contribuições da cidadania nas polítcas públicas destinadas às rádios comunitárias**. Brasília: Dissertação de Mestrado – UnB, 2007.

FONTES:

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. Departamento de Atenção Básica. **Política Nacional de Medicamentos**. Brasília: Editora MS, 2001.

BRASIL. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. Conferência Nacional de Medicamentos e Assistência Farmacêutica. **Relatório Final: Efetivando o Acesso, a Qualidade e a Humanização na Assistência Farmacêutica, com Controle Social**. Brasília: Editora MS, 2005.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Secretaria de Fiscalização e Avaliação de Programas de Governo. **Avaliação do TCU sobre a ação assistência financeira pra aquisição e distribuição de medicamentos excepcionais**. Brasília: Editora TCU, 2005.