

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**VOLUME 8 • Nº 3 • DEZ • 2018
DOSSIÊ ESPECIAL : POLÍTICAS PÚBLICAS
E O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL**

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS

BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Editores responsáveis por essa edição:

Editores especiais

Carlos Ocké

Frederico Augusto Barbosa

Hector Valverde Santana

Editores gerais

Marcelo Dias Varella e Julien Dellaux

ISSN 2236-1677

Revista Brasileira de Políticas Públicas Brazilian Journal of Public Policy	Brasília	v. 8	n. 3	p. 1-464	Dez	2018
--	----------	------	------	----------	-----	------

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Brazilian Journal of Public Policy

Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB

Centro Universitário de Brasília

Reitor

Getúlio Américo Moreira Lopes

Presidente do Conselho Editorial do UniCEUB

Elizabeth Regina Lopes Manzur

Diretor do ICPD

João Herculino de Souza Lopes Filho

Coordenador do Programa de Mestrado e Doutorado e Editor

Marcelo Dias Varella

Linha editorial

“A Revista Brasileira de Políticas Públicas é um periódico acadêmico da área jurídica que tem como finalidade constituir instrumento de veiculação de trabalhos científicos e doutrinários que abordem questões jurídicas da contemporaneidade e, ainda, aspectos da interação entre Direito e Políticas Públicas. Direciona, portanto, seu objeto de interesse a questões referentes a governabilidade, integração, participação cidadã, desenvolvimento e outros temas envolvendo o Estado, a Sociedade e o Direito.

Sendo assim, a proposta de linha editorial a ser seguida pela Revista Brasileira de Políticas Públicas é apresentada a partir de duas áreas fundamentais, que se subdividem:

I) Democracia, Políticas de Estado e de Governo e seus aspectos jurídicos: tendências do Direito Constitucional e do Direito Administrativo; teoria das políticas públicas; sistema de governo; sistema eleitoral e cidadania; sistema de partidos e reforma constitucional

II) Políticas Públicas de desenvolvimento econômico e social e suas interfaces com o Direito: políticas de desenvolvimento econômico e produção local/regional, desenvolvimento sustentável e meio-ambiente, desenvolvimento humano e planejamento da ação governamental”.

CONSELHO EDITORIAL

Marie-Pierre Lafranchi, Université d'Aix-en-Provence, Faculté de droit et de science politique, Provence-Alpes-Côte d'Azur, França

Frederico Augusto Barbosa, Centro Universitário de Brasília, Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, Brasília/DF, Brasil

Gilberto Bercovici, Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, Departamento de Direito Econômico-Financeiro, São Paulo/SP, Brasil

João Maurício Adeodato, Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Departamento de Teoria Geral do Direito e do Direito Privado, Recife/PE, Brasil

José Adercio Leite Sampaio, Escola Superior Dom Helder Câmara, Escola de Direito, Belo Horizonte/MG, Brasil

José Heder Benatti, Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Belém/PA, Brasil

EDITOR

Marcelo D. Varella, Centro Universitário de Brasília, Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, Brasília/DF, Brasil

EDITOR ADJUNTO

Julien Dellaux, Centro Universitário de Brasília, Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília/DF, Brasil

EQUIPE TÉCNICA

Yuri Valente do Nascimento, Centro Universitário de Brasília, Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília/DF, Brasil

Aline Assunção Santos, Centro Universitário de Brasília, Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília/DF, Brasil

Com o apoio da FAP/DF. Processo: 00193.00000304/2018-58, Edital 09/2017.

Layout capa

Departamento de Comunicação / ACC UniCEUB

Diagramação

S2 Books

Disponível em:

<http://www.rbpp.uniceub.br>

Circulação

Acesso aberto e gratuito

Matérias assinadas são de exclusiva responsabilidade dos autores.

Citação parcial permitida com referência à fonte.

Revista Brasileira de Políticas Públicas / Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB.
- vol. 8, n. 3 (dez. 2018) - . Brasília : UniCEUB, 2011

Quadrimestral.

ISSN 2236-1677

Disponível também on-line: www.rbpp.uniceub.br

1. Direito. 2. Políticas Públicas. I. Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB

CDU 34+338.26

Sumário

I. DIREITO À SAÚDE E POLÍTICAS.....	13
AS REDES DE ATENÇÃO À SAÚDE NOS 30 ANOS DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE: HISTÓRIAS, PROPOSTAS E DESAFIOS.....	15
Márcia Araújo Sabino de Freitas e Maria Rizioneide Negreiros de Araújo	
1. Introdução	16
2. O Sistema Único de Saúde e sua Rede de Atenção à Saúde: bases e desafios	17
2.1. A Construção do SUS.....	17
2.2. Adversidades vivenciados pelo sistema de saúde	20
2.3. Rede de Atenção à Saúde: uma resposta aos impasses enfrentados pelo SUS que também reafirma suas bases.....	22
3. Revisão bibliográfica: apontamentos da literatura após a Portaria n. 4.279/10.....	25
4. Considerações finais	31
Referências.....	32
DIREITO À SAÚDE PARA O RESIDENTE FRONTEIRIÇO: DESAFIO PARA A INTEGRALIDADE DO SUS .35	
Fabrcia Helena Linhares Coelho da Silva Pereira, Livia Maria de Sousa e Tarin Cristino Frota Mont Alverne	
1. Introdução	36
2. Proteção do direito à saúde nas zonas de fronteira: assimetrias entre os sistemas mercosulinos .	38
3. O exercício de direitos pelo residente fronteiriço: limites na zona de fronteira?.....	40
4. A (in) compatibilidade da integralidade do SUS e o limite territorial para o exercício de direito à saúde pelo residente fronteiriço	44
5. A importância da integração regional para o desenvolvimento do acesso à saúde e fortalecimento do SUS	46
6. Considerações finais	50
Referências.....	51
MEDIDAS PROVISÓRIAS E POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA ANÁLISE DO PAPEL DO CONGRESSO NACIONAL NAS POLÍTICAS DE SAÚDE NO GOVERNO DILMA (2011-2016).....	55
Clóvis Alberto Bertolini de Pinho	
1. Introdução	56
2. Medidas Provisórias e presidencialismo de coalizão no Brasil.....	57
2.1. Panorama Após a Emenda Constitucional nº 32/2001	60
3. Medidas Provisórias e Políticas Públicas	63
4. Análise da tramitação de atos normativos veiculadores de políticas públicas de saúde e o papel do Congresso Nacional durante o Governo Dilma	66

4.1. Atos normativos analisados	66
4.2. Metodologia utilizada.....	67
4.3. Medidas provisórias n°s 557/2011 e 621/2013.....	67
3.4. As proposições do Congresso Nacional.....	68
4.5. Resultados.....	69
5. Considerações finais	71
Referências	72
Agradecimentos	74

OS LIMITES E A EXTENSÃO DA DEFESA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS POR MEIO DE INSTRUMENTOS PROCESSUAIS DE COGNIÇÃO ESTREITA: MANDADO DE SEGURANÇA E O CASO DA SAÚDE76

Héctor Valverde Santana e Roberto Freitas Filho

1. Introdução	77
2. Políticas públicas: algumas considerações.....	78
3. O caso exemplar.....	81
4. Mandado de segurança e direito líquido e certo	83
5. Fornecimento de medicamentos e estrutura normativa	85
6. Fornecimento de medicamentos e principais marcos jurisprudenciais	87
7. Ronald Dworkin e a reflexão liberal sobre igualdade e regra	92
8. Considerações finais	95
Referências.....	98

DESENHANDO MODELOS DE SISTEMAS DE DISPUTAS PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: PROPOSIÇÕES ACERCA DA POLÍTICA PÚBLICA DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO VIÉS DO DIÁLOGO INSTITUCIONAL 102

Mônica Teresa Costa Sousa e Maíra Lopes de Castro

1. Introdução	103
2. A judicialização de políticas públicas na área da saúde e a política pública de assistência farmacêutica	104
3. Uma nova via de acesso à justiça: o Dispute System Design – DSD	107
4. Modelos possíveis	109
4.1. A experiência da Defensoria Pública do Estado do Maranhão	109
4.2. O projeto Acesso SUS no Estado de São Paulo.....	110
5. Considerações finais	113
Referências.....	113

ANEXO A – Termo de cooperação técnica entre defensoria pública do estado do Maranhão e a Secretaria Municipal de Saúde (SEMUS) 114

ANEXO B – Termo de cooperação projeto acesso SUS – Secretaria de Estado de Saúde do estado de São Paulo..... 118

O ACCOUNTABILITY DO SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE E A ATUAÇÃO INSTITUCIONAL NO ESTADO DO CEARÁ..... 125

Mariana Dionísio de Andrade, Beatriz de Castro Rosa e Eduardo Régis Girão de Castro Pinto

1. Introdução	126
2. Atuação da burocracia administrativa para a prestação da saúde pública	128
3. Accountability e judicialização da política	130
4. Análise de dados: Ministério Público do Ceará e a fiscalização sobre a prestação da saúde pública entre 2006 e 2017	135
5. Considerações finais	142
Referências.....	142

PRIVACIDADE RELACIONAL NO AMBULATÓRIO DE ONCOGENÉTICA DO HOSPITAL DE CLÍNICAS DE PORTO ALEGRE 146

Leonardo Stoll de Moraes, Patrícia Ashton-Prolla, José Roberto Goldim e Márcia Santana Fernandes

1. Introdução	147
2. Premissas e questões emergentes do direito à privacidade no aconselhamento genético: da privacidade proprietária à privacidade relacional.....	149
3. O método do estudo de caso institucional	154
4. Percebendo a privacidade relacional no ambulatório de oncogenética do hospital de clínicas de Porto Alegre	154
4.1. Dados genéticos e informação genética	156
4.2. O conteúdo relacional do heredograma e os seus dados sensíveis	157
4.3. Do Conteúdo ao âmbito de proteção do direito à privacidade de dados e informações genéticas	160
4.4. Privacidade relacional	164
5. Considerações finais	168
Referências.....	169

ANÁLISE DA EFETIVIDADE DA POLÍTICA DE GERENCIAMENTO DE RESÍDUOS DE SAÚDE NO MUNICÍPIO DE SANTOS..... 175

Renato Braz Mehanna Khamis, Lígia Maria Comis Dutra e Thays Costa Nostre Teixeira

1. Introdução	176
2. O problema da efetividade da política de gerenciamento de resíduos de saúde.....	177
3. O marco legal aplicável ao Município de Santos.....	179
3.1. Âmbito nacional	180
3.1.1. Lei nº 12.305, de 02 de agosto de 2010.....	180
3.1.2. NBR 12808 de janeiro de 1993.....	182
3.1.3. Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 306 de 7 de dezembro de 2004.....	182
3.1.4. Resolução Conama nº 358 de 29 de abril de 2005.....	183
3.1.5. Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 44 de 17 de agosto de 2009.....	183
3.1.6. Resolução da Diretoria Colegiada – RDC Nº 222, de 28 de março de 2018.....	184

3.2. Âmbito Estadual.....	185
3.3. Âmbito municipal.....	186
3.3.1. Plano de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos do Município de Santos	186
3.3.2. Segregação, acondicionamento, coleta, tratamento e destinação final dos Resíduos Sólidos nos Serviços de Saúde.....	186
3.3.3. Descarte de medicamentos	187
4. A efetividade da política de gerenciamento de resíduos de saúde no Município de Santos	188
4.1. Dados de 2005 à 2017	188
4.2. Análise dos dados para verificação da efetividade da política de gerenciamento de resíduos de saúde no Município	189
5. Considerações finais	190
Referências.....	190
II. DIREITO À SAÚDE E JUDICIALIZAÇÃO	193
ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA A GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE: A JUDICIALIZAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE ACESSO À SAÚDE.....	195
Ramiro Nóbrega Sant'Ana	
1. Introdução	196
2. As narrativas críticas construídas para a judicialização da saúde.....	197
3. O alcance da atuação da Defensoria Pública: crítica à tese da judicialização pelas elites.....	200
4. O perfil de atuação da Defensoria Pública e as iniciativas institucionais voltadas à realização das políticas públicas	202
4.1. Perfil das demandas levadas ao atendimento da Defensoria Pública	202
4.2. Inovações institucionais na atuação da Defensoria Pública	204
4.2.1. Câmara Permanente Distrital de Mediação em Saúde – Distrito Federal.....	204
4.2.2. O SUS Mediado – Rio Grande do Norte	205
4.2.3. Câmara de Resolução de Litígios em Saúde – Rio de Janeiro.....	206
4.2.4. Outras experiências institucionais de âmbito local.....	207
5. Considerações finais	208
Referências.....	208
A JUDICIALIZAÇÃO DO ACESSO AOS MEDICAMENTOS EM BELO HORIZONTE: UMA QUESTÃO SOBRE EQUIDADE.....	213
Kammilla Éric Guerra de Araújo e Carlota Quintal	
1. Introdução	214
2. O SUS e a equidade	215
3. A judicialização e as políticas públicas: o caso dos medicamentos	219
4. Metodologia	221
5. Panorama observado.....	223

6. Discussão: a judicialização e os poderes do estado	226
7. Considerações finais	231
Referências	232

THE COURTS AND THE DELIVERY OF MEDICINES BY UNIFIED HEALTH SYSTEM IN BRAZIL: RECENT DEVELOPMENTS IN A DIFFICULT RELATIONSHIP BETWEEN JUDGES AND POLICY-MAKERS.....237

Eduardo Rocha Dias e Gina Vidal Marcílio Pompeu

1. Introduction	238
2. Right to healthcare and evolution of judicial decisions.....	239
3. The actions of the Legislative and current trends in judicial decisions	242
4. Conclusion	247
References.....	248

DIREITO, SAÚDE E SUICÍDIO: IMPACTOS DAS LEIS E DECISÕES JUDICIAIS NA SAÚDE DOS JOVENS LGBT 251

Bruno Rafael Silva Nogueira Barbosa e Robson Antão de Medeiros

1. Introdução	252
2. Suicídio e juventude.....	254
3. Violência, saúde e população LGBT	260
4. Estigma, discriminação e suicídio LGBT	264
5. Direito e saúde da população LGBT	271
6. Implicações da garantia/negação de direitos na saúde de pessoas LGBT	277
7. Considerações finais	280
Referências.....	282

A DESPROTEÇÃO À SAÚDE DO TRABALHADOR E SUA JUDICIALIZAÇÃO290

Renata Salgado Leme e Luiz Pinto de Paula Filho

1. Introdução	291
2. A saúde do trabalhador e sua judicialização	292
2.1. A importância da saúde do trabalhador para a reforma política sanitária e as dificuldades para sua implementação	292
2.2. A desproteção à saúde do trabalhador protegida pela Constituição Federal de 1988 e seus reflexos judiciais	296
2.3. Por uma efetivação do direito fundamental à saúde do trabalhador	302
3. Considerações finais	303
Referências.....	304

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE SOB O OLHAR DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: UM EXAME DOS INCENTIVOS AO AJUIZAMENTO E À SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE CONFLITOS308

Victor Aguiar de Carvalho

1. Introdução	309
2. A realidade atual da judicialização em saúde e o entendimento dominante adotado pelo Judiciário.....	310
3. Incentivos que conduzem ao ajuizamento em massa de demandas por prestações de saúde.....	312
4. Incentivos enfrentados pela Administração Pública	316
4.1. Racionalidade da busca pela solução extrajudicial dos conflitos.....	316
4.2. Hipóteses explicativas para que a solução extrajudicial seja pouco frequente.....	320
4.2.1. Diferença entre custos marginais e custos médios.....	320
4.2.2. Inexistência de dados objetivos para a tomada de decisões racionais	321
4.2.3. Litigância em litisconsórcio passivo e ausência de regras objetivas quanto a quem suportará os ônus financeiros em cada hipótese.....	321
4.2.4. Potes orçamentários diversos.....	322
4.2.5. Pouca coordenação entre diferentes órgãos e entes.....	322
4.2.6. Resistência ao entendimento dominante adotado pelos Tribunais	323
5. Considerações finais	323
Referências.....	324

III. DIREITO À SAÚDE E AS INSTITUIÇÕES DE REGULAÇÃO.....327

A REGULAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL: PERSPECTIVAS E AMEAÇAS329

Carlos Marden Cabral Coutinho e Taís Vasconcelos Cidrão

1. Introdução	330
2. A importância da saúde suplementar no Brasil.....	331
3. A intervenção estatal na saúde.....	332
3.1. Regulamentação da faixa etária e seus custos para operadoras	334
4. Perspectivas para a saúde suplementar no Brasil.....	337
5. Considerações finais	339
Referências.....	340

OS MECANISMOS DE PARTICIPAÇÃO DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (ANS)343

Natasha Schmitt Caccia Salinas e Fernanda Martins

1. Introdução	344
2. Mecanismos de Participação das Agências Reguladoras no Brasil.....	346
3. Os Mecanismos de Participação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).....	350
3.1 A ANS.....	350
3.2 Modalidades de mecanismos de participação na ANS.....	351

4. A Efetividade dos Mecanismos de Participação da ANS.....	352
4.1. Uso dos mecanismos de participação	353
4.2. Os Principais Atores dos Mecanismos de Participação da ANS	357
4.2.1. Operadoras e suas entidades representativas.....	357
4.2.2. Prestadores e suas entidades representativas.....	358
4.2.3. Entidades consumeristas	359
4.2.4. Atores governamentais e suas entidades representativas.....	359
4.2.5. Órgãos intersetoriais	359
4.2.6. Indivíduos interessados.....	360
4.2.7. Outros atores.....	360
4.3. Os Limites da Participação nos Processos Decisórios da ANS.....	361
5. Considerações finais	366
Referências.....	367

PAPEL INSTITUCIONAL DOS CANAIS DE RECLAMAÇÃO PARA A RESOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE CONFLITOS SOBRE PLANOS DE SAÚDE: UMA ANÁLISE COMPARADA370
Rafaela Magalhães Nogueira Carvalho, Antônio José Maristrello Porto e Bruno Araujo Ramalho

1. Introdução	371
2. Metodologia de extração e categorização dos dados	372
3. Análise comparada entre os diferentes canais de reclamações.....	373
3.1. Panorama quantitativo das reclamações.....	373
3.3. Distribuição das reclamações por idade	376
3.4. Distribuição das reclamações por operadora.....	378
3.5. Temas mais reclamados	379
4. Os canais para a resolução extrajudicial de conflitos sobre planos de saúde não são suficientes?.....	382
4.1. Maior notoriedade e acessibilidade do Poder Judiciário.....	382
4.2. Imediatismo das liminares judiciais ou perenidade do direito a ser garantido	383
4.3. O conteúdo das decisões pode gerar incentivos para mais judicialização	384
4.4. As principais estratégias para reduzir a “judicialização da saúde” priorizam o Poder Judiciário como o centro da tomada de decisão	388
5. Considerações Finais	391
Referências.....	391

MEDICAMENTOS SEM REGISTROS NA ANVISA: UMA ABORDAGEM INSTITUCIONAL395
Igor De Lazari, Sergio Dias e Carlos Bolonha

1. Introdução	396
2. Da necessária ponderação institucional na dispensação de medicamentos sem registro na ANVISA: capacidades institucionais e efeitos sistêmicos	397

3. Limites institucionais na prestação de medicamentos	400
3.1. Prestação de medicamentos e o direito de tentar.....	403
3.2. Limites institucionais da regulação de medicamentos no processo legislativo	405
4 . Considerações finais	406
Referências.....	407

A SUSTENTABILIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA DAS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE DIANTE DA CONCESSÃO INDISCRIMINADA DE TUTELAS DE URGÊNCIA NO BRASIL..... 410

Álisson José Maia Melo e Nathalia Aparecida Sousa Dantas

1. Introdução	411
2. A colisão entre o direito fundamental à saúde e a prestação dos serviços de saúde pelas operadoras de planos de saúde.....	413
2.1. Os limites das Operadoras de Planos de Saúde enquanto integrantes do sistema de saúde	414
2.2. Da natureza jurídica dos planos de saúde e o problema da escassez dos recursos.....	415
3. As tutelas de urgência antecipada como mecanismos de concretização do direito individual à saúde	417
4. A necessidade de assessoramento técnico aos magistrados e da análise do impacto econômico das decisões judiciais em saúde suplementar.....	420
5. Considerações finais	428
Referências.....	429

PROHIBITION TO ADD AROMA AND FLAVOR TO SMOKING PRODUCTS: WHAT IS THE LIMIT OF THE REGULATORY POWER OF THE BRAZILIAN HEALTH REGULATORY AGENCY? 435

Joedson de Souza Delgado e Ivo Teixeira Gico Júnior

1. Introduction	436
2. Anvisa's Regulatory Practice	437
3. Is Anvisa's regulatory competence different?.....	441
4. External control by the judiciary	450
5. The regulation of additives providing flavor and aroma to tobacco smoke products: the judgement on the direct unconstitutionality action - adi no. 4.874.....	451
6. Conclusion	454
References.....	456

I. DIREITO À SAÚDE E POLÍTICAS

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

As Redes de Atenção à Saúde nos 30 anos do Sistema Único de Saúde: histórias, propostas e desafios

The Health Care Network in the Unified Health System's 30th anniversary: history, proposals and challenges

Márcia Araújo Sabino de Freitas

Maria Rizioneide Negreiros de Araújo

VOLUME 8 • Nº 3 • DEZ • 2018
DOSSIÊ ESPECIAL : POLÍTICAS PÚBLICAS
E O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

As Redes de Atenção à Saúde nos 30 anos do Sistema Único de Saúde: histórias, propostas e desafios*

The Health Care Network in the Unified Health System's 30th anniversary: history, proposals and challenges

Márcia Araújo Sabino de Freitas**
Maria Rizoneide Negreiros de Araújo***

RESUMO

No aniversário de 30 anos do Sistema Único de Saúde (SUS), discute-se a Rede de Atenção à Saúde (RAS), formalizada em 2010 pela Portaria n. 4.279 e reeditada pela Portaria de Consolidação n. 3 de 2017, ambas do Ministério da Saúde. Com o objetivo de identificar seus desafios e conquistas como organização da assistência em prol de maior efetividade das ações de saúde e de integração dos serviços, analisou-se um conjunto de pesquisas científicas havidas a partir de 2010, data da primeira portaria, que avaliaram a construção da RAS. Para tanto, após considerações sobre a RAS e as bases estruturais do SUS, realizou-se pesquisa bibliográfica na base de dados da Literatura Latino-Americana e do Caribe em Ciências da Saúde (LILACS), utilizando-se descritores em ciências da saúde (DeCS) em ampla busca. Após a aplicação de filtros para melhor direcionamento dos achados, foram obtidas 29 ocorrências para análise, dentre artigos, teses e dissertações. Verificou-se, a respeito do conjunto de pesquisas realizadas, que a integração permanece desafiando a Rede, principalmente em razão de problemas com: i) a falta de informação da população e, sobretudo dos profissionais do SUS sobre o funcionamento do próprio SUS; ii) o sistema de referência e contrarreferência, com importante defasagem na implantação do prontuário eletrônico e da formalização de fluxos entre os pontos da rede; iii) a relação entre os entes federativos, sobretudo quanto à falta de diálogo entre as estruturas e serviços que são mantidas pelos municípios com as providas pelos respectivos Estados; iv) a fragmentação decorrente da coexistência dos setores público e privado, que não conversam entre si, nem mesmo quando o poder público compra serviços na rede privada; v) a interferência da *política partidária* em questões que deveriam ser de *política de Estado*. Contudo, e apesar do agravamento do subfinanciamento do SUS atingir a Rede bem em seu momento de construção, a RAS segue sendo implantada no país e já apresenta resultados positivos, sobretudo com o fortalecimento da Atenção Primária à Saúde. E, de fato, a experiência de outros países aponta para avanços no setor saúde após a adoção da organização do setor em rede.

Palavras-chave: Sistema Único de Saúde. Administração de Serviços de Saúde. Política de Saúde. Assistência à Saúde. Atenção Primária à Saúde. História da Saúde Pública.

* Recebido em 01/10/2018
Aprovado em 09/01/2019

** Doutora em Saúde Pública pela Universidade de São Paulo (USP), Mestre em Direito pela Faculdade de Direito de São Paulo da USP; Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Advogada. E-mail : asf.marcia@gmail.com.

*** Professora Emérita da UFMG; Doutora em Enfermagem e Especialista em Saúde Pública pela USP; Mestre em Epidemiologia e Graduada em Enfermagem pela UFMG. Foi Diretora da Atenção Básica e Coordenadora do Programa Saúde da Família na Secretaria do Estado de Minas Gerais. Atualmente é membro da Comissão Coordenadora do curso de especialização em Atenção Básica em Saúde da Família do Núcleo de Educação em Saúde Coletiva da UFMG (NESCON). E-mail : rizo@nescon.medicina.ufmg.br.

ABSTRACT

The Brazilian Unified Health System (UHS) is on its 30th anniversary. In this context, assessing the path already taken by the Health Care Network is an important demand. It was formalized in 2010 through the Ministry of Health Ordinance n° 4,279, and further reedited in 2017 by the Consolidation Ordinance n° 3. This paper aims to identify the Network's challenges and achievements, as it represents the health assistance organization that tackles the integration and effectiveness problems of the services and actions. Therefore, after an essay about the UHS, bibliographic research made in the Health Sciences Literature of Latin America and the Caribbean Database (LILACS) looked for publications occurred after the promulgation of the Ordinance n° 4,279. 29 items were identified, including articles, thesis and dissertations. Integration stills plague the system, especially because of: i) the lack of information among the population and the health professionals about how UHS works; ii) the system of reference and counter reference, which suffers with lagging in the implementation of both the electronic medical record and in the service flows; iii) the lack of dialogue between the structures and services that are maintained by different federal entities; iv) the fragmentation resulting from the coexistence of public and private sectors that do not talk to each other, not even when the public system buys services from the private network; iii) the interference of party politics in issues that should be of state policy affairs. However, despite the worsening of the system underfunding reaching the Network well at the time of its construction, it continues to be implemented in the country and already has positive results, especially with the strengthening of the Primary Health Care. Indeed, other country's experience reveals benefits in the use of networks to tackle the health sector challenges.

Keywords: Unified Health System. Health Services Administration. Health Policy. Delivery of Health Care. Primary Health Care. Public Health History.

1. INTRODUÇÃO

Desde tempos remotos até os prenúncios do futuro, a humanidade recorre a redes para prosperar suas atividades. A pesca evoluiu, consideravelmente, quando se passou a utilizar redes em vez de apenas anzóis ou arpões. Pode-se viajar por dias em barcos pelos rios brasileiros com o descanso garantido por uma rede. É também uma rede de segurança que permite ao acrobata arriscar saltos cada vez mais altos. Redes ferroviárias interligam cidades, encurtam distâncias, unem famílias. E as redes de computadores articulam dispositivos potencializando funções, conectam pessoas, amplificam plataformas de discussão e somam iniciativas, de tal maneira que mal podemos antever todas as potencialidades das redes.

Assim, por meio de nós e linhas, sejam eles despreziosos ou sofisticados, as redes criam ligações e formam coletivos. E é dessa maneira, transformando singulares em conjuntos, que as redes desde muito fortalecem ações, organizam caminhos, produzem coerências e conferem segurança para avançar.

Não é de se admirar que o arranjo em rede seja a proposta do nosso Sistema Único de Saúde (SUS), alinhada a de outros sistemas de saúde pelo mundo, para organizar o setor saúde no Brasil, sobretudo ao se vislumbrar um país de dimensões continentais — tanto por sua extensão quanto por sua heterogeneidade —, e tendo como responsabilidade a saúde, esfera das mais complexas das necessidades humanas.

É assim que, no aniversário de trinta anos do SUS, e diante de seus múltiplos desafios e conquistas em suas poucas décadas de existência, este trabalho se propõe à revisão da literatura sobre a implantação da Rede de Atenção à Saúde (RAS) no Brasil, para identificar suas fragilidades, êxitos e caminhos, a partir de pesquisas realizadas após a promulgação da portaria do Ministério da Saúde (MS) n. 4.279, que formalizou a RAS.

Para tanto, entendeu-se necessário, primeiramente, contextualizar essa forma de sistematização da assis-

tência à saúde no histórico organizacional do próprio SUS, bem como nos valores que o fundam e objetivos que persegue. O primeiro capítulo a seguir se incumbe dessa tarefa. Posteriormente, parte-se para a pesquisa bibliográfica, descrita no segundo capítulo e realizada na base de dados da Literatura Latino-Americana e do Caribe em Ciências da Saúde (LILACS), o mais amplo índice a focalizar a produção científica brasileira na área da saúde.

Então, com a observação do conjunto de dados obtidos nas pesquisas, mais as reflexões sobre as bases do SUS, se espera oferecer um panorama analítico sobre os desafios e conquistas na implantação da RAS. E, ao avaliar a prática dos nós e articulações da rede, termina-se por elaborar também um quadro do próprio SUS no endereçamento da atenção à saúde em meio aos muitos percalços da conjuntura brasileira ao longo das três décadas de nosso primeiro e corajoso sistema de saúde universal e integral.

2. O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE E SUA REDE DE ATENÇÃO À SAÚDE: BASES E DESAFIOS

2.1. A Construção do SUS

A Constituição Federal de 1988, espelhando toda a carga de cidadania que o momento histórico de redemocratização do país inspirava, estabeleceu o direito à saúde, de forma universal e integral, que seria garantido pelo Estado que ali se conformava. Nesse momento, ganhava vida o SUS, como o sistema que, a partir de então, passaria a reger a área da saúde no Brasil. Vivia-se, na verdade, momento histórico pouco lembrado sob a perspectiva de se tratar de uma enorme mudança estrutural que era realizada no país “de baixo para cima” (e não “de cima para baixo”, como geralmente ocorre em nossa história). Isso porque realizada por um movimento social, com base em um arrojado projeto elaborado pela própria sociedade civil para cuidar do setor saúde, em vez de imposta à população pelas autoridades. Ainda, o SUS inova a gestão pública ao trazer o controle social para as suas bases, com a constante pactuação de metas juntamente à população. Nesse sentido, o SUS, além de refletir importante conquista na área da saúde e de se tratar do maior projeto de inclusão social da história do país, representa, ainda, relevante ganho em política, democracia e participação social.

No entanto, o SUS, apesar de em outubro desse ano comemorar 30 anos de existência, pode ser considerado jovem, ainda em implementação. Isso em parte pela ambição de seu projeto, mas, mais que isso, pela imensa dificuldade de se estabelecer na realidade social uma política pública em território tão extenso, povoado de desigualdades e complicadas questões políticas, sem contar o adequado financiamento desse projeto, que sofre de subfinanciamento crônico ao longo dessas suas três décadas.

Prova da juventude do SUS é que, mesmo a promulgação de normas que podem ser consideradas básicas ao financiamento e estruturação do sistema, é relativamente recente e distanciada do momento inicial de sua fundação pela Constituição de 1988. Em razão do complicado processo político brasileiro, uma norma como a importante lei n. 8.080/90, que trata das ações e serviços de saúde no país, demorou mais de 20 anos para ser regulamentada pelo decreto n. 7.508/11. Outro exemplo marcante foi a muito aguardada lei complementar n. 141, de 2012, que veio com atraso de mais de década regulamentar a emenda constitucional n. 29/00, determinando valores mínimos a serem aplicados anualmente pelos entes federativos em ações e serviços públicos de saúde, e fixando critérios de rateio dos recursos da União destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos municípios. E ainda há diversos marcos legislativos fundamentais que estão à espera de aprovação, a exemplo da regulamentação da lei n. 8.142/90, relativa ao controle social.

Nesse sentido, data de 2010 a portaria do Ministério da Saúde (MS) que disciplinou a RAS. Trata-se de arranjo organizativo de grande importância prática e que, na verdade, já fazia parte da concepção do SUS

desde sua criação, embora sua formulação tenha passado por aperfeiçoamentos ao longo dos anos¹ e carecia de maior especificação operacional. Foi, assim, formalizada para atender a um dos maiores problemas do SUS, que se refere à gestão integrada do sistema. Destaca-se, entretanto, que essa portaria foi revogada pela portaria de consolidação n. 3, de 2017, em meio a um movimento no qual o MS consolidou mais de 20 mil portarias sobre a estrutura do SUS em seis portarias de consolidação. A despeito da revogação expressa, a nova portaria basicamente repetiu o texto de 2010 em seu anexo, apenas unificando e organizando a normatização sobre redes em um único documento jurídico.

Ao se debruçar sobre a gestão de um sistema de saúde, primeiramente, é importante ter em mente que um sistema de saúde, mais do que simplesmente a forma pela qual se organizam recursos e demandas, é também a expressão de uma sociedade em relação ao valor saúde, ou a tradução de princípios em um arranjo estrutural. É assim que o SUS pode ser conceituado como “o arranjo organizacional do Estado brasileiro que dá suporte à efetivação da política de saúde no Brasil, e traduz em ação os princípios e diretrizes dessa política”². É, dessa forma, um sistema complexo, responsável pela articulação e coordenação das ações promocionais de saúde e de prevenção de agravos com as de cura e reabilitação. Ou seja, o SUS desenvolve não apenas a assistência à saúde, mas também vigilância sanitária, vacinação, controle de alimentos, entre outras ações. De tal maneira que toda a população brasileira é contemplada pelo SUS e se utiliza de seus serviços, mesmo as pessoas que, na assistência, preferem recorrer a instituições e profissionais particulares.

Assim como a Organização Mundial da Saúde (OMS), para o SUS, saúde não é simplesmente o oposto de doença e sim “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade” (Constituição da OMS). Essa visão holística do ser humano e de suas necessidades se opõe à concepção tradicional biologista e individual de saúde.

A adoção desse conceito ampliado de saúde pelo SUS reflete tanto a organização da sua assistência à saúde quanto o conteúdo dessa assistência. É assim que seu modelo assistencial enfoca a atenção básica e as ações de prevenção e promoção da saúde.

Um dos destaques nesse arranjo é a Estratégia Saúde da Família (ESF), política de organização da atenção à saúde e de ordenação dos investimentos que busca ultrapassar o modelo hospitalocêntrico típico de uma concepção tradicional de saúde, caminhando para uma maior aproximação dos profissionais de saúde com a população. A ESF foi concebida a partir do Programa Saúde da Família (PSF), criado em meados dos anos 90 e que, inicialmente, enfocava populações de risco (geralmente associado à pobreza ou precariedade de acesso aos serviços de saúde tradicionais). Com o sucesso do PSF, foi incorporado ao sistema como uma de suas bases, estendendo-o para toda a população brasileira sob a acepção de estratégia, daí sua designação atual³. Com a ESF, a equipe de saúde, multidisciplinar (já que a proposta é de abordagem holística), periodicamente parte em visita às casas das pessoas, conhecendo seu cotidiano e aprofundando-se em suas vidas. Ao mesmo tempo, após a visita, aqueles profissionais se tornam referência para a população quando procura atendimento nas Unidades Básicas de Saúde (UBS).

Em relação ao conteúdo dessa atenção, o SUS trabalha, por exemplo, a saúde da criança sob a ótica da saúde coletiva, em que, tradicionalmente, mencionava-se apenas “pediatria”. Da mesma forma, é endereçada a saúde mental, em vez de o enfoque apenas sob o viés da “psiquiatria”, ou a saúde do idoso, que deixa de ser apenas “geriatria”. Isso porque a aproximação holística do ser humano afasta o enfoque reduzido a órgãos ou especialidades médicas, trabalhando a pessoa dentro da sociedade e da família que ela vive, bem como no contexto do próprio sistema de saúde que a assiste.

1 ALBUQUERQUE, Mariana Vercesi de; VIANA, Ana Luiza d'Ávila. Perspectivas de região e redes na política de saúde brasileira. *Saúde em Debate*, Rio de Janeiro, v. 39, n. esp., p. 28-38, dez. 2015.

2 VASCONCELOS, Cipriano Maia de; PASCHE, Dário Frederico. O Sistema Único de Saúde. In: CAMPOS, Gastão Wagner de Sousa Campos et al. (org.). *Tratado de saúde coletiva*. São Paulo: Hucitec; Rio de Janeiro: Fiocruz, 2006. p. 531.

3 INSTITUTO SUL-AMERICANO DE GOVERNO EM SAÚDE. *Mapeamento e análise dos modelos de atenção primária à saúde nos países da América do Sul: atenção primária à saúde no Brasil*. Rio de Janeiro: Instituto Sul-Americano de Governo em Saúde, 2014.

Embasado pelos dizeres constitucionais e pelo conceito ampliado de saúde, o SUS se norteia por princípios tidos como de duas espécies: doutrinários e organizativos. Esses princípios encontram previsão expressa nas normas que o estruturam, especialmente na Constituição e na Lei nº 8.080/90. Os doutrinários se referem à filosofia que permeia a criação e implementação do sistema, enquanto que os organizativos dizem respeito à orientação para o seu funcionamento.

São princípios doutrinários a universalidade (acesso a toda a população), a equidade (igualdade no acesso) e a integralidade da atenção (disponibilidade de todos os níveis de complexidade de atenção, com articulação conjunta e contínua de ações e serviços de recuperação, prevenção e promoção; também diz respeito à visão holística do ser humano, extrapolando a atenção voltada apenas para aspectos puramente biológicos). Já os princípios organizativos abrangem a descentralização (distribuição das responsabilidades — e verbas — sobre as ações e serviços de saúde entre os três entes federativos, de forma articulada e hierarquizada, com ênfase na municipalização e regionalização), a regionalização (adequada distribuição de serviços para a promoção da equidade de acesso, otimização dos recursos e racionalidade de gastos) e hierarquização do sistema (organização do sistema por níveis de atenção em complexidade crescente), e a participação e controle social (garantia de que a população, por meio de entidades representativas, participe do processo de formulação de políticas públicas de saúde e do seu controle e execução).

Em relação à gestão e a formulação de diretrizes, as três esferas de governo têm responsabilidades. A maior parte dos recursos vem da União, que estabelece as diretrizes nacionais. Os municípios têm papel de grande destaque na implementação e execução dos serviços e ações (são eles que aderem ou não a programas nacionais, contratam e remuneram os profissionais e constroem e mantêm as estruturas físicas, por exemplo). Os Estados apoiam a implementação da atenção nos municípios, controlam e monitoram os repasses de recursos federais e são essenciais na integração dos municípios com a União Federal.

Além dos entes federados, em razão do princípio da descentralização, estabeleceram-se espaços institucionais que influenciam a tomada de decisões e a criação e revisão das diretrizes do SUS⁴. É assim que, embora o gestor federal tenha a competência para a formulação das diretrizes gerais, conforme a Lei nº 12.466/11, elas são discutidas, pactuadas e aprovadas na Comissão Intergestores Tripartite, que é composta por gestores das três esferas federativas. Da mesma forma, no âmbito estadual, encontram-se as Comissões Intergestores Bipartites, que contam com representantes das secretarias estaduais e municipais de saúde. Ressalte-se que o Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS) e o Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (CONASEMS) são, inclusive para os fins de indicar os representantes nas mencionadas Comissões, entidades representativas dos entes estaduais e municipais para tratar de matérias referentes à saúde.

Ainda, atendendo ao princípio da participação e controle social, a Lei n. 8.142/90 criou os Conselhos de Saúde e as Conferências de Saúde, ambos nos âmbitos federal, estadual e municipal. Os Conselhos têm caráter permanente e deliberativo. Conforme a Resolução n. 22/92 do Conselho Nacional de Saúde (CNS), 50% dos conselheiros devem representar os usuários, 25%, os trabalhadores da saúde e 25%, os gestores e prestadores de serviço. As Conferências de Saúde, importantes fóruns de participação de vários segmentos sociais, podem ser convocadas, dentre outras hipóteses, pelo Poder Executivo ou pelos próprios Conselhos. Enquanto as Conferências avaliam a situação de saúde e propõem diretrizes, os Conselhos formulam as estratégias para o enfrentamento das questões de saúde e controlam a execução das políticas pelo gestor. As diretrizes formuladas pelos Conselhos, que podem ser, inclusive, de caráter econômico-financeiro, são posteriormente homologadas pelo chefe do poder Executivo do respectivo âmbito federativo.

Importante mencionar também que o SUS convive com: i) o Sistema de Saúde Suplementar, que se refere basicamente aos planos de saúde privados, regulados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar

4 INSTITUTO SUL-AMERICANO DE GOVERNO EM SAÚDE. *Mapeamento e análise dos modelos de atenção primária à saúde nos países da América do Sul: atenção primária à saúde no Brasil*. Rio de Janeiro: Instituto Sul-Americano de Governo em Saúde, 2014.

(ANS) e às cooperativas médicas; e com ii) o Sistema de Desembolso Direto, que é aquele em que o usuário se recorre à medicina liberal com gasto direto e que é pouquíssimo regulado e bastante estimulado por renúncias fiscais⁵.

Ressalte-se que não se trata de mera coexistência, pois o SUS compra leitos e paga por procedimentos em instituições particulares. Com isso, de um lado, o sistema público também financia a rede privada. De outro, acaba contradizendo suas bases internalizando características típicas de sistemas fragmentados⁶, como o financiamento por procedimentos e o incentivo à centralização da atenção no profissional médico.

2.2. Adversidades vivenciados pelo sistema de saúde

Apesar dos inegáveis avanços e benefícios para a população brasileira, o SUS ainda precisa percorrer longo caminho para concretizar-se conforme o projetado. O desafio começa pela concepção que as pessoas formulam sobre o próprio sistema: grande parte da população tem ideia segmentada a respeito do SUS, como se fosse destinado apenas às pessoas de baixa renda, que não têm como pagar por planos de saúde privados⁷, e aos procedimentos de alta complexidade, que não costumam ser disponibilizados pelos planos de saúde particulares. E, no entanto, como as camadas economicamente excluídas não conseguem se posicionar com robustez no jogo político, se o sistema for visto como voltado apenas para elas, jamais terá a força necessária para concretizar-se em sua plenitude⁸.

De outro lado, os procedimentos de alta complexidade, que são muito utilizados pelas camadas de maior poder econômico, são os mais dispendiosos para o SUS, enquanto servem a uma porção menor de usuários. Note-se que uma atenção primária de qualidade diminui a demanda pelos procedimentos de média e alta complexidade. Então, além da questão ética de justiça social, também pelo ponto de vista financeiro, investir prioritariamente na atenção básica é mais eficiente conquanto beneficia-se número muito mais expressivo de usuários e se evita gastos com procedimentos mais caros.

Questões relativas ao financiamento e também à eficiência de gastos do sistema são um dos maiores problemas enfrentado pelo SUS, sendo constantemente apontada a necessidade de maiores investimentos no sistema e, em seguida, de melhor gestão dos seus recursos⁹.

Em relação à necessidade de investir mais no SUS, é comum a comparação com sistemas de outros países que, mesmo sendo mais restritos na prestação de serviços à população, recebem, consideravelmente, mais investimentos públicos do que nosso sistema universal e de atendimento integral. Ou, ainda, a análise do Brasil diante de outros países que também adotam sistema universal, que acaba mostrando deficiências relativas do Brasil em relação aos gastos públicos dispendidos em saúde¹⁰.

Mais impactante do que observar as diferentes realidades dos países é verificar exemplos nos próprios dados de gastos e repasses do SUS. Conforme levantamento realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) com dados de 2010, o custo de recursos humanos total de uma equipe de saúde da família para um município é de, aproximadamente, R\$40.755,25. Os repasses da União (que, como já dito, representam a maior parte dos recursos para a saúde) para uma equipe da modalidade II (a mais comum

5 BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. *Legislação estruturante do SUS*. Brasília: CONASS, 2007.

6 MENDES, Eugênio Vilaça. As redes de atenção à saúde. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 5, p. 2297-2305, 2010.

7 VIANNA, Solon Magalhães (coord.). *Atenção de alta complexidade no SUS: desigualdades no acesso e no financiamento*. Projeto Economia da Saúde. Brasília: Ministério da Saúde: Ipea, 2005.

8 BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. *Sistema Único de Saúde*. Brasília: CONASS, 2007.

9 PAIM, Jairnilson *et al.* The brazilian health system: history, advances, and challenges. *Lancet*, v. 377, p. 1778-1797, 21 may 2011. (Series: Health in Brazil). GRAGNOLATI, Michele; LINDELOW, Magnus; COUTTOLENC, Bernard. *Twenty years of health system reform in Brazil: an assessment of the Sistema Único de Saúde*. Washington, DC: World Bank, 2013.

10 BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. *O financiamento da saúde*. Brasília: CONASS, 2007.

no país) somam R\$13.756,00 – ou seja, apenas 33,75% do custo total daquela equipe¹¹. Outro exemplo é o Piso de Atenção Básica Fixo – PAB Fixo (valor fixo recebido mensalmente pelos municípios com base na população municipal definida pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE), que, segundo a portaria do MS n. 1.409/13 c/c a Portaria n. 3.947/17, é de apenas R\$23,00 a R\$28,00 por habitante ao ano. Os recursos de saúde repassados aos municípios são compostos por itens que podem agregar montantes ao valor do PAB Fixo, mas, mesmo sem discriminá-los, já é bastante claro que R\$23,00 ao ano por habitante, ainda que com acréscimos, não são suficientes para cobrir os custos que os municípios têm com a atenção primária à saúde de sua população.

Vê-se, apenas com esses exemplos, o quão apertado é o orçamento da saúde para os municípios e como o dinheiro público, em todas as searas, deveria ser mais bem investido e gerido. Isso tanto para que houvesse mais recursos disponíveis para áreas prioritárias, como a saúde, como para que os recursos destinados à saúde não fossem desperdiçados simplesmente por má gestão.

Ainda sobre o subfinanciamento do SUS, é importante notar que o Sistema de Desembolso Direto é o mais relevante do ponto de vista de gastos em saúde no Brasil. Apesar desse fato, ele é exatamente o menos regulado, mais incentivado por isenções fiscais e o menos considerado na análise de políticas públicas do país¹². Outra contradição constantemente apontada pelos estudiosos do sistema é que o Estado paga a seus funcionários públicos planos de saúde privados, investindo grandes montas no Sistema de Saúde Suplementar¹³, em vez de direcionar esses investimentos ao sistema público para que seja melhor para todos.

É também necessário melhorar a qualidade dos gastos em saúde. Há vários exemplos de gastos que poderiam ser mais bem manejados. A maior parte dos leitos contratados pelo SUS se encontra em hospitais particulares de poucos leitos, o que gera patente deseconomia de escala e escopo¹⁴. Ao mesmo tempo, grande parte de equipamentos de alto custo está instalada em municípios que não têm tamanho e demanda para suportá-los¹⁵. Outro exemplo são os ajustes desiguais na tabela de pagamento de procedimentos, que acabam favorecendo os procedimentos de alta complexidade, em detrimento dos demais, aumentando os gastos do SUS com a atenção de alta complexidade¹⁶. Aliás, o sistema de remuneração por procedimentos, por si só, acaba induzindo a ocorrência de procedimentos mais caros. Hospitais podem, por exemplo, realizar internações desnecessárias para serem mais bem pagos pelos procedimentos adotados. Além disso, conforme já notado, se a atenção primária falhar, usuários que originalmente não requeriam tratamentos caros e complexos acabam indo parar na atenção de média e alta complexidade, em razão da piora ou não tratamento de sintomas, ou mesmo pela simples falha ou inexistência da rede de atenção básica. Todos esses fatores geram gastos ineficientes para um sistema que já tem que lidar com recursos escassos.

Dessa maneira, um círculo vicioso acaba por ser criado, retornando ao problema inicial sobre a percepção que a população tem do sistema: a gestão de recursos do SUS parece reafirmar a visão segmentada do sistema e favorecer aquela menor parte da população, economicamente incluída, que se utiliza dele para os procedimentos de alta complexidade.

Há, ainda, outra forma de segmentação que impacta diretamente na organização e efetividade do sistema, que é a promovida por diferenças político-partidárias. Infelizmente, não raro essas forças interferem na governabilidade do sistema, impedindo um pensamento comum voltado para as necessidades do SUS e da

11 VIEIRA, Roberta da Silva; SERVO, Luciana Mendes Santos. *Estimativas de custos dos recursos humanos em atenção básica*. Equipes de Saúde da Família (ESF) e Equipes de Saúde Bucal (ESB). Nota técnica nº 16. Brasília: Ipea, 2013.

12 BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. *Legislação estruturante do SUS*. Brasília: CONASS, 2007.

13 BAHIA, Ligia. O SUS e os desafios da universalização do direito à saúde: tensões e padrões de convivência entre o público e o privado no sistema de saúde brasileiro. In: LIMA, Nísia Trindade *et al.* (org.). *Saúde e democracia: história e perspectivas do SUS*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005.

14 BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. *Legislação estruturante do SUS*. Brasília: CONASS, 2007.

15 GRAGNOLATI, Michele; LINDELOW, Magnus; COUTTOLENC, Bernard. *Twenty years of health system reform in Brazil: an assessment of the Sistema Único de Saúde*. Washington, DC: World Bank, 2013.

16 BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. *Legislação estruturante do SUS*. Brasília: CONASS, 2007.

saúde da população por priorizar benefícios a políticos ligados a um partido e malefícios a opositores. Os municípios são particularmente muito sensíveis a essas forças, pois dependem fortemente das transferências de recursos federais em razão de sua arrecadação tributária não ser bastante diante de seus gastos. Além disso, as gestões municipais sofrem com a proximidade de oligarquias políticas locais. Para que a cogestão e a corresponsabilidade entre os entes federativos em prol da integralidade da atenção realmente funcionem, é necessário superar diferenças partidárias e assumir o objetivo comum da melhora das condições de saúde da população.

Os desafios do SUS passam também por questões complexas relacionadas à educação em saúde, tanto por parte da população quanto de profissionais; à precarização dos recursos humanos do sistema¹⁷ e à melhor distribuição dos profissionais de saúde pelo território do país.

2.3. Rede de Atenção à Saúde: uma resposta aos impasses enfrentados pelo SUS que também reafirma suas bases

Foi no contexto de enfrentamento dos desafios resumidos no item anterior que ocorreu a estruturação da RAS, principalmente como resposta aos problemas de financiamento e integração do SUS.

Uma vez que “os sistemas de saúde são respostas sociais deliberadas às necessidades de saúde da população [...], ao se discutir uma proposta de organização do [...] SUS, deve-se começar por analisar que necessidades de saúde se expressam na população brasileira”¹⁸. Conforme elucida a própria Portaria n. 4.279/10, o atual perfil epidemiológico brasileiro é caracterizado por uma complexa tripla carga de doença, que abarca três realidades muito diferentes:

i) a persistência de doenças parasitárias, infecciosas e de desnutrição, bem como de problemas reprodutivos com mortes de mães e de óbitos infantis por causas tidas como evitáveis, tudo segundo características típicas de países subdesenvolvidos;

ii) o desafio das doenças crônicas, acentuado pelo processo de transição demográfica brasileiro com o envelhecimento e maior longevidade da população, junto com o aumento de fatores de risco como a obesidade e o sedentarismo; e

iii) o crescimento das causas externas em decorrência do aumento da violência e dos acidentes de trânsito.

Para enfrentar os problemas de integração e financiamento e ainda adequar a atenção ao perfil epidemiológico que se apresenta na população, a proposta é organizar a RAS tendo a Atenção Primária à Saúde (APS) como coordenadora do cuidado e ordenadora da rede — de forma coerente, aliás, com as bases do SUS. A portaria alude a experiências anteriores de organização de redes com foco e coordenação da APS como mecanismo de superar a fragmentação sistêmica e que foram também bastante eficazes na alocação de recursos e capazes de enfrentar o perfil epidemiológico e socioeconômico encontrado no país. Assim, a APS ganhou papel central na portaria n. 4.279/10, sendo a grande articuladora de toda a atenção à saúde no SUS, além de ser a porta de entrada dos usuários ao sistema. Entretanto, no arranjo em rede, todos os pontos de atenção são considerados igualmente importantes, diferenciando-se apenas em relação às suas finalidades e densidades tecnológicas que os caracterizam.

A regionalização ordena a descentralização e são os municípios que prestam os serviços em APS dentro do território. Como já dito, eles têm grande autonomia e papel central na criação, contratação de profissionais e execução das estruturas de atenção primária do sistema, estando organizados conforme regiões de

17 BRASIL. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. *O desenvolvimento do Sistema Único de Saúde: avanços, desafios e reafirmação dos seus princípios e diretrizes*. Brasília: Ministério da Saúde, 2003.

18 MENDES, Eugênio Vilaça. As redes de atenção à saúde. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 5, p. 2297-2305, 2010. p. 2298.

perfil similar. Cada região pode receber tratamento (e financiamento) distinto dentro do sistema, a depender da quantidade e do perfil de sua população e de suas necessidades territoriais específicas. As regiões devem ter polos onde os serviços de maior complexidade se concentram conforme a demanda, de forma que o indivíduo não necessite se deslocar corriqueiramente para as capitais dos Estados, que muitas vezes são distantes de onde reside e já sofrem com demanda excessiva por seus serviços. Tudo isso de forma a simplificar e agilizar o acesso, aumentar a resolutividade das demandas e gerar economia de escala e escopo.

Para atender à integralidade da atenção e melhorar a integração com o Sistema Complementar, os entes federativos também têm à disposição a contratualização para complementar a rede. Mais do que a simples contratação fragmentada de serviços da rede privada ou de entidades da administração pública, a contratualização envolve um esforço em rede, de corresponsabilização e de monitoramento do cumprimento de metas e objetivos previamente pactuados. Segundo a portaria, a RAS deve ter integração vertical e horizontal similar a de uma cadeia produtiva que segue os preceitos advindos da teoria econômica. Dessa forma, equilibra-se a concepção de um projeto de saúde universal e integral próprio de Estados de Bem-Estar Social com a realidade de recursos escassos de um país em desenvolvimento.

Efetivamente, diversos estudos reportam que redes de atenção baseadas na APS que foram implantadas em outros países conseguiram reduzir a necessidade da atenção hospitalar e a ocupação de leitos hospitalares, gerando economia de recursos ao sistema e desafogando as esperas nas internações. Ao mesmo tempo, a implantação das redes aumentou a satisfação da população com a assistência prestada e a percepção de seu próprio estado de saúde. Em análises de custo-efetividade, há também relatos de aumento na qualidade de anos de sobrevivência. Por fim, reporta-se melhora na relação entre os usuários e os profissionais de saúde, com maior satisfação desses profissionais e ganhos na obtenção de informações sobre as condições clínicas dos pacientes que auxiliam no tratamento, principalmente de condições crônicas¹⁹.

Contudo, a RAS, principalmente durante o período da sua construção, é cara e exige grande investimento para ser implantada, ainda que em longo prazo possa significar redução de custos. Sem o necessário empenho e significativo investimento, a rede pode se perder em nós mal atados e ligações inexistentes.

Em relação à gestão dos recursos, a portaria destacou a importância de economias de escala e escopo, que ganharam status de fundamentos da RAS. Na integração, forte ênfase foi dada à resolutividade das demandas (inclusive com fixação de metas e de instrumentos de avaliação dos resultados), no compartilhamento de informações entre as unidades e instituições de saúde (que devem receber o aparato tecnológico necessário para tanto), na articulação e fusão das mesmas, sempre visando, novamente, gerar economia de escala e escopo. Ainda, concebeu-se a organização em rede de forma a compreender a integração do próprio usuário no processo, mediante o incentivo da sua autonomia e da tomada de decisões compartilhadas no seio do projeto terapêutico.

A proposta parece muito adequada para endereçar as peculiaridades da demanda por saúde no Brasil e também para enfrentar grandes problemas do SUS. A portaria chegou a inovar, muito positivamente, no quadro normativo brasileiro ao ressaltar duas das grandes demandas da bioética: o respeito aos valores e decisões do usuário como forma de integrá-lo ao tratamento e à rede em si; e os cuidados paliativos, que ganham estímulo, bem como a avaliação da qualidade de vida conforme viés do próprio usuário. No entanto, estudos realizados no Brasil, antes mesmo da publicação da Portaria, já apontavam como grandes dificuldades para a consolidação das RAS no país:

- 1) hegemonia de uma cultura organizacional e de técnicos voltada para sistemas fragmentados; 2) equipes técnicas insuficientemente capacitadas e lideranças não motivadas para promover mudanças; 3) inexistência ou insuficiência de sistemas logísticos de suporte às redes; e 4) políticas de investimento e marco jurídico-legal inadequados para o propósito de consolidação de redes²⁰.

19 MARSTELLER, Jill A. *et al.* Physician satisfaction with chronic care processes: a cluster-randomized trial of guided care. *Annals of Family Medicine*, v. 8, n. 4, p. 308-315, aug. 2010. VERAS, Renato Peixoto *et al.* Integração e continuidade do cuidado em modelos de rede de atenção à saúde para idosos frágeis. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 48, n. 2, abr. 2014.

20 SILVA, Silvio Fernandes da. Desafios para o aperfeiçoamento das redes de atenção à saúde no SUS no contexto da imple-

Passa-se à análise do enfrentamento de cada um desses tópicos.

Em relação ao quarto tópico, a Portaria n. 4.279/10 veio adequar o marco jurídico. A norma, entretanto, guarda algumas omissões de conteúdo: perdeu-se a chance de definir com maior precisão a regionalização, por exemplo. Também não está claro o quanto a portaria foi discutida com a população, de forma a atender ao princípio da participação social. Ainda, tecnicamente, a norma tem estrutura e características formais que a distanciam de um bom texto legal (vide a Lei Complementar n. 95/98, que dispõe sobre a redação e elaboração de textos legais), o que pode afetar sua compreensão e eficácia enquanto texto normativo. Mas, mesmo com essas falhas e omissões, a simples existência de regulação e formalização da RAS já é um grande passo em direção à resolução do problema enumerado no último dos tópicos acima.

Ainda sobre esse tópico, a Lei Complementar n. 141/12 está dando mostras de não ter conseguido de fato realizar grande mudança na política de investimento em saúde, obrigando que determinados percentuais fossem aplicados exclusivamente no setor. Gestores às vezes justificam gastos diversos como se em saúde fossem, já que realmente diversas estruturas e ações podem implicar benefícios indiretos na saúde da população. Falta informação e a fiscalização da destinação dos percentuais também é insuficiente. Dessa forma, mesmo após a promulgação da tão esperada lei, persiste a necessidade de investir mais em saúde no país e de cuidar para que esse investimento seja de qualidade.

Já a fragmentação do sistema persiste não apenas na cultura dos gestores e técnicos da área como enumerado acima: é um espelho da mentalidade da própria população. Em relação à capacitação e às boas lideranças, também é histórica a pouca importância dada à educação no país. O baixo investimento em educação afeta, de um lado, a população, que, além de não ser bem informada quanto à prevenção de doenças e promoção da saúde, sequer tem informações mínimas sobre como se comportar diante do sistema de saúde. Em razão disso, dentre outras questões problemáticas, usuários acabam atravessando toda a rede, iniciando o acesso ao sistema pelos superlotados serviços de pronto-atendimento e emergência dos hospitais. É assim que resultados de 2012 do Programa de Melhoria do Acesso e da Qualidade da Atenção Básica (PMAQ) mostraram que, por exemplo, enquanto 93% das equipes de APS reservam vagas para atendimento no mesmo dia, grande contingente dos usuários entrevistados relatou que não buscou as UBS simplesmente por não saber que a equipe atendia demandas de urgência²¹, ou seja, por falta de informação sobre como caminhar pelo sistema de saúde. De outro lado, muitos dos próprios técnicos e gestores que atuam no sistema não o compreendem bem, além de que, não raro, sequer têm conhecimento sobre gestão e finanças públicas. Ainda, para diversas áreas prioritárias, há carência de infraestrutura e de sistemas logísticos bem integrados no país, de modo que a saúde não agoniza sozinha no espectro da administração pública. Assim, se houve alguma mudança quanto ao quarto tópico mencionado acima, em relação aos demais, os problemas persistem.

E é patente que o marco teórico-jurídico não realiza mudanças práticas por si só. Para a efetivação da RAS, é necessário grande suporte financeiro e, também, de mudança na mentalidade da população, gestores e profissionais de saúde. Tal mudança fundamentalmente requer longo trabalho de capacitação profissional e investimento em educação, tanto dos profissionais quanto da população em geral.

E então, após tudo o que foi exposto, no aniversário de 30 anos do SUS, como está se desenvolvendo a implementação da RAS e das diretrizes constantes da portaria n. 4.279/10? Por enquanto, quais desafios permanecem e quais foram as conquistas desse modelo de organização do sistema? São essas perguntas que guiam a revisão bibliográfica deste trabalho, descrita no capítulo a seguir.

mentação do Pacto pela Saúde. In: SILVA, Silvio Fernandes da (org.). *Redes de atenção à saúde no SUS: o Pacto pela Saúde e redes regionalizadas de ações de serviços de saúde*. Campinas: IDISA: CONASEMS, 2008. p. 125.

21 INSTITUTO SUL-AMERICANO DE GOVERNO EM SAÚDE. *Mapeamento e análise dos modelos de atenção primária à saúde nos países da América do Sul: atenção primária à saúde no Brasil*. Rio de Janeiro: Instituto Sul-Americano de Governo em Saúde, 2014.

3. REVISÃO BIBLIOGRÁFICA: APONTAMENTOS DA LITERATURA APÓS A PORTARIA N. 4.279/10

Revisões de literatura periódicas são necessárias para se verificar o conhecimento adquirido em determinado tempo/lugar, bem como para identificar, em plano maior, falhas e ganhos de uma política pública, analisando um conjunto de pesquisas e estudos cujos dados foram colhidos e examinados por pesquisadores diferentes e em contextos diversos. Os resultados da observação desse conjunto, além de apontar tendências gerais, podem auxiliar a traçar rumos futuros, com o embasamento da produção científica gerada por especialistas de vozes e trajetórias variadas.

Dessa forma, a fim de verificar a literatura havida nesses anos de implantação da RAS, realizou-se revisão bibliográfica, em setembro de 2018, na base de dados da Literatura Latino-Americana e do Caribe em Ciências da Saúde (LILACS). Conforme o próprio nome esclarece, trata-se de base de dados especializada na literatura latino-americana e caribenha na área da saúde, sendo o índice mais compreensivo em seu domínio — contendo, por exemplo, a base Scientific Electronic Library Online (SciELO) e diversas outras.

Após o teste de algumas chaves de busca, determinou-se que a pesquisa ocorreria sob a diligência a seguir, que conseguiu excluir as muitas ocorrências impertinentes ao fazer constar o número da portaria que trouxe a RAS ao mundo jurídico, focalizando, corretamente, o tema pretendido:

“rede de atencao a saude” OR “redes de atencao a saude” AND 4279 OR 4.279

Inicialmente, a busca retornou 123 resultados. Foram, então, aplicados filtros por disponibilidade do texto completo, publicações referentes ao Brasil e ocorridas a partir do ano de 2010 (data da Portaria n. 4.279) até o presente momento. Restaram 37 ocorrências nessa segunda etapa, constituídas por diversos tipos de textos.

Entretanto, constatou-se que um mesmo artigo ocorreu duas vezes, uma tese de doutorado não apresentava inteiro teor disponível, uma ocorrência era um texto normativo, outra, uma diretriz do MS e uma última, um manual do MS sobre o técnico em hemoterapia — portanto, impertinentes aos critérios e objetivo deste estudo. Assim, resultaram para análise e leitura do inteiro teor 29 ocorrências, dentre artigos de periódicos (25), teses de doutorado (duas) e dissertações de mestrado (duas). A pesquisa advinda de uma das teses localizadas foi veiculada em um artigo que também sucedeu na busca, mas ambos foram analisados.

Destaca-se que vários trabalhos não versavam diretamente sobre a RAS, mas, como diversos assuntos concernentes ao SUS e à sua organização são relacionados à RAS ou tangenciam seus temas de interesse de forma compreensiva, bem como que não havia, dentre os resultados finais, nenhum trabalho totalmente fora da temática, optou-se por não excluir da leitura nenhuma ocorrência em razão de seu assunto.

Dentre os achados, há alguns ensaios (redações teóricas sobre um assunto) e muitos relatos de pesquisas empíricas, qualitativas ou quantitativas, com dados primários ou secundários. Essas pesquisas foram realizadas nas mais diversas localidades do país, cobrindo todas as regiões do Brasil. Os autores também advêm de variadas universidades e centros de pesquisa, embora ocorra certa frequência de publicações ligadas a instituições com grande tradição em estudos de saúde coletiva, como é o caso da Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz) — que, por sua vez, tem unidades técnico-científicas espalhadas por vários Estados da Federação. De qualquer forma, restou claro que o conjunto de trabalhos obtido por meio do levantamento representa uma interessante pluralidade de discursos e métodos de pesquisa. Ainda que todos os textos relevam, em maior ou menor grau, ao objeto de estudo, trazendo contribuições e dados que interessam a uma análise da estruturação e concepção da RAS no país.

Passando-se à análise dos resultados obtidos, a maioria dos trabalhos destaca, seguindo o texto da Portaria n. 4.279, que o SUS tem o desafio de lidar com a complexa tripla carga de doenças brasileira e que a RAS

veio em socorro a esse fim, para trazer maior integração aos serviços e ações de saúde do sistema.

Contudo, em que pese esse objetivo e, infelizmente conforme o esperado, *todos* os escritos que tratam da RAS concluíram que esta padece de sérios problemas exatamente de integração. Ou seja, indicam que a rede está com ligações frouxas e ainda tem muitos “nós” a fixar.

Além disso, as publicações mostraram que, mesmo os próprios trabalhadores e gestores do sistema não compreendem aspectos demasiado importantes atinentes a conceitos de saúde coletiva, ao funcionamento do SUS e da rede, e à adequada compreensão das atividades e profissões da área da saúde.

É assim que, por exemplo, o trabalho de Araújo et al.²², sobre a organização dos serviços farmacêuticos nas regiões de saúde, revela que há má compreensão, na prática, da concepção de dispensação de medicamentos, sendo essa atividade muitas vezes tratada como mera entrega de medicamentos. Essa confusão de conceitos acaba empobrecendo e prejudicando a atenção à saúde da população, com farmacêuticos atuando mais de forma burocrática do que no processo de produção de saúde:

A efetiva estruturação da Assistência Farmacêutica nas RAS é fundamental, não só para ampliar e qualificar o acesso da população aos medicamentos, mas também para qualificar o cuidado em saúde ofertado diretamente aos usuários do sistema. Nesse sentido, há que se superar uma visão restritiva das atividades de assistência farmacêutica, que habitualmente valoriza quase que exclusivamente seu componente logístico em detrimento da clínica farmacêutica.²³

Outro exemplo é trazido no estudo de Andrade et al.²⁴, no qual foram colhidas entrevistas com profissionais do Programa de Atenção Domiciliar (PAD), que é ligado às Unidades de Pronto Atendimento (UPA), como uma espécie de internação domiciliar que promove a “desupalização”²⁵ (desinstitucionalização) — ou seja, com finalidade específica e diversa das visitas dos profissionais da Estratégia Saúde da Família (ESF). Verificou-se o desconhecimento, não só perante a população, mas também dentre os demais profissionais de saúde, sobre os objetivos e a inserção da atenção domiciliar na rede. Os depoentes acreditam que o problema, que afeta demasiado a integração da rede e a prestação da melhor atenção à saúde para a população, seja primordialmente uma questão de simples falta de informação, de desconhecimento por parte das pessoas sobre o trabalho da atenção domiciliar:

A inserção do PAD [...] não é uma coisa muito bem conhecida. Sabe-se que existe o PAD, mas não se sabe como o PAD trabalha e a quem ele está destinado, a qual tipo de paciente [...]. E a rede de um modo geral não conhece como precisa ser conhecido, até para usufruir melhor da gente (E3).

Então, a inserção do PAD ainda é um pouco complicada, o papel do PAD ainda é muito pouco definido em relação ao PSF. Mas não pela definição propriamente dita, mas pela concepção que as pessoas têm em relação ao PAD, elas ainda não entendem muito bem o que é o PAD e sua função (E5).

A inserção do PAD na rede ela ainda não está adequada. Eu acho que muito é por falta de informação mesmo. Então, assim, o posto de saúde não entende como é o trabalho do PAD, nas UPAs, nos hospitais, eles também não entendem o que é o trabalho do PAD. Então, acaba que o PAD não está totalmente inserido, mas mais por falta de conhecimento. Porque o PAD é como todos os outros, ele tem um lugar muito específico dele, que se as pessoas soubessem utilizar ia ser excelente para a população (E6).²⁶ (trechos dos depoimentos de três profissionais do PAD entrevistados pelos autores).

Como consequência, as publicações mostraram, ainda, que os operadores da rede (gestores e trabalhado-

22 ARAÚJO, Suetônio Queiroz *et al.* Organização dos serviços farmacêuticos no Sistema Único de Saúde em regiões de saúde. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 4, p. 1181-1191, 2017.

23 ARAÚJO, Suetônio Queiroz *et al.* Organização dos serviços farmacêuticos no Sistema Único de Saúde em regiões de saúde. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 4, p. 1181-1191, 2017. p. 1187.

24 ANDRADE, Angélica Mônica *et al.* Organização das Redes de Atenção à Saúde na perspectiva de profissionais da atenção domiciliar. *Revista Gaúcha de Enfermagem*, Porto Alegre, v. 34, n. 1, p. 111-117, 2013.

25 ANDRADE, Angélica Mônica *et al.* Organização das Redes de Atenção à Saúde na perspectiva de profissionais da atenção domiciliar. *Revista Gaúcha de Enfermagem*, Porto Alegre, v. 34, n. 1, p. 111-117, 2013.

26 ANDRADE, Angélica Mônica *et al.* Organização das Redes de Atenção à Saúde na perspectiva de profissionais da atenção domiciliar. *Revista Gaúcha de Enfermagem*, Porto Alegre, v. 34, n. 1, p. 111-117, 2013. p. 115.

res) não dimensionam o próprio trabalho dentro da rede — não estão, em verdade, acostumados a pensar em rede, nas consequências de suas atividades e nas responsabilidades de seu trabalho dentro da rede. Nesse sentido, há trabalhos apontando a necessária capacitação dos profissionais para entender a rede em si e criticando a formação profissional.

Por exemplo, o artigo de Shimizu²⁷, que objetivou analisar as percepções de gestores sobre os desafios da RAS, realizando entrevistas com os mesmos, indica que a formação médica, em geral, é voltada para o mercado liberal, e não para o trabalho em rede.

Nessa mesma linha, os resultados da pesquisa de Santos et al.²⁸, que também foram aplicados questionários de entrevistas a gestores, indicaram que os profissionais da atenção especializada não trabalham pensando em rede, “não reconhece as suas atribuições e responsabilidades na rede, especialmente quanto à integração, comunicação e resolubilidade, fluxos e instrumentos de contrarreferência à Atenção Primária à Saúde”. Ou seja, se olvidam do contexto do seu trabalho, apenas realizam suas próprias tarefas, muitas vezes deixando de lado obrigações como a de informar aos profissionais da atenção primária quais foram as condutas tomadas em um caso que lhes foi referenciado por ela. Assim, quando (se) o cidadão retorna ao serviço que fez o encaminhamento para a especialidade, o serviço de base não sabe o que ocorreu após a referência, pois não houve contrarreferência e nem comunicação entre os pontos da rede.

De maneira semelhante, o trabalho de Lorena et al.²⁹, que realizou levantamento nacional acerca de onde estão alocados profissionalmente os egressos da graduação em saúde coletiva no Brasil, mostrou a relevância desse curso de graduação para capacitar o pessoal que atua na gestão do SUS. De fato, além das peculiaridades da administração dos serviços da área da saúde, cada sistema tem seus valores fundantes e trabalhar ou administrar esferas do SUS exige a compreensão desses princípios, bem como a sua conversão em ações.

E a falta de informação sobre o que é o SUS e como se estrutura sua base é tão evidente que até mesmo ensaio obtido por essa revisão bibliográfica considera que a atuação do sistema público seria em complementação ao sistema privado, diante de falhas de mercado que possam haver neste:

Falhas de mercado no sistema de saúde brasileiro: A atuação do governo no setor de saúde torna-se necessária para direcionamento, correção ou complementação das atividades do setor privado, face à existência das falhas de mercado.³⁰

De qualquer forma, é certo que, embora seja uma questão importante, não se trata apenas de defasagem na capacitação e formação profissional. As informações entre os nós da rede podem não ser prestadas por uma série de outros fatores, que vão ao encontro aos principais desafios da RAS, conforme todas as publicações que trataram, especificamente, do tema: a sua integração e o subfinanciamento do sistema.

Quanto à integração, são extremamente relevantes as críticas constantes nos estudos analisados sobre: i) a relação entre os entes federativos, sobretudo quanto à falta de diálogo entre as estruturas e serviços que são mantidas pelos municípios com as providas pelos respectivos Estados; ii) a fragmentação decorrente da coexistência dos setores público e privado, que não conversam entre si, nem mesmo quando o poder público compra serviços na rede privada; iii) a interferência da *política partidária* em questões que deveriam ser de *política de Estado*.

Ilustra bem o primeiro item a investigação de Konder e O'Dwyer³¹, na qual foram realizadas entrevistas

27 SHIMIZU, Helena Eri. Percepção dos gestores do Sistema Único de Saúde acerca dos desafios da formação das Redes de Atenção à Saúde no Brasil. *Physis Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 23, n. 4, p. 1101-1122, 2013.

28 SANTOS, Cleuzieli Moraes et al. Avaliação da rede de atenção ao portador de hipertensão arterial: estudo de uma região de saúde. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 33, n. 5, p. e00052816, 2017.

29 LORENA, Allan Gomes de et al. Graduação em saúde coletiva no Brasil: onde estão atuando os egressos dessa formação? *Saúde e Sociedade*, São Paulo, v. 25, n. 2, p. 369-380, 2016.

30 PINHEIRO FILHO, Francisco Percival; SARTI, Flávia Mori. Falhas de mercado e redes em políticas públicas: desafios e possibilidades ao Sistema Único de Saúde. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 11, p. 2981-2990, 2012. p. 2983.

31 KONDER, Mariana Teixeira; O'DWYER, Gisele. A integração das Unidades de Pronto Atendimento (UPA) com a rede assistencial no município do Rio de Janeiro, Brasil. *Interface – Comunicação, Saúde, Educação*, Botucatu, v. 20, n. 59, p. 879-892, 2016.

com gestores centrais e locais para verificar a integração das UPA com a rede assistencial municipal. As autoras verificam problemas de fragmentação da rede entre as diferentes esferas administrativas, uma vez que o Serviço de Atendimento Móvel de Urgência (SAMU) pertence à administração estadual, enquanto a Unidade Básica de Saúde (UBS) é municipal e há UPA municipais e estaduais, não havendo governança unificada. Isso faz com que, primeiramente, a correta retaguarda que deveria haver das UPA com a atenção primária ocorre primordialmente apenas entre as estruturas pertencentes ao mesmo ente federativo, e de maneira informal e desregulada entre os órgãos de entes diversos. Fragmentação semelhante ocorre também com o SAMU ao interagir com esses serviços:

“é uma coisa extraoficialmente [...]. Não [há fluxo formalizado entre UPA e Atenção Básica]. Quando eles estão lá no sufoco eles ligam. Eles têm mesmo um fluxo com a UPA do município, com as unidades do município, não com as do estado [...]”. (coordenador UPA).

As UPAs também devem fornecer retaguarda para pacientes atendidos pelo Serviço de Atendimento Móvel de Urgência (SAMU). No entanto, no município do Rio de Janeiro, [...] o SAMU funciona dentro da esfera administrativa estadual, não desenvolvendo relação com a rede municipal.³²

Além de não prestarem a devida retaguarda umas às outras conforme a disposição da RAS, essas estruturas ainda trabalham com sistemas de informática diferentes e exclusivos, e acabam tendo regulação diversa:

Pacientes nas UPAs que necessitem de hospitalização são regulados por meio de diferentes canais. Nas UPAs geridas pelo estado, vagas de enfermagem eram solicitadas pelo sistema online de regulação (SISREG), sistema que regula as vagas da Central Municipal de Regulação (CMR) de leitos; e vagas de UTI eram solicitadas diretamente à Central Estadual de Regulação, por meio de núcleo interno exclusivo para as UPAs do Estado, denominado CEMUPA. As UPAs municipais relacionavam-se apenas com a CMR, por meio do SISREG.³³

À complexidade de se trabalhar em conjunto com diversos entes federativos, se acrescenta o fato de que cada administração tem governos geridos por partidos políticos diversos, que muitas vezes têm interesses diferentes e ainda competem entre si por popularidade perante a população e pelo uso de recursos. Ainda, a rotatividade entre os governos de partidos políticos diferentes gera instabilidade aos serviços, não raro ocorrendo casos em que, ao término de uma administração, haja a desestruturação de um serviço para atrapalhar a gestão do outro partido político que vai assumi-lo. A verdade é que a saúde deveria ser entendida como política de Estado, não como política partidária, e diferentes governos deveriam apostar igualmente e investir na estratégia do SUS — inclusive em razão de ser amparado constitucionalmente como um projeto do país, não de um partido ou ideário.

É assim que, ao analisar a rede de atenção ao portador de hipertensão, que é uma doença crônica, que demanda ações contínuas, o estudo de Santos et al.³⁴ é categórico no sentido de que “torna-se iminente a necessidade de ultrapassar a governança meramente política”.

Além disso, a desestruturação de um serviço na troca da sua gestão política acaba criando instabilidade também para o trabalhador da saúde, fomentando a rotatividade de profissionais no serviço, que é extremamente danosa para a criação de vínculos destes com a comunidade e para a continuidade de ações de capacitação profissional na rede. Esse cenário não incentiva ao investimento pessoal de um profissional naquele serviço, que acaba vislumbrando seu trabalho como precário e temporário, conforme destaca a dissertação de mestrado de Ferreira³⁵:

32 KONDER, Mariana Teixeira; O'DWYER, Gisele. A integração das Unidades de Pronto Atendimento (UPA) com a rede assistencial no município do Rio de Janeiro, Brasil. *Interface – Comunicação, Saúde, Educação*, Botucatu, v. 20, n. 59, p. 879-892, 2016. p. 884.

33 KONDER, Mariana Teixeira; O'DWYER, Gisele. A integração das Unidades de Pronto Atendimento (UPA) com a rede assistencial no município do Rio de Janeiro, Brasil. *Interface – Comunicação, Saúde, Educação*, Botucatu, v. 20, n. 59, p. 879-892, 2016. p. 883.

34 SANTOS, Cleuzieli Moraes et al. Avaliação da rede de atenção ao portador de hipertensão arterial: estudo de uma região de saúde. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 33, n. 5, p. e00052816, 2017. p. 10.

35 FERREIRA, Natália Madureira. *O desafio da mudança: analisando a intervenção realizada na residência de medicina de família e comunidade da UFU. Dissertação (Mestrado em Saúde Coletiva) – Faculdade de Ciências Médicas, Universidade Estadual de*

A rotatividade dentro do sistema único de saúde, em todas as categorias profissionais, mas especialmente entre os médicos é muito grande. Esse dado se agiganta ainda mais quando falamos em municípios que não realizam concurso público para contratação de profissionais, mantendo [...] contratação temporária de seus profissionais [...]. Este vínculo empregatício frágil deixa os profissionais susceptíveis a mudanças de gestão, perseguições ou influências políticas. Além disso, permite que o profissional assuma um cargo com uma programação de temporalidade curta, já prevendo uma mudança de emprego [...]. Sem a estabilidade de uma carreira [...] a sua dedicação e empenho no desenvolvimento de suas funções fica comprometido frente à fragilidade temporal de sua permanência.

Para piorar, o setor público e o privado se relacionam, profundamente, com o público financiando as atividades do segundo — inclusive via renúncias fiscais —, sem que haja, contudo, uma eficaz comunicação e regulação entre eles. A fragmentação ocorre até mesmo quando o SUS compra serviços e paga por leitos na rede privada, inclusive pela própria lógica do sistema de remuneração por procedimentos, como destaca o trabalho de Shimizu³⁶:

[...] a oferta de serviços privados, sobretudo de média e alta complexidade, que se distribuem de forma bastante desigual no país, com o agravante de que não se conseguiu estabelecer mecanismos de cogestão entre o sistema público e esses serviços contratados, mantendo-se a modalidade de compra de serviços, o que acarreta baixa ou nenhuma integração às redes regionais.

Também é comum, quando há estruturas de alta complexidade geridas por organizações sociais (OS), que fiquem à margem da rede, segundo também destaca o artigo acima. Com isso, pode haver maiores dificuldades na contrarreferência — por exemplo, na “devolução” do usuário para seguimento na atenção primária e não no próprio hospital administrado pela OS — e na troca de informações contínuas e recíprocas entre os serviços puramente públicos e os geridos pelas OS.

Não é de se olvidar também que o maior problema do SUS, como um todo, se relaciona à seu subfinanciamento histórico — e cada vez mais precário diante da atual conjuntura político-econômica. Ressalte-se que o aumento da precariedade do financiamento ocorre logo no momento da própria construção da rede, que é de estruturação recente e demanda maiores investimentos exatamente nesses seus primeiros anos. Também impacta a implantação da tecnologia básica para viabilizar os prontuários eletrônicos, essenciais para a comunicação entre os pontos da rede e para a adequada referência e contrarreferência. Do mesmo modo, a não inclusão digital de todos os serviços de saúde pelo país atrapalham até mesmo soluções cujo mote era ser exatamente de baixo custo para a integração da rede, como é o caso do Telessaúde³⁷.

Além disso, se não há o devido crédito e investimento na APS, que é a coordenadora da rede, todo o sistema se desintegra e seus componentes acabam funcionando de maneira indevida, cobrindo “buracos” na rede e gerando gastos desnecessários. Ou seja, o financiamento precário acaba gerando maiores gastos, principalmente em análise de longo prazo, mas mesmo no curto prazo.

É assim que o trabalho de Konder e O’Dwyer³⁸ verificou que, na visão dos próprios gestores, as UPA, no município do Rio de Janeiro, têm funcionado mais como se fossem serviços da atenção básica do que como serviço de emergência para a população. Isso ocorreu porque o município permanece com atenção básica incipiente e teve adesão tardia à ESF. Dessa forma, a população, como era de se esperar, procura o serviço que está disponível para atender às suas necessidades — mesmo que esse serviço seja mais dispendioso para as finanças públicas e tenha grau de complexidade muito maior do que o necessário para atender à grande maioria daquelas demandas.

Campinas, Campinas, 2017. p. 74-75.

36 SHIMIZU, Helena Eri. Percepção dos gestores do Sistema Único de Saúde acerca dos desafios da formação das Redes de Atenção à Saúde no Brasil. *Physis Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 23, n. 4, p. 1101-1122, 2013. p. 1108-1109.

37 SILVA, Karolina de Cássia Lima da. *Análise do Programa Telessaúde Brasil Redes no Estado de Pernambuco no período de 2007 a 2011*. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública) – Centro de Pesquisas Aggeu Magalhães, Fundação Oswaldo Cruz, Recife, 2013.

38 KONDER, Mariana Teixeira; O’DWYER, Gisele. A integração das Unidades de Pronto Atendimento (UPA) com a rede assistencial no município do Rio de Janeiro, Brasil. *Interface – Comunicação, Saúde, Educação*, Botucatu, v. 20, n. 59, p. 879-892. 2016.

Isso sem falar no longo prazo, quando, conforme já dito, o investimento em APS configura um dos grandes fundamentos para a defesa da RAS e do próprio SUS: o financeiro. Afinal, o investimento na promoção, na prevenção e a assistência primária evita os custos elevados da alta complexidade e da atenção continuada às doenças crônicas evitáveis — e que ainda são custos sociais, pois repercutem não apenas nos gastos do próprio sistema de saúde, mas também nos custos com o trabalho, nos gastos das empresas, da previdência e seguridade social, e também nas despesas e esforços colaterais das próprias famílias (como familiares que deixam o trabalho para cuidar de um parente doente).

É assim que, segundo um dos artigos referência no tema de RAS no Brasil, que constou dentre os resultados da revisão bibliográfica e é de autoria de Eugênio Vilaça — um dos responsáveis pela redação da portaria n. 4.279/10 do MS —, a defesa da RAS se dá por aliar adequação, eficiência, equidade e qualidade:

Há evidências de que os sistemas de atenção à saúde baseados numa forte orientação para a atenção primária à saúde, contrastados com os sistemas de baixa orientação para a atenção primária à saúde, são mais adequados por que se organizam a partir das necessidades de saúde da população; mais efetivos porque são a única forma de enfrentar consequentemente a situação epidemiológica de hegemonia das condições crônicas e por impactar significativamente os níveis de saúde da população; mais eficientes por que apresentam menores custos e reduzem procedimentos mais caros; mais equitativos por que discriminam positivamente grupos e regiões mais pobres e diminuem o gasto do bolso das pessoas e famílias; e de maior qualidade por que colocam ênfase na promoção da saúde e na prevenção das doenças e ofertam tecnologias mais seguras para os usuários e profissionais de saúde.³⁹

Apesar de todas as dificuldades da implantação da RAS em pleno momento de agravamento do subfinanciamento do SUS, com várias questões de integração da rede e de desigualdade entre as regiões e populações ainda por resolver, a literatura obtida na revisão bibliográfica também mostra que há resultados muito positivos na expansão da APS promovida pela RAS e na própria regionalização dos serviços de saúde⁴⁰.

É assim que a taxa de mortalidade por doenças infecciosas intestinais em crianças menores de cinco anos de idade apresentou diminuição de 10,5% ao ano no Estado de São Paulo. Em 13 das 17 redes regionais de atenção à saúde, ocorreu diminuição significativa da taxa de mortalidade, com decréscimo anual variável entre 16,6 e 8,3% ao ano⁴¹; enquanto a APS e a ESF apresentaram bons resultados na Região de Saúde de Campo Grande/MS, segundo dados de pesquisa sobre a atenção à hipertensão arterial⁴².

Em relação às informações, estudos relatam que “existem informações cadastrais básicas de boa cobertura, completitude e consistência para estabelecimentos com internação registrados no Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde CNES”⁴³, bem como regiões de saúde com bom cadastro das famílias e indivíduos na APS⁴⁴.

Consta, ainda, que houve redução da desigualdade em saúde ao longo do tempo, o que representa enorme ganho social e democrático para o país.

Partindo das referências internacionais, que apontam experiências de boa repercussão das redes⁴⁵, seja na

39 MENDES, Eugênio Vilaça. As redes de atenção à saúde. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 5, p. 2297-2305, 2010. p. 2301.

40 SANTOS, Cleuzieli Moraes *et al.* Avaliação da rede de atenção ao portador de hipertensão arterial: estudo de uma região de saúde. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 33, n. 5, p. e00052816, 2017.

41 MARTINS, Renata Soares; EDUARDO, Maria Bernadete de Paula; NASCIMENTO, Andréia de Fátima. Tendência temporal da mortalidade por doenças infecciosas intestinais em crianças menores de cinco anos de idade, no estado de São Paulo, 2000-2012. *Epidemiologia e Serviços de Saúde*, Brasília, v. 25, n. 3, p. 541-552, jul./set. 2016.

42 SANTOS, Cleuzieli Moraes *et al.* Avaliação da rede de atenção ao portador de hipertensão arterial: estudo de uma região de saúde. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 33, n. 5, p. e00052816, 2017.

43 MACHADO, Juliana Pires; MARTINS, Mônica; LEITE, Iuri da Costa. Qualidade das bases de dados hospitalares no Brasil: alguns elementos. *Revista Brasileira de Epidemiologia*, São Paulo, v. 19, n. 3, p. 567-581, jul./set. 2016. p. 579.

44 SANTOS, Cleuzieli Moraes *et al.* Avaliação da rede de atenção ao portador de hipertensão arterial: estudo de uma região de saúde. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 33, n. 5, p. e00052816, 2017.

45 MENDES, Eugênio Vilaça. As redes de atenção à saúde. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 5, p. 2297-2305, 2010.

produção de saúde, seja na satisfação dos usuários da rede, a RAS tem perspectivas de obter resultados cada vez melhores ao longo do tempo. Aliás, os problemas de integração não assolam só o Brasil e conseguiram ser reduzidos em outros países, sobretudo fortalecendo a APS.

Dessa forma, de um lado, as pesquisas obtidas nessa revisão bibliográfica revelam que persistem problemas de gestão e que a RAS não foi ainda implantada em sua completude, a despeito do esgotamento do prazo inicialmente estabelecido pelo MS para tanto. Por outro, também revelam que, mesmo com o subfinanciamento da rede, já há resultados muito positivos e perspectivas futuras ainda mais prósperas se o país continuar investindo na saúde coletiva e na construção da RAS. Ou seja, há mesmo fortes indícios de que vale a pena investir no SUS e na RAS como estratégia para sua organização, dando protagonismo à APS na coordenação da rede.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A RAS é interessante proposta para organizar a assistência à saúde no SUS e, mesmo que ainda não tenha sido totalmente estruturada na prática, já tem mostrado bons resultados no sentido de organizar os fluxos de informação e de prestigiar a APS. E, como se sabe, investir em atenção básica é salvar vidas e melhorar condições de saúde gastando relativamente pouco. Além disso, a estrutura em rede reafirma os valores fundantes do SUS, realçando o processo de produção de saúde multiprofissional e centrado nas demandas da própria população, sendo também condizente com a história da construção do sistema.

No entanto, a RAS não consegue — e nem foi proposta com o objetivo de resolver todos os problemas que afligem o SUS — endereçar grandes questões de base que constroem o sistema. É o caso da percepção segmentada que a população tem do próprio SUS e também de visão semelhante desenvolvida no seio dos próprios governos, que nunca demonstraram acreditar e investir verdadeiramente no SUS como o projeto que melhor endereça o setor saúde no país. Como consequência, tanto a população como os dirigentes valorizam pouco o SUS, adotam ações e práticas de gestão não condizentes ou prejudiciais ao sistema como um todo e não lhe destinam recursos suficientes. Se questões como estas, atinentes a conhecimento em saúde coletiva e a informações sobre o funcionamento e finalidades do sistema, não forem seriamente enfrentadas, há sério risco de grandes conquistas se perderem, das defasagens no sistema se aprofundarem e de nem a RAS e nem qualquer outra proposta organizativa conseguir se firmar.

Assim como a rede de proteção possibilita ao acrobata movimentos mais complexos, a RAS, com pontos de atenção bem atados e linhas de cuidado devidamente traçadas, pode impulsionar o SUS a dar saltos mais altos em direção ao seu constante objetivo de melhora da saúde das pessoas. Contudo, para isso, é necessário que o acrobata acredite tanto na rede de proteção quanto nas suas possibilidades de saltos. É imprescindível que os participantes do espetáculo estejam presentes, atentos, e o aproveitem com responsabilidade e carinho, como algo precioso e que pertence a todos — uma verdadeira conquista.

Em seus trinta anos, o jovem e desacreditado SUS, além de já ter salvado inúmeras vidas e comprovado sua competência em melhorar as condições de saúde da população, nos ensinou que a sociedade civil pode propor, com êxito, a proteção de novos direitos e também grandes mudanças na administração pública, “de baixo para cima”. Também nos mostrou que, mesmo diante de constantes adversidades econômicas e políticas, foi possível estabelecer o maior programa de inclusão social da nossa história. A RAS, e outras formas de ordenação desse complexo sistema nos apontam também para aprendizados obtidos ao longo desses anos de SUS e de como podemos aperfeiçoar suas práticas a partir de suas próprias bases.

Mas é preciso valorizar esses avanços, entender e acreditar no sistema para que sejam projetadas novas conquistas e pensadas soluções para os problemas que persistem. Sem informação, não há engajamento e, sem este, não pode ser construída uma verdadeira saúde coletiva. A rede é formada exatamente pela interação entre pontos e linhas, que, no fundo, são pessoas e ideias em constante diálogo.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Mariana Vercesi de; VIANA, Ana Luiza d'Ávila. Perspectivas de região e redes na política de saúde brasileira. *Saúde em Debate*, Rio de Janeiro, v. 39, n. esp., p. 28-38, dez. 2015.
- ANDRADE, Angélica Mônica *et al.* Organização das Redes de Atenção à Saúde na perspectiva de profissionais da atenção domiciliar. *Revista Gaúcha de Enfermagem*, Porto Alegre, v. 34, n. 1, p. 111-117, 2013.
- ARAÚJO, Suetônio Queiroz *et al.* Organização dos serviços farmacêuticos no Sistema Único de Saúde em regiões de saúde. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 4, p. 1181-1191, 2017.
- BAHIA, Lígia. O SUS e os desafios da universalização do direito à saúde: tensões e padrões de convivência entre o público e o privado no sistema de saúde brasileiro. In: LIMA, Nísia Trindade *et al.* (org.). *Saúde e democracia: história e perspectivas do SUS*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005.
- BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. *Legislação estruturante do SUS*. Brasília: CONASS, 2007.
- BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. *O financiamento da Saúde*. Brasília: CONASS, 2007.
- BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. *Sistema Único de Saúde*. Brasília: CONASS, 2007.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. *O desenvolvimento do Sistema Único de Saúde: avanços, desafios e reafirmação dos seus princípios e diretrizes*. Brasília: Ministério da Saúde, 2003.
- FERREIRA, Natália Madureira. *O desafio da mudança: analisando a intervenção realizada na residência de medicina de família e comunidade da UFU*. Dissertação (Mestrado em Saúde Coletiva) – Faculdade de Ciências Médicas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2017.
- GRAGNOLATI, Michele; LINDELOW, Magnus; COUTTOLENC, Bernard. *Twenty years of health system reform in Brazil: an assessment of the Sistema Único de Saúde*. Washington, DC: World Bank, 2013.
- INSTITUTO SUL-AMERICANO DE GOVERNO EM SAÚDE. *Mapeamento e análise dos modelos de atenção primária à saúde nos países da América do Sul: atenção primária à saúde no Brasil*. Rio de Janeiro: Instituto Sul-Americano de Governo em Saúde, 2014.
- MACHADO, Juliana Pires; MARTINS, Mônica; LEITE, Iuri da Costa. Qualidade das bases de dados hospitalares no Brasil: alguns elementos. *Revista Brasileira de Epidemiologia*, São Paulo, v. 19, n. 3, p. 567-581, jul./set. 2016.
- MARSTELLER, Jill A. *et al.* Physician satisfaction with chronic care processes: a cluster-randomized trial of guided care. *Annals of Family Medicine*, v. 8, n. 4, p. 308-315, aug. 2010.
- MARTINS, Renata Soares; EDUARDO, Maria Bernadete de Paula; NASCIMENTO, Andréia de Fátima. Tendência temporal da mortalidade por doenças infecciosas intestinais em crianças menores de cinco anos de idade, no estado de São Paulo, 2000-2012. *Epidemiologia e Serviços de Saúde*, Brasília, v. 25, n. 3, p. 541-552, jul./set. 2016.
- PAIM, Jairnilson *et al.* The Brazilian health system: history, advances, and challenges. *Lancet*, v. 377, p. 1778-1797, 21 may 2011. (Series: Health in Brazil).

- KONDER, Mariana Teixeira; O'DWYER, Gisele. A integração das Unidades de Pronto Atendimento (UPA) com a rede assistencial no município do Rio de Janeiro, Brasil. *Interface – Comunicação, Saúde, Educação*, Botucatu, v. 20, n. 59, p. 879-892, 2016.
- LORENA, Allan Gomes de *et al.* Graduação em saúde coletiva no Brasil: onde estão atuando os egressos dessa formação? *Saúde e Sociedade*, São Paulo, v. 25, n. 2, p. 369-380, 2016.
- MENDES, Eugênio Vilaça. As redes de atenção à saúde. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 5, p. 2297-2305, 2010.
- PINHEIRO FILHO, Francisco Percival; SARTI, Flávia Mori. Falhas de mercado e redes em políticas públicas: desafios e possibilidades ao Sistema Único de Saúde. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 11, p. 2981-2990, 2012.
- SANTOS, Cleuzieli Moraes *et al.* Avaliação da rede de atenção ao portador de hipertensão arterial: estudo de uma região de saúde. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 33, n. 5, p. e00052816, 2017.
- SHIMIZU, Helena Eri. Percepção dos gestores do Sistema Único de Saúde acerca dos desafios da formação das Redes de Atenção à Saúde no Brasil. *Physis Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 23, n. 4, p. 1101-1122, 2013.
- SILVA, Karolina de Cássia Lima da. *Análise do Programa Telessaúde Brasil Redes no Estado de Pernambuco no período de 2007 a 2011*. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública) – Centro de Pesquisas Aggeu Magalhães, Fundação Oswaldo Cruz, Recife, 2013.
- SILVA, Silvio Fernandes da. Desafios para o aperfeiçoamento das redes de atenção à saúde no SUS no contexto da implementação do Pacto pela Saúde. In: SILVA, Silvio Fernandes da (org.). *Redes de atenção à saúde no SUS: o Pacto pela Saúde e redes regionalizadas de ações de serviços de saúde*. Campinas: IDISA: CONASEMS, 2008.
- VASCONCELOS, Cipriano Maia de; PASCHE, Dário Frederico. O Sistema Único de Saúde. In: CAMPOS, Gastão Wagner de Sousa Campos *et al.* (org.). *Tratado de saúde coletiva*. São Paulo: Hucitec; Rio de Janeiro: Fiocruz, 2006.
- VERAS, Renato Peixoto *et al.* Integração e continuidade do cuidado em modelos de rede de atenção à saúde para idosos frágeis. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 48, n. 2, abr. 2014.
- VIANNA, Solon Magalhães (coord.). *Atenção de alta complexidade no SUS: desigualdades no acesso e no financiamento*. Projeto Economia da Saúde. Brasília: Ministério da Saúde: Ipea, 2005.
- VIEIRA, Roberta da Silva; SERVO, Luciana Mendes Santos. *Estimativas de custos dos recursos humanos em atenção básica: Equipes de Saúde da Família (ESF) e Equipes de Saúde Bucal (ESB)*. Nota técnica nº 16. Brasília: Ipea, 2013.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**Direito à saúde para o residente
fronteiriço: desafio para a
integralidade do SUS**
**Right to health for the border
resident: challenge for the
integrality of SUS**

Fabrcia Helena Linhares Coelho da
Silva Pereira

Livia Maria de Sousa

Tarin Cristino Frota Mont Alverne

VOLUME 8 • Nº 3 • DEZ • 2018
DOSSIÊ ESPECIAL : POLÍTICAS PÚBLICAS
E O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

Direito à saúde para o residente fronteiro: desafio para a integralidade do SUS*

Right to health for the border resident: challenge for the integrality of SUS

Fabrcia Helena Linhares Coelho da Silva Pereira**

Livia Maria de Sousa***

Tarin Cristino Frota Mont Alverne****

RESUMO

O estudo objetiva analisar a proteção concedida pela Lei n. 13.445/2017 aos estrangeiros que residem em área de fronteira, especificamente a possibilidade de utilização da rede integral de serviços do Sistema Único de Saúde. Aborda-se que, embora o exercício de direitos no Brasil esteja limitado ao espaço territorial definido em documento de autorização concedida ao residente fronteiro, as ações e os serviços de saúde são organizados em um sistema e em uma rede integrada, que tratam o indivíduo em todas as suas dimensões. As políticas macroeconômicas desenvolvidas no âmbito do MERCOSUL, como de serviços, de transportes e de comunicações, concorreram para intensificar o processo de atravessamento entre fronteiras de países vizinhos e favoreceram a integração econômica, política e cultural nas fronteiras. Ocorre que a coexistência de ordenamentos jurídicos distintos dos países, somada às assimetrias de recursos humanos, financeiros e tecnológicos, têm dificultado o desenho de políticas públicas, inclusive no que se refere ao direito à saúde. Dessa forma, utilizando-se de uma metodologia de pesquisa exploratória e descritiva, com base bibliográfica e documental, nas áreas de direito internacional e sanitário, questiona-se a limitação territorial prevista na Lei n. 13.445/2017 e o tratamento apenas nacional do tema com o Princípio da Integralidade do SUS. A título de contribuição com o problema, conclui-se que a garantia de direitos àqueles que se encontram em área de fronteira é um esforço brasileiro para integração regional, mas que deve vir acompanhada de medidas que visem estabelecer um diálogo com países limítrofes, intensificando medidas de cooperação internacional para compartilhar gestão e financiamento em área de fronteira.

Palavras-Chave: Integralidade do SUS. Residente fronteiro. Cooperação internacional em direito sanitário.

ABSTRACT

The study aims to analyze the protection granted by Law n. 13.445/2017. It is considered that although the exercise of rights in Brazil is limited to the territorial space defined in an authorization document granted by the Brazilian Public Health System (SUS) to the border resident, actions and health

* Recebido em 24/09/2018

Aprovado em 03/12/2018

** Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará. Especialista em Direito aplicado ao Ministério Público pela Escola Superior do Ministério Público da União. Servidora do Ministério Público Federal no Ceará. E-mail : fabriciahc@gmail.com.

*** Doutoranda e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará. Procuradora da República no Estado do Ceará. E-mail : sousamlivia@hotmail.com.

**** Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará. Doutora em Direito Internacional do Meio Ambiente - Universite de Paris V e Universidade de São Paulo (2008). Mestre em Direito Internacional Público - Universite de Paris V (2004). E-mail : tarinfmontalverne@yahoo.com.br

services are organized in an integrated system and network, which treat the individual in all its dimensions. The macroeconomic policies developed within the framework of MERCOSUR, such as services, transport and communications, have contributed to intensify the process of cross-border crossing of neighboring countries and have favored economic, political and cultural integration at the borders. The coexistence of legal systems other than countries, coupled with the asymmetries of human, financial and technological resources, has made it difficult to design public policies, including the right to health. Thus, using an exploratory and descriptive research methodology, based on bibliographical and documental, in the areas of international and sanitary law, the territorial limitation provided for in Law n. 13.445/2017 and the only national treatment of the topic is questioned with the principle of integrality of SUS. As a contribution to the problem, it is concluded that the guarantee of rights to those in the border area is a Brazilian effort for regional integration, but must be accompanied by measures aimed at establishing a dialogue with bordering countries, intensifying international cooperation measures to share management and financing in border area.

Keywords: Integrality of SUS. Border resident. International cooperation in health law.

1. INTRODUÇÃO

A proteção do direito à saúde tem passado por reformulações influenciadas por fenômenos como a internacionalização dos direitos humanos, a globalização e as facilidades de transportes e comunicações internacionais. Nesse contexto, o maior movimento de pessoas e de bens e tornado as fronteiras dos Estados como áreas que requerem um olhar mais atento às demandas das pessoas que nela residem. No Brasil, a intensificação da integração econômica a partir da década de 90, com o consequente aumento da importação e exportação entre países vizinhos, concorreu para aumento dos fluxos migratórios, resultando numa maior integração política, social e cultural entre países vizinhos, ampliando o trânsito fronteiriço de seus residentes com fins educacionais, laborais, turísticos, afetivos e ainda para tratamento de saúde.

Na América Latina, o processo de integração entre os países foi pensado inicialmente na perspectiva econômico-comercial, visando à garantia da livre circulação de bens e de capital, por meio de políticas aduaneiras e alfandegárias comuns que trouxessem benefícios econômicos aos integrantes do bloco econômico. Dessa forma, a cooperação internacional, prevista no Tratado de Assunção, que deu lugar ao MERCOSUL, teve primordial preocupação com a coordenação de políticas macroeconômicas voltadas à circulação de bens e não de pessoas.

Contudo, as políticas macroeconômicas concorreram para intensificar o processo de atravessamento entre fronteiras de países vizinhos, bem como favoreceu a integração econômica, política e cultural em torno das fronteiras. Ocorre que a coexistência de ordenamentos jurídicos distintos de dois ou mais países, somada às assimetrias de recursos humanos, financeiros e tecnológicos, tornam a região de fronteira uma área de difícil desenho de política pública social. Tal fato inclusive foi considerado no Plano de Ação Social do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), ao reconhecer a fronteira como um espaço de vida, diverso e complexo para promoção de direitos humanos na fronteira, cabendo, assim, objetivos sociais prioritários para essas áreas.

Buscando reconhecer a necessidade de políticas públicas específicas para áreas de fronteiras, bem como fortalecer um processo integrativo no MERCOSUL, o legislador brasileiro editou a Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017, trazendo um conceito legal de residente fronteiriço e permitindo às pessoas enquadradas nessa definição que exerçam direitos da vida civil no Brasil. Embora o texto final da Lei de Migração tenha limitado o exercício desses direitos aos limites do Município brasileiro fronteiriço, já se trata de uma importante vitória no contexto dos debates em torno da reformulação do ordenamento jurídico brasileiro de proteção aos direitos do migrante. Interessante observar que o Anteprojeto de Lei de Migrações e Promoção dos Di-

reitos dos Migrantes no Brasil tratava da possibilidade de livre circulação do estrangeiro residente fronteiriço apenas para fins de exercício de trabalho, ofício ou profissão e ainda para frequência a estabelecimentos de ensino público ou privado.

O texto que se tornou lei em 2017, por outro lado, ao considerar residente fronteiriço como a pessoa nacional de país limítrofe ou apátrida que conserva a sua residência habitual em município fronteiriço de país vizinho, estabeleceu que é livre o exercício de direitos das pessoas enquadradas nesse conceito, não se limitando a direitos laborais e educacionais. Assim, a Lei de Migração inova no tratamento de direitos para áreas de fronteira e ainda cria desafios para a formulação de políticas públicas.

Diante da diversidade de direitos que o legislador brasileiro possibilitou que os residentes fronteiriços exercessem, o corte epistemológico do presente estudo dar-se-á em relação ao direito à saúde da população nacional de país vizinho ou apátrida que vive na fronteira. Partindo-se da análise do Princípio Constitucional da Integralidade do Sistema Único de Saúde, pretende-se demonstrar a incompatibilidade entre a limitação territorial prevista no artigo 24 da Lei de Migração para o exercício de direitos e o princípio da integralidade do sistema único de saúde. Reconhecida a assimetria dos sistemas sanitários dos diversos países fronteiriços, no que se refere à gestão e ao financiamento, bem como ao grau de cobertura, extensão de programas, qualidade da atenção e a própria rede instalada, revela-se um grande desafio garantir a proteção à saúde aos habitantes da zona de fronteira independente da sua nacionalidade.

Assim, considerando-se que o Brasil, diferentemente de países vizinhos, a partir da Constituição Federal de 1988, adotou um sistema de saúde universal, integral e de acesso equitativo, questiona-se: seria possível alcançar os objetivos constitucionais do SUS, especialmente da integralidade do sistema, se a Lei de Migração restringiu o exercício de direitos do residente no país vizinho ao Município fronteiriço? E, ainda, considerando-se que o SUS deve se destinar a essa população vizinha, conforme propõe a Lei n. 13.445/2017, como construir uma atenção em saúde mais eficiente em termos de gestão e de financiamento com a absorção das demandas de pessoas residentes em países com sistemas de saúde diferentes do brasileiro?

Desse modo, examina-se o caso de pessoas que residem em área de fronteira do Brasil, que, sem intenção de migrar, exercem direitos no país; e como se dá a proteção especificamente do direito à saúde, para o qual a limitação de espaço geográfico fere as configurações própria do sistema público de saúde. Procura-se demonstrar que o sistema de saúde brasileiro para além de uma cobertura universal ou horizontal, na medida em que tem como objetivo atender ao maior número de pessoas, também deve ter uma cobertura integral ou vertical, ofertando serviços diversificados a fim de atender ao máximo de necessidades possível, características que impedem o estabelecimento de limites territoriais para a proteção da saúde no Brasil.

O objetivo do presente artigo é demonstrar que a Lei das Migrações representou um importante avanço ao garantir o acesso à saúde a pessoas que são residentes no espaço em que há considerável influência do ordenamento jurídico interno e forte integração social, econômica e cultural com o Brasil. Por outro lado, a pretensão da lei em estabelecer limite geográfico para o exercício de direitos limitado ao Município fronteiriço mostra-se incompatível com o Princípio da Integralidade de cobertura e atendimento do Sistema Único de Saúde.

Nesse sentido, partir de um estudo exploratório e descritivo, com base bibliográfica, documental e legislativa, defende-se que impor limites ao local de atendimento do residente fronteiriço não encontra compatibilidade com o conceito de integralidade em saúde. A integralidade da saúde representa acesso a serviços para além da mera assistência médica imediata, envolvendo todos os programas de prevenção e promoção sanitários, desde a atenção básica até a alta complexidade, como vacinações, controle de doenças, planejamento familiar, tratamento de doenças como AIDS e câncer, além de intervenções ambientais.

Constata-se que a discussão da ampliação da possibilidade de uso do SUS pelo residente fronteiriço deve vir acompanhada de medidas administrativas que visem estabelecer um diálogo com países limítrofes, intensificando medidas de cooperação internacional, de caráter regional, no âmbito do MERCOSUL, como for-

ma de garantir a universalização de acesso à saúde, inclusive para pessoas de outras nacionalidades. Ademais, não se pode descuidar da necessidade de gestão e de financiamento compartilhados em área de fronteira.

2. PROTEÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NAS ZONAS DE FRONTEIRA: ASSIMETRIAS ENTRE OS SISTEMAS MERCOSULINOS

A região de fronteiras é dotada de intenso fluxo migratório, indo além de uma mera faixa territorial, mas um espaço integrado¹ onde as pessoas se deslocam do país de sua residência pelos mais diversos motivos, como laborais, educacionais, entre outros, a política de âmbito local de um dado país acaba impactando de forma diferenciada nas zonas de fronteira. Além disso, no caso da América do Sul, em razão das proximidades dos centros populacionais de países distintos como Brasil, Paraguai e a Argentina², o intenso movimento migratório faz surgir novas demandas que necessitam de respostas resolutivas e inovadoras.

Essa integração fronteiriça diferenciada tem sido percebida especialmente no Brasil, que tem 24.997 km de fronteira, sendo 9.767 km de fronteira terrestre ao Norte, 7.119 km de fronteira ao Sul e 8.111 km de fronteira marítima, fazendo fronteira com quase todos os países da América do Sul, com exceção apenas do Chile e do Equador³. Os problemas decorrentes dessas aproximações de centros populacionais com realidades locais diversas surgem quando, diante da integração entre cidades gêmeas⁴ nas fronteiras brasileiras, que são municípios cortados pela linha de fronteira que apresentem grande potencial de integração econômica e cultural, com uma localidade do país vizinho⁵, pode-se identificar uma assimetria na dotação de recursos públicos no que se refere às políticas públicas diferenciadas nos países.

José Luis Rhi-Sausi e Nahuel Oddone⁶ destacam, como exemplo dessas assimetrias no investimento de políticas entre países que dispõem de cidades nessas condições, que os municípios brasileiros fronteiriços dispõem de gastos públicos de dez a quinze vezes maiores que os das cidades paraguaias, o que não decorre do potencial econômico dos municípios, mas da presença de políticas públicas nacionais nas áreas de fronteiras, como nas cidades paraguaias de Pedro Juan Caballero e de Salto del Guairá que possuem produção de riquezas e de estrutura urbana nas mesmas condições que suas cidades gêmeas brasileiras de Ponta Porã e Mundo Novo⁷.

Tal questão não é diferente quando se trata de investimentos em ações e serviços da saúde, uma vez que o desenho do próprio sistema público de saúde tem diferenças essenciais de um país para o outro. Mais especificamente no que se refere a essas divergências em zonas de fronteira, e considerando-se que, no âmbito do MERCOSUL, a condição de fronteiriço é dada àqueles residentes em área de 20km de ambos os

1 FERRARO, Daiana. *Políticas e iniciativas en Mercosur en el ámbito de la integración fronteriza*. In: XXIV REUNIÓN DE DIRECTORES DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE, 24., 2013. Cooperación Regional en el Ámbito de la Integración Fronteriza. San Salvador – El Salvador: SP/XXIV-RDCIALC/Di n. 14 -13, 2013. p. 01.

2 ASTORGA, J. Ignacio; PINTO C., Ana María; FIGUEROA M., Marco. *Estudo da rede de serviços de saúde na região de Fronteira Argentina, Brasil e Paraguai: 2001-2002*. Brasília: Organização Pan-Americana da Saúde, 2004. p. 28.

3 BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. Primeira Comissão Brasileira Demarcadora de Limites. *Quadro estatístico: demarcação de fronteiras*. 2018. Disponível em: http://pcdl.itamaraty.gov.br/pt-br/quadros_estatisticos.xml. Acesso em: 25 jul. 2018.

4 Muitas vezes uma rua divide duas cidades como Rivera, no Uruguai, e Santana do Livramento, no Brasil. E ainda a cidade brasileira de Chui e a uruguia de Chuy.

5 Conceito estabelecido na Portaria nº 125/2014, do Ministério da Integração Nacional, publicada no Diário Oficial da União, de 24/03/2014, Seção 01.

6 RHI-SAUSI, José Luis; ODDONE, Nahuel. *Cooperación e integración transfronteriza en América Latina y el MERCOSUR*. 2009. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/263046698_Cooperacion_e_Integracion_Transfronteriza_en_el_MERCOSUR_El_caso_de_la_Triple_Frontera_Argentina-Brasil-Paraguay. Acesso em: 07 jul. 2018.

7 RHI-SAUSI, José Luis; ODDONE, Nahuel. *Cooperación e integración transfronteriza en América Latina y el MERCOSUR*. 2009. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/263046698_Cooperacion_e_Integracion_Transfronteriza_en_el_MERCOSUR_El_caso_de_la_Triple_Frontera_Argentina-Brasil-Paraguay. Acesso em: 07 jul. 2018.

lados da fronteira, medida não acompanhada da harmonização dos sistemas legais dos países envolvidos, identificam-se grandes diversidades no direito interno de cada país, o que se reflete, assim, nos diversos tipos de proteção do direito à saúde, diferenciados quanto ao grau de cobertura, à extensão dos programas, à qualidade da atenção e à própria rede instalada, sendo marcante as diferenças no padrão de financiamento da atenção à saúde em cada um dos Países do Mercosul.

As assimetrias entre os sistemas de saúde refletem a proporção de proteção social à saúde que a população de cada país recebe. Nogueira *et al*⁸, analisando a importância à proteção da saúde nos países membros do MERCOSUL, destacam que, em termos constitucionais, o Brasil e o Paraguai garantem a universalidade da saúde enquanto dever estatal, enquanto a Constituição do Uruguai define a proteção à saúde pelo Estado aos indigentes e às pessoas carentes de recursos. Por outro lado, na Argentina, destacam os autores⁹, que o setor estatal destina serviços de saúde para parcela da população (34,9%) que se utiliza apenas dessa cobertura, sendo a maioria da população atendida por obras sociais (55%) e a minoria por empresas de medicina pré-paga (10%).

Assim, enquanto o Brasil possui sistema de saúde predominantemente público, os Países de sua fronteira possuem sistemas nacionais caracterizados por seguros privados e ações públicas limitadas. Por exemplo, no Uruguai, os atendimentos públicos são destinados a segmentos da população, como os indigentes e as pessoas tidas como carentes, o que já demonstra as diferenças nos aspectos financeiros quando comparados com as ações e serviços públicos de saúde no Brasil¹⁰.

Pelas diretrizes da política do SUS, o acesso ao sistema é universal e a assistência é integral, independentemente de coparticipação do usuário, e, portanto, caracterizado pela gratuidade do serviço. Todavia, em países vizinhos, como Uruguai e Paraguai, o sistema sanitário prevê a necessidade de coparticipação do usuário no financiamento, o que faz com que pessoas residentes em área de fronteira nos países vizinhos cruzem constantemente a fronteira para utilizar o sistema de saúde no Brasil, o que pode alterar os indicadores de saúde, prejudicando a confiabilidade dos dados e, conseqüentemente, o planejamento operacional e orçamentário das ações e serviços de saúde, os quais se baseiam nos dados da população residente no Brasil, sendo exemplo a vacinação contra poliomielite nos Municípios brasileiros fronteiriços de aglomerados urbanos contíguos com países vizinhos, onde se observam taxas de cobertura acima de 100% da população, o que repercute, negativamente, no planejamento em saúde nesses Municípios¹¹.

Tal situação pode ser verificada na fronteira do Brasil, Argentina e Paraguai, numa região conhecida como tríplex fronteira, com aproximadamente 700 mil habitantes. Em estudo que analisou essa demanda nos Municípios fronteiriços do Mato Grosso do Sul com Paraguai e Argentina, identificou-se que a maior demanda de atendimentos foi na atenção básica de pessoas não contabilizadas nos censos brasileiros, mas atendidas pelo Sistema Único de Saúde¹².

Do mesmo modo, não somente brasileiros residentes na tríplex fronteira são atraídos pelo sistema de saúde pública garantido pela Constituição Federal de 1988 a quem estiver no território do Brasil, mas ainda pessoas de outras nacionalidades e apátridas tem buscado utilizar o sistema de saúde brasileiro, circunstância que levou o Município de Foz do Iguaçu, por exemplo, a implementar uma unidade de saúde para

8 NOGUEIRA, Vera Maria Ribeiro et al. Políticas de saúde nos países do Mercosul: um retorno à universalidade? *Revista de Políticas Públicas*, v. 19, n. 1, p. 145-156, jan./jun. 2015.

9 NOGUEIRA, Vera Maria Ribeiro et al. Políticas de saúde nos países do Mercosul: um retorno à universalidade? *Revista de Políticas Públicas*, v. 19, n. 1, p. 145-156, jan./jun. 2015.

10 NOGUEIRA, Vera Maria Ribeiro; DAL PRÁ, Kely Regina; FERMINANO Sabrina. Mercosul: expressões das desigualdades em saúde na linha da fronteira. *Ser social*, Brasília, v.1, p. 164-165, 2006.

11 CAZOLA, Luiza Helena de Oliveira; PÍCOLI, Renata Palópoli; TAMAKI, Edson Mamoru; PONTES, Elenir R. J. C.; AJALLA, Maria Elizabeth. Atendimentos a brasileiros residentes na fronteira Brasil-Paraguai pelo Sistema Único de Saúde. *Rev Panam Salud Publica*, 29(3), p. 185–90, 2011.

12 CAZOLA, Luiza Helena de Oliveira; PÍCOLI, Renata Palópoli; TAMAKI, Edson Mamoru; PONTES, Elenir R. J. C.; AJALLA, Maria Elizabeth. Atendimentos a brasileiros residentes na fronteira Brasil-Paraguai pelo Sistema Único de Saúde. *Rev Panam Salud Publica*, 29(3), p. 185–90, 2011..

atender partos de mulheres residentes no Paraguai, nas proximidades da ponte internacional¹³. O aumento da demanda decorrente do atendimento a residentes fronteiriços por serviços de saúde no Brasil tem sido relatado como frequente nos mais diversos tipos de atendimento, como a busca por medicamentos, consulta médica de atenção básica, imunização, parto, exames de patologia clínica, emergência e pré-natal, e em menos tamanho a procura por atendimentos especializados e procedimentos de alta complexidade¹⁴.

A facilidade de acesso ao sistema de saúde pública no Brasil para as pessoas que vivem em área de fronteira, notadamente para atendimentos médicos, recebimento de medicamentos e aplicação de vacinas, demonstra a importância dessas regiões para o Sistema Único de Saúde. Assim, merece um olhar específico a intensa utilização do sistema de saúde do Brasil, que, por ser gratuito e integral, atrai pessoas oriundas de países fronteiriços em que os sistemas de saúde não possuem essas características¹⁵.

Ademais, além das discussões em torno das ações de assistência em saúde nas áreas de fronteira, identifica-se uma preocupação com o sucesso de ações preventivas de saúde pública. Desse modo, considerando-se que o êxito para ações de saúde está diretamente relacionado à adoção de iguais medidas no País vizinho, como acontece, por exemplo, com campanhas de vacinação visando à erradicação de doenças infectocontagiosas ou erradicação de vetores transmissores de doenças, atualmente as medidas para evitar a reintrodução, nos países do bloco, de doenças como sarampo, rubéola e poliomielite, diante de situações de migração massiva, estão na pauta de integração em saúde no Mercosul¹⁶.

Uma vez compreendida a importância de prover a saúde para pessoas que residem em área de fronteira, segundo as particularidades da região, cabe examinar os limites impostos pela Lei de Migração ao exercício de direitos para estrangeiros não residentes no Brasil. Em seguida, busca-se identificar se as limitações legais restringem o exercício dos atos da vida civil do residente fronteiriço de modo incompatível com o modelo de saúde brasileiro, caracterizado pela universalidade e pela integralidade.

3. O EXERCÍCIO DE DIREITOS PELO RESIDENTE FRONTEIRIÇO: LIMITES NA ZONA DE FRONTEIRA?

A dicotomia entre o direito à mobilidade, à sobrevivência digna da pessoa humana e à questão da soberania dos Estados reflete a condição de grande parte dos fluxos migratórios contemporâneos, em que se observa que milhares de pessoas deslocam-se em busca de um lugar no qual suas vidas e liberdades não estejam ameaçadas e que se alcancem melhores oportunidades de sobrevivência. Em todos esses contextos, identificam-se obstáculos para a adoção de políticas migratórias pelos Estados que não consideram o interesse do migrante.

A migração não é fenômeno exclusivo do mundo moderno. No decorrer da história da humanidade, assistiu-se a inúmeros movimentos migratórios por diversas causas que vão desde fuga em razão de guerras, conflitos religiosos, étnicos, raciais, instabilidade política, catástrofes ambientais, mudanças climáticas, per-

13 JIMÉNEZ, Roser Pérez; NOGUEIRA, Vera Maria Ribeiro. La construcción de los derechos sociales y los sistemas sanitarios: los desafíos de las fronteras. *Rev. Katál. Florianópolis*, v. 12, n. 1, p. 50-58, jan/jun. 2009.

14 GIOVANELLA, Ligia; GUIMARÃES, Luisa; NOGUEIRA, Vera Maria Ribeiro; LOBATO, Lenaura de Vasconcelos Costa; DAMACENA, Giseli Nogueira. Saúde nas fronteiras: acesso e demandas de estrangeiros e brasileiros não residentes ao SUS nas cidades de fronteira com países do Mercosul na perspectiva dos secretários municipais de saúde. *Cad. Saude Publica*, 23, p. 251-266, 2007.

15 NOGUEIRA, Vera Maria Ribeiro; DAL PRÁ, Kely Regina; FERMINANO Sabrina. A diversidade ética e política na garantia e fruição do direito à saúde nos municípios brasileiros da linha da fronteira do MERCOSUL. *Cadernos de Saúde Publica*, v. 23, p. 251-266, 2007.

16 MERCOSUL. *Acordo nº 06, de 14 de junho de 2018*. Eixos integradores de saúde de fronteira para o Mercosul. Assunção. Disponível em: <http://portal.arquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2018/junho/18/Eixos-Integradores.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2018. MERCOSUL. *Declaração dos ministros da saúde do Mercosul em face de situação de risco de reintrodução na região das Américas de doenças já eliminadas, com ênfase em sarampo, rubéola e poliomielite*. Assunção. Disponível em: <http://portal.arquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2018/junho/18/Reintroducao.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2018.

seguição individualizada por motivo de religião, raça, origem, opinião política, pertencimento a determinado grupo, fome extrema e até em busca de felicidade. No âmbito internacional, não há um conceito universalmente aceito para o termo migração, todavia visando a uma abordagem global às questões migratória, a Organização Internacional para as Migrações conceituou o termo migração como processo de atravessamento de uma fronteira internacional ou de um Estado, ou ainda, como movimento populacional que compreende qualquer deslocação de pessoas, independentemente da extensão, da composição ou das causas, abarcando o conceito a migração de refugiados, pessoas deslocadas, pessoas desenraizadas e migrantes econômicos¹⁷.

O universo das pessoas que transitam por razões que vão desde busca de melhores condições de vida até uma fuga angustiante de perseguições políticas encontra barreiras decorrentes do Princípio da Soberania dos Estados que os autoriza a definir sua política migratória. Nesse aspecto, a política migratória brasileira foi reformulada no âmbito interno, por meio da promulgação nº 13.445, de 24 de maio de 2017, conhecida como Lei de Migração, legislação mais avançada que o antigo estatuto do estrangeiro (Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980) e em consonância com os princípios universais de respeito aos direitos humanos.

Ademais, o Brasil é signatário de diversos tratados multilaterais que visam à garantia e ao respeito dos direitos humanos, incluindo o Direito à saúde. Com o objetivo de garantir o respeito aos direitos humanos de todos aqueles que se encontram no território nacional, é assegurado acesso igualitário e livre a programas, benefícios sociais e à seguridade social, portanto, ao sistema único de saúde. Há uma percepção de que o Estado é responsável por definir e garantir direitos aos seus cidadãos, portanto, para reclamar proteção, é necessário que o indivíduo pertença a determinado Estado. No Brasil, nossa política migratória avançou em garantir direitos aos que se encontram sob sua jurisdição, independentemente da sua condição migratória.

Portanto, independe do tipo de visto que a pessoa apresente para ingressar no País ou mesmo, ainda que esteja em situação migratória irregular, uma vez tendo ingressado no território nacional está assegurado o acesso ao sistema público de saúde, de forma gratuita e integral. A política migratória brasileira é decorrente de diversos compromissos internacionais firmados pelo Brasil como Pacto Internacional dos direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Convenção sobre os Direitos da Criança, Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Convenção sobre Estatuto dos Refugiados, entre outros.

A situação jurídica do migrante é diferente do residente fronteiriço. O migrante vive um processo de travessia de uma fronteira internacional ou de um Estado. No fenômeno da migração, há um efetivo deslocamento da pessoa do seu país de origem ou residência habitual e, ao ingressar no Brasil, independente da composição ou da causa, as pessoas encontram-se abarcadas no conceito de migrantes e, portanto, têm expressamente garantido seu acesso à seguridade social, portanto, ao Sistema Único de Saúde.¹⁸

Segundo o conceito legal (art. 1º, § 1º, IV e art. 23 da Lei 13.445/2017), os residentes fronteiriços não estão em situação de atravessamento, de cruzamento de fronteiras em caráter definitivo, uma vez que conservam suas residências habituais no país de origem, portanto, não se enquadram, necessariamente, na definição de migrantes¹⁹. Contudo, são pessoas que vivem em países vizinhos, numa área em que há forte interação econômica, política, social, cultural com nosso país, sejam brasileiros ou nacionais de outros países.

17 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES. *Glossário sobre migração*. 2009. Disponível em: <http://publications.iom.int/system/files/pdf/iml22.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2018.

18 Art. 3º A política migratória brasileira rege-se pelos seguintes princípios e diretrizes:
[...]

XI -igualitário e livre do migrante a serviços, programas e benefícios sociais, bens públicos, educação, assistência jurídica integral pública, trabalho, moradia, serviços bancário e seguridade social.

19 O texto original da Lei 13.445/2017 previa no art. 1º, §1º, I, o conceito de migrante, abrangendo o imigrante, o emigrante, o residente fronteiriço e apátrida. Esse dispositivo teve veto presidencial exatamente no que se referiu a inclusão do residente fronteiriço na condição de migrante, sob a justificativa de que manter o dispositivo equivaleria a estender ao estrangeiro não residente a igualdade de direitos com os brasileiros concedidas ao estrangeiro que fixa residência no território nacional.

Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13445-24-maio-2017-784925-veto-152813-pl.html>> Acesso em 26 jul. 2018.

O direito das pessoas de se movimentarem das fronteiras do seu país e a ele regressar foi reconhecimento no âmbito do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL). Constituído pelos Estados partes (Brasil, Argentina, Paraguai, Uruguai, Venezuela e Bolívia), bem como de Estados Associados (Chile, Peru, Colômbia e Equador, Guiana e Suriname)²⁰, o MERCOSUL é um bloco econômico criado para possibilitar o livre comércio de bens e serviços, bem como garantir a livre circulação de pessoas e capital. Em razão da criação desse bloco econômico, as pessoas provenientes desses países têm acesso facilitado para entrar em território brasileiro, uma vez que existe isenção de visto entre os Estados Partes do MERCOSUL e países associados, o que facilita sobremaneira o trânsito desses estrangeiros no país.

Ademais, a integração entre os países do MERCOSUL pode ser visualizada, inclusive, sob o aspecto da construção de uma legislação interna protetiva dos migrantes. Ludmila Andrzejewski Culpí²¹ destaca que a recente Lei de Migração brasileira sofreu forte influência em sua elaboração da lei de migrações da Argentina, pioneira no MERCOSUL na regulamentação do tema e na mudança de visão do estrangeiro como sujeito de direitos. Luciana Culpí²² aponta que a Argentina tem objetivos regionais ao patrocinar um marco regulatório para migração, chegando, inclusive, a requerer aos demais Estados do MERCOSUL que os consulados facilitem a emissão de documentos para esse fim, reduzindo custos, tendo em vista que “a Argentina depende dos outros Estados para atingir objetivos de sua política migratória, os quais não são garantidos de modo unilateral, mas mediante a cooperação.”

O MERCOSUL ter estimulado a integração econômica entre os países da região, com plena liberdade para suas populações de livre circulação de mercadorias, bens, capitais e trabalhadores. Contudo, como destaca Culpí²³, a função do bloco na questão da integração fronteiriça em matéria de migração tem sido mais de promover oportunidades de contato entre os representantes — governamentais ou não governamentais — dos países, permitindo um ambiente de troca de experiências, como defende a autora ter ocorrido entre Brasil e Argentina no caso da Lei de Migração brasileira.

Nogueira, Dal Prá e Fermiano²⁴ apontam que o pouco conhecimento da população e dos profissionais de saúde de ações em âmbito do MERCOSUL que permitam a utilização de serviços de saúde em outros países, acaba por estimular um maior uso do sistema de saúde brasileiro em serviços de emergência. Ademais, “o reduzido nível de institucionalidade dos sistemas municipais de saúde, especialmente nas cidades gêmeas²⁵” acarreta a falta de padrões uniformes de serviços de saúde, levando as definições de atenção em saúde a serem realizados a partir de decisões pessoais dos gestores, “dificultando o planejamento de ações integradas entre os sistemas de saúde dos municípios brasileiros e de outros países²⁶”.

20 PAÍSES do MERCOSUL. 2018. Disponível em: <http://www.mercosur.int/innovaportal/v/7824/3/innova.front/paises-do-mercosul>. Acesso em 25 jun. 2018.

21 CULPI, Ludmila Andrzejewski. *Nova lei de migrações brasileira: inspiração no modelo da lei migratória argentina?* In: WORKSHOP DE PESQUISA EM RELAÇÕES INTERNACIONAIS DA UFPR, 4., 2017, Curitiba: UFPR, 2017. Disponível em: <http://www.humanas.ufpr.br/portal/nepri/files/2012/04/Nova-lei-de-migra%C3%A7%C3%B5es-brasileira_Inspira%C3%A7%C3%A3o-no-modelo-da-lei-argentina.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2018.

22 CULPI, Ludmila Andrzejewski. *Nova lei de migrações brasileira: inspiração no modelo da lei migratória argentina?* In: WORKSHOP DE PESQUISA EM RELAÇÕES INTERNACIONAIS DA UFPR, 4., 2017, Curitiba: UFPR, 2017. Disponível em: <http://www.humanas.ufpr.br/portal/nepri/files/2012/04/Nova-lei-de-migra%C3%A7%C3%B5es-brasileira_Inspira%C3%A7%C3%A3o-no-modelo-da-lei-argentina.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2018.

23 CULPI, Ludmila Andrzejewski. *Nova lei de migrações brasileira: inspiração no modelo da lei migratória argentina?* In: WORKSHOP DE PESQUISA EM RELAÇÕES INTERNACIONAIS DA UFPR, 4., 2017, Curitiba: UFPR, 2017. Disponível em: <http://www.humanas.ufpr.br/portal/nepri/files/2012/04/Nova-lei-de-migra%C3%A7%C3%B5es-brasileira_Inspira%C3%A7%C3%A3o-no-modelo-da-lei-argentina.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2018.

24 NOGUEIRA, Vera Maria Ribeiro; DAL PRÁ, Kely Regina; FERMINANO Sabrina. A diversidade ética e política na garantia e fruição do direito à saúde nos municípios brasileiros da linha da fronteira do MERCOSUL. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 23, p. 251-266, 2007.

25 NOGUEIRA, Vera Maria Ribeiro; DAL PRÁ, Kely Regina; FERMINANO Sabrina. A diversidade ética e política na garantia e fruição do direito à saúde nos municípios brasileiros da linha da fronteira do MERCOSUL. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 23, p. 251-266, 2007.

26 NOGUEIRA, Vera Maria Ribeiro; DAL PRÁ, Kely Regina; FERMINANO Sabrina. A diversidade ética e política na garantia

Essas questões poderiam ser resolvidas com o desenvolvimento de órgãos regionais e supranacionais que regulamentem a gestão e o financiamento em saúde, ausentes na estrutura do MERCOSUL, que também não possui auto executoriedade de suas normas²⁷. Assim, em que pese a possibilidade de ingresso no território nacional para cuidar da saúde, os estrangeiros são atendidos por um sistema que muitas vezes acaba por ser procurado apenas diante do agravamento da doença, quando se buscará por um serviço de emergência, diante da crença de que, apenas nesse caso, haverá atendimento.

Mesmo diante desses desafios, já existentes antes da Lei de Migração, a fim de dar um passo na integração regional em saúde, a Lei n. 13.445/2017 reconheceu a importância da zona de fronteira e garantiu ao residente fronteiriço o acesso, no Brasil, ao sistema de proteção à saúde ao possibilitar que os residentes fronteiriços, mediante requerimento, obtenham autorização para a prática de atos da vida civil e tenham assegurado o exercício de direitos sociais, inclusive o acesso ao sistema de saúde (artigos 23 e 24). Com o novo regramento legal, aponta-se uma postura de representativa do Brasil em zonas fronteiriças visando à garantia de direitos para esses cidadãos, independentemente de suas nacionalidades ou do país em que residem.

Desse modo, o Brasil vem tentando avançar em termos de proteção, ao estabelecer um conceito mais ampliado de residente fronteiriço sem limite de distância do centro populacional do município limítrofe. Daí se falar que a Lei de Migração inaugura uma postura brasileira inovadora para as áreas de fronteiras que vise garantir o regular exercício de direitos a essa população independente de sua nacionalidade, mesmo diante da ausência de um órgão específico para cuidar da temática no âmbito do MERCOSUL²⁸.

Com o acesso facilitado reconhecido ao residente fronteiriço, a Lei de Migração tratou do tema na seção I – Do Residente Fronteiriço, estabelecendo condições para que esse cidadão possa praticar os atos da vida civil, contudo limitou o espaço geográfico em que o residente estará autorizado a exercer os direitos a ele atribuídos, e assim disciplinou²⁹:

Art. 23. A fim de facilitar a sua livre circulação, poderá ser concedida ao residente fronteiriço, mediante requerimento, autorização para a realização de atos da vida civil

Parágrafo único. Condições específicas poderão ser estabelecidas em regulamento ou tratado.

Art. 24. A autorização referida no caput do art. 23 indicará o Município fronteiriço no qual o residente estará autorizado a exercer os direitos a ele atribuídos por esta Lei.

§1º. O residente fronteiriço detentor de autorização gozará das garantias e dos direitos assegurados pelo regime geral de migração desta Lei, conforme especificado em regulamento.

§2º. O espaço geográfico de abrangência e de validade da autorização será especificado no documento de residente fronteiriço.

O tratamento dado ao nacional ou apátrida de país vizinho que vive em região de fronteira, facilitando

e fruição do direito à saúde nos municípios brasileiros da linha da fronteira do MERCOSUL. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 23, p. 251-266, 2007.

27 ALMEIDA, Wilson de Jesus Beserra de; CALSING, Renata de Assis; NUNES, Rosiany Karine Gonçalves. Entraves legais à integração Sul-Americana. *Nomos*, v. 33, n. 2, p. 248-258, jul./dez. 2013.

28 Diferentemente do observado na União Europeia, onde se consolidaram instituições supranacionais com força para instituir e aplicar normas aos Estados partes, como realizado na Comissão Europeia, no Conselho da União Europeia e ainda no Parlamento Europeu, além de uma série de Comitês Consultivos (Econômico e Social e das Regiões) e do Tribunal de Justiça Europeu. Essa estrutura propicia o estabelecimento de regras de coordenação entre os 28 sistemas de seguridade social, abordados na *Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo*, relativa ao caso dos residentes transfronteiriços e para a utilização dos sistemas de saúde dos diversos países a partir do reembolso fixado pelas tarifas de cada Estado Membro, constituindo-se um mecanismo de garantia à saúde com sustentabilidade financeira.

(TALLER política de salud de fronteras en UNASUR. Rio de Janeiro: Instituto Suramericano de Gobierno en Salud (ISAGS). 2015. Disponível em: <http://isags-unasur.org/wp-content/uploads/2018/06/relatorio-fronteras-esp-final-30-03.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2018.).

29 BRASIL. *Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017*. Disponível em: [https://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Lei%2013_445%20de%202017%20-%20Lei%20de%20Migrac%CC%A7a%CC%83o%20\(texto%20completo%20DOU%2025_05_2017\).pdf](https://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Lei%2013_445%20de%202017%20-%20Lei%20de%20Migrac%CC%A7a%CC%83o%20(texto%20completo%20DOU%2025_05_2017).pdf).

seu acesso e obtenção de autorização para prática de atos da vida civil no Brasil é perfeitamente compreensível diante da proximidade das cidades gêmeas, cuja passagem é a fronteira seca e a linha divisória é uma linha imaginária, como ocorre entre Sant'Ana do Livramento (Brasil) e Rivera (Uruguai); ou ainda na tríplice fronteira envolvendo os municípios brasileiros Barracão (PR) e Dionísio Cerqueira(SC) e a cidade Bernardo Irigoyen na Argentina. Ademais, identifica-se uma forte integração social e cultural das pessoas que vivem nessa região, independentemente da sua nacionalidade. Assim, na medida em que o residente fronteiriço é detentor de autorização para realizar os atos da vida civil, estará garantido o exercício dos direitos assegurados pelo regime geral da migração, portanto, abre-se a possibilidade de exercer trabalho remunerado, frequentar estabelecimento de ensino nos municípios fronteiriço e ter acesso aos serviços de saúde.

Ocorre que, para ter acesso ao documento de autorização para prática de atos da vida civil e usufruir das prerrogativas estabelecidas pelo regime geral da migração, caberá ao fronteiriço dirigir-se à Polícia Federal, que emitirá um documento especial de identificação da condição de cidadão fronteiriço, no qual será identificada a área geográfica (o Município) em que o fronteiriço poderá exercer seus direitos, sendo o exercício do direito fora dos limites da autorização concedida uma das causas para cancelamento do documento (art. 25, IV da Lei 13.445/2017). Destaque-se que o prazo de vigência dessa autorização para realização de atos da sua vida civil no Brasil é de cinco anos, prorrogáveis por igual período, podendo, ainda, ser concedida autorização para esse mesmo fim por prazo indeterminado, nos termos do regulamentado nos artigos 86 a 94 do Decreto nº 9.199, de 20 de novembro de 2017³⁰.

Mesmo diante da inovadora previsão de direitos aos residentes fronteiriços pelo ordenamento brasileiro, a assimetria dos sistemas de saúde entre países vizinhos tem trazido desafios para operacionalizar o acesso ao sistema de saúde pública da forma como prevista na lei. Como destacado anteriormente, há a concessão, assim, de uma espécie de cidadania regional, em que o estrangeiro é cidadão do seu país de origem, mas, por residir muito próximo ao Brasil, exerce alguns atos da sua vida civil em território nacional, sendo um dos atos extremamente atrativos aqueles relacionados ao uso dos serviços públicos de saúde brasileiros, que, por serem de qualidade e gratuitos, são utilizados não somente pelos residentes nos Municípios fronteiriços, mas ainda por brasileiros e estrangeiros que residem nas localidades contíguas à fronteira brasileira.

Adicionalmente, as políticas públicas de saúde que decorram da Lei de Migrações devem refletir a essência do sistema público de saúde no Brasil, que se propõe a ser integral e realizado em uma rede de atendimentos. Antes mesmo de esse instrumento legal existir, já se relatava a utilização do SUS por residentes fronteiriços e os problemas para o pleno atendimento³¹. Nesse aspecto, ainda que o problema de incompatibilização com a integralidade e o planejamento do sistema brasileiro já existisse, o reconhecimento pelo ordenamento jurídico brasileiro de forma expressa do direito de utilização do SUS para o residente fronteiriço faz por merecer ainda maior atenção à questão que se propõe neste trabalho, inclusive para que a solução não parta da execução isolada pelos Entes subnacionais do financiamento e da gestão dessas ações e serviços públicos de saúde para estrangeiros no Brasil.

4. A (IN) COMPATIBILIDADE DA INTEGRALIDADE DO SUS E O LIMITE TERRITORIAL PARA O EXERCÍCIO DE DIREITO À SAÚDE PELO RESIDENTE FRONTEIRIÇO

A saúde foi estabelecida no art. 196 da CF/88 como dever do Estado e direito de todos no território brasileiro, materializada em um sistema público organizado em rede de serviços que realizasse atendimento integral aos usuários do SUS nas mais diversas complexidades de serviços, como assistência à saúde, inter-

30 BRASIL. *Decreto nº 9.199, de 20 de novembro de 2017*. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2017/decreto-9199-20-novembro-2017-785772-publicacaooriginal-154263-pe.html>. Acesso em 07 jul. 2018.

31 LINI, Priscila. Políticas públicas na fronteira trinacional: o desafio ao pleno exercício da cidadania. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 4, n. 1, p. 173-184, jan./jun. 2014.

venções ambientais e políticas externas ao setor de saúde³². Para Fernando Aith³³, obtém-se a integralidade das ações de saúde da combinação desses três elementos, realizados em todos os níveis de complexidade (básica, média e alta).

A assistência à saúde envolve diversas ações relacionadas especialmente à recuperação da saúde, compreendendo “atividades que são dirigidas às pessoas, individual ou coletivamente, e que é prestada no âmbito ambulatorial ou hospitalar, bem como em outros espaços, especialmente no domiciliar”³⁴, além da assistência farmacêutica³⁵. Ademais, as atividades de controle de vetores e hospedeiros de doenças, além do saneamento ambiental, são exemplos da componente intervenção ambiental da ação em saúde. Vê-se, portanto, que são serviços relacionados com recuperação e prevenção da saúde.

A atuação preventiva poderia ocorrer, também, por meio da vigilância sanitária e epidemiológica, que seriam, pela Norma Operacional Básica do Sistema Único de Saúde (NOB-SUS/96), uma agregação simultânea da assistência à saúde com as intervenções ambientais, o que demonstra que a integralidade das ações e serviços de saúde pressupõe uma interligação entre ações de prevenção e tratamento da saúde. A NOB-SUS/96 destaca ainda que as políticas macroeconômicas, de emprego, habitação, educação, lazer e disponibilidade e qualidade dos alimentos são determinantes sociais que interferem no processo de promoção da saúde, e assim, integrantes do elemento política externa que compõem as ações de saúde.

Nesse aspecto, Sueli Gandolfi Dallari e Vidal Serrano Nunes Júnior³⁶ destacam que, em face da integralidade, as ações e serviços de saúde devem visar ao bem-estar físico, mental e social. Camilla Japiassu Dorez³⁷ pontua que esse bem-estar físico, mental e social representa o reconhecimento da necessidade do equilíbrio entre todas as dimensões do homem (interna e externa com o meio ambiente) e decorre de um novo pacto social da sociedade que sobreviveu às Grandes Guerras mundiais.

Em termos práticos, esses níveis de bem-estar implicam que, da mesma forma que devem estar previstos nos programas do sistema público de saúde, ações de vacinação, consultas e fornecimento de medicamentos, medidas de reinserção social também devem estar garantidas pelo SUS, tais como próteses e equipamentos externos para ventilação pulmonar. Ademais, é imprescindível que para o equilíbrio dessas instâncias do indivíduo (físico, mental e social), as prestações de saúde estejam direcionadas a tratar cada pessoa como um ser complexo e não apenas como alguém que deseja resolver um problema pontual de recuperação da saúde. Há de observar sempre o ser humano em sua integralidade individual e social.

Jairnilson Paim³⁸ destaca que “o entendimento de que a saúde e a doença na coletividade não podem ser explicadas exclusivamente pelas dimensões biológica e ecológica, permitia alargar os horizontes de análise e de intervenção sobre a realidade”, reconhecendo-se determinantes sociais e históricas, como cultura, meio ambiente, relações sociais, nesse processo de alcance da saúde. Considerando-se que as atividades do SUS devem ser integrais a ponto de contemplarem, em todos os níveis de complexidade, desde a dimensão individual da saúde e ainda a social e a coletiva, somente com a junção de todos esses aspectos, incluindo ações de prevenção e de recuperação da saúde, é que pode formar um sistema único.

32 BRASIL. Ministério da Saúde. *Norma operacional básica do Sistema Único de Saúde/ NOB-SUS 01/96*. Disponível em: <<http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/nob.pdf>>. Acesso em 07. jul. 2018.

33 AITH, Fernando Mussa Abujamra. *Teoria geral do direito sanitário brasileiro*. 2006. 458f. Tese (Doutorado em Saúde Pública)-Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 331.

34 BRASIL. Ministério da Saúde. *Norma operacional básica do Sistema Único de Saúde/ NOB-SUS 01/96*. Disponível em: <<http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/nob.pdf>>. Acesso em 19. jul. 2018.

35 AITH, Fernando Mussa Abujamra. *Teoria geral do direito sanitário brasileiro*. 2006. 458f. Tese (Doutorado em Saúde Pública)-Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 332.

36 DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Direito sanitário*. São Paulo: Editora Verbatim. 2010. p. 92.

37 DORES, Camilla Japiassu. As bases da saúde lançadas pela Constituição Federal de 1988: um sistema de saúde para todos? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 3, n. 1, p. 77-89, jan./jun. 2013.

38 PAIM, Jairnilson Silva. *Reforma sanitária brasileira: contribuição para a compreensão crítica*. Salvador: EDUFBA. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2008. p. 165.

A compreensão do SUS enquanto sistema permite identificar alguns requisitos para os serviços de saúde no Brasil. Como observam Sueli Gandolfi Dallari e Vidal Serrano Nunes Júnior³⁹, todos meios de atuação (ações, equipamentos e serviços) dentro do SUS formam um combinado de ferramentas com destinação certa de concretizar o direito à saúde, e assim, todos os recursos públicos envolvidos, sejam materiais ou humanos, devem se integrar ao sistema. Ademais, as ações dentro do sistema único devem ser permeadas de discussões quanto ao alcance social que o sistema deve ter.

O alcance de bons resultados em saúde está diretamente relacionado com o desenvolvimento de uma sociedade. Como anota Bernardo Kliksberg⁴⁰, o funcionamento da sociedade em termos como “pobreza, desigualdade, amplitude e qualidade da infraestrutura, situação das famílias, desenvolvimento das comunidades, meio ambiente” são decisivos para a obtenção de progresso. Desse modo, diante da grande relevância da efetividade do direito à saúde, bem como do sucesso dos programas de promoção da saúde da população, não se pode crer que a mera previsão de direitos aos residentes fronteiriços é suficiente para alcançar as possibilidades de utilização do SUS por quem vive em países com real integração territorial com o Brasil.

Ademais, a forma como a legislação permitiu o exercício do direito à saúde pelo cidadão fronteiriço, limitado ao documento especial de identificação com a delimitação da área geográfica (o Município) em que o fronteiriço poderá exercer seus direitos (art. 25, IV da Lei 13.445/2017), desalinha o exercício do direito à saúde por esse cidadão com os demais usuários do SUS. Como visto, a integralidade do sistema significa compor um sistema de saúde único e com cuidados integrais sempre interligados envolve a difícil tarefa de realizar ações de “promoção da saúde, prevenção de doenças e fatores de risco e, depois de instalada a doença, o tratamento adequado dos doentes”⁴¹. Como garantir a unicidade do sistema público de saúde no Brasil capaz de reunir o amplo espectro de ações de saúde com essa limitação territorial expressa no documento de identificação do cidadão fronteiriço?

Nesse contexto, a recepção de novos usuários potenciais a um sistema de saúde integral deve partir da vigência de uma legislação que abre a questão da migração para o diálogo social e ao tratamento com igualdade de oportunidades entre brasileiro e imigrantes⁴². Ou seja, deve passar por discussões sobre as medidas e políticas concretas que se adaptem ao sistema brasileiro de saúde, que já se encontra diante de uma série de desafios conhecidos da população e da comunidade acadêmica.

Conclui-se, assim, que a integralidade do sistema público de saúde no Brasil resta prejudicada pelo novo regramento tanto no que se refere à limitação de exercício dos atos da vida civil, segundo autorização para o residente fronteiriço, quanto pela ausência de tratamento regional do tema. Nesse aspecto, abordadas as nuances da integralidade do sistema único de saúde que deve ser aplicada ao residente fronteiriço, cabe ainda explicar a crítica da solução unilateral apenas em nível legislativo brasileiro, sem estratégias regionais para solução da questão, diante da população envolvida pertencer a uma região com integração entre os países vizinhos.

5. A IMPORTÂNCIA DA INTEGRAÇÃO REGIONAL PARA O DESENVOLVIMENTO DO ACESSO À SAÚDE E FORTALECIMENTO DO SUS

Sabendo-se que a intenção da Lei de Migração de conceder aos residentes fronteiriços o acesso ao sistema de saúde brasileiro esteve em compasso com a promoção do desenvolvimento social por meio da

39 DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Direito sanitário*. São Paulo: Editora Verbatim. 2010. p. 79-81.

40 SEN, Amartya; KLIKSBURG, Bernardo. *As pessoas em primeiro lugar: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado*. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2010.

41 FREIRE, Caroline; ARAÚJO, Débora Peixoto. *Política nacional de saúde: contextualização, programa e estratégias públicas sociais*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 29.

42 SILVA, Leda Maria Messias; LIMA, Sarah Somensi. Os imigrantes no Brasil, sua vulnerabilidade e o princípio da igualdade. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, n. 2, p. 384-403, ago. 2017.

garantia de direitos essenciais à condição de existência humana digna, como o direito à prestação de saúde completa pode representar, não se pode ignorar que a mera previsão de direitos a residentes fronteiriços encontra determinadas incompatibilidades com as diretrizes do Sistema Único de Saúde, especialmente a visão integral que o sistema exige de seus serviços. Nesse aspecto, cabe aos operadores do direito e à pesquisa acadêmica buscar soluções viáveis para que o Brasil possa, de fato, contribuir com o desenvolvimento regional e até exportar o modelo de saúde universal que possui.

Bernardo Kliksberg⁴³ defende, inclusive, que a sociedade na América Latina tem uma expectativa diferente em relação às políticas públicas, com perda da credibilidade para aquelas que são meras promessas e que não superam os índices de desigualdade, e proferem apoio a articulações a partir de políticas públicas ativas, forças produtivas e sociedade civil, ao que chama de “democratização estrutural da saúde pública.” Aliando esses fatores, temos que a população fronteiriça que busca o SUS é, em regra, a mais empobrecida. Contudo, o Brasil também é um país com enormes desigualdades. Bernardo Kliksberg⁴⁴ conclui que os fossos sociais presentes na América Latina, a despeito do esforço dos profissionais da saúde, representam “distâncias profundas na saúde pública entre países, classes sociais, etnias, regiões geográficas, distâncias inadmissíveis para uma democracia.”

Sugere o autor⁴⁵ que o investimento em saúde deve ser visto, nesse contexto, como capaz de alavancar o desenvolvimento e não mera consequência do crescimento econômico, diferentemente do que, costumeiramente, se faz, ao prevalecer um pensamento econômico no sentido de desvalorizar as questões sociais. A saúde que o autor se refere não é apenas o acesso a um médico ou a tratamentos de saúde, mas uma saúde integral, que envolve a garantia de saneamento básico e olhares em torno das causas da mortalidade materna, mortalidade infantil e desnutrição. Acrescenta que “atualmente, essas disparidades são decisivas para a reprodução da pobreza ou para frustração prática de projetos bem-intencionados.”

A fim de que a previsão de acesso ao SUS para o residente fronteiriço não seja mais um projeto bem-intencionado sem possibilidade de realização prática, que se deve buscar uma solução sustentável para a matéria. Sabe-se da grande dificuldade em compatibilizar sistemas de saúde tão diversos como são os países integrantes do MERCOSUL, em relação ao financiamento, à cobertura e extensão dos programas a à qualidade da atenção e da rede instalada, retardando soluções para o tratamento da desigualdade nas formas de acesso aos sistemas de saúde.

Entretanto, no campo prático, os entes subnacionais do Brasil, como Estados e Municípios em áreas de fronteiras, são os responsáveis pela prestação de saúde dos residentes fronteiriços. Contudo, há limitação ao tratamento da matéria em âmbito local. Destacando a necessidade de colaboração do Governo federal com os Municípios brasileiros fronteiriços, Ventura e Fonseca⁴⁶ destacam que isso não conduz a uma atuação de política exterior aos Municípios, inclusive porque do ponto de vista jurídico, a autonomia dos entes municipais tem limites.

Esse esforço contínuo dos Municípios em prestar assistência integral aos residentes fronteiriços deve passar ainda por uma séria de complicadores, considerando a ampliação promovida pela nova Lei de Migrações. O novo regramento jurídico dado pelo Brasil ao migrante garante a mesma atenção à saúde que os brasileiros possuem aos residentes fronteiriços, mediante um procedimento simplificado de entrada no Brasil (regulamentado no Decreto 9.199, de 20 de novembro de 2017), sem que seja estabelecido quais os mecanismos financeiros e estruturais que permitam a ampliação da rede de atenção à saúde.

43 SEN, Amartya; KLIKBERG, Bernardo. *As pessoas em primeiro lugar: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado*. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2010.

44 SEN, Amartya; KLIKBERG, Bernardo. *As pessoas em primeiro lugar: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado*. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2010.

45 SEN, Amartya; KLIKBERG, Bernardo. *As pessoas em primeiro lugar: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado*. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2010..

46 VENTURA, Deisy; FONSECA, Marcela Garcia. La participación de los entes subnacionales en la política exterior de Brasil y en los procesos de integración regional. *Revista CIDOB d'afers internacionals*, n. 99, p. 66, sep. 2012.

A necessidade de identificar que os serviços de saúde dependem de financiamento decorre da análise jurídica que se deve fazer do gasto público, inclusive porque a existência de órgãos e estruturas públicas para a prestação de serviços públicos importa gastos que precisam de mecanismos de financiamento para regular os ingressos de recursos e as despesas. Para Horácio Guillermo Corti⁴⁷, “la existencia de órganos implica algún mecanismo para su financiamiento. Es decir, si hay órganos hay métodos para obtener ingresos y efectuar erogaciones.”

Assim, a existência de aparelho estatal requer o entendimento de ingressos e despesas, definição nuclear da atividade financeira estatal. A realização de direitos que levarão ao desenvolvimento da sociedade residente nessa zona de fronteira depende de gastos públicos programados e adequados à necessidade específica e prevista de cada serviço de saúde, por isso devem ser formuladas em políticas públicas sociais e econômicas compartilhadas entre os países envolvidos.

A legislação regulamentadora do SUS já dispõe que a organização de regiões de saúde em áreas de fronteiras com outros países deverá respeitar as normas que regem as relações internacionais⁴⁸. Por ser incongruente afastar os Municípios da solução dos problemas que envolvem diretamente seu funcionamento, alguns autores, como Ventura e Fonseca⁴⁹, defendem a necessidade de criação de mecanismos para alguma participação dos entes subnacionais no MERCOSUL.

Mesmo com as limitações em termos de autonomia para firmar ações de colaboração entre autoridades de países limítrofes, encontra-se em pesquisas de campo⁵⁰ relatos de iniciativas de cooperação com outros países especificadas pelos secretários de saúde de Municípios brasileiros que recebem estrangeiros e brasileiros residentes fronteiriços. Como exemplo dessas ações conjuntas, há atividades para prevenção de dengue, AIDS e febre amarela, preparação de calendário unificado de imunização, campanhas de vacinação, cursos de capacitação profissional em programas de saúde pública, seminários binacionais em saúde cofinanciados, reuniões conjuntas de conselhos locais de saúde, remoção de pacientes em urgências, permuta e cessão de material e equipamentos.

Embora essas iniciativas representem mecanismos de integração fronteiriça em matéria de saúde, é de se ressaltar que tais ações não resolvem o problema gerado pela diversidade de proteção da saúde entre ordenamentos jurídicos e verdadeira “fuga” de estrangeiros para se utilizar do sistema público de saúde no Brasil. A solução real passa pelo financiamento viável das ações e dos serviços de saúde que contemplem a população de residentes fronteiriços, uma vez que, no campo da realidade prática, o sistema público de saúde brasileiro é largamente utilizado por essa população; e, no campo jurídico, a CF/88 já garantiu aos brasileiros, mesmo aos que moram em países fronteiriços, acesso universal, integral e gratuito ao sistema de saúde, e a Lei de Migração concedeu tratamento idêntico ao estrangeiro residente fronteiriço ao garantir a esses o exercício dos atos de sua vida civil no Brasil, inclusive a busca por ações para promoção do direito à saúde.

47 CORTI, Horacio Guillermo. *Derecho financiero*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1997. p. 209.

48 Art. 4º, §2º do Decreto nº 7.508/2011, que regulamenta a Lei Orgânica do SUS (Lei 8.080/90).

49 Como, por exemplo, a *Reunión Especializada de Municipios e Intendencias del Mercosur* (REMI), criando uma rede de “Mercocidades” que impulsiona cidades membros a terem seu próprio Conselho Diretivo a integrar unidades temática e sessões nacionais, adotado apenas no Uruguai, onde o sistema jurídico permite maior autonomia aos Entes municipais de indicação de componentes em uma representação regional no Bloco. No Brasil, apenas a Casa Civil indica representantes. Defendendo a atuação do Uruguai na REMI, Deisy Ventura pontua: “La creación de la REMI significó el cumplimiento del primer objetivo de la Red, que observa el proceso de integración de los países del Mercosur como un proceso que debe ir más allá de los gobiernos centrales, porque son los municipios los que poseen el nivel más descentralizado y están en contacto con la vida cotidiana de los pueblos, idea que se refleja en uno de los lemas de la Red: «El Mercosur más cerca del ciudadano.»”

(VENTURA, Deisy; FONSECA, Marcela Garcia. La participación de los entes subnacionales en la política exterior de Brasil y en los procesos de integración regional. *Revista CIDOB d'afers internacionals*, n. 99, p. 67, sep. 2012.)

50 GIOVANELLA, Lígia; GUIMARÃES, Luisa; NOGUEIRA, Vera Maria Ribeiro; LOBATO, Lenaura de Vasconcelos Costa; DAMACENA, Giseli Nogueira. Saúde nas fronteiras: acesso e demandas de estrangeiros e brasileiros não residentes ao SUS nas cidades de fronteira com países do Mercosul na perspectiva dos secretários municipais de saúde. *Cad Saude Publica*, 23, p. 251–266, 2007.

Como foi possibilitado aos estrangeiros residentes fronteiriços exercer atos de sua vida civil no Brasil, abriu-se, assim, de forma louvável do ponto de vista humanitário, a possibilidade de uma cidadania regional que permita acesso ao sistema de saúde brasileiro. Nesse passo, cabe ainda adequar a estrutura do Sistema Único de Saúde ao novo panorama dado pela Lei de Migração. Defende-se, então, que, da mesma forma que a Cooperação internacional tem sido amplamente utilizada no MERCOSUL para ações voltadas à prevenção e combate a doenças transmissíveis e ainda em questões sanitárias comerciais⁵¹, há, diante da Lei de Migração, um largo caminho que pode ser percorrido em termos de cooperação regional para possibilitar que a prestação de saúde ao estrangeiro residente fronteiriço seja um ato de fortalecimento do SUS e não de desgaste, em face do aumento da demanda sem alteração dos recursos.

A recepção dos residentes fronteiriços (estrangeiros não residentes) enquanto usuários do sistema público de saúde no Brasil ressalta uma integração dos Países do MERCOSUL na construção de sistemas de saúde que primem pela mesma universalidade no acesso. Para tanto, importante que, para além de cooperação econômica, crescem ideias ligadas à possibilidade de auxílio entre países por meio do desenvolvimento em conjunto com a fraternidade, e, nas palavras de Martini e Wünsch⁵², deve-se procurar “especificamente romper com a ideia de um Estado soberano paterno para a construção de um Estado fraterno, no qual a humanidade represente um lugar comum (e não algo restrito aos confins dos Estados nacionais).”

Como o problema de saúde pública não conhece fronteiras e que o fosso histórico entre o Estado nacional e o mundo é artificial, Dayse Ventura⁵³ analisa as ações públicas, inclusive de saúde, e adverte que “impõe-se, portanto, a construção de um modo de ver o mundo que comporte o nacional, mas igualmente as dimensões locais, regionais e transnacionais, sem construir falsos antagonismos entre elas.” A relevância de ações de integração dos sistemas de saúde no MERCOSUL decorre exatamente da consciência normativa mundial no sentido de reconhecer a necessidade de regular conjuntamente os problemas que não podem ser resolvidos individualmente, caso contrário, as medidas adotadas unilateralmente podem acabar por não atingirem os objetivos por elas propostos.

Guido Soares⁵⁴, ressaltando a importância da cooperação internacional a partir do século XX, defende que “a cooperação como um dever nascido da necessidade de regular conjuntamente o ambiente das relações internacionais, sob pena de uma série de providências unilaterais sem eficácia na realidade dos fatos”. Essa perspectiva é bem diferente dos séculos anteriores em que a cooperação estava relacionada a boas relações entre os Estados, ou mesmo como decorrência de uma política de dominação neocolonial.

Assim, a cooperação ora tratada busca identificar quais as possibilidades de contribuição brasileira ao desenvolvimento humano regional. Como destacado pela Organização Pan-americana da Saúde⁵⁵ (OPAS), a liberalização e a regionalização do comércio no eixo Sul da América criaram padrões demográficos com consequências significativas para o setor de saúde. Aponta a OPAS que as razões para esse crescimento demográfico vão desde fluxos de trabalhadores, de todos os níveis de qualificação, e seus familiares que dependem do sistema de saúde, até por questões de turismo. Daí a importância da cooperação para moni-

51 O MERCOSUL, como bloco econômico, vem fazendo pactuações para a compra conjunta de medicamentos de alto custo o, como o Eculizumabe, o Trastuzumabe e o Rituximabe, indicadas para o tratamento de artrite reumatóide e câncer, que representa boa parcela das ações judiciais que determinam a compra desses medicamentos a preços de venda ao particular, no varejo. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/principal/agencia-saude/18047-paises-vaio-criar-plataforma-para-aquisicao-de-medicamentos>>. Acesso em 16.out.2017.

52 MARTINI, Sandra Regina; WÜNSCH, Marina Sanches. Cooperação internacional e efetivação do direito à saúde: uma análise a partir da agenda do BRICS. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v.18, n.2, p. 44, jul./out. 2017.

53 VENTURA, Deisy de Freitas Lima. Uma visão internacional do direito à saúde. In: COSTA, Alexandre Bernardino et al (org.). *O Direito achado na rua: introdução crítica ao direito à saúde*. Brasília: CEAD/ UnB, 2009..

54 SOARES, Guido Fernando Silva. O Direito Internacional Sanitário e seus temas: apresentação de sua incômoda vizinhança. *Revista de Direito Sanitário*, v. 1, n. 1, p. 67, 2000.

55 PAN AMERICAN HEALTH ORGANIZATION. Division of health and human development. Trade in health services in the Region of the Americas. In: DRAGER, Nick; VIEIRA, Cesar (ed.). *Trade in health services: global, regional, and country perspectives*. Washington: PAHO; WHO, 2002. p. 124.

torar o impacto epidemiológico desse movimento migratório, para além da relação comercial, que já bem estabelecida.

Nesse contexto, surgem conceitos como o de soberania sanitária. Mariana Faria Teixeira⁵⁶ destaca que a soberania sanitária permite tratar de temas da saúde na dimensão interna, com manifestação no Estado nacional representada pela “capacidade de definir políticas públicas a partir da concepção de que a saúde é um direito humano e de que as necessidades das pessoas devem ser atendidas por sistemas de saúde sustentáveis.” Ademais, a soberania na dimensão externa tem expressão em âmbito regional, permeada pela integração entre os países, permitindo que se defenda “os interesses em saúde de sua população em espaços multilaterais e frente aos interesses transnacionais mercadológicos”, assim como busca o Conselho de Saúde da UNASUL.

Tratar um problema regional em âmbito nacional, e apenas com legislação, não é, assim, viável. Desse modo, não poderia a legislação brasileira conceder regramento de proteção de direitos dos residentes fronteiriços sem antes tratar a matéria internamente (com estruturação do SUS para essa demanda) e regionalmente, a partir da cooperação no âmbito dos países que lhe fazem fronteira.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Sistema Único de Saúde no Brasil foi pensado pelo constituinte de forma verdadeiramente ampla, não podendo ser limitado à realização de consultas, internações e tratamento médico. Ao contrário, o SUS envolve toda uma gama de atribuições do Estado, desde a fiscalização sanitária realizada nos insumos e alimentos, dentro do país e na fronteira, até o controle de endemias, vacinação, entre outras atividades eminentemente preventivas.

Em uma infinidade de elementos que compõe o sistema sanitário brasileiro, importa, para o regular funcionamento do sistema, cuidado com a saúde de pessoas que residem, inclusive, em espaço de fronteira. O tratamento dessa região no sistema sanitário se dá tanto pela facilidade de propagação de doença e outros agravos, já que alguns centros populacionais contam com menos de 20 km de distância, quanto porque há um constante intercâmbio de pessoas, seja para fins laborais, educacionais, laços afetivos entre outros. Dessa forma, o Princípio da Livre Circulação de pessoas reafirmado por meio do plano de ação do MERCOSUL tem de vir acompanhado da garantia da efetivação e do respeito aos direitos, notadamente o direito de acesso às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde.

A assimetria entre nosso sistema sanitário e dos países vizinhos tem sido um grande desafio na garantia desse direito, notadamente quando se analisam princípios essenciais do Sistema Único de Saúde, como a universalidade e a integralidade da cobertura de atendimentos. Por outro lado, o funcionamento do sistema sanitário ocorre a partir de responsabilidade compartilhada entre diversos entes públicos, embora os municípios por serem gestores imediatos do SUS acabem por conviver com a realidade de receber uma demanda flutuante e de difícil previsão, impossibilitando ações mais efetivas de planejamento operacional e, notadamente, orçamentário.

A União estabeleceu uma forma específica de financiamento para garantia do direito à saúde das pessoas que residem em zona de fronteira, o Programa SIS Fronteiras, contudo, os recursos previstos não têm sido suficientes, o que compromete a qualidade e a eficiência da rede. Outrossim, a zona de fronteira é área sob a jurisdição de mais de um Estado, de forma que o financiamento pode e deve ser buscado a partir da cooperação internacional.

56 TEIXEIRA, Mariana Faria. *O Conselho de Saúde da Unasul e os desafios para a construção de soberania sanitária* 2017. 224 f. Tese (Doutorado em Saúde Pública) – Escola Nacional de Saúde pública Sérgio Arouca. Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2017..

No âmbito do MERCOSUL, as iniciativas de harmonização das legislações são precárias, resultando em grande diversidade de modelos de proteção da saúde. O Brasil vem avançando em seu direito interno no sentido de reconhecer a zona de fronteira como espaço para garantia de direitos, evitando discriminações entre usuários do SUS, inclusive para os residentes em países vizinhos. Observa-se que, de um lado da fronteira, tem-se uma atenção de saúde mais articulada, e, do outro lado, não se tem a mesma situação, gerando uma desigualdade territorial para os cidadãos de um país frente ao do outro, inclusive separados por poucos metros entre serviços fronteiriços.

Contudo, a distinção na gestão e no planejamento das necessidades de saúde na fronteira dos países que apresentam um sistema sanitário centralizado e dos países em que há descentralização da organização dos recursos sanitários tem dificultado a cooperação internacional entre países vizinhos. É um desafio para dentro do MERCOSUL social pensar num financiamento diferenciado da saúde em zona de fronteiras, criando-se um órgão específico encarregado da temática e harmonização das legislações internas, coordenando o compartilhamento da rede instalada por meio da cooperação internacional e buscando uma atenção sanitária eficiente, em prol do objetivo comum que é a comunhão, em maior medida possível, de medidas universalizantes que promovam a saúde da população fronteiriça.

Desse modo, considerando a previsão de direitos aos fronteiriços abordada na nova Lei de Migração brasileira, e diante da aplicação dos princípios da universalização e da integralidade do direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro, é de grande importância garantir o acesso ao sistema público de saúde a pessoas que residam em zonas fronteiriças do Brasil independentemente de sua nacionalidade. Por outro lado, também é importante que se estimulem mudanças fundamentais no tratamento da temática, estabelecendo a área de fronteira como central no desenho de políticas para consolidar uma cidadania regional, seja no estatuto da cidadania ou no plano estratégico de ação social e financiamento de fundos próprios.

Aponta-se, assim, que as ações desenvolvidas em município brasileiro limítrofe, que não considera a situação sanitária do seu município vizinho, teriam pouca eficácia. Tal não poderia ser diferente já que o Sistema Único de Saúde engloba toda uma gama de atividades estatais que vão desde fiscalização sanitária em alimentos, medicamentos e insumos realizada pelas agências de fiscalização sanitária, além de serviços públicos como vacinação, controle de endemias. Nesse sentido, o presente artigo defende a necessidade de um tratamento regional sobre o tema, com o fim de institucionalizar, por meio da cooperação internacional, não apenas a universalização das ações de saúde, mas sua gestão e seu respectivo financiamento.

REFERÊNCIAS

- AITH, Fernando Mussa Abujamra. *Teoria geral do direito sanitário brasileiro*. 2006. 458f. Tese (Doutorado em Saúde Pública)-Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.
- ALMEIDA, Wilson de Jesus Beserra de; CALSING, Renata de Assis; NUNES, Rosiany Karine Gonçalves. Entraves legais à integração Sul-Americana. *Nomos*, v. 33, n. 2, p. 248-258, jul./dez. 2013.
- ASTORGA, J. Ignacio; PINTO C., Ana Maria; FIGUEROA M., Marco. *Estudo da rede de serviços de saúde na região de Fronteira Argentina, Brasil e Paraguai*. 2001-2002. Brasília: Organização Pan-Americana da Saúde, 2004.
- BRASIL. *Decreto nº 9.199, de 20 de novembro de 2017*. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2017/decreto-9199-20-novembro-2017-785772-publicacaooriginal-154263-pe.html>. Acesso em 07 jul. 2018.
- BRASIL. *Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017*. Disponível em: [https://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Lei%2013_445%20de%202017%20-%20Lei%20de%20Migrac%CC%A7a%CC%83o%20\(texto%20completo%20DOU%2025_05_2017\).pdf](https://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Lei%2013_445%20de%202017%20-%20Lei%20de%20Migrac%CC%A7a%CC%83o%20(texto%20completo%20DOU%2025_05_2017).pdf).
- BRASIL. Ministério da Justiça. Comissão de especialistas. *Anteprojeto de lei de migrações e promoção dos direitos dos migrantes no Brasil*. Brasília: Friedrich Ebert Stiftung, 2014.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Norma operacional básica do Sistema Único de Saúde/ NOB-SUS 01/96*. Disponível em: <<http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/nob.pdf>. > Acesso em 07. jul. 2018.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. Primeira Comissão Brasileira Demarcadora de Limites. *Quadro estatístico: demarcação de fronteiras*. 2018. Disponível em: http://pcdl.itamaraty.gov.br/pt-br/quadros_estatisticos.xml. Acesso em: 25 jul. 2018.

CAZOLA, Luiza Helena de Oliveira; PÍCOLI, Renata Palópoli; TAMAKI, Edson Mamoru; PONTES, Elenir R. J. C.; AJALLA, Maria Elizabeth. Atendimentos a brasileiros residentes na fronteira Brasil-Paraguai pelo Sistema Único de Saúde. *Rev Panam Salud Publica*, 29(3), p. 185–90, 2011.

CORTI, Horacio Guillermo. *Derecho financiero*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1997.

CULPI, Ludmila Andrzejewski. *Nova lei de migrações brasileira: inspiração no modelo da lei migratória argentina?* In: WORKSHOP DE PESQUISA EM RELAÇÕES INTERNACIONAIS DA UFPR, 4., 2017, Curitiba: UFPR, 2017. Disponível em: <http://www.humanas.ufpr.br/portal/nepri/files/2012/04/Nova-lei-de-migra%C3%A7%C3%B5es-brasileira_Inspira%C3%A7%C3%A3o-no-modelo-da-lei-argentina.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2018.

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

DORES, Camilla Japiassu. As bases da saúde lançadas pela Constituição Federal de 1988: um sistema de saúde para todos? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 3, n. 1, p. 77-89, jan./jun. 2013.

FERRARO, Daiana. *Políticas e iniciativas en Mercosur en el ámbito de la integración fronteriza*. In: XXIV REUNIÓN DE DIRECTORES DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE, 24., 2013. Cooperación Regional en el Ámbito de la Integración Fronteriza. San Salvador – El Salvador: SP/XXIV-RDCIALC/Di n. 14 -13, 2013

FREIRE, Caroline; ARAÚJO, Débora Peixoto. *Política nacional de saúde: contextualização, programa e estratégias públicas sociais*. São Paulo: Saraiva, 2015.

GIOVANELLA, Ligia; GUIMARÃES, Luisa; NOGUEIRA, Vera Maria Ribeiro; LOBATO, Lenaura de Vasconcelos Costa; DAMACENA, Giseli Nogueira. Saúde nas fronteiras: acesso e demandas de estrangeiros e brasileiros não residentes ao SUS nas cidades de fronteira com países do Mercosul na perspectiva dos secretários municipais de saúde. *Cad Saude Publica*, 23, p. 251–266, 2007.

JIMÉNEZ, Roser Pérez; NOGUEIRA, Vera Maria Ribeiro. La construcción de los derechos sociales y los sistemas sanitarios: los desafíos de las fronteras. *Rev. Katál. Florianópolis*, v. 12, n. 1, p. 50-58, jan./jun. 2009.

KERSTENETZKY, Célia Lessa. *O estado de bem-estar social na idade da razão: a reinvenção do estado social no mundo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

LINI, Priscila. Políticas públicas na fronteira trinacional: o desafio ao pleno exercício da cidadania. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 4, n. 1, p. 173-184, jan./jun. 2014.

MARTINI, Sandra Regina; WÜNSCH, Marina Sanches. Cooperação internacional e efetivação do direito à saúde: uma análise a partir da agenda do BRICS. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v.18, n.2, p. 39-61, jul./out. 2017.

MERCOSUL. *Acordo nº 06, de 14 de junho de 2018*. Eixos integradores de saúde de fronteira para o Mercosul. Assunção. Disponível em: <http://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2018/junho/18/Eixos-Integradores.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2018.

MERCOSUL. *Declaração dos ministros da saúde do Mercosul em face de situação de risco de reintrodução na região das américas de doenças já eliminadas, com ênfase em sarampo, rubéola e poliomielite*. Assunção. Disponível em: <http://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2018/junho/18/Reintroducao.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2018.

MERCOSUL. *MERCOSUL/CMC/ DEC. N. 67/10*: plano estratégico de ação social do MERCOSUL. Foz do Iguaçu, 2010. Disponível em: http://www.mercosur.int/innovaportal/file/2810/1/DEC_67-10_PT_PEAS.pdf. Acesso em: 15 jul. 2018.

NOGUEIRA, Vera Maria Ribeiro; DAL PRÁ, Kely Regina; FERMINANO Sabrina. A diversidade ética e política na garantia e fruição do direito à saúde nos municípios brasileiros da linha da fronteira do MERCOSUL. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 23, p. 251-266, 2007.

NOGUEIRA, Vera Maria Ribeiro; DAL PRÁ, Kely Regina; FERMINANO Sabrina. Mercosul: expressões das desigualdades em saúde na linha da fronteira. *Ser social*, Brasília, v.1, p. 159-168, 2006.

NOGUEIRA, Vera Maria Ribeiro *et al.* Políticas de saúde nos países do Mercosul: um retorno à universalidade? *Revista de Políticas Públicas*, v. 19, n. 1, p. 145-156, jan./jun. 2015.

OCKÉ-REIS, Carlos Octávio. *SUS: o desafio de ser único*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2012.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES. *Glossário sobre migração*. 2009. Disponível em: <http://publications.iom.int/system/files/pdf/iml22.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2018.

PAN AMERICAN HEALTH ORGANIZATION. Division of health and human development. Trade in health services in the Region of the Americas. In: DRAGER, Nick; VIEIRA, Cesar (ed.). *Trade in health services: global, regional, and country perspectives*. Washington: PAHO; WHO, 2002.

PAIM, Jairnilson Silva. *O que é o SUS?* Brasília: Editora Fiocruz, 2009.

PAIM, Jairnilson Silva. *Reforma sanitária brasileira: contribuição para a compreensão crítica*. Salvador: EDUFBA. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2008.

PAÍSES do MERCOSUL. 2018. Disponível em: <http://www.mercosur.int/innovaportal/v/7824/3/innova.front/paises-do-mercosul>. Acesso em 25 jun. 2018.

RHI-SAUSI, José Luis; ODDONE, Nahuel. *Cooperación e integración transfronteriza en América Latina y el MERCOSUR*. 2009. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/263046698_Cooperacion_e_Integracion_Transfronteriza_en_el_MERCOSUR_El_caso_de_la_Triple_Frontera_Argentina-Brasil-Paraguay. Acesso em: 07 jul. 2018

SECRETARIA PERMANENTE DEL SELA. *Políticas e iniciativas em MERCOSUR em el ámbito de la integración fronteriza*. Caracas, 2013.

SEN, Amartya; KLIKSBURG, Bernardo. *As pessoas em primeiro lugar: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado*. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2010.

SILVA, Leda Maria Messias; LIMA, Sarah Somensi. Os imigrantes no Brasil, sua vulnerabilidade e o princípio da igualdade. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, n. 2, p. 384-403, ago. 2017.

SOARES, Guido Fernando Silva. O Direito Internacional Sanitário e seus temas: apresentação de sua incômoda vizinhança. *Revista de Direito Sanitário*, v. 1, n. 1, p. 49-88, 2000.

TEIXEIRA, Mariana Faria. *O Conselho de Saúde da Unasul e os desafios para a construção de soberania sanitária*. 2017. 224 f. Tese (Doutorado em Saúde Pública) – Escola Nacional de Saúde pública Sérgio Arouca. Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2017.

VENTURA, Deisy; FONSECA, Marcela Garcia. La participación de los entes subnacionales en la política exterior de Brasil y en los procesos de integración regional. *Revista CIDOB d'afers internacionals*, n. 99, p. 55-73, sep. 2012.

VENTURA, Deisy de Freitas Lima. Uma visão internacional do direito à saúde. In: COSTA, Alexandre Bernardino *et al* (org.). *O Direito achado na rua: introdução crítica ao direito à saúde*. Brasília: CEAD/ UnB, 2009.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Medidas provisórias e políticas públicas: Uma análise do papel do Congresso Nacional nas políticas de saúde no governo Dilma (2011-2016)

Provisional measures and public policies in Brazil: an Analysis of the role of the Brazilian Congress on health policies in Dilma Rousseff Government (2011-2016)

Clóvis Alberto Bertolini de Pinho

VOLUME 8 • Nº 3 • DEZ • 2018
DOSSIÊ ESPECIAL : POLÍTICAS PÚBLICAS
E O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

Medidas provisórias e políticas públicas: Uma análise do papel do Congresso Nacional nas políticas de saúde no governo Dilma (2011- 2016)*

Provisional measures and public policies in Brazil: an Analysis of the role of the Brazilian Congress on health policies in Dilma Rouseff Government (2011-2016)

Clóvis Alberto Bertolini de Pinho**

RESUMO

A utilização de Medidas Provisórias (MPs) para a formação, estruturação, veiculação e normatização de políticas públicas tem se tornado cada vez mais recorrente. Desse modo, o artigo busca: i) compreender as origens, desdobramentos e efeitos decorrentes da utilização de Medidas Provisórias por parte do Poder Executivo; ii) ponderar a respeito da conveniência do emprego de Medidas Provisórias como meios de normatização de políticas públicas; iii) verificar como a utilização das Medidas Provisórias poderia exercer um papel de condicionante à agenda do Poder Legislativo; iv) trazer casos concretos da utilização de Medidas Provisórias como forma de compreender a inserção de políticas públicas no Poder Legislativo. A metodologia utilizada foi a análise descritiva e estatística. No que se refere às MPs, utilizaram-se os preceitos metodológicos expostos Decreto Presidencial nº 4.176/2002. A limitação da pesquisa se deu, somente, no âmbito do processo legislativo federal, não promovendo discussões com o processo legislativo de outras esferas de governo. A originalidade do trabalho consiste na compreensão do papel das medidas provisórias e a perspectiva das políticas públicas, que, ainda, não conta com muitos estudos no Brasil, sobretudo após a Emenda Constitucional nº 32/2001. As implicações práticas e sociais do trabalho consistem na percepção das medidas provisórias como um importante instrumento que dispõe o Executivo na estruturação das políticas públicas. Por fim, o estudo chega à conclusão de que o Congresso Nacional, no período analisado (2011-2016), demonstrou uma tendência em promover mais discussões na análise de Medidas Provisórias, do que em proposições legislativas advindas do próprio parlamento.

Palavras-chave: Medidas provisórias. Políticas públicas. Presidencialismo de coalizão. Planejamento. Políticas de saúde.

* Recebido em 30/07/2017
Aprovado em 21/08/2017

** Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestrando em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Advogado em Curitiba.

ABSTRACT

The use of Provisional Measures to consolidate public policies has become increasingly recurrent in Brazil, especially with the expansion of the normative power of the Executive Branch since 1988. The possibility of adoption of Provisional Measures, with immediate effect, since its publication by the President of the Republic, can be described as the main reason of its common utilization. The Executive Power can use the Provisional Measures as a possible mean of conditioning the agenda of the Legislative Branch. Therefore, the paper seeks to understand the origins, development and effects arising from the use of Provisional Measures by the Brazilian Executive Branch. The article also tries to verify how the use of the Provisional Measures could play a role in the conditioning of the agenda of the Brazilian Legislative Branch, obliging the analysis or insertion of the discussion of certain health policies in the context of the Legislative Branch.

Keywords: Provisional measures. Public policies. Coalition Presidentialism. Planning. Health policies.

1. INTRODUÇÃO

As Medidas Provisórias (MPs) constituem um importante mecanismo de atuação do Presidente da República no modelo presidencialista brasileiro. A adoção das MPs possui como marco referencial a opção da Constituição Federal de 1988, que possibilitou ao Chefe do Poder Executivo a implementação de atos normativos, com força de lei e vigência imediata, desde que presentes os requisitos da urgência e da relevância, ainda que submetidos ao posterior escrutínio do Congresso Nacional.

As políticas públicas, compreendidas como o plano de ação governamental, possuem direta afinidade com as Medidas Provisórias, já que as MPs têm sido o principal meio para a veiculação e estruturação de políticas públicas, ainda que condicionadas à aprovação do Congresso Nacional.

Observa-se que diversos programas implementados nos últimos anos pelo Governo Federal foram veiculados e normatizados por meio de Medidas Provisórias, sobretudo na gestão dos Presidentes Fernando Henrique Cardoso (1995-2002), Luís Inácio Lula da Silva (2003-2010), Dilma Rousseff (2011-2016) e Michel Temer (2016-).¹ Toma-se como ponto de partida a sua veiculação por meio de Medidas Provisórias os exemplos do Programa do Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior (FIES),² o Programa Bolsa Família,³ o Programa Mais Médicos⁴ e o Programa de Parcerias de Investimento (PPI).⁵

Todavia, observa-se que a simples edição de uma Medida Provisória, veiculadora de uma determinada política pública, não é garantia por si só da adoção e implementação desse plano de ação governamental, por parte do Poder Executivo. Assim, o artigo adotou o termo “veiculação” como forma mais adequada de expor que as Medidas Provisórias não implementam, automaticamente, as políticas públicas, mas veiculam normas construtoras de políticas públicas.

Denota-se que os Presidentes da República, independentemente de sua vinculação político-partidária, recorrem às Medidas Provisórias para veicular e normatizar políticas públicas. A principal motivação, para que a estruturação das políticas públicas seja protagonizada pelo Poder Executivo, se deve ao fato de que o Executivo é o ramo do poder que, por natureza, possui as competências para a consolidação e estruturação

1 Destaca-se que a utilização de Medidas Provisórias por parte dos Presidentes da República não ficou restrita aos Chefes do Executivo mencionados. A Medida Provisória tem sido o instrumento precípua de rápida consolidação de políticas governamentais (estas compreendidas em sentido amplo), como a estruturação dos diversos Planos Econômicos editados nas décadas de 80 e 90, que, a partir de 1988, foram todos veiculados por meio de MP.

2 Veiculado pela Medida Provisória nº 2.094-28 e convertida na Lei nº 10.260, de 12 de julho de 2001.

3 Veiculado pela Medida Provisória nº 132/2003 e convertida na Lei nº 13.836, de 9 de janeiro de 2004.

4 Veiculado pela Medida Provisória nº 621/2013 e convertida na Lei nº 12.871, de 22 de outubro de 2013.

5 Veiculado pela Medida Provisória nº 727/2016 e convertida na Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016.

das políticas públicas, conforme se aprofundará a seguir.

A justificativa do estudo do presente artigo é a de que os estudos atualmente existentes a respeito do papel das medidas provisórias na estruturação de políticas públicas, ainda, não mereceram uma análise mais aprofundada, sobretudo desde a edição da Emenda Constitucional nº 32/2001. A referida Emenda estabeleceu limites materiais e formais para a edição dessas espécies normativas, o que modificou as suas hipóteses de cabimento, reduzindo o seu âmbito de aplicação.

Logo, o presente artigo tem como principal objetivo descrever o fenômeno da utilização das Medidas Provisórias como forma de normatização e juridificação de políticas públicas. O escrito adota a perspectiva descritiva, apresentando o fenômeno da utilização de MPs no sistema presidencialista brasileiro. Utiliza-se, também, a análise estatística para avaliar o interrelacionamento entre o Poder Executivo e Legislativo, no que tange às políticas públicas de saúde, entre os anos de 2011-2017. Promove-se um diálogo com a literatura da ciência política afeita ao tema, como forma de melhor compreender o tema à luz do presidencialismo brasileiro.

Em seguida, em relação aos objetivos mais específicos do estudo, o texto busca apresentar algumas perspectivas a respeito da estruturação e normatização de políticas públicas, com especial relevo à temática das Medidas Provisórias. Verifica-se como as MPs poderiam funcionar como condicionantes à atuação do Poder Legislativo em matéria de políticas públicas; ou seja, investiga-se qual o papel do Poder Executivo na inserção de determinados programas de ação governamental na agenda do Poder Legislativo.

A premissa metodológica da análise das Medidas Provisórias veiculadoras de políticas públicas ora analisadas é conduzida pelos preceitos do Decreto Presidencial nº 4.176/2002, que estabelece as condições gerais de técnica legislativa no âmbito do Poder Executivo Federal, o que possibilita e auxiliar a compreender o processo de formulação de políticas públicas no âmbito da Presidência da República.

E por fim, como forma de melhor compreender as relações entre o Congresso Nacional e as políticas públicas formulados no seio do Poder Executivo, veiculadas por Medidas Provisórias, analisar-se-ão quatro políticas públicas de saúde estruturadas durante o Governo da Presidente DILMA ROUSSEFF, como forma de compreender o relacionamento entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo no processo de formulação de políticas públicas. A escolha pela análise de somente políticas públicas de saúde justifica-se pela necessidade de uniformização do tratamento a ser conferido pela pesquisa, tendo em vista a amplitude dos direitos sociais e das políticas públicas de modo a padronizar o tema de estudo.

2. MEDIDAS PROVISÓRIAS E PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO NO BRASIL

Como brevemente mencionado anteriormente, as Medidas Provisórias, adotadas na Constituição Federal de 1988, constituem um típico instrumento de delegação do poder normativo do Congresso Nacional ao Poder Executivo, como forma de conferir celeridade à edição de atos normativos, desde que justificados com os requisitos de relevância e urgência.⁶

Com a edição da Constituição Federal, ora vigente, a Assembleia Nacional Constituinte discutiu, amplamente, a possibilidade de delegação de poderes legislativos emergenciais ao Poder Executivo, tendo em vista que a estrutura adotada pelos “Decretos-Leis” não seria suficiente para disciplinar as relações entre o Poder Legislativo e Executivo.

6 O texto original da Constituição Federal de 1988, no art. 62, *caput*, assim dispunha a respeito das Medidas Provisórias: “Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias”.

A solução encontrada pela Assembleia Nacional Constituinte foi o estabelecimento de um verdadeiro regime de dissociação entre o “Decreto-Lei” e a “Medida Provisória”, por meio de um controle mais extensivo dos poderes extraordinários do Executivo, que seria mais facilmente controlável pelo Legislativo.⁷

Muitos autores descrevem a utilização das Medidas Provisórias como um típico instrumento do presidencialismo de coalizão brasileiro. O modelo presidencial brasileiro seria de caracterização peculiar, experiência relatada por ABRANCHES, que assevera que a experiência presidencial brasileira seria marcada por uma problemática tendente a gerar crises.

O federalismo brasileiro, por sua vez, acentuaria essa característica, forçando a concepção de coalizões de apoio ao Presidente, que seriam essenciais ao regime institucional brasileiro, buscando atender a critérios extrapartidários: “a frequência de coalizões reflete a fragmentação partidário-eleitoral, por sua vez ancorada nas diferenciações socioculturais; é improvável a emergência sistemática de governos sustentados”.⁸ E, ainda, complementa: “É nas sociedades mais divididas e mais conflitivas que a governabilidade a estabilidade institucional requerem a formação de alianças e maior capacidade de negociação”.⁹

As características clássicas de um sistema presidencialista não seriam, supostamente, tão visíveis assim no sistema constitucional brasileiro, sobretudo em decorrência das conflituosas relações entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo, fenômeno este que se tornou mais visível no sistema constitucional pós-1988, cujos choques seriam caracterizados por conflitos entre os poderes institucionalizados.¹⁰ Com isso, denota-se que as distinções brasileiras levariam à formação de um sistema presidencialista peculiar, no qual haveria impeditivos à concepção de um sistema presidencial “puro”.¹¹

Nesse mesmo sentido, muitos juristas e cientistas políticos têm atribuído ao termo “presidencialismo de coalizão” como forma de descrição do sistema presidencialista no qual o Brasil vivenciaria, em que as relações institucionais e políticas entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo estariam mais imbricadas e relacionadas do que o concebido originalmente pelos filósofos políticos.¹²

A definição do presidencialismo de coalizão seria a formação de uma base parlamentar de apoio ao Presidente da República, que não seria formada com base em critérios estritamente partidários, mas na constituição de uma coalizão de apoio ao Presidente da República e de seus projetos. Além disso, o sistema brasileiro tratar-se-ia de um sistema caracterizado pelo presidencialismo de coalizão, pois o governo, por óbvio e como já exposto, é presidencialista, mas os governos recorrem à formação de coalizões para a obtenção de apoio para alcançar sucesso na aprovação de seus projetos legislativos.¹³

7 LIMONGI, Fernando; FIGUEIREDO, Argelina Cheibub. O Congresso e as Medidas Provisórias: abdicação ou delegação? *Novos Estudos*, São Paulo, n. 47, p. 135, mar. 1997.

8 ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, p. 20, 1988.

9 ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, p. 21, 1988.

10 LIMONGI, Fernando. Presidencialismo e Governo de Coalizão. In: AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima (Org.). *Reforma política no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2007. p. 237. Recentemente, percebe-se, também, um acirramento entre os Poderes Legislativo, Judiciário e o Ministério Público, como se pode perceber no afastamento liminar, determinada Supremo Tribunal Federal dos Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Para maiores informações, cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n. 402*. Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, de 7 de dezembro de 2016. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, n. 263, 9 dez. 2016.

11 Argelina Cheibub Figueiredo e Marcus Figueiredo definem o sistema presidencialista como aquele no qual “as funções de chefe de Estado e de chefe de governo são exercidas por uma mesma pessoa, o presidente, que é eleito diretamente. No presidencialismo, não existe uma regra formal para a participação do Legislativo na formação do governo. A fonte da legitimidade do chefe do governo decorre diretamente do eleitorado” (FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; FIGUEIREDO, Marcus. *O plebiscito e as formas de governo*. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1993. p. 19).

12 CLÈVE, Clémerson Merlin. A Lei no Estado Contemporâneo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, Editora RT, v. 21, p. 127, out. 1997.

13 LIMONGI, Fernando. Presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. *Novos Estudos*, São Paulo, n. 76, p. 20, nov. 2006.

Logo, resta incontestado que o sistema presidencialista brasileiro adota por característica fulcral a formação de coalizões para a concepção e aprovação de projetos de leis que busquem a implementação das políticas a serem almejadas pelo Governo.

Por que os Governos recorrem à formação de coalizões? A razão principal é que, mesmo que a Constituição Federal reconheça os poderes de iniciativa privativa do Presidente da República em determinadas matérias legislativas, como a iniciativa de elaboração e apresentação do orçamento, ou mesmo a possibilidade de edição de Medidas Provisórias, isso não significa afirmar, evidentemente, que o Presidente da República poderia governar sozinho, editar atos normativos sem a presença ou a aprovação do Congresso Nacional. Nenhum Chefe do Executivo legisla sem a maioria do Congresso, já que as Medidas Provisórias só são convertidas em Lei por conta de sua aprovação pelo Congresso Nacional. “Sem o apoio da maioria, presidentes, simplesmente, não governam”.¹⁴

A formação de coalizões não é característica que deve ser vista de uma maneira depreciativa, mas como uma evidência empírica do sistema de “governabilidade” brasileiro.¹⁵ Porém, o sistema brasileiro em nada se distancia dos demais sistemas de governo dos demais países: “há pouco que permita distinguir o sistema político brasileiro de outras democracias ditas avançadas ou consolidadas. A forma como o processo decisório, mais especificamente, o poder de agenda conferido ao Executivo, garante que o governo brasileiro opere em bases similares às de grande parte das democracias existentes”.¹⁶

Para uma melhor compreensão do tema, LIMONGI, ainda, lembra o seguinte pensamento, com base em dois indicadores essenciais que explicariam o funcionamento de presidencialismo de coalizão: a taxa de sucesso das iniciativas do Executivo, que seria definida como “a proporção do que é aprovado sobre o total enviado por este poder”.¹⁷

Por sua vez, a taxa de dominância seria a “a simples divisão das leis cuja proposição se deve ao Executivo pelo total de leis aprovadas no período”.¹⁸ Obtidos esses dados, em diversos países, seja em sistemas de governo parlamentaristas ou presidencialistas, observou-se que as taxas de sucesso e as taxas de dominância eram muito altas, beirando os 90% em ambos os casos. Muitos autores chegaram a definir o fenômeno como a “regra dos 90%”.¹⁹

O sistema político brasileiro não seria uma exceção a essa regra, em que as taxas de sucesso de dominância do Poder Executivo seriam altas e comparáveis aos países parlamentaristas. No entanto, observa-se que essas altas taxas de dominância e sucesso manifestaram-se em elevada porcentagem após a promulgação da Constituição de 1988. LIMONGI observa que as altas taxas de dominância e sucesso não são necessariamente negativas, mas isso apenas demonstra que “não há bases para tratar o sistema político brasileiro como singular. Muito menos, para dizer que estaríamos diante de uma democracia com sérios problemas”.²⁰

Em um viés crítico a respeito do presidencialismo de coalizão, RENNÓ tece censuras às concepções de LIMONGI e FIGUEIREDO, ao afirmar que os autores “desenvolveram em sua pioneira e vasta obra um argumento

14 Presidencialismo e governo de coalizão. In: AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima (Org.). *Reforma política no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2007. p. 247.

15 Nesse mesmo sentido, cf. SANTOS, Maria Helena de Castro. Governabilidade, governança e democracia: criação de capacidade governativa e relações executivo-legislativo no Brasil pós-constituente. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, n. 40, p. 344, 1997 e VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Presidencialismo de coalizão: exame do atual sistema de governo brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 111-112.

16 LIMONGI, Fernando. A democracia no Brasil: presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. *Novos estudos*, São Paulo, n. 76, p. 20, nov. 2006.

17 LIMONGI, Fernando. A democracia no Brasil: presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. *Novos estudos*, São Paulo, n. 76, p. 21, nov. 2006.

18 LIMONGI, Fernando. A democracia no Brasil: presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. *Novos estudos*, São Paulo, n. 76, p. 21, nov. 2006.

19 LOWENBERG, Gehard; PETERSON, Samuel. *Comparing legislatures*. Boston: Little Brown, 1979 *apud* LIMONGI, Fernando. Presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. *Novos Estudos*, São Paulo, n. 76, p. 22, nov. 2006.

20 LIMONGI, Fernando. Presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. *Novos Estudos*, São Paulo, n. 76, p. 25, nov. 2006.

muito forte favorável ao funcionamento do atual sistema político brasileiro”.²¹ O mesmo autor, baseado nas teorizações de AMES, afirma que as “trocas [de apoio] favorecem a continuidade de práticas antigas, mas ainda arraigadas, de clientelismo, fisiologismo e patrimonialismo, que podem, em último caso, estar na base de práticas corruptas”.²²

Nesse mesmo sentido, AMORIM NETO, COX e MCCUBBINS destacam que o Presidente da República, no Brasil, possui diversas prerrogativas que possibilitam a análise de diversas matérias de interesse do Executivo, por força de instrumentos como a requisição de urgência na tramitação de um determinado projeto legislativo, ou mesmo a edição de uma Medida Provisória. Quanto ao papel das MPs no processo legislativo, os autores destacam que “a prerrogativa constitucional do Presidente da República de editar Medidas Provisórias (ou Decretos-Leis) lhe permite exercer consideráveis poderes sobre o processo legislativo”.²³

Os autores consideram que os poderes para editar atos normativos com força imediata de Lei dão capacidade ao Presidente da República de controlar a agenda do legislativo sob a perspectiva do tempo e de seu conteúdo.²⁴ A situação se agrava quando o Presidente da República consegue formar um verdadeiro “cartel legislativo”, o que lhe permite apoio político para que sua agenda política seja implementada por meio da técnica legislativa ordinária, não necessitando da edição de Medidas Provisórias para o condicionamento da agenda do legislativo.²⁵ “Se o Presidente é incapaz ou relutante para formar um cartel, então, o seu fraco apoio político vai predispor o seu governo a tomar a formação de instrumentos políticos unilaterais, que seriam os Decretos ou as Medidas Provisórias”.²⁶

2.1. Panorama Após a Emenda Constitucional nº 32/2001

Por outro lado, com a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 32/2001, o regime das Medidas Provisórias alterou-se drasticamente, tendo em vista que limites formais e materiais à edição de MPs são criados. Impediu-se o Poder Executivo de reeditar MPs, ou mesmo legislar em matéria de natureza sensível aos cidadãos, como em matéria de direito penal, tributário, processual, entre outros.

A Emenda Constitucional nº 32/2002 estabeleceu limites materiais à edição de Medida Provisórias relativas a: i) nacionalidade, cidadania, direitos políticos e direito eleitoral; ii) direito penal, processual penal e civil; iii) organização do Poder Judiciário e o Ministério Público; iv) leis orçamentárias ou Plano Plurianuais; v) sequestro de bens e poupanças;²⁷ vi) matérias reservadas à Lei Complementar. Quanto aos limites formais, destaca-se a impossibilidade de reedição de Medidas Provisórias, prática que era muito comum durante a

21 RENNÓ, Lucio R. Críticas ao Presidencialismo de Coalizão no Brasil. In: AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima (Org.). *Reforma política no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2007. p. 261.

22 RENNÓ, Lucio R. Críticas ao Presidencialismo de Coalizão no Brasil. In: AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima (Org.). *Reforma política no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2007. p. 264.

23 Trad. livre de: “*the president’s constitutional prerogative to issue provisional measures (or decree-laws) enables him to exert considerable control over legislative process*” (AMORIM NETO, Octavio; COX, Gary W.; MCCUBBINS, Mathew D. Agenda power in Brazil’s Câmara dos Deputados, 1989-98. *World Politics*, v. 55, n. 4, p. 559, jul. 2003).

24 AMORIM NETO, Octavio; COX, Gary W.; MCCUBBINS, Mathew D. Agenda power in Brazil’s Câmara dos Deputados, 1989-98. *World Politics*, v. 55, n. 4, p. 560, jul. 2003.

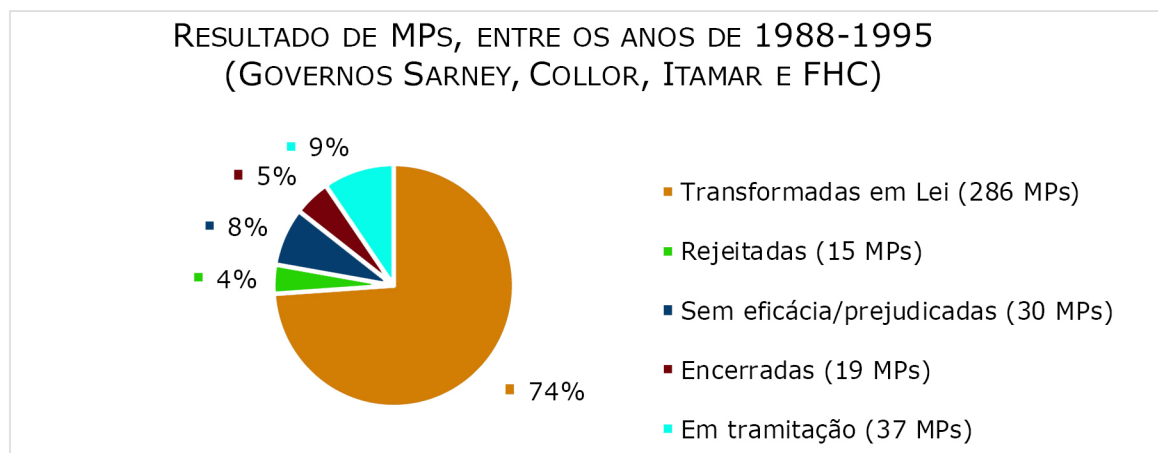
25 AMORIM NETO, Octavio; COX, Gary W.; MCCUBBINS, Mathew D. Agenda power in Brazil’s Câmara dos Deputados, 1989-98. *World Politics*, v. 55, n. 4, p. 568, jul. 2003.

26 Trad. livre de: “*If the president is unable or unwilling to form a cartel, then his weak legislative support will predispose him to govern by a unilateral policy-making instrument, that is, decrees*” AMORIM NETO, Octavio; COX, Gary W.; MCCUBBINS, Mathew D. Agenda power in Brazil’s Câmara dos Deputados, 1989-98. *World Politics*, v. 55, n. 4, p. 568, jul. 2003)

27 A previsão é decorrência lógica do sequestro de poupanças realizado por meio da Medida Provisória nº 168, de 15 de março de 1990, convertida na Lei nº 8.024, de 12 de abril de 1990, conhecida como “*Plano Brasil Novo*”. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucional nº 534/DF, teve oportunidade de julgar a respeito da conveniência da utilização da Medida Provisória para uma questão tão sensível, muito embora não houvesse limites à edição de Medidas Provisórias no texto constitucional originário de 1988. “*Nítidamente trata-se de vedação adotada por razões históricas, decorrentes do trauma ocorrido no Governo Collor, quando foi decretado, de modo irracional e criticável, o congelamento de ativos financeiros (MP 168, convertida na Lei 8.024/90, que instituiu o Plano Brasil Novo)*” CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas Provisórias*. 3. ed. São Paulo: Editora RT, 2010.

década de 90, o que limita a edição de MPs ao prazo de sessenta dias, prorrogável por igual período. Caso não haja aprovação legislativa a respeito do tema, perderão eficácia as MPs.

FIGUEIREDO e LIMONGI, antes do regime da Emenda Constitucional nº 32/2001, entre os anos de 1988-1995, destacam que o número de Medidas Provisórias rejeitadas ou sem eficácia poderia ser considerado muito baixo em relação às Medidas Provisórias efetivamente aprovadas pelo Congresso Nacional. Para isso, os autores apresentaram os seguintes dados:



Fonte: LIMONGI, Fernando; FIGUEIREDO, Argelina Cheibub. *Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora FGV, 2001.

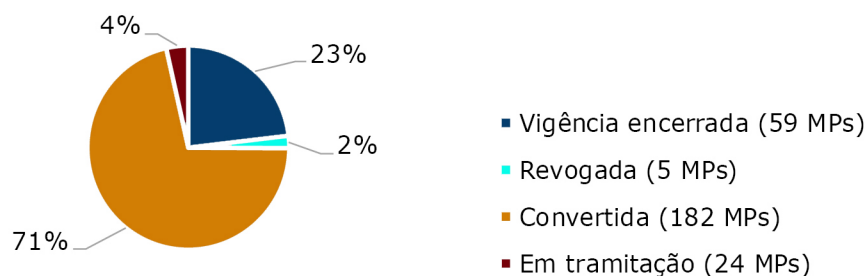
A partir dos resultados demonstrados por FIGUEIREDO e LIMONGI, entre os anos de 1988 e 1995, percebe-se que a quantidade de rejeições, e até mesmo as MPs sem eficácia ou prejudicadas, atinge um percentual muito baixo em relação às medidas que foram transformadas em Lei, demonstrando que o Poder Executivo tem sucesso na aprovação de suas proposições legislativas, por meio de Medidas Provisórias.

É de se destacar que os resultados obtidos pelos autores são todos anteriores à edição da Emenda Constitucional nº 32/2001, que inseriu limites materiais e formais à edição de Medidas Provisórias, o que, supostamente, alteraria a sua relação com o Poder Legislativo.

Muito embora FIGUEIREDO e LIMONGI ainda não tenham atualizado o seu inovador estudo entre as relações do Poder Executivo e do Poder Legislativo nas décadas de 80 e 90, é preciso esclarecer que, mesmo com a edição da Emenda Constitucional nº 32/2001, o cenário pouco se alterou entre os anos de 2011 e 2017.

O autor do presente artigo recolheu informações juntamente ao Portal de Legislação da Presidência da República, efetuando a análise comparativa sobre as Medidas Provisórias que, efetivamente, foram aprovadas e convertidas em Lei pelo Congresso Nacional, chegando à conclusão análoga a de LIMONGI e FIGUEIREDO, sobretudo no contexto pós Emenda Constitucional nº 32/2001. Constatou-se que o índice de rejeição de Medidas Provisórias pelo Congresso Nacional é muito baixo em relação às MPs que se transformam em Lei.

RESULTADO DAS MPS, ENTRE 2011 ATÉ 30/07/2017 (GOVERNOS DILMA E TEMER)



Fonte: Elaboração própria.

A partir das perspectivas trazidas após a edição da Emenda Constitucional nº 32/2001, denota-se que o Congresso Nacional não adota uma postura de confronto em relação às Medidas Provisórias editadas pelo Poder Executivo, que, supostamente, não se coadunariam com os interesses do Congresso Nacional. O Poder Legislativo, em vez de rejeitar uma Medida Provisória (ato que poderia tencionar a animosidade entre os Poderes), acaba por simplesmente não votar a referida Medida Provisória, tornando ineficaz o ato legislativo não votado pelo Congresso Nacional.

Depreende-se que, durante o período de 2011-2017, nenhuma MP chegou a ser rejeitada pelo Congresso Nacional (diferentemente do período de 1988-1995), o que demonstra que, após a edição da Emenda Constitucional, nº 32/2001, sobretudo com o tempo de vigência de MP específico caso o Congresso Nacional não venha a votá-la, o Legislativo, simplesmente, prefere não votar a respeito sobre aquela MP que não agrade aos seus interesses.

Além disso, percebe-se que a não votação da Medida Provisória, dentro do prazo de 120 (cento e vinte) dias, levando-se em consideração a possibilidade de prorrogação da vigência da MP por 60 (sessenta) dias, é uma típica forma de retaliação àquelas MPs que não correspondem aos anseios do Congresso Nacional, ou que não coadunam com a base política de apoio do Presidente da República. Em vez de haver uma rejeição explícita por parte do Congresso Nacional, seria preferível o esgotamento do prazo de vigência da MP, pois, desde 2001, o Presidente da República é proibido de reeditar Medidas Provisórias.²⁸

Ou seja, em consonância com os dados apresentados por LIMONGI e FIGUEIREDO, os atuais índices de aprovação de Medidas Provisórias editadas pelo Poder Executivo continuam muito altos, o que se faz demonstrar que a chance de sucesso do Poder Executivo em um ato normativo de seu interesse é muito grande.

É preciso observar que, após a edição da Emenda Constitucional nº 32/2001, com a imposição de limites formais e materiais à edição de MPs, os índices apresentados por LIMONGI e FIGUEIREDO pouco se alteraram (motivo pelo qual mereceram uma reatualização no presente artigo). Ressalva-se que o Congresso Nacional adotou uma nítida postura de não votação no caso de MPs que conflitam com os interesses parlamentares, em vez de haver uma rejeição formal da MP, como ocorria no regime anterior, pois o Presidente da República estará, completamente, impossibilitado de reeditar uma determinada MP.

28 O tema era de tanta relevância e discussão que chegou a ser objeto da Súmula nº 651, do Supremo Tribunal Federal: “A medida provisória não apreciada pelo Congresso Nacional podia, até a Emenda Constitucional 32/2001, ser reeditada dentro do seu prazo de eficácia de trinta dias, mantidos os efeitos de lei desde a primeira edição”.

3. MEDIDAS PROVISÓRIAS E POLÍTICAS PÚBLICAS

Como mencionado anteriormente, as Medidas Provisórias têm sido cada vez mais utilizadas como meio de veiculação e juridificação de determinadas políticas públicas, com “o uso de instrumento com força de lei para a execução de políticas públicas, dentro de uma perspectiva prática do diálogo entre legislativo executivo na formulação de agenda comum”.²⁹

A definição de política pública adotada pelo presente trabalho é calcada nos ensinamentos de DALLARI BUCCI, que define a política pública como um programa de ação governamental, compreendendo o movimento da máquina pública, e materializa o arranjo institucional. As políticas públicas consistem em estruturas de ação governamental que expressam o Estado em movimento.³⁰

A institucionalização das políticas públicas qualifica as medidas governamentais de estruturação e organização das políticas públicas. Levando-se em consideração o baixo grau de efetividade das normas jurídicas, revela-se a debilidade do direito para a ordenação social e do governo.

Desse modo, a modelagem institucional das políticas públicas permite a valorização e criação do direito, sob o aspecto processual e normativo. É preciso que a atividade de aplicação do direito, bem como o planejamento das atividades, tome bastante relevância na formulação e organização das políticas públicas. Nesse mesmo contexto, a institucionalização significa a estruturação e organização pelo Poder Público dos programas da ação governamental.³¹

Por esse motivo, a política pública deve ser compreendida com base na ótica do ‘*governo em ação*’, propondo mudanças na variável do curso das ações públicas. Nesse mesmo sentido, a formulação de políticas públicas deve ser compreendida como o estágio no qual governos democráticos expõem sua plataforma eleitoral em programas e ação, traduzindo mudança concreta no mundo real.³²

Desde a década de 90, diversos cientistas políticos vêm discutindo a utilização de Medidas Provisórias para a normatização e veiculação de determinadas políticas públicas. DALLARI BUCCI destaca que as principais razões para uma preeminência da iniciativa governamental em matéria legislativa se dá por conta da (i) política, pois incumbe ao governo a condução política do país; (ii) administrativa, pois o chefe de governo, também, é o chefe da Administração Pública; (iii) financeira, pelo fato de que o chefe do Executivo possuir iniciativa legislativa em matéria orçamentária; e, (iv) econômica, pois algumas medidas consubstanciam intervenção estatal na econômica, exigindo a coordenação e regulamentação do Executivo.³³

Percebe-se que o Poder Executivo tende a ser mais efetivo na formulação de políticas públicas, seja pela sua proximidade aos recursos orçamentários, seja pela sua maior capacidade de gestão da máquina administrativa, necessária ao funcionamento do próprio aparelho administrativo. Conforme observa DALLARI BUCCI, “diante da dimensão assumida hoje pelo fenômeno da normatividade do Poder Executivo, é de se pensar que o mais adequado seria a realização das políticas pelo Executivo, por sua própria iniciativa, segundo as diretrizes e dentro dos limites aprovados pelo Legislativo”.³⁴

E, assim sendo, o mecanismo mais natural à institucionalização de políticas públicas pelo Poder Executivo seria a utilização das Medidas Provisórias, como forma de conferir normatividade e estruturação a um determinado meio de atuação do Governo, como as políticas públicas parecem exigir. Mesmo que, na maioria dos casos, a utilização de medidas provisórias para veiculação de políticas públicas não esteja dotada

29 SAMPAIO, Marco Aurélio. *A Medida Provisória no Presidencialismo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 19.

30 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013, *passim*.

31 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013, *passim*.

32 SOUZA, Celina. Estado da arte da pesquisa em políticas públicas. In: HOCHMAN, Gilberto; ARRETCHE, Marta; MARQUES, Eduardo (Org.). *Políticas Públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2007. p. 69.

33 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006, *passim*.

34 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 271.

de urgência nem mesmo relevância (já que na maioria das vezes políticas públicas veiculadas por Medida Provisória poderiam ser objeto de Lei Ordinária),³⁵ percebe-se que as MPs constituem um eficaz mecanismo de definição da agenda do Congresso Nacional por parte do Poder Executivo.

A utilização das MPs tenderia a inserir na agenda do Congresso Nacional determinadas matérias que não seriam facilmente discutidas caso não fossem editadas MPs. Ou seja, as MPs funcionam, inegavelmente, como um meio de inserção do Presidente da República de determinadas políticas públicas na agenda do Parlamento.

Isso se acentua com a previsão do art. 62, § 6º, da Constituição Federal,³⁶ que exige, expressamente, que determinadas matérias sejam apreciadas em regime de urgência, tanto no Senado Federal como na Câmara dos Deputados, caso sejam esgotados 45 (quarenta e cinco) dias sem qualquer tipo de deliberação do Congresso Nacional.

Em outras palavras, o conhecido “trancamento da pauta”, em caso de não aprovação da MP pelo Congresso Nacional, permite que o Presidente da República insira um poderoso mecanismo na apreciação de políticas públicas.³⁷

Por outro lado, ZAULI e RODRIGUES, ainda que sob um viés crítico, estabelecem uma relação entre as políticas públicas de saúde e sua veiculação e normatização por meio de MPs. Os autores destacam que, entre os Governos de JOSÉ SARNEY e FERNANDO HENRIQUE CARDOSO, os Presidentes legislaram, verdadeiramente, à margem do Congresso Nacional, mediante a reedição constante de MPs, relatando que o Congresso Nacional foi, relativamente, incapaz de apreciar e lapidar os conteúdos das MPs.³⁸

Os autores referem que os motivos principais para a normatização de políticas públicas por meio de MPs se devem ao fato de que o Congresso Nacional, durante a década de 90, apresentou dificuldades na organização eficiente de comissões especiais para a apreciação ou modificação das MPs.³⁹ ZAULI e RODRIGUES, ainda, destacam que o Poder Executivo teria muita capacidade de programar medidas de impacto geral na população, na exata medida que os legisladores são movidos por interesses próprios de reeleição.⁴⁰

35 A discussão a respeito dos requisitos da relevância e urgência perde sentido na mera conversão da Medida Provisória em Lei, já que, segundo interpretação do Supremo Tribunal Federal, a “conversão da medida provisória em lei prejudica o debate jurisdicional acerca da ‘relevância e urgência’ dessa espécie de ato normativo” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 1.721. Relator: Min. Ayres Britto, de 11 de outubro de 2006, 2ª Turma. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 29 jun. 2007).

36 “Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.[...] § 6º Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subsequentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando”.

37 É preciso mencionar que, recentemente, o Supremo Tribunal Federal, decidiu que é inconstitucional a realização de emendas parlamentares com temas estranhos àquilo que está contido em uma determinada Medida Provisória, necessitando haver uma pertinência temática entre a emenda e o conteúdo da Medida Provisória. Era de comum prática dos parlamentares a inserção de temas completamente alheios, sobretudo no Projeto de Conversão da Medida Provisória em Lei. A respeito do tema, o Relator para o Acórdão, o Ministro Luiz Edson Fachin, consignou o seguinte: “O uso hipertrofiado de instrumento excepcional – Medida Provisória –, ordinarizando-o, deturpa diuturnamente o processo legislativo desenhado pela Constituição, gerando distorções ilegítimas na arena democrática. Nessa quadra, a prática das emendas parlamentares no processo de conversão de medida provisória em lei com conteúdos temáticos distintos dos nela versados apresenta fortes complexidades democráticas. Pode, até mesmo, ser vista e explicada como uma possível resposta à atuação do Executivo diante do trancamento das demais deliberações da pauta do Legislativo (art. 62, §6º) em razão das diversas Medidas Provisórias editadas. Sob essas lentes, trata-se de oportunidade para que esta Corte fixe entendimento que solucionará um sem número de controvérsias, em respeito não apenas ao desenho institucional dado pela Constituição, mas igualmente ao princípio constitucional da segurança jurídica, arts. 1º e 5º, XXXV P” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 5127. Relator: Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, de 1 de julho de 2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-203).

38 ZAULI, Eduardo Meira; RODRIGUES, Marta M. Assumpção. De José Sarney a Fernando Henrique Cardoso: relação Executivo-Legislativo e Política de Saúde no Brasil. *Planejamento e políticas públicas*, n. 25, p. 190, jun./dez. 2002.

39 ZAULI, Eduardo Meira; RODRIGUES, Marta M. Assumpção. De José Sarney a Fernando Henrique Cardoso: relação Executivo-Legislativo e Política de Saúde no Brasil. *Planejamento e políticas públicas*, n. 25, p. 190-191, jun./dez. 2002.

40 ZAULI, Eduardo Meira; RODRIGUES, Marta M. Assumpção. De José Sarney a Fernando Henrique Cardoso: relação Executivo-Legislativo e Política de Saúde no Brasil. *Planejamento e políticas públicas*, n. 25, p. 191, jun./dez. 2002. A ideia também é apresentada por Anthony Downs, que estabelece que independentemente do sistema de governo que falamos, políticos são propensos a formular políticas que são capazes de angariar votos. Especificamente ao caso dos governos de coalizão, Downs pondera que os

Ademais, as dificuldades, também, se encontram no próprio processo deliberativo no Congresso Nacional, como no caso de proposições originárias do Poder Executivo, em que a negociação entre o Executivo e os congressistas deve contar com debates prévios para a sua consecução. Ou seja, a tramitação em regime de urgência depende de acordo entre as mais diversas lideranças, debatendo o projeto com os líderes partidários e os presidentes de comissão, diferentemente dos projetos originários do legislativo, que devem passar por todo o trâmite seletivo do Poder Legislativo.⁴¹

LIMONGI e FIGUEIREDO relatam que muitos analistas consideram que o Legislativo teria abdicado da sua função legislativa, deixando-a sob responsabilidade do Poder Executivo.⁴² Contudo, os referidos autores entendem que essa transferência é, meramente, condicional, pois a delegação não pressupõe a renúncia ao poder de legislar por parte do Legislativo, julgando caso a caso a conveniência da delegação, existindo, portanto, uma delegação condicional.⁴³

De outra senda, as críticas formuladas por ZAULI e RODRIGUES desconsideram a possibilidade de realização de contribuições, por parte do Parlamento, na implementação de determinadas políticas públicas veiculadas por Medidas Provisórias. “Em outras palavras, o uso de medidas provisórias deve ser útil ao governo e ao Congresso, reduzindo custos de coordenação das políticas sobre as quais há consenso, todavia não pode ser tal que impeça que o Congresso exerça algum papel no direcionamento das políticas”.⁴⁴

Destaca-se que, normalmente, as propostas legislativas advindas do Poder Executivo são muito mais realistas quanto ao orçamento e à sua efetiva aplicativa. Por outro lado, o Congresso Nacional, geralmente, não debate a fundo questões orçamentárias e práticas na implementação de determinadas políticas públicas, o que justificaria, ainda que de maneira preliminar, a existência dessa “preponderância” do Poder Executivo em relação ao processo de normatização de políticas públicas, nomeadamente com a utilização de Medidas Provisórias.

Há que se destacar que o Congresso Nacional é capaz de promover alterações nos atos legislativos editados pelo Poder Executivo, conforme destaca TORRENS, que, no específico exemplo do papel do Poder Legislativo na formulação e debate de políticas públicas, considera “que a concentração de recursos de poder pelo Executivo não é suficiente para fazer prevalecer as preferências do governo, isto é, os parlamentares atuam de maneira a produzir alterações significativas no produto final das proposições legislativas”.⁴⁵

As propostas de políticas públicas editadas pelo Poder Executivo podem ser objeto de substitutivos ou emendas, o que caracteriza um papel ativo do Poder Legislativo na produção, concepção e construção das leis definidoras de políticas públicas.⁴⁶ Ao Executivo cabe a maior parte da elaboração de políticas públicas, mas os processos de amadurecimento, debate ampliado e deliberação sobre as MPs que veiculam políticas públicas são realizadas no Parlamento, o que valoriza o papel do Poder Legislativo no processo decisório na

partidos em coalizões são pressionados por três ordens de força: a) o desejo de torna similar suas políticas com o intuito de tornar suas ações eficientes; b) tornar suas políticas eficientes para angariar mais votos; c) adotar uma destas forças visando o aumento de sua importância na coalizão. Porém, o estudioso precisa de maneira essencial que isso não significa afirmar que as coalizões não seriam úteis ao sistema democrático, cite-se: “*Isso torna a racionalidade individual difícil, mas se há consenso suficiente no eleitorado, a democracia pode funcionar eficientemente mesmo que a sociedade nunca atinja a pura racionalidade*” (DOWNS, Anthony. *Uma teoria econômica da democracia*. Tradução: de Sandra Guardini Teixeira Vasconcelos. 1. reimpr. São Paulo: Editora USP, 2013, p. 183).

41 ZAULI, Eduardo Meira; RODRIGUES, Marta M. Assumpção. De José Sarney a Fernando Henrique Cardoso: relação Executivo-Legislativo e Política de Saúde no Brasil. *Planejamento e políticas públicas*, n. 25, p. 192, jun./dez. 2002.

42 LIMONGI, Fernando. A democracia no Brasil: presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. *Novos estudos*, São Paulo, n. 76, p. 128, nov. 2006.

43 Nesse mesmo sentido, cf. VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Presidencialismo de coalizão: exame do atual sistema de governo brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 112.

44 VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Presidencialismo de coalizão: exame do atual sistema de governo brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 113.

45 TORRENS, Antonio Carlos. Poder Legislativos e políticas públicas: uma abordagem preliminar. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, ano 50, n. 197, p. 201, jan./mar. 2013.

46 TORRENS, Antonio Carlos. Poder Legislativos e políticas públicas: uma abordagem preliminar. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, ano 50, n. 197, p. 201, jan./mar. 2013.

estruturação de políticas públicas.⁴⁷

Assim, buscar-se-á analisar, no próximo tópico do presente artigo, a compreensão a respeito das diferenças no tratamento dos instrumentos normativos veiculadores de políticas públicas. Analisam-se políticas públicas de saúde, comparando as diferenças entre uma política pública gestada no Poder Legislativo e duas políticas de saúde veiculadas por Medida Provisória, em especial uma que teve sucesso em seu regime de tramitação no Congresso Nacional e outra MP que não chegou a ser votada pelo Congresso Nacional.

4. ANÁLISE DA TRAMITAÇÃO DE ATOS NORMATIVOS VEICULADORES DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE E O PAPEL DO CONGRESSO NACIONAL DURANTE O GOVERNO DILMA

Estabelecidas algumas premissas a respeito da relação entre políticas públicas e as Medidas Provisórias, cumpre analisar quatro políticas públicas relacionadas direta e indiretamente à área de saúde, como forma de compreender a gestão normativa das políticas públicas.

Para a presente análise, adotou-se, somente, o critério da apreciação das políticas públicas relativas à saúde, como forma de conferir maior grau de congruência ao presente estudo, já que o campo de análise das políticas públicas pode variar entre os diversos campos de direitos sociais, como saúde, educação, habitação, entre outros.

Por questões de metodologia, preferiu-se analisar, somente, um período específico de Governo, no caso de 2011-2016, da Presidente DILMA ROUSSEFF, tendo-se em vista que, como a agenda legislativa tende a ser definida pelo Poder Executivo, a análise de um período específico tende a uniformizar a compreensão a respeito do tema. Ademais, a escolha somente pelo período do Governo da Presidente DILMA ROUSSEFF motiva-se pelo exclusivo fato de que a maioria dos estudos existentes das relações entre o Congresso Nacional e o Poder Executivo se deu, anteriormente, à Emenda Constitucional nº 32/2001, o que constitui um dos motivadores para a presente análise.

4.1. Atos normativos analisados

O primeiro ato normativo a ser analisado é o Programa Mais Médicos, veiculado pela Medida Provisória nº 621, de 8 de julho de 2013, e convertida pela Lei nº 12.871, de 22 de outubro de 2013. A escolha do Programa Mais Médicos se deu pelo fato de a sua estruturação e normatização ter ocorrido, primordialmente, por meio de uma Medida Provisória. O contexto de sua edição gerou inúmeras controvérsias, promovendo, inclusive, diversos questionamentos a respeito de sua constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, sobretudo pela classe médica.⁴⁸

O segundo ato normativo analisado é aquele veiculado pela Medida Provisória nº 557, de 26 de dezembro de 2011, que instituiu o Sistema Nacional de Cadastro, Vigilância e Acompanhamento da Gestante e Puérpera para Prevenção da Mortalidade Materna. Muito embora juridicamente estruturada e subsistente,

47 TORRENS, Antonio Carlos. Poder Legislativo e políticas públicas: uma abordagem preliminar. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, ano 50, n. 197, p. 202-203, jan./mar. 2013.

48 Foram localizadas, no sítio *online* do Supremo Tribunal Federal, duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI), que questionaram a constitucionalidade do Programa Mais Médicos. A primeira delas é a ADI n. 5.035, proposta pela Associação Médica Brasileira (AMB), questionando, em breve síntese, a constitucionalidade da adoção de medida provisória, o estabelecimento de medidas restritivas de direitos dos estudantes de medicina, limitação do exercício da profissão de médico e a impossibilidade de medida provisória regular matéria relativa à nacionalidade, cidadania e orçamento (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI n. 5035*. Relator: Min. Marco Aurélio). A outra Ação Direta de Inconstitucionalidade foi proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Liberais Universitários Regulamentados, autuada sob a ADI nº 5.037 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI n. 5037*. Relator: Min. Marco Aurélio), que foi apensada à ADI n. 5.035, ambas de relatoria do Ministro Marco Aurélio Mello.

a Medida Provisória nº 557, de 26 de dezembro de 2011, não foi votada pelo Congresso Nacional, ocasionando a sua caducidade pelo esgotamento do prazo de 120 (cento e vinte) entre a sua edição, prorrogação e perda de eficácia. A escolha se deu pelo fato de que, no momento de sua edição, a Presidente da República contava com amplo apoio da coalizão no Congresso Nacional, havendo plenas razões para a sua aprovação por parte do Congresso Nacional, já que a medida estava, juridicamente, bem estruturada, embora não veio a ser concretizada.

O terceiro ato normativo a ser analisado é uma política pública de saúde, gestada, primordialmente, no Congresso Nacional, que estabeleceu a necessidade de realização de cirurgias plásticas, por parte do Sistema Único de Saúde – SUS – para mulheres que sofreram algum tipo de violência sexual ou abuso. A política pública inserida pela Lei nº 13.239/2015 é um típico exemplo de política pública de saúde gestada, exclusivamente, no âmbito do Poder Legislativo. Logo, buscar-se-á compreender as diferenças de tratamento no processo legislativo de estruturação e implementação das respectivas políticas públicas de saúde, tendo em vista os diferentes contextos em sua tramitação.

O quarto e último ato normativo é a Lei nº 12.858/2013, que regulamentou a destinação dos recursos dos royalties do petróleo e gás natural brasileiro às áreas de saúde e educação. Mesmo que não se possa considerar a referida Lei como tipicamente veiculadora de uma política pública, o exemplo é salutar para compreender o papel do pedido de tramitação em regime de urgência por parte do Presidente da República em relação a Projetos de Lei remetidos pelo Poder Executivo. Não obstante, ela destina 25% (vinte e cinco por cento) dos recursos dos royalties do petróleo à área de saúde, possibilitando uma aproximação temática com os demais atos normativos analisados.

4.2. Metodologia utilizada

Os atos normativos serão analisados a partir da metodologia proposta pela legística ou das técnicas de proposição legislativa, que são expostas pelo Decreto Presidencial nº 4.176/2002, estabelecendo as condições gerais de técnica legislativa no âmbito do Poder Executivo Federal.⁴⁹

Conforme o Decreto Presidencial nº 4.176/2002, todas as propostas legislativas editadas pelo Poder Executivo devem seguir os seguintes pontos: i) síntese do problema ou da situação que reclama providências; ii) soluções e providências contidas no ato normativo ou na medida proposta; iii) alternativas existentes às medidas propostas; iv) custos; v) razões que justificam a urgência (em caso de Medida Provisória); vi) impacto sobre o meio-ambiente (sempre que a medida proposta possa a causar); e, vii) alterações propostas.⁵⁰

4.3. Medidas provisórias nos 557/2011 e 621/2013

Quanto ao primeiro ato normativo analisado, percebe-se que o Programa Mais Médicos foi veiculado pela Medida Provisória nº 621/2013. Em sua exposição de motivos, destaca-se que os objetivos do programa visam à diminuição da carência de médicos nas regiões prioritárias, à melhoria dos serviços de saúde básica no país e “aperfeiçoar médicos nas políticas públicas de saúde do País e na organização e funcionamento do SUS”.

49 A respeito do Decreto Presidencial nº 4.176/2002: “Observa-se que as questões de ambos os formulários constituem diretrizes que deverão nortear a ação do legislador, de modo que ele defina com o maior grau de precisão possível, antes de formular um ato normativo, quais problemas pretende solucionar, quais os meios que dispõe para atingir seus objetivos e que efeitos prevê decorrerem da solução normativa a ser adotada” (SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. Avaliação legislativa no Brasil: apontamentos para uma nova agenda de pesquisa sobre o modo de produção das leis. *Revista brasileira de políticas públicas*, Brasília, v. 3, n. 2, p. 247, jul./dez. 2013).

50 BRASIL. Presidência da República. *Decreto Presidencial N. 4.176, de 28 de março de 2002*. Estabelece normas e diretrizes para a elaboração, a redação, a alteração, a consolidação e o encaminhamento ao Presidente da República de projetos de atos normativos de competência dos órgãos do Poder Executivo Federal, e dá outras providências. Disponível em: <<https://goo.gl/28DPzb>>. Acesso em: 11 dez. 2016.

Sobre razões para a sua edição por meio de Medida Provisória, a exposição de motivos esclarece que “no que se refere à urgência da Medida Provisória, é possível verificar que a eficácia das medidas propostas somente será alcançada pela agilidade de sua implementação, de forma coordenada e conjunta”.⁵¹

Ou seja, os requisitos exigidos pelo Decreto Presidencial nº 4.176/2002 foram integralmente preenchidos no caso da Medida Provisória nº 621/2013, que versou sobre o Programa Mais Médicos.

Quanto à Medida Provisória nº 557, de 26 de dezembro de 2011, que instituiu o Sistema Nacional de Cadastro, Vigilância e Acompanhamento da Gestante e Puérpera para Prevenção da Mortalidade Materna, observa-se que a sua exposição de motivos chegava a ser muito melhor fundamentada que a do próprio Programa Mais Médicos, prevendo mecanismos de autofinanciamento e gestão de recursos, bem como de inter-relacionamento entre os diversos órgãos do Poder Executivo Federal.

A respeito da normatização do Sistema Nacional de Cadastro, Vigilância e Acompanhamento da Gestante e Puérpera para Prevenção da Mortalidade Materna, a exposição de motivos assim previu:

Sem a consecução de medida efetiva que comprometa União, Estados, Distrito Federal e Municípios e a sociedade como um todo para o alcance da referida meta 6, todas as iniciativas ora em curso propostas pelo Ministério da Saúde e, por conseguinte, pelo Governo Federal, não serão aptas para ensejar um pacto nacional de enfrentamento do problema mediante a prevenção da mortalidade materna, o que acarretará na quebra do compromisso internacional firmado pelo Governo Brasileiro em nível mundial e na ausência de cumprimento do direito fundamental à saúde garantido a todos os cidadãos brasileiros. Além disso, a matéria contida na presente proposta não se encontra entre as hipóteses vedadas previstas no § 1º do art. 62 da Constituição Federal.⁵²

Observa-se, nitidamente, que ambas as políticas de saúde, veiculadas por meio de Medida Provisória, estabelecem a necessidade de seu tratamento célere, como forma de combater as deficiências das políticas de saúde. Por esse motivo, a sua veiculação se deu por Medida Provisória, como forma de conferir celeridade à implementação de políticas públicas de amplo interesse do Governo Federal. Ressalta-se que ambas as MPs não versaram a respeito do requisito constitucional da urgência.

3.4. As proposições do Congresso Nacional

Quanto à Lei nº 13.239/2015, observa-se que a sua exposição de motivos é desprovida de tantos detalhes em relação às exposições de motivos de ambas as Medidas Provisórias ora analisadas, o que demonstra a importância dos requisitos expostos no Decreto Presidencial nº 4.176/2002. A Lei nº 13.239/2015 é de autoria do então Deputado Federal NEILTON MULIM (PR-RJ), apresentado à Câmara dos Deputados em 13/02/2007, tramitando na Câmara dos Deputados sob a autuação de PL nº 123/2007.

Em sua exposição de motivos, o então Deputado Federal NEILTON MULIM esclarece que o Projeto de Lei visava oferecer melhores condições para que as mulheres vítimas de violência tivessem um melhor atendimento médico, nomeadamente em caso de necessidade de realização de cirurgias plásticas. Em sua exposição de motivos, o Deputado proponente não apresentou nenhuma necessidade de previsão orçamentária específica para o atendimento das previsões do Projeto de Lei,⁵³ apenas apresentou argumentos a respeito da necessidade de proteção à mulher e políticas de proteção à saúde daquelas que sofressem qualquer tipo de violência.

Observa-se que o Projeto de Lei não sofreu nenhum tipo de alteração na Câmara dos Deputados, destacando-se que a sua tramitação se deu, somente, nas Comissões, tanto do Senado Federal como da Câmara

51 BRASIL. Senado Federal. *Tramitação da Medida Provisória n. 621, 2013*. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/113591>>. Acesso em: 22 dez. 2016.

52 BRASIL. Presidência da República. *Exposição de Motivos da Medida Provisória n. 557, de 26 de dezembro de 2011*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Congresso/apn-013-mpv557.htm>.

53 BRASIL. Câmara dos Deputados. *Exposição de motivos do Projeto de Lei n. 123, 2007*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=1A56E810614F77DF6359BBF28922E564.proposicoesWebExterno1?codteor=434803&filename=Tramitacao-PL+123/2007>. Acesso em: 22 dez. 2016.

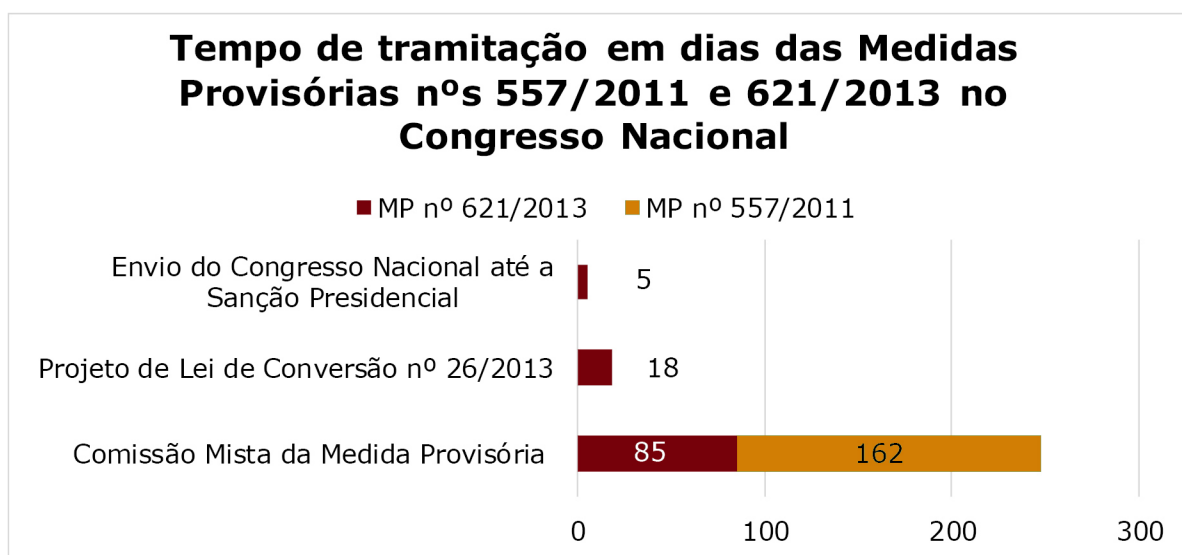
dos Deputados, já que não houve a oposição de 51 (cinquenta e um) Deputados e 9 (nove) Senado. Para que a matéria seja levada ao Plenário das respectivas casas legislativas, seria preciso a formulação de recurso específico.

Em relação à Lei nº 12.858/2013, percebe-se que o ato normativo é originário de um Projeto de Lei editado pelo Poder Executivo, o qual a Presidente da República valeu-se da faculdade prevista no art. 64, § 1º, da Constituição Federal,⁵⁴ ao solicitar urgência da apreciação de projeto legislativo de sua autoria. O pedido de tramitação em regime de urgência da Presidência da República (PL nº 5500/2013), na Câmara dos Deputados, foi apensado ao Projeto de Lei nº 323/2007, de autoria do Deputado BRIZOLA NETO (PDT-RJ), que versava, exatamente, sobre a mesma matéria (motivo do apensamento), mas que se encontrava com a tramitação parada na Câmara dos Deputados.⁵⁵

Inegavelmente, a atribuição de regime de urgência pela Presidente da República ao Projeto de Lei nº 5500/2013, ainda que apensado ao PL nº 323/2007, foi fundamental para a aprovação célere da matéria de relevante interesse à Presidente da República, conforme se demonstrará. Assim, para fins metodológicos, somente se considerará a tramitação global do PL nº 323/2007 na Câmara dos Deputados, tendo em vista que o Projeto de Lei de regulamentação dos royalties destinados à educação e à saúde foi apensado ao PL nº 323/2007, de autoria da própria Câmara dos Deputados, mas que, somente a partir da iniciativa da Presidente da República, foi possível a sua rápida tramitação no Congresso Nacional.

4.5. Resultados

A partir dos dados coletados juntamente à Câmara dos Deputados e o Senado Federal sobre a tramitação de ambas as Medidas Provisórias, tem-se o seguinte quadro:

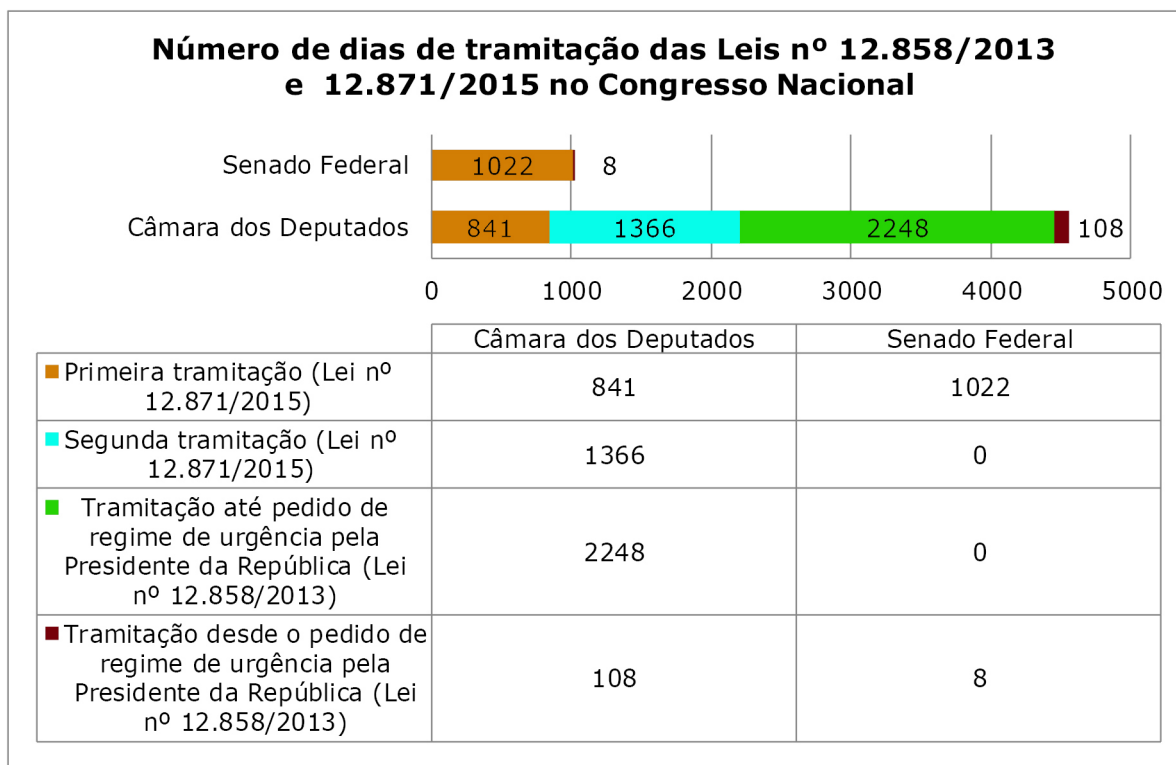


Fonte: Elaboração própria.

Percebe-se que o regime de tramitação das Medidas Provisórias tende a ser muito mais célere do que em relação aos projetos legislativos propostos pelos próprios Deputados, sobretudo em matéria de políticas públicas de saúde, como se analisa a seguir:

54 “Art. 64. A discussão e votação dos projetos de lei de iniciativa do Presidente da República, do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores terão início na Câmara dos Deputados. § 1º O Presidente da República poderá solicitar urgência para apreciação de projetos de sua iniciativa”.

55 BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 32, /2007*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=343930>>. Acesso em: 19 fev. 2017.

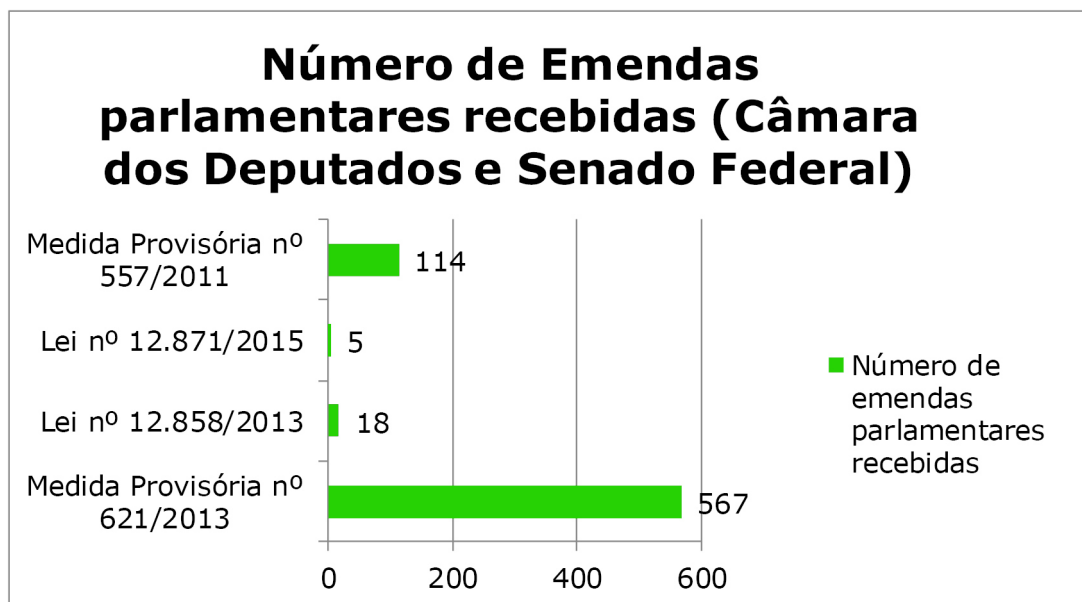


Fonte: Elaboração própria.

Muito embora a matéria da Lei nº 12.871/2015 tenha somente tramitado no âmbito das Comissões do Congresso Nacional (pois não contou com a oposição dos Deputados e Senadores para que a matéria fosse levada a Plenário), o seu regime foi menos célere do que se a matéria tivesse sido veiculada por meio de Medida Provisória.

Em relação à tramitação da Lei nº 12.858/2013, percebe-se que a matéria estava parada há muito tempo na Câmara dos Deputados e, somente, foi objeto de retorno à agenda do Congresso depois do pedido de tramitação em regime de urgência pela Presidente da República. Compreende-se que o pedido de tramitação em regime de urgência constitui poderoso instrumento nas mãos do Presidente da República, mesmo com a presença de projetos de lei já existentes sobre a matéria, que possibilita a possibilidade de inserção de políticas públicas de seu interesse na agenda do Congresso Nacional.

Em relação às emendas parlamentares recebidas nas Medidas Provisórias e pelo Projeto de Lei nº 123/2007, da Câmara dos Deputados (posteriormente Lei nº 12.871/2015), percebe-se, facilmente, que as Medidas Provisórias suscitam muito mais discussões e proposições por parte dos Senadores e Deputados Federais.



Fonte: Elaboração própria.

Até mesmo no caso da Medida Provisória nº 557/2011, que chegou a caducar, tendo em vista a sua tramitação por período superior a 120 (cento e vinte) dias no Parlamento, a matéria suscitou muito mais discussões, emendas e proposições dos Senadores e dos Deputados Federal do que a constante no Projeto de Lei, versando, também, sobre políticas públicas de saúde.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na primeira parte do artigo, observou-se que as Medidas Provisórias são um nítido e claro instrumento de relacionamento entre o Poder Executivo e o Legislativo, essenciais para a definição da agenda do Congresso Nacional pelo Poder Executivo, já que os Presidentes da República necessitam da cooperação do Poder Legislativo para governar.

Em segundo lugar, ressaltou-se que a capacidade de edição de atos normativos com força imediata de Lei, como no caso das Medidas Provisórias, em momento algum se trata de uma submissão do Poder Executivo ao Poder Legislativo. Conforme visto, isto faz parte do fenômeno que se denomina “presidencialismo de coalizão”, como nítido instrumento utilizado pelo Presidente da República, conferindo celeridade às proposições legislativas de interesse do Governo.

A partir dos dados recolhidos, percebeu-se que a taxa de aprovação de Medidas Provisórias pelo Poder Legislativo, mesmo com a edição da Emenda Constitucional nº 32/2001, continua muito alta (perto de 75%), com um índice muito baixo de rejeições por parte do Legislativo. Porém, no regime pós-Emenda Constitucional nº 32/2001, no período entre 2011-2016, o Congresso Nacional não rejeitou qualquer Medida Provisória, levando a crer que o Poder Legislativo prefere esperar o esgotamento do prazo de vigência das MPs, já que o Presidente da República estará impossibilitado de reeditar determinada MP.

Em terceiro lugar, buscou-se demonstrar que a utilização de Medidas Provisórias, por parte do Poder Executivo Federal, para a veiculação de políticas públicas, é decorrência de uma maior capacidade administrativa e financeira do Executivo em formular propostas mais concretas e reais de execução. Entretanto, não se deixa de reconhecer que as MPs constituem um instrumento que conta com participação parlamentar em sua participação, o que enfraquece, em certa medida, a legitimidade das MPs para a disciplina das políticas públicas.

A utilização de Medidas Provisórias para a veiculação e posterior aprovação pelo Poder Legislativo, com sua posterior implementação, é fenômeno que tem sido utilizado por parte de todos os Presidentes da República, no período pós-Constituição Federal de 1988, e que deve estar coadunado com a necessidade de institucionalização das políticas públicas. Ou seja, desde que bem estruturadas, nada impede ou restringe que o Chefe do Poder Executivo busque programar uma determinada política pública por meio de Medida Provisória. Ademais, buscou-se demonstrar que o pedido de tramitação de Projetos de Lei em regime de urgência, pelo Presidente da República, também, constitui uma importante ferramenta do Chefe do Executivo para a aprovação de projetos de lei veiculadores de políticas públicas.

A partir dos dados recolhidos em relação às políticas públicas de saúde analisadas, no período de Governo da Presidente Dilma Rousseff, demonstrou-se que uma tendência de que as matérias veiculadas por meio de Medidas Provisórias suscitaram mais debates por parte dos Senadores e Deputados Federais, em detrimento daquelas proposições de políticas públicas que venham a ser objeto de Projeto de Lei Ordinária ou Projeto de Lei do Executivo, mesmo que tramitando em regime de urgência.

Por fim, demonstrou-se que, no período analisado, o Congresso Nacional foi muito mais atuante em relação às Medidas Provisórias do que em referência aos Projetos originários do Legislativo veiculadores de políticas públicas de saúde, o que demonstra uma tendência de complacência ou mesmo concordância do Legislativo nacional com a adoção reiterada de MPs para a juridificação de políticas públicas, especialmente na área de saúde.

REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, 1988.

AMORIM NETO, Octavio; COX, Gary W.; MCCUBBINS, Mathew D. Agenda power in Brazil's Câmara dos Deputados, 1989-98. *World Politics*, v. 55, n. 4, p. 550-578, jul. 2003.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Exposição de motivos do Projeto de Lei n. 123 de 2007*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=1A56E810614F77DF6359BBF28922E564.proposicoesWebExterno1?codteor=434803&filename=Tramitacao-PL+123/2007>. Acesso em: 22 dez. 2016.

_____. *Projeto de Lei n. 123 de 2007*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=340593>>. Acesso em: 22 dez. 2016.

_____. *Projeto de Lei n. 323 de 2007*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=343930>>. Acesso em: 19 fev. 2017.

_____. Presidência da República. *Decreto Presidencial n. 4.176, de 28 de março de 2002*. Estabelece normas e diretrizes para a elaboração, a redação, a alteração, a consolidação e o encaminhamento ao Presidente da República de projetos de atos normativos de competência dos órgãos do Poder Executivo Federal, e dá outras providências. Disponível em: <<https://goo.gl/28DPzb>>. Acesso em: 11 dez. 2016.

_____. *Exposição de Motivos da Medida Provisória n. 557, de 26 de dezembro de 2011*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Congresso/apn-013-mpv557.htm>.

_____. *Exposição de Motivos da Medida Provisória n. 621, de 08 de julho de 2013*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Exm/EM-MPv621.doc>.

_____. *Senado Federal*. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/91511>>. Acesso em: 22 nov. 2016.

_____. *Emendas do Senado Federal ao Projeto de Lei da Câmara n. 112, de 2009* (n. 123, de 2007, na Casa de origem). Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/105656.pdf>>. Acesso em: 22 dez. 2016.

_____. *Tramitação da Medida Provisória n. 557, de 2011*. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/103922>>. Acesso em: 22 dez. 2016.

_____. *Tramitação da Medida Provisória n. 621, de 2013*. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/113591>>. Acesso em: 22 dez. 2016.

_____. *Tramitação do Projeto de Lei da Câmara n. 112, de 2009*. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/91511>>. Acesso em: 22 dez. 2016.

_____. *Tramitação do Projeto de Lei da Câmara n. 41, de 2013*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/113372>>. Acesso em: 19 fev. 2017.

_____. *Tramitação do Projeto de Lei de Conversão n. 26, de 2013*. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/114601>>. Acesso em: 22 dez. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão n. 4070*. Relator: Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, de 5 de maio de 2016. ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe, n. 225.

_____. *ADI 1.721*. Relator: Min. Ayres Britto, de 11 de outubro de 2006, 2ª Turma. Diário de Justiça, Brasília, DF, 29 jun. 2007.

_____. *ADI 5127*. Relator: Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, de 1 de julho de 2016. Diário da Justiça Eletrônico, n. 203.

_____. *ADPF 402*. Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, de 7 de dezembro de 2016. Diário da Justiça Eletrônico, n. 263, 9 dez. 2016.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Lei no Estado Contemporâneo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, Editora RT, v. 21, out. 1997.

_____. *Medidas Provisórias*. 3. ed. São Paulo: Editora RT, 2010.

DOWNS, Anthony. *Uma teoria econômica da democracia*. Tradução: Sandra Guardini Teixeira Vasconcelos. São Paulo: Editora USP, 2013.

FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; FIGUEIREDO, Marcus. *O plebiscito e as formas de governo*. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1993.

LIMONGI, Fernando. A democracia no Brasil: presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. *Novos estudos*, São Paulo, n. 76, nov. 2006.

_____; FIGUEIREDO, Argelina Cheibub. *Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora FGV, 2001.

_____; FIGUEIREDO, Argelina Cheibub. O Congresso e as Medidas Provisórias: abdicação ou delegação? *Novos Estudos*, São Paulo, n. 47, mar. 1997.

_____. Presidencialismo e Governo de Coalizão. In: AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima (Org.). *Reforma política no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2007.

LOWENBERG, Gehard; PETERSON, Samuel. *Comparing legislatures*. Boston: Little Brown, 1979.

RENNÓ, Lucio R. Críticas ao Presidencialismo de Coalizão no Brasil. In: AVRITZER, Leonardo; ANA-

STASIA, Fátima (Org.). *Reforma política no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2007.

SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. Avaliação legislativa no Brasil: apontamentos para uma nova agenda de pesquisa sobre o modo de produção das leis. *Revista brasileira de políticas públicas*, Brasília, v. 3, n. 2, jul./dez. 2013.

SAMPAIO, Marco Aurélio. *A Medida Provisória no Presidencialismo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2007.

SANTOS, Maria Helena de Castro. Governabilidade, governança e democracia: criação de capacidade governativa e relações executivo-legislativo no Brasil pós-constituente. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, n. 40, 1997.

SOUZA, Celina. Estado da arte da pesquisa em políticas públicas. In: HOCHMAN, Gilberto; ARRETCHE, Marta; MARQUES, Eduardo (Org.). *Políticas Públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2007.

TORRENS, Antonio Carlos. Poder Legislativos e políticas públicas: uma abordagem preliminar. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, ano 50, n. 197, jan./mar. 2013.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Presidencialismo de coalizão: exame do atual sistema de governo brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2015.

ZAULI, Eduardo Meira; RODRIGUES, Marta M. Assumpção. De José Sarney a Fernando Henrique Cardoso: relação Executivo-Legislativo e Política de Saúde no Brasil. *Planejamento e políticas públicas*, n. 25, jun./dez. 2002.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Professora Associada Doutora Maria Paula Dallari Bucci, da Faculdade de Direito do Largo do São Francisco, da Universidade de São Paulo, que fez primorosas considerações e sugestões à primeira versão do presente artigo, estimulando, cada vez mais, o estudo com seriedade e método das políticas públicas.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Os limites e a extensão da defesa de direitos fundamentais por meio de instrumentos processuais de cognição estreita: mandado de segurança e o caso da saúde

Civil rights enforcement through limited cognition procedural tools, limits and extention: writ of mandamus and the health rights case

Héctor Valverde Santana

Roberto Freitas Filho

VOLUME 8 • Nº 3 • DEZ • 2018
DOSSIÊ ESPECIAL : POLÍTICAS PÚBLICAS
E O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

Os limites e a extensão da defesa de direitos fundamentais por meio de instrumentos processuais de cognição estreita: mandado de segurança e o caso da saúde*

Civil rights enforcement through limited cognition procedural tools, limits and extention: writ of mandamus and the health rights case

Héctor Valverde Santana**

Roberto Freitas Filho***

RESUMO

O objetivo deste artigo é analisar os limites da defesa de direitos fundamentais por meio de mandado de segurança no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Postula-se que o caso seja exemplar de um tipo de atividade processual e de padrão decisório que tem repercussões no campo da justiça coletiva e da administração pública. Propõe-se que a intervenção judicial na atividade do Poder Executivo no caso da saúde deve distinguir quatro situações possíveis. A intervenção judicial na política pública da saúde pode se dar pela ausência de prestação do direito, havendo regra específica que o preveja, ou seja, a regra existe e não é cumprida; ou quando a regra aplicável é inválida, pois é compreendida como insuficiente a dar mínima efetividade ao direito fundamental em face de uma regra de hierarquia superior reconhecida como contrária a ela; ou diante da ausência de regra específica que preveja o direito vindicado (caso de analogia normativa), não havendo regra aplicável ao caso; ou pela ausência de política pública que preveja como direitos enunciados de forma abstrata na Constituição Federal devem ser fruídos, não havendo uma política pública aplicável ao caso, apenas a enunciação genérica constitucional da existência do direito. É apresentada a visão liberal de Ronald Dworkin acerca da questão da igualdade na fruição de direitos prestacionais. Mostra-se a dificuldade de formulação de critérios para a identificação do sentido de dever jurídico originário em relação ao caso em análise e aborda-se a ideia de justiça coletiva, as visões caritativas e pietativa sobre o Direito, sugerindo-se que essas últimas não são adequadas à reflexão sobre problemas de alocação individual de recursos coletivos.

Palavras-chave: Políticas públicas. Saúde. Intervenção judicial. Mandado de segurança.

* Recebido em 27/08/2018
Aprovado em 18/09/2018

** Doutor em Direito (PUC/SP), Professor do Programa de Pós-graduação stricto sensu do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), Juiz de Direito Substituto de Segundo Grau do TJDFI. E-mail: hectorvsantana@gmail.com.

*** Doutor em Direito (USP), Professor do Programa de Mestrado do IDP. Desembargador do TJDFI. E-mail: freitasfilho.roberto@gmail.com.

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze the limits of the defense of fundamental rights through writ of mandamus in the Federal District Court and Territories. It is suggested that the case is exemplary of a type of procedural strategy and decision-making process that has implications in the field of collective justice and public administration. It is proposed that judicial intervention in the activity of the Executive Branch in the case of health should distinguish and take into account four possible situations. Judicial intervention in public health policy in the absence of any statutory provision, with a specific rule that provides for it, ie, the rule exists and is not enforced; or when the applicable rule is invalid, since it is insufficient to give basic fundamental effectiveness to the right in the face of a rule of superior hierarchy recognized as contrary to it; or in the absence of a specific rule that provides for any vindicated right (case of normative analogy), with no rule applicable to the case; or by the absence of public policy that provides for effectiveness, merely stated as rights enunciated abstractly in the Federal Constitution, there being no public policy applicable to the case, only the generic constitutional claim. Ronald Dworkin's liberal vision of the issue is suggested to be an adequate theoretic approach to the case. It shows the difficulty of formulating criteria for establishing precise meaning of a given legal obligation in relation to the case under analysis and approaches the idea of collective justice, the charitable and pitiful visions about the Law, suggesting that the later are not adequate approaches to deal with problems of individual allocation of collective resources.

Key words: Public policy. Health. Judicial activism. Writ of Mandamus.

1. INTRODUÇÃO

Argumenta-se, no presente artigo, que tratar problemas relativos a políticas públicas, as quais devem racionalizar a alocação de recursos coletivos, por meio de instrumentos processuais em que a cognição é estreita, resulta em problemas conceituais e sistêmicos, em escala transindividual, geradores de graves disfuncionalidades jurídicas, ou seja, nos termos do próprio Direito, os instrumentos processuais de cognição restrita promovem injustiças. A ausência de correta interpretação jurídica agrava a compreensão do sentido e alcance de textos normativos que criam direitos de forma genérica. Dentre outros problemas, a ideia de igualdade, reguladora da discussão jurídica sobre a justiça desses casos, resta comprometida.

Há um padrão de atuação processual de advogados, ao qual corresponde um padrão decisório dos Tribunais, segundo o qual são ajuizados mandados de segurança individuais para a fruição de direitos considerados públicos subjetivos como de medicamentos e de tratamentos médicos não previstos em regras específicas, tanto das leis que tratam desse tema quanto das normas infraconstitucionais, especialmente as normas de regulação do Sistema Único de Saúde e da Agência Nacional de Saúde Suplementar, nos quais, em geral, no mérito, os *topoi* da discussão orbitam a natureza constitucional do direito à saúde, a dramaticidade da situação de saúde do impetrante e, conseqüentemente, a possível melhora se for concedido o pedido, além da tragicidade da saúde no Brasil. A respeito do aspecto processual, a discussão, no âmbito de instrumentos processuais como os mandados de segurança, transita nos campos da existência ou não de direito líquido e certo, da legitimidade passiva do agente impetrado e da urgência da medida a ser concedida.

Em uma medida significativa, no pano de fundo do diálogo sobre o direito à saúde, se estabelecem disputas retóricas sobre a justiça como caridade, sobre a justiça formal e sobre o funcionamento das políticas públicas, embora nem sempre esses argumentos sejam veiculados de forma expressa nos votos.

O objetivo do presente trabalho é refletir sobre os limites da atuação do Poder Judiciário nas políticas públicas, por definição compostas de séries decisórias condicionadas normativamente e efetivadas mediante articulação multi e interinstitucional. Para isso, o caso específico dos mandados de segurança em saúde,

propostos no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, servirão de situação exemplar, assumida essa instância como representativa de padrão decisório mais amplo, talvez do próprio Poder Judiciário como um todo.

2. POLÍTICAS PÚBLICAS: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES

As políticas públicas se constituem no modo pelo qual a comunidade política decide, coletivamente, organizar a oferta e o modo de fruição de direitos que são limitados pela necessidade de se estabelecer critérios sobre a alocação de recursos orçamentários destinados a determinada prioridade normativa. Além disso, em geral, trata-se de direitos de natureza prestacional, ou seja, aqueles que dependem de ação específica do Estado no sentido de prover instalações, serviços, produtos e ações direcionadas a sua efetivação.

As normas jurídicas instituidoras de direitos sociais, portanto carentes de políticas públicas para a sua fruição, possuem características de finalidade e funcionalidade que tornam particularmente complexa sua aplicação, dentre as quais: 1. dizem respeito a direitos que não são apropriáveis individualmente em uma episteme liberal, enquanto direitos subjetivos; 2. sua produção de efeitos é apreciada de forma distinta do modelo tradicional, ou seja, são normas que pedem efetividade, não somente eficácia. Pretendem, assim, intervenção na realidade social de forma que sejam atingidas finalidades coletivamente relevantes como redução de desigualdades, diminuição da pobreza, proteção de grupos sociais vulneráveis e oferta adequada e universal de serviços essenciais.¹

Há uma relação necessária, portanto, entre o modo por meio do qual se elege socialmente o tema, os objetivos e a forma de efetivação de uma determinada política, e o direito, instância que lhe vai conferir o modo formalmente imperativo pelo qual ela se realizará. Haverá, assim, normas de diversos tipos (de execução, fiscais, processuais, materiais, dentre outros), que dão forma e operabilidade à política pública.²

Em perspectiva funcional, uma política pública é um complexo de decisões inter e multi-institucional nas quais são selecionadas ações que objetivam fortalecer ou modificar um estado de coisas da realidade social, por meio de estratégias de atuação e de alocação de recursos para a consecução dos objetivos desejados.³

Trata-se, portanto, de forma predominante, de modelos de ação do Estado que envolvem recursos de toda a comunidade política, cuja alocação pode se dar de maneira individual em termos de quantificação de custo, no caso de direitos em que as prestações específicas sejam monetizáveis. Nesse sentido, são recursos que podem ser apropriados de maneira *uti singuli*, sem que a natureza coletiva dos mesmos seja infirmada. Ao se conceder um determinado medicamento (direito à saúde), uma vaga em creche (direito à educação), o direito a obter financiamento para a compra de casa própria a juros subsidiados (direito à moradia), por exemplo, é possível quantificar individualmente o custo financeiro dessa medida.

Neste artigo aparece um problema decisório importante quando se pensa em decisões racionais sobre alocação de recursos escassos, segundo certas premissas de justiça e eficiência. A questão é que, claramente, os custos de fruição são suportados por todos, não havendo a possibilidade de uma solução sem impacto financeiro. Não haveria qualquer problema jurídico relevante se, do ponto de vista econômico, fosse possível prover vagas em escolas e hospitais de elite para todos aqueles que necessitassem ou desejassem deles fazer

1 FREITAS FILHO, Roberto et al. *Políticas públicas e protagonismo judicial no STF*: relatório de pesquisa do grupo de estudo e pesquisa em políticas públicas e hermenêutica. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/view/1503>>. Acesso em: 24 jun. 2018.

2 BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: _____. (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 37.

3 SARAIVA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: FERRAREZI, Elisabete; SARAIVA, Enrique. *Políticas públicas: coletânea*. Brasília: ENAP, 2006. p. 29.

uso. A vida, a realidade físico-material na qual todos existimos, entretanto, não é assim. A realidade é que nem todos podem ser internados nos melhores hospitais disponíveis, nem todos podem ter acesso às melhores universidades disponíveis, assim como também nem todos podem ter acesso aos melhores tratamentos médicos do mundo. Tem-se, portanto, escassez, em vários sentidos, já que há diversos tipos de limites materiais, derivados tanto de escolhas políticas quanto da própria natureza das coisas, que impedem o acesso irrestrito de todos a tudo. Deve-se, portanto, fazer escolhas, as quais se espera sejam racionais e regradas.

As decisões do Poder Judiciário, no caso em que se lida com regras de funcionamento de políticas públicas, podem promover controle sobre a sua legalidade ou, em alguns casos, mesmo resultar em intervenção na formulação e no funcionamento dos sistemas de decisões que as tornam efetivas. Portanto, nas políticas públicas, é necessário distinguir quatro diferentes tipos de situação nas quais se leva ao Poder Judiciário a análise: 1. as regras existem e uma ou mais não é cumprida; 2. a regra aplicável ao caso é inválida, pois seria insuficiente dar mínima efetividade ao direito fundamental a qual se refere; 3. não há uma regra aplicável ao caso específico, mesmo havendo política pública sobre o tema determinado; 4. não há uma política pública, com marco normativo infraconstitucional que a estruturasse, aplicável ao caso, apenas a enunciação genérica constitucional da existência do direito.

A rigor, apenas na hipótese “1”, o controle judicial de políticas públicas se dá sem a constituição de regra nova. Ou seja, no primeiro caso, há uma nítida separação entre o que o Poder Judiciário faz e o que o Poder Executivo e o Poder Legislativo fazem, já que se trata de decidir sobre o inadimplemento de um direito previsto, tanto na sua enunciação genérica constitucional quanto nas condições objetivas previstas nas normas infraconstitucionais.

Nas demais hipóteses, há verdadeira participação do Poder Judiciário na regulação do campo de relações determinado, no sentido de que ele faz regra que constitui o marco normativo que trata daquele setor. Quando se estende um direito para além das hipóteses previstas como limites em um determinado marco regulatório, na verdade se está alterando esse mesmo marco regulatório, estabelecendo novas expectativas gerais dos destinatários das normas, em relação ao que significam os direitos lá previstos.⁴

Admitida a premissa de que há uma nova regra que integrará o sistema de regras daquele campo específico, há que se lidar com o problema de que, sendo direitos sobre os quais há limites materiais de toda ordem, alterar-se-á a forma de alocação de recursos e a isonomia na sua fruição. Ou seja, ao julgar se imiscuindo na política pública que organiza, normativamente, a forma por meio da qual se efetiva um direito, haverá consequências empíricas que deverão estar consideradas no processo de formação da decisão.⁵

A questão dos impactos das decisões jurídicas no mundo fático é um problema tão importante na reflexão sobre o modo como se decide, que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) sofreu recente alteração, com a introdução da determinação de que as consequências devam ser consideradas. Como exemplo, a Lei n. 13.655/2018, dentre outras novidades, procedeu à introdução do art. 20 à LINDB, norma que determina: “Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.” Aqui surge uma questão central da presente reflexão. Por tudo o que se disse sobre as políticas públicas que envolvem direitos prestacionais e os problemas consequencialistas de toda ordem que a intervenção judicial nas políticas públicas ensejam, mostra-se impossível considerar, adequadamente, no processo decisório, os impactos dessas decisões em instrumentos processuais de cognição estreita, como é o caso do mandado de segurança.

Há três dimensões de análise das questões judicializadas relativas às políticas públicas que envolvem alo-

4 Em um sentido que tangencia o argumento, cf. (BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: PEREIRA NETO, Cláudio; SARMENTO, Daniel (Org.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.).

5 WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 351.

cação individual de recursos coletivos que podem ajudar a reflexão sobre o problema, considerada a prática judicante atual sobre o tema: 1. no plano econômico, é necessário considerar de maneira séria a ideia de que as escolhas econômicas (mas não exclusivamente elas) são sempre trágicas e, portanto, demandam avaliações consequencialistas; 2. no plano teórico, é preciso enfrentar um argumento no qual aparece uma noção difusa, que se apresenta totalmente equivocada, da adoção de uma possível oposição entre os princípios do resgate e do seguro prudente, cunhados por Ronald Dworkin; 3. no plano político, a consideração da ideia de igualdade perante as regras legais, princípio de um estado democrático de direito, o que deve excluir da racionalidade jurídica a piedade, a caridade e a questão psicológica do sentimento de culpa.

Como é nítido, há uma enorme complexidade na formulação, implementação e avaliação das políticas públicas, o que torna central a questão do estabelecimento de consensos conceituais e hermenêuticos sobre os limites, as possibilidades e o alcance da prestação de direitos a ela submetidos. Decidir sobre políticas públicas de modo a nela intervir e reformular esses limites, possibilidades e alcance pode ser gravemente danoso à sua funcionalidade sistêmica e pode gerar injustiças na forma de tratamentos aleatoriamente diferenciados de toda sorte e ineficiências alocativas e de fruição.

A título exemplar, o caso do direito à saúde é especialmente sensível, pois a política a ele relacionada possui complexidades adicionais e específicas em relação a outras, como a de educação. Respeitando-se o limite próprio da síntese imposta por uma reflexão como a que ora se faz, destaque-se apenas o fato de que há dois sistemas de prestação de serviços de saúde, público e privado; três níveis de governo nos quais a política funciona, enormes pressões de grupos de interesses funcionando como atores no cenário de discussões sobre o tema (por exemplo, a indústria farmacêutica e as associações de portadores de doenças raras), relações comerciais globais envolvidas (por exemplo, o problema da chamada “quebra de patentes”), além de encetar, como tema, um feixe de valores e sensibilidades, sobretudo, como já mencionado, de natureza psicológica, potencialmente bloqueadores de fórmulas discursivas minimamente racionais no processo de tomada de decisão.

Dadas as características das políticas públicas e do direito à saúde, alguns parâmetros de consideração das questões jurídicas a ela relacionadas parecem se colocar como condição de possibilidade de discussão racional. É nítida a necessidade de considerar o direito à saúde como tendo um objeto sujeito a limites materiais de escassez, o que entreabre a necessária consideração transindividual do problema. Dito de outra forma, o problema do direito à saúde não pode ser compreendido somente com base na noção de um direito subjetivo oponível contra todos, ao modo *fiat justitia et ruat caelum*.

Os conflitos dessa natureza aparecem na dimensão individual, porém, na realidade são problemas coletivos. São lides entre partes limitadas e com objeto definido, como uma pretensão resistida resultante de um dissenso entre Caio e Tício, na forma da tradicional doutrina jurídica. Pode assumir a forma de um pretense direito enunciado na Constituição Federal ou disposto em um contrato entre uma empresa e um consumidor. Ocorre que, na sociedade de massas e no marco do constitucionalismo social, a recorrência desse tipo de conflito indica a existência de classes, grupos e categorias de titulares de direito que, em conjunto, são alcançados potencialmente pelas decisões.⁶ Esses problemas são, em sua essência, transindividuais, apesar de serem levados ao Poder Judiciário como interindividuais. São questões que pedem soluções baseadas na ideia de justiça enquanto distributividade, não como comutatividade.

Um argumento às vezes utilizado para justificar decisões de concessão de direitos com base em normas constitucionais genéricas é o de que o Poder Judiciário estaria cumprindo o seu papel de forçar a concretização dos direitos fundamentais. Ocorre que, nesses casos, se trata de um problema de justiça distributiva, que diz respeito à alocação ou apropriação individual de recursos comuns e um sistema jurídico que não seja capaz de regular de forma racional e justa essa distribuição erode sua própria legitimidade. Em outras palavras,

6 LOPES, José Reinaldo de L. Justiça e poder judiciário ou a virtude confronta a instituição. In: *Direitos Sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006. p. 121.

a sensação de aleatoriedade decisória, de instabilidade semântica das normas e de carência de fundamentos sensatos ou parâmetros decisórios comensuráveis leva à percepção de que o Poder Judiciário é somente mais um campo de luta política por direitos, em vez de ser o fiador da legalidade e da justiça formal enquanto a busca de decisões isonômicas. Mesmo que esse seja um resultado indesejado da incapacidade dos órgãos estritamente políticos (Parlamento e Executivo) de responderem às demandas sociais mais prementes, talvez seja o caso do exercício judicial da auto-contenção, em nome da manutenção das condições de legitimidade.

3. O CASO EXEMPLAR

No presente tópico do artigo, far-se-á a apresentação de um caso exemplar, julgado no âmbito de uma das Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Para efeito do argumento central apresentado neste artigo, não há necessidade de exposição do nome da parte interessada, bem como informações que possam identificá-la ao longo do texto. Assim, mesmo sendo públicas as informações, tendo em vista não haver restrições relativas às hipóteses de segredo de justiça, há opção pela preservação da identidade da parte, evitando-se, assim, exposição desnecessária. As demais informações relevantes à compreensão dos aspectos fáticos que delinham o caso serão expostas. Feita essa consideração metodológica, passa-se à exposição do caso.⁷

Trata-se de um mandado de segurança impetrado contra o Secretário de Estado de Saúde do Distrito Federal, a Diretora Presidente da Fundação Hemocentro de Brasília e o Distrito Federal, no qual se pleiteia que o Distrito Federal seja compelido a conceder medicamento que não se encontra padronizado, ou seja, não está normatizado como de necessário fornecimento.

O interessado impetrou mandado de segurança contra o que considerou omissão do Secretário de Estado de Saúde do Distrito Federal e da Diretora-Presidente da Fundação Hemocentro de Brasília. Ele, por ser hemofílico (hemofilia B grave, CID: D67.0), pretendeu que as autoridades apontadas como coatoras fornecessem 50.000 UI do concentrado de fator IX recombinante. A medicação foi prescrita por médica do Núcleo de Coagulopatia de Hemoterapia, do Hospital Regional da Asa Norte – HRAN, pertencente à rede pública. A referida médica prefere medicações de origem recombinante, que, por não possuírem proteínas humanas ou animais, não transmitem doenças. Os fatores de coagulação derivados de sangue humano, em sua opinião, apresentam risco de transmissão de agentes patógenos. Ainda segundo ela, os consensos mundiais recomendam o concentrado de fator IX recombinante, já oferecido pela rede pública para os portadores de hemofilia A.

A Relatora do mandado de segurança no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios deferiu a medida liminar. O Ministro Ricardo Lewandowski, porém, suspendeu parte da execução da decisão (efeito suspensivo liminar em pedido de suspensão de segurança, art. 15, § 4º, da Lei n. 12.016/2009), determinando que o tratamento fosse prestado conforme o protocolo do Ministério da Saúde.

Terapia diversa somente poderia ser prestada se a necessidade fosse comprovada por junta médica oficial. Nas razões da decisão de suspensão, o Ministro observou que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral dos temas relativos à obrigatoriedade do Estado fornecer remédio de alto custo e de medicamento não registrado na Agência Nacional de Vigilância (ANVISA). As informações trazidas àquele momento indicavam que o tratamento oferecido pelo Sistema Único de Saúde (SUS) era adequado e suficiente. Ainda segundo o Ministro, não havia prova suficiente de que concentrado de fator IX recombinante fosse mais eficiente do que o concentrado de fator IX plasmático.

⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Primeira Câmara Cível. Mandado de Segurança. *MSG – Mandado de Segurança* 2016.00.2.022657-4.

Segundo a Associação Brasileira de Hematologia, Hemoterapia e Terapia Celular, a Dra. Margareth Castro Ozelo, professora da Disciplina de Hematologia e Hemoterapia do Departamento de Clínica Médica da Faculdade de Ciências Médicas da Universidade Estadual de Campinas (Unicamp), e a Fundação Hemocentro de Brasília apoiam o Programa Nacional de Coagulopatias Hereditárias da Coordenação Geral de Sangue e Hemoderivados do Ministério da Saúde. O Ministro Ricardo Lewandowski registrou que o tratamento oferecido no Brasil é comparável ao dos países desenvolvidos e que as prescrições da médica vinculada ao Sistema de Saúde do Distrito Federal carecem de melhores evidências científicas, resultando em prejuízo ao erário.

Há dois aspectos importantes a registrar no presente caso: 1. que o concentrado de fator IX recombinante é adquirido pela Secretaria de Saúde do Distrito Federal somente para atender a ordens judiciais; 2. o custo do concentrado de longa duração é três vezes superior aos demais.⁸

Os concentrados de fator recombinantes são classificados em níveis de geração, de acordo com a existência de material biológico animal em seu conteúdo e sua meia-vida. A primeira e a segunda gerações contêm produtos biológicos de origem animal. A terceira geração eliminou materiais biológicos de origem animal do seu processamento. A quarta geração desenvolve-se com produtos de duração (meia vida) mais longa.⁹

A Diretora Presidente da Fundação Hemocentro, Dra. Miriam Daisy Calmon Scaggion, prestou informações. Segundo ela, o concentrado de fator IX recombinante não integra o programa de coagulopatias do Ministério da Saúde. Portanto, a aquisição é de responsabilidade da Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal. A Fundação Hemocentro de Brasília não tem competência e orçamento para a aquisição desse medicamento. É responsável, apenas, pela dispensação. A Diretora informou, ainda, que enviou diversos ofícios aos órgãos responsáveis, cobrando a aquisição.¹⁰

O Distrito Federal ingressou no polo passivo. Formulou duas questões preliminares: ilegitimidade passiva e inadequação da via eleita. Quanto à primeira, sustentou a indicação errônea da autoridade. A atribuição para adquirir o concentrado de fator IX recombinante é da União. As secretarias estaduais apenas distribuem o medicamento (anexo I, d, da Portaria n. 204/GM/MS/2007, do Ministério da Saúde). Em relação à segunda preliminar, de inadequação da via eleita, o Distrito Federal defendeu a ausência de prova pré-constituída e a necessidade de prova pericial. Considerou insuficiente a documentação apresentada pelo impetrante. Na sua opinião, é controvertido que o concentrado de fator IX recombinante seja mais eficaz do que o oferecido pela rede pública, o plasmático.

Apenas uma médica defende o uso do recombinante, enquanto o plasmático compõe o protocolo clínico da política pública de saúde. Afirma que seria preciso prova pericial para comprovar a necessidade e a adequação do medicamento. Como o mandado de segurança requer prova pré-constituída, alegou que o feito deveria ser extinto. As principais alegações de mérito apresentadas pelo Distrito Federal podem ser esquematizadas da seguinte maneira: (1) o protocolo clínico do Ministério da Saúde é respaldado pela Federação Mundial de Hemofilia (FMH) e pela Organização Mundial de Saúde (OMS); (2) o protocolo clínico seguido pelo Distrito Federal recomenda a utilização do concentrado de fator IX plasmático (art. 19-M, da Lei n. 8.080/1990); (3) os concentrados recombinantes e plasmáticos possuem a mesma eficácia e são bastante seguros — não ocorre contaminação desde 1997; (4) os recombinantes de longa duração, também prescritos pela médica, possuem a mesma eficácia dos demais¹¹

A Fundação Hemocentro de Brasília também prestou informações. Explicou que a profilaxia (caráter preventivo) é o tratamento padrão. Os concentrados de fatores de coagulação podem ser produzidos de duas maneiras: pelo fracionamento do plasma humano (produtos derivados do plasma humano) ou por

8 Informações constantes dos autos de mandado de segurança às folhas 159-168.

9 Informações constantes dos autos de mandado de segurança às folhas 86 – 89.

10 Informações constantes dos autos de mandado de segurança às folhas 86 – 89.

11 Informações constantes dos autos de mandado de segurança às folhas 106-146.

intermédio de técnicas de engenharia genética (produtos recombinantes). A eficácia é a mesma. A eficácia dos produtos recombinantes “normais” e de longa duração também é a mesma. Também ressaltou que a Federação Mundial de Hemofilia (FMH) e Organização Mundial de Saúde (OMS) não têm preferência por qualquer deles.¹²

O impetrante foi submetido à avaliação pela junta médica oficial, em razão da decisão do Presidente do Supremo Tribunal Federal proferida na suspensão de segurança. A junta médica oficial concluiu que é necessário aumentar a dose e a frequência do tratamento, mas não modificar o medicamento oferecido (f. 743, f. 757, f. 1276 e f. 771). Foi admitida a participação da Associação dos Voluntários, Pesquisadores e Portadores de Coagulopatias (AJUDE-C) como *amicus curiae*.

Esses foram os pontos relevantes do processo, permitindo já antecipar o problema que a via eleita enseja. Ou seja, o problema de o Poder Judiciário intervir em políticas públicas, especificamente naquelas de natureza prestacional, por meio de um instrumento processual de cognição estreita e imediata, caso do mandado de segurança.

4. MANDADO DE SEGURANÇA E DIREITO LÍQUIDO E CERTO

O mandado de segurança exige a prova do direito líquido e certo, conforme arts. 5º, LXIX, da CF, e 1º, da Lei n. 12.016/2009. O Superior Tribunal de Justiça tem firme posicionamento no sentido de que a utilização do mandado de segurança para fornecimento de medicamentos está condicionada à existência de prova pré-constituída. Logo, o mandado de segurança não é cabível se houver necessidade de aprofundar o debate e produzir prova pericial. A jurisprudência tem entendido dessa forma.¹³

O ponto em foco na presente sessão é o de que as dificuldades já apontadas quanto à intervenção judicial nas políticas públicas, especialmente por meio de mandados de segurança, se evidenciam no âmbito do processo civil, em suas regras específicas de admissibilidade e de escopo de cognição. A *ratio* do mandado de segurança é a de um instrumento processual de cognição estreita e decisão rápida, em vista da natureza do direito alegadamente lesado e da existência de evidente direito, seja em sua existência quanto em sua extensão.

Embora alguns dos precedentes mencionados versem sobre laudos expedidos por médicos particulares, eles se aplicam ao caso em estudo. Todos eles concordam, em essência, que, se houver necessidade de dilação probatória, o mandado de segurança não será cabível. A prescrição trazida pelo impetrante, ainda que elaborada por médica da rede pública, não é absoluta. A ideia central que orienta e dá sentido ao instituto do regime de fé pública, que incide sobre os servidores públicos em alguns casos, não é a mesma que orienta e dá sentido ao que se convencionou chamar de observância do método científico, que se orienta por outras regras. O regime de fé pública aposta presunção de verdade ao que um determinado agente alega sobre algum fato, tendo em vista sua posição profissional de representar ou apresentar o próprio Estado, em alguma medida. Trata-se, portanto, de uma presunção contrafática, normativa e institucional.

12 Informações constantes dos autos de mandado de segurança às folhas 150-151.

13 Cf. o seguinte apanhado de decisões: (RMS 47.265/RO, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/04/2016, DJe 09/05/2016); (AgRg no RMS 45.703/RO, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/05/2015, DJe 22/10/2015); (AgRg no RMS 46.373/RO, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/04/2015, DJe 23/04/2015); (RMS 28.962/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/08/2009, DJe 03/09/2009 LEXSTJ vol. 242, p. 55); (AgRg no AgRg no AREsp 233.016/CE, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2013, DJe 16/08/2013); (REsp 1115417/MG, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/06/2013, DJe 05/08/2013); (RMS 30.746/MG, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/11/2012, DJe 06/12/2012); (AgRg no RMS 34.545/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/02/2012, DJe 23/02/2012).

Quanto à adoção do método científico, trata-se da busca de um consenso sobre a verdade a respeito de fatos, por meio de protocolos, estratégias de verificabilidade, comensurabilidade de resultados, além de avaliação dos impactos de alguma tecnologia no mundo fático. Nesse sentido, a adoção de um método científico para a tomada de decisão se impõe como um primeiro passo. Ou seja, como saber especulativo sobre os sentidos possíveis de princípios como justiça, eficiência, igualdade, dentre outros, o direito promove uma avaliação em perspectiva contrafática de condutas, processo que resulta em consensos normativos, mas que não prescindem de consensos empíricos prévios. Se não for possível estabelecer consensos prévios sobre a realidade como a asserção de que, por exemplo, um medicamento tem uma eficiência x por cento maior do que o outro, o direito se converte em puro decisionismo, em um vale-tudo hermenêutico. No caso em análise, a prescrição é questionada por outros profissionais da rede pública, tanto do Ministério da Saúde quanto da Fundação Hemocentro de Brasília, com base em critérios científicos, não de preferências.

As informações prestadas pela Fundação Hemocentro de Brasília e a manifestação do Distrito Federal no processo atestam que o tratamento dispensado pelo Sistema Único de Saúde é eficaz para o tratamento do impetrante. Como não há prova pré-constituída do direito líquido e certo, a via eleita é inadequada. Aqui não se trata de abordar o problema da eficácia ou não dos dois tipos de medicamentos, qual seria melhor ou não, mas se trata de reconhecer a dificuldade de verificar a existência de direito líquido e certo existente, em sua natureza e extensão.

Reconhecer que o impetrante não apresentou provas suficientes para a concessão da segurança não lhe representa prejuízo, na medida em que a via da ação ordinária lhe daria oportunidade de produzir prova necessária para o acolhimento do pedido. Com a instrução adequada, seria possível esclarecer as questões técnicas levantadas, impugnar os laudos produzidos e fornecer os subsídios necessários à decisão, a partir de critérios técnicos e de evidências científicas. A ação ordinária não representaria risco para a saúde do impetrante, já que há a possibilidade de concessão de tutela provisória, o que evita o risco de demora decorrente de dilação probatória.

A jurisprudência a respeito do direito à saúde indica que, embora seja um direito social, reconhece-se a faculdade da pessoa exigir do Estado prestações materiais que garantam efetivamente esse direito (exigibilidade frente ao Poder Público). Há, entretanto, como já dito, impacto das decisões judiciais nas políticas públicas no que toca à escassez de recursos, inexoráveis.

Reconhecendo a complexidade do tema, a Organização Mundial de Saúde constata que nenhum país conseguiu assegurar o acesso integral da população às tecnologias e intervenções de saúde, independentemente do grau de riqueza. A disponibilidade de recursos é um dos principais obstáculos para a cobertura universal, segundo o Relatório Mundial da Saúde produzido em 2010.¹⁴ Dentre as várias recomendações para a solução do problema, está a gestão eficiente dos recursos disponíveis: promover a eficiência e eliminar o desperdício. De acordo com o relatório, a atenção aos medicamentos pode reduzir, significativamente, as despesas, sem perda de qualidade, o que significa, dentre outras estratégias, utilizar opções mais baratas e igualmente eficazes, alternativamente aos medicamentos mais caros.

Em outra vertente, em relação à proteção individual do direito à saúde, a OMS adverte que, embora haja conclusões em andamento, investigadores verificaram, em alguns casos, que os mais pobres e vulneráveis se beneficiaram menos dessa busca ao Poder Judiciário, do que os mais ricos. No plano doutrinário, há algum consenso sobre os vários riscos da judicialização excessiva. Afirmar-se que a falta de critérios e a adoção de decisões guiadas pela emoção põem em risco a continuidade das políticas de saúde pública, bem como que é errado supor que o problema se resume à colisão entre o direito à saúde e os princípios orçamentários.

Distintamente do argumento de que o direito à saúde seria apropriável como um direito público subjetivo, a chamada *ponderação* deveria considerar o dilema de se julgar entre o direito à vida e à saúde de uns

14 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE -OMS. *Relatório mundial da saúde 2010: financiamento dos sistemas de saúde*. Disponível em: <<http://www.who.int/pt/publications/WHR2010.pdf>>. Acesso em: 4 maio 2018.

poucos contra o direito à vida e à saúde de muitos.¹⁵ Conforme já adiantado nas primeiras sessões do texto, a doutrina faz referência a importantes questões como escassez de recursos, ausência de condições técnicas dos magistrados para gerir recursos, individualismo e decisões baseadas em critérios emocionais de compaixão e piedade.¹⁶

5. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS E ESTRUTURA NORMATIVA

A complexidade do processo de definição do que seja o dever jurídico do Estado em prestar o direito à saúde não somente se expressa em relação aos contextos fático, econômico e político no qual se dá a adjudicação sobre o tema. O arcabouço normativo a respeito da assistência terapêutica e do fornecimento de medicamentos no Brasil é extremamente complexo e é expresso em uma cartografia de normas que vão desde a Constituição Federal; passando pela Lei n. 8.080/1990 (Lei do SUS); pela Lei n. 12.401/2011, que dispõe sobre a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do SUS; pelo Decreto n. 7.508/2011, que regulamenta a Lei do SUS; e pela Portaria GM n. 3.916/1998, que aprovou a Política Nacional de Medicamentos (PNM). Há uma série de outros dispositivos normativos relativos ao tema, tanto na esfera federal quanto nas esferas estadual e municipal, mas a espinha dorsal do sistema é formada por essas disposições.

O direito à saúde é garantido, na Constituição Federal, nos arts. 6º e 196. O art. 6º dispõe que a saúde é direito social, assim como a educação, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados. O art. 196 determina que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. A rede de ações e serviços públicos de saúde deve ser organizada com a participação da comunidade (art. 198, da CF).

Há dois pontos que devem ser destacados no art. 196, da CF, que condicionam o modo que o direito à saúde deve ser garantido: (1) a realização desse direito se dá mediante políticas sociais e econômicas e (2) o acesso deve ser universal e igualitário. O caráter social do direito à saúde tem como consequência o fato de que, embora ele possa ser garantido individualmente, sua realização se dá especialmente mediante políticas públicas que atinjam o maior número possível de pessoas, de modo igualitário. Há, portanto, uma dimensão coletiva nesse direito, cujos impactos não podem ser ignorados pelo operador jurídico e que supõem uma leitura jurídico-política-econômica dos limites e da extensão do sentido desse direito.

Há uma tensão dilemática na afirmação de que os direitos sociais apresentam uma dupla dimensão, uma dimensão subjetiva, que impede o Estado e terceiros de violá-los, e uma dimensão objetiva, que impõe ao Estado deveres legiferantes e de fornecer (executar) determinadas prestações aos cidadãos. Os direitos sociais tornam-se originários (direitos a prestações) quando o Estado tem o dever de criar condições para o exercício desses direitos ou quando se concede aos sujeitos a possibilidade de exigir prestações continuativas desses direitos.¹⁷ A tensão aparece como uma aparente contradição entre o direito à saúde não ser apenas de natureza programática e estar submetido a limites materiais e escolhas políticas para a sua fruição. Em se atribuindo à interpretação prevalência do sentido objetivo da norma que limita o direito à saúde, para alguns, estar-se-ia negando concretização a esses direitos. Há, nesses casos, o recurso aos *topoi* do risco de vida e do mínimo existencial.¹⁸

15 BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: PEREIRA NETO, Cláudio; SARMENTO, Daniel (Org). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 875-876.

16 SABINO, Marco Antonio da Costa. *Saúde & Judiciário: a atuação judicial: limites, excessos e remédios*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 126-142.

17 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 17. ed. Coimbra: Almedina. p. 477-478

18 SARLET, Ingo W. Comentário ao art. 196. In: CANOTILHO, J. J. Gomes (Coord.) et al. *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1.935-1.936

As ações e serviços de saúde têm sua estrutura básica definida pela Lei n. 8.080/1990, que trata das condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes. O dever do Estado de garantir a saúde é delimitado pelo art. 2º:

formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

A Lei n. 12.401/2011 alterou a redação da Lei n. 8.080/1990, dispondo sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde. Segundo ela, a assistência terapêutica integral, prevista no art. 6, I, d, da Lei n. 8.080/1990, consiste em dispensação de medicamentos cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico e oferta de procedimentos terapêuticos constantes de tabelas elaboradas pelo gestor federal do Sistema Único de Saúde (art. 19-M, da Lei n. 8.080/1990).¹⁹

Os protocolos clínicos e as diretrizes terapêuticas deverão estabelecer os medicamentos ou produtos necessários nas diferentes fases evolutivas da doença, bem como aqueles indicados em casos de perda de eficácia e de surgimento de intolerância ou reação adversa. Os medicamentos serão avaliados quanto à sua eficácia, segurança, efetividade e custo-efetividade (art. 19-O, da Lei n. 8.080/1990).

Na falta de protocolo clínico, a dispensação será realizada com base nas relações de medicamentos instituídas pelo gestor federal do SUS e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Tripartite. De forma suplementar, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores estaduais do SUS e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Bipartite. No âmbito de cada Município, também de forma suplementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores municipais do SUS. A responsabilidade pelo fornecimento, nesse caso, será pactuada no Conselho Municipal de Saúde (art. 19-P, da Lei n. 8.080/1990).

A incorporação, a exclusão ou a alteração de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, são atribuições do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC), e serão efetuadas mediante a instauração de procedimento administrativo. O relatório da CONITEC levará em consideração (1) as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento; e (2) a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas (arts. 19-P e 19-R, da Lei n. 8.080/1990). É vedada a utilização de medicamento e procedimento clínico ou cirúrgico experimental ou de uso não autorizado pela ANVISA ou sem registro (art. 19-T, da Lei n. 12.401/2011).

O requerimento de instauração do procedimento administrativo para a incorporação e a alteração pelo SUS de tecnologias em saúde e a constituição ou alteração de protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas deverá ser acompanhado de evidência científica que demonstre que a tecnologia pautada é, no mínimo, tão eficaz e segura quanto aquelas disponíveis no SUS; e estudo de avaliação econômica comparando a tecnologia pautada com as tecnologias em saúde disponibilizadas no SUS (art. 15, do Decreto n. 7.646/2011).

A Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME) é regulamentada pelos arts. 25 a 29, do Decreto n. 7.508/2011. Compreende a seleção e a padronização de medicamentos indicados para atendimento de doenças no âmbito do SUS. A RENAME será acompanhada do Formulário Terapêutico Nacional (FTN), que subsidiará a prescrição, a dispensação e o uso dos seus medicamentos (art. 25). A FTN contém informações científicas, isentas de conflitos de interesse e com base em evidências, sobre os fármacos cons-

¹⁹ Protocolo clínico é o documento que estabelece critérios para o diagnóstico da doença, o tratamento adequado, os medicamentos apropriados, as posologias recomendadas, os mecanismos de controle clínico e o acompanhamento e a verificação dos resultados terapêuticos, a serem seguidos pelos gestores do SUS (art. 19-N, da Lei n. 8.080/1990).

tantes da RENAME. O Ministério da Saúde é o órgão competente para dispor sobre a RENAME e os protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas em âmbito nacional. A cada dois anos, ele consolidará e publicará as atualizações da RENAME, do respectivo FTN e dos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas (art. 26).

Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão adotar relações específicas e complementares de medicamentos, em consonância com a RENAME, respeitadas as responsabilidades dos entes pelo financiamento de medicamentos (art. 27). Ainda segundo Decreto n. 7.508/2011, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica pressupõe, cumulativamente: (1) estar o usuário assistido por ações e serviços de saúde do SUS; (2) ter o medicamento sido prescrito por profissional de saúde, no exercício regular de suas funções no SUS; (3) estar a prescrição em conformidade com a RENAME e os protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas ou com a relação específica complementar estadual, distrital ou municipal de medicamentos; e (4) ter a dispensação ocorrido em unidades indicadas pela direção do SUS.

Os entes federativos poderão ampliar o acesso do usuário à assistência farmacêutica e o Ministério da Saúde poderá estabelecer regras diferenciadas de acesso a medicamentos de caráter especializado (art. 28). A RENAME e as relações complementares estaduais e municipais de medicamentos somente poderão conter produtos com registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) (art. 29).

O propósito da Política Nacional de Medicamentos (PNM), aprovada pela Portaria GM n. 3.916/1998, do Ministério da Saúde, é garantir segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos oferecidos no SUS, a promoção do uso racional e o acesso da população àqueles considerados essenciais. Suas principais diretrizes são o estabelecimento da relação de medicamentos essenciais, a reorientação da assistência farmacêutica, o estímulo à produção de medicamentos e a sua regulamentação sanitária.

A PNM considera que medicamentos essenciais são os produtos considerados básicos e indispensáveis para atender a maioria dos problemas de saúde da população. É um importante mecanismo para a redução dos custos dos produtos. A definição de medicamentos a serem adquiridos e distribuídos de forma centralizada deverá considerar três pressupostos básicos: (1) doenças que configuram problemas de saúde pública, ou seja, que põem em risco as coletividades; (2) doenças consideradas de caráter individual que, a despeito de atingir número reduzido de pessoas, requerem tratamento longo ou até permanente, com o uso de medicamentos de custos elevados; e (3) doenças cujo tratamento envolve o uso de medicamentos não disponíveis no mercado. A escolha de incorporação deverá, ainda, observar critérios mais específicos, relativos a aspectos técnicos e administrativos, como: (1) disponibilidade de recursos financeiros; (2) o custo-benefício e o custo-efetividade da aquisição e distribuição dos produtos em relação ao conjunto das demandas e necessidades de saúde da população; (3) a repercussão do fornecimento; (4) a necessidade de garantir dosagens adequadas.

Há outras normas mais específicas. O desenho básico da legislação relativa ao fornecimento de medicamentos, porém, é esse. O desenho revela a complexidade das políticas públicas de promoção à saúde e algumas noções essenciais ao tema: acesso universal e igualitário, uso racional dos recursos, medicina baseada em evidências, eficácia do tratamento. Esses conceitos foram, em alguma medida, incorporados pela jurisprudência, que passou a utilizá-los como critérios ou parâmetros nas decisões.

6. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS E PRINCIPAIS MARCOS JURISPRUDENCIAIS

O Supremo Tribunal Federal convocou, em 2009, audiência pública sobre saúde. O AgR na STA n. 175 esboçou, com base nas informações obtidas, parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem esse direito. Constatou-se a necessidade de redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil. Segundo o Supremo Tribunal Federal, a primeira investigação que o julgador deve fazer é sobre a existência de política pública abrangendo a prestação de saúde pretendida pela parte. Há direito sub-

jetivo à prestação se existir a política pública. Caso a prestação não figure nas políticas do Sistema Único de Saúde, o julgador deverá observar se há: (1) omissão legislativa ou administrativa, (2) decisão administrativa de não fornecê-la ou (3) vedação legal.

A segunda investigação é a respeito do motivo para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS. Se o Sistema Único de Saúde decidiu não custear determinado tratamento, por entender inexistirem evidências científicas suficientes para autorizar sua inclusão, houve exercício de sua legítima atribuição. Nesse caso, duas situações podem ocorrer: (1) o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente ou (2) tem tratamento específico para determinada patologia.

Como o Sistema Único de Saúde filiou-se à corrente da medicina baseada em evidências, o medicamento fora dos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas deve ser visto com reservas, por contrariar um consenso científico. O tratamento fornecido pelo SUS deverá ser privilegiado em detrimento de opção diversa, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente. A inexistência de tratamento na rede pública, contudo, requer solução diferente. Nesses casos, é preciso diferenciar os tratamentos puramente experimentais dos novos tratamentos ainda não testados pelo Sistema Único de Saúde. A omissão administrativa do tratamento de determinada patologia poderá ser objeto de impugnação judicial, desde que haja a produção de provas, ou seja, será imprescindível a instrução processual.²⁰

O Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral das controvérsias sobre a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo e medicamento não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária.²¹

Embora o julgamento não tenha sido concluído, o portal de notícias do Supremo Tribunal Federal informa que três ministros já votaram e apresentaram parâmetros para nortear as decisões judiciais a respeito dos temas. A tese do Ministro Marco Aurélio foi:

O reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, constante de rol dos aprovados, depende da demonstração da imprescindibilidade – adequação e necessidade –, da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo e da falta de espontaneidade dos membros da família solidária em custeá-lo, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil, e assegurado o direito de regresso.

O Ministro Luís Roberto Barroso apresentou, com relação aos medicamentos de alto custo, a seguinte tese: “O Estado não pode ser obrigado por decisão judicial a fornecer medicamento não incorporado pelo SUS, independentemente de custo, salvo hipóteses excepcionais, em que preenchidos cinco requisitos”. Os cinco requisitos seriam: “incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente; demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; propositura da demanda necessária em face da União, já que a responsabilidade pela decisão final sobre a incorporação ou não de medicamentos é exclusiva desse ente federativo”. Em relação ao problema dos medicamentos não autorizados pela Anvisa, a tese apresentada foi:

O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais, sem eficácia e segurança comprovadas, em nenhuma hipótese. Já em relação a medicamentos não registrados na Anvisa, mas com comprovação de eficácia e segurança, o Estado somente pode ser obrigado a fornecê-los na hipótese de irrazoável mora da agência em apreciar o pedido de registro (prazo superior a 365 dias),

20 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental. *STA 175 AgR*. Tribunal Pleno. Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente). Julgado em 17/03/2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 p. 70.

21 RE 566471 RG, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 15/11/2007, DJe-157 DIVULG 06-12-2007 PUBLIC 07-12-2007 DJ 07-12-2007 PP-00016 EMENT VOL-02302-08 PP-01685 / RE 657718 RG, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 17/11/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-051 DIVULG 09-03-2012 PUBLIC 12-03-2012 REPUBLICAÇÃO: DJe-092 DIVULG 10-05-2012 PUBLIC 11-05-2012.

quando preenchidos três requisitos: 1) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil; 2) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e 3) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União.

O Ministro Edson Fachin também propôs cinco parâmetros para auxiliar o julgador:

1) necessária a demonstração de prévio requerimento administrativo junto à rede pública; 2) preferencial prescrição por médico ligado à rede pública; 3) preferencial designação do medicamento pela Denominação Comum Brasileira (DCB) e, em não havendo a DCB, a DCI (Denominação Comum Internacional); 4) justificativa da inadequação ou da inexistência de medicamento/ tratamento dispensado na rede pública; 5) e, em caso de negativa de dispensa na rede pública, é necessária a realização de laudo médico indicando a necessidade do tratamento, seus efeitos, estudos da medicina baseada em evidências e vantagens para o paciente, além de comparar com eventuais fármacos fornecidos pelo SUS.

Outras premissas foram, ainda, apresentadas por ele:

1) controle de legalidade (não deve haver erro manifesto na aplicação da lei, nem pode existir abuso de poder); 2) controle da motivação (aferrar se as razões do ato regulatório foram claramente indicadas, estão corretas e conduzem à conclusão a que chegou a administração pública); 3) controle da instrução probatória da política pública regulatória (exigir que a produção de provas, no âmbito regulatório, seja exaustiva, a ponto de enfrentar uma situação complexa); e 4) controle da resposta em tempo razoável (que impõe à agência o dever de decidir sobre a demanda regulatória que lhe é apresentada, no prazo mais expedito possível).²²

Outro julgamento de destaque, pelo Supremo Tribunal Federal, sobre o direito à saúde ocorreu no deferimento da medida liminar requerida na ADI n. 5.501, quando se suspendeu a eficácia da Lei n. 13.269/2016, que autorizava o uso da fosfoetanolamina sintética para tratamento do câncer. O Supremo Tribunal Federal considerou que o fornecimento de substância sem o registro no órgão competente viola a preservação da saúde dos cidadãos em geral.²³ Embora tenha sido em caráter provisório, o julgamento se destaca por ter abordado temas como a função regulatória da Anvisa para registrar medicamentos, vigilância sanitária, reserva da administração para definição de políticas públicas, análises farmacotécnica e de eficácia e segurança.

A evolução jurisprudencial e a necessidade de fixar parâmetros para aperfeiçoar as intervenções judiciais no âmbito do direito à saúde foi reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça. Recentemente, aquele tribunal fixou a tese de que a obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa três requisitos: (1) comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (2) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (3) existência de registro na ANVISA.²⁴ É citado neste artigo apenas para demonstrar que os parâmetros que vinham se cristalizando na jurisprudência foram acolhidos pelo Superior Tribunal de Justiça.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) tem trabalhado no âmbito administrativo para aperfeiçoar as decisões judiciais que afetam as políticas públicas de saúde. Destacam-se, a respeito, a Recomendação n. 31/2010, que traça diretrizes aos magistrados quanto às demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde; o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à Saúde (Fórum da Saúde); e o e-NatJus, um cadastro nacional de pareceres, notas e informações técnicas, cuja finalidade é oferecer base científica para as decisões dos magistrados.

22 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pedido de vista adia julgamento sobre acesso a medicamentos de alto custo por via judicial*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326275&tip=UN>>. Acesso em: 6 maio 2018.

23 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 5501 MC. Tribunal Pleno. Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO. Julgado em 19/05/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-168 DIVULG 31-07-2017 PUBLIC 01-08-2017.

24 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial. REsp 1657156/RJ. Primeira Seção. Rel. Ministro Benedito Gonçalves. Julgado em 25/04/2018, DJe 04/05/2018.

Conforme se observa por toda a exposição das complexidades envolvidas na definição do dever jurídico do Estado em prestar o direito à saúde, há dificuldade em se identificar a existência de direito líquido e certo nos casos em que se discute concessão de medicamentos fora do rol daqueles previstos nas normas e protocolos do SUS, formulados e limitados por todos os procedimentos aos quais já se fez referência ao longo do presente trabalho. No caso exemplar acima exposto, o impetrante sofre de hemofilia B grave e pretende ser tratado com o concentrado de fator IX recombinante. No caso em estudo, não ficou provado que o tratamento oferecido pela rede pública seja ineficaz para o tratamento do impetrante. Dessa maneira, em virtude da controvérsia científica que foi estabelecida, não existe direito líquido e certo à concessão da medicação.

Há uma importante discussão científica sobre a opção pelo medicamento pleiteado que não pode ser resolvida pelo recurso retórico à evidência do direito à saúde como expresso na Constituição Federal. Poder-se-ia dizer que o principal fundamento para a prescrição do concentrado recombinante é somente a redução dos riscos de uma eventual contaminação. Em sentido contrário ao argumento de que o medicamento pleiteado traria melhora ao tratamento do impetrante, o relatório médico no qual se prescreve o medicamento postulado não demonstra que a medicação disponibilizada pelo Ministério da Saúde tem sido ineficaz para o impetrante. Segundo a médica subscritora, a tecnologia recombinante é superior à baseada em plasma humano, especialmente quanto aos riscos de contaminação. A leitura atenta do relatório médico, contudo, revela que em momento algum é mencionado que o tratamento da rede pública não tem funcionado para o caso específico do impetrante. Trata-se de uma preferência em abstrato da profissional. Isso por si só já revela que a impossibilidade da escolha do mandado de segurança para a discussão sobre os limites e a extensão do direito à saúde como expressão de uma política pública.

A profilaxia primária para hemofilia grave, no Brasil, deve seguir o protocolo estabelecido pela Portaria n. 364/2014, do Ministério da Saúde. O protocolo contém orientações relacionadas ao tratamento profilático de crianças acometidas por Hemofilia A e B grave, para prevenir o desenvolvimento da artropatia hemofílica, reduzir outros sangramentos e melhorar a qualidade de vida dos pacientes. Os critérios são de caráter nacional e devem ser utilizados pelas Secretarias de Saúde dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

O termo de consentimento presente no protocolo explica que a profilaxia primária em hemofilia é o nome que se dá ao tratamento para pacientes com hemofilia A ou B grave de forma profilática, isto é, independentemente de o paciente apresentar sangramento e por tempo prolongado e ininterrupto. De acordo com o documento, a profilaxia primária é recomendada e reconhecida pela Organização Mundial da Saúde e Federação Mundial de Hemofilia como o tratamento de eleição para a forma grave da hemofilia A e B. O tratamento consiste na infusão de concentrado de fator VIII (para hemofilia A grave) ou fator IX (para hemofilia B grave) antes da ocorrência do sangramento. O paciente recebe a infusão do concentrado do fator 1 a 2 vezes por semana, para hemofilia B, e 1 a 3 vezes por semana, para hemofilia A, com doses escalonadas. A profilaxia primária impede que o paciente com hemofilia grave desenvolva as complicações da doença secundárias aos sangramentos de repetição, principalmente da artropatia hemofílica, que pode levar a deformidades e sequelas motoras irreversíveis.

A Federação Mundial de Hemofilia não expressa preferência por recombinantes sobre os concentrados derivados de plasma. A escolha deve ser feita de acordo com critérios locais, de cada país.²⁵

O impetrante foi avaliado por junta médica oficial, por força da decisão proferida pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal na suspensão de segurança. A junta médica oficial concluiu que era necessário, apenas, aumentar a dosagem e a frequência do tratamento, mas o produto poderia permanecer o mesmo. A decisão do Supremo Tribunal Federal não concedeu o tratamento pretendido pelo impetrante. A leitura atenta da fundamentação revelou o oposto: a medida liminar, deferida no Tribunal de Justiça do Distrito Fe-

25 FEDERAÇÃO MUNDIAL DE HEMOFILIA. *Manual para tratamento da hemofilia*. Disponível em: <<http://www1.wfh.org/publications/files/pdf-1472.pdf>>. Acesso em: 02 maio 2018.

deral e dos Territórios, foi suspensa. O Ministro Ricardo Lewandowski observou que as evidências trazidas até aquele momento indicavam a regularidade do protocolo seguido pelo Ministério da Saúde. Deixou, porém, em aberto a possibilidade de que fosse dispensado outro tratamento, desde que determinado por junta médica oficial. A junta médica não considerou necessário o uso do concentrado de fator IX recombinante. Concluiu, apenas, que a dosagem e a frequência precisavam ser alteradas.

Expressando uma dimensão de complexidade da questão, um dos medicamentos sugeridos pela médica do impetrante, com base no fator IX recombinante, foi o Benefix®. Em 2016, o Laboratório Farmacêutico Pfizer LTDA solicitou à CONITEC a avaliação do medicamento alfanonacogue-Benefix®, fator IX recombinante, para o tratamento de pacientes com hemofilia B menores de 19 anos. A justificativa seria diminuir o risco de possíveis contaminações virais não identificadas, que poderiam ocorrer nos fatores derivados de plasma que o SUS já disponibiliza. A CONITEC avaliou o medicamento, na Consulta Pública n. 39, e decidiu não o incorporar ao SUS. No exame dos estudos científicos, o órgão entendeu não haver diferença entre a tecnologia proposta e a já disponível no SUS, em relação à ocorrência de efeitos indesejáveis. O órgão não chegou à conclusão quanto à eficácia da tecnologia, quando confrontada com a disponível no SUS, porque não foi apresentado estudo comparativo. A CONITEC observou, também, que o preço proposto para o alfanonacogue é cerca de quatro vezes maior que o fator IX plasmático, já disponível no SUS.²⁶ A avaliação levou em consideração as evidências científicas e os impactos orçamentários da adoção da tecnologia, optando por não a incorporar.

Duas últimas menções a julgados exemplificam a complexidade da questão. O Ministro Teori Albino Zavascki, quando atuava no Superior Tribunal de Justiça, mencionou no MS 8.895/DF que, embora seja angustiante para o julgador, não é possível resolver, por meio de liminares, os problemas de saúde, de alimentação, de habitação e de educação. Os direitos a prestações materiais estão sujeitos às possibilidades do Estado. Os juízes não têm o conhecimento técnico e científico necessário para discordar quando a autoridade diz que o tratamento pretendido não é recomendável cientificamente e a tarefa de fazer as opções políticas relativas à saúde cabe aos profissionais de saúde:

Estamos diante de um caso típico de direito fundamental social, os chamados direitos à prestação, que não são infinitos ou absolutos. Em qualquer país do mundo estão sujeitos às possibilidades do Estado. São, portanto, direitos “sob reserva de possibilidade social”, como os conceitua a doutrina (José Carlos Vieira de Andrade, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, 2ª ed., Almedina, p. 59).

Oxalá pudéssemos, em nome da Constituição, concedendo liminares, resolver os graves problemas brasileiros de saúde, de alimentação, de habitação, de educação. Claro que é muito angustiante a situação descrita nos autos. Quem não se angustia e se sensibiliza numa situação dessas? Entretanto, que elementos temos no mandado de segurança para duvidar do ato da autoridade que diz que o tratamento pretendido não é recomendável cientificamente? Que autoridade, nós, juízes, temos para duvidar disso? Não vejo como não considerar legítima a opção do administrador, ainda mais fundada no parecer. Ponhamo-nos no papel de quem tem o dever técnico de administrar a escassez de recursos num País pobre como o nosso, e de fazer as opções políticas para lhes dar melhor destinação. Portanto, não há como ter presente, no caso, direito líquido e certo a obter do Estado a liberação da vultosa quantia necessária ao atendimento individual da impetrante.

Não há dúvida de que a saúde é um direito fundamental, mas, também é certo, não se trata de direito absoluto. Ele será atendido na medida das possibilidades, inclusive, financeiras, da sociedade. No caso, ademais, há uma recomendação técnica contrária, que o Judiciário não tem autoridade científica para contestar.²⁷

26 COMISSÃO NACIONAL DE INCORPORAÇÃO DE TECNOLOGIAS NO SUS - CONITEC. Ministério da Saúde. *Relatório de recomendação*: Alfanonacogue - Benefix® para hemofilia B em pacientes menores de 19 anos de idade. Disponível em: <http://conitec.gov.br/images/Consultas/Relatorios/2016/Relatorio_Fator_IX_recomb_CP_39_2016.pdf>. Acesso em: 2 maio 2018.

27 COMISSÃO NACIONAL DE INCORPORAÇÃO DE TECNOLOGIAS NO SUS - CONITEC. Ministério da Saúde. *Relatório de recomendação*: Alfanonacogue - Benefix® para hemofilia B em pacientes menores de 19 anos de idade. Disponível em:

No segundo caso, o Desembargador Diaulas Ribeiro, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, apontou, no voto proferido no MSG 2016.00.2.022665-4, julgado pela Segunda Câmara Cível, em 12 de dezembro 2016, o impacto orçamentário caso o Distrito Federal seja obrigado a fornecer o fator IX recombinante de longa duração. O tratamento de 50 (cinquenta) pacientes com hemofilia B, usando o fator IX hemoderivado, custaria aos cofres públicos o valor de R\$ 6.106.000,00 (seis milhões cento e seis mil reais) por ano. O tratamento com o fator IX recombinante custaria R\$ 43.556.000,00 (quarenta e três milhões quinhentos e cinquenta e seis mil reais). O gasto será de R\$ 198.800.000,00 (cento e noventa e oito milhões e oitocentos mil reais), se for utilizado o fator IX recombinante de longa duração. O orçamento de 2016 da Secretaria de Saúde, para aquisição de todos os medicamentos para tratar todos os pacientes assistidos no Distrito Federal, foi de R\$ 166.502.397,53 (cento e sessenta e seis milhões quinhentos e dois mil trezentos e noventa e sete reais e cinquenta e três centavos). O tratamento com o fator IX recombinante de longa duração de apenas cinquenta pacientes custará, portanto, 32 (trinta e dois) milhões de reais a mais do que todo o orçamento destinado para adquirir medicamentos para a integralidade dos pacientes do Distrito Federal.

Como foi evidenciado, a definição do dever jurídico do Estado quanto à prestação do direito à saúde na forma da concessão de medicamentos e procedimentos médicos não estabelecidos em normas próprias do sistema é extremamente problemática, debatível e incerta. As complexidades da execução da política pública de concessão de medicamentos e procedimentos médicos revelam que, nesses casos, atalhos processuais, como é o caso da utilização dos mandados de segurança para a dedução desse tipo de pretensão, não são recomendáveis.

7. RONALD DWORKIN E A REFLEXÃO LIBERAL SOBRE IGUALDADE E REGRA

A intervenção judicial em políticas públicas pode ser problemática, dada a sua complexidade, as consequências possíveis, as variadas dificuldades da questão, além da aparente necessidade de uma consideração sobre os limites e a extensão dos direitos prestacionais enunciados na Constituição Federal, no caso em análise, o direito à saúde. O direito à saúde, como disposto no art. 196 a 200, mas sobretudo nos 196 e 197, da CF, carece, como já mencionado, de uma leitura jurídico-política, neste aspecto incluído o conceito de política pública. Trata-se de colocar à disposição dos sujeitos, de forma distributiva, um complexo de ações, produtos, serviços e instalações de forma isonômica, de forma a respeitar o princípio basilar do direito ao tratamento igual de iguais e desigual de desiguais, na medida de suas desigualdades, o conhecido *suum cuique tribuere*. Esse problema conduz a uma reflexão sobre a dificuldade de lidar com a igualdade perante a lei quando o texto legal apresenta uma grande abertura semântica.²⁸

O estabelecimento do que significam os direitos fundamentais sociais, sobre os quais devem incidir políticas públicas que viabilizem sua fruição, como é o caso da educação, da saúde e da previdência, por exemplo, passa necessariamente, por uma reflexão sobre qual o tipo de sociedade na qual vivemos e sobre seu projeto futuro. Julgar essas questões sem uma concepção prévia consciente sobre que abordagem metodológica se deve utilizar para alocar esses direitos na prática, já que suas condições de fruição são submetidas a limites materiais de efetivação, é, para dizer o mínimo, precário. Essa forma de abordagem teria como resultado uma decisão deficitariamente fundamentada.

Um recorte teórico possível para o tratamento dessas questões seria aquele já explorado por alguns au-

<http://conitec.gov.br/images/Consultas/Relatorios/2016/Relatorio_Fator_IX_recomb_CP_39_2016.pdf>. Acesso em: 2 maio 2018.

28 A igualdade supõe a diversidade, ou a desigualdade. Como problema de organização social, a desigualdade depende de como se compreende os aspectos de igualdade que devem estar em relevo como funcionamentos básicos que devem ser propiciados a todos e cada um. Nesse sentido, a diversidade humana é uma condição de possibilidade para se compreender e refletir sobre o problema da igualdade. SEN, Amartya. *Desigualdade reexaminada*. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 29.

tores, segundo o qual a herança da discussão liberal sobre a justiça de um arranjo político institucional teria derivado nas seguintes correntes de pensamento: liberalismo, comunitarismo e republicanismo, além do feminismo e do marxismo analítico.²⁹

A discussão sobre o direito à saúde pode ser realizada nessas distintas perspectivas, mas talvez interesse, por ser intuitivamente mais próxima do que se tem como padrão decisório hoje nos tribunais brasileiros, a perspectiva liberal, na forma moderada de Ronald Dworkin. O autor norteamericano trata em alguns textos de sua extensa produção literária do problema do direito à saúde. Propõe-se que se circunscrevam, de seu pensamento, três aspectos sobre o problema da alocação dos recursos relacionados à fruição do direito à saúde: 1. os direitos individuais são trunfos em face das políticas públicas; 2. os princípios de organização da reflexão sobre o direito à saúde: resgate e seguro prudente; 3. o sentido da afirmação liberal de que o indivíduo precede ao todo quando se trata de direitos morais coletivos.

Ronald Dworkin propõe uma abordagem metodológica liberal sobre os limites e a extensão do direito à saúde, supondo o espelhamento da racionalidade alocativa individual ao plano coletivo.³⁰ Estabelece como premissa que uma comunidade política se afirma como legítima quando tem uma consideração igualitária sobre os direitos dos cidadãos.

O argumento de Ronald Dworkin sobre a Teoria da Moralidade política deve se localizar em uma teoria mais geral dos valores humanitários da ética e da moralidade, do *status* e da integridade do valor, e do caráter e da possibilidade da verdade objetiva. Nesse sentido, há um compromisso fundamental com relação ao valor de uma vida humana e com relação à responsabilidade de cada indivíduo de descobrir esse valor em sua própria vida. Esse individualismo ético tem como base duas premissas: a. igual importância e b. responsabilidade especial.

A Teoria da Igualdade de Ronald Dworkin deve disciplinar um cenário que é marcado por ao menos três dimensões: jurídico-política, econômica e moral. Nesse contexto, as políticas públicas são o repositório que tenta corrigir as distorções ou aviltamentos próprios ao desequilíbrio entre oferta e procura, e o problema que se coloca é como articular um conceito de igualdade que contemple a diversidade cultural, problema que se refere, também, e talvez especialmente, no direito brasileiro, à abertura para percepções de atribuições de sentido de normas garantidoras de direitos.

As normas precisam fazer sentido, coletivamente. Requerer igualdade quando são oferecidas as mesmas oportunidades e horizontes é bem diferente de se exigir o seguimento de normas que não fazem sentido exatamente por desconhecem sua materialidade cultural, econômica ou jurídica. Submeter-se à noção de aplicação coletiva da norma pode não fazer sentido se seu descumprimento faz parte do padrão comportamental da elite ou se decisões são percebidas como instáveis e incoerentes, tendo em vista algum sentido *prima facie* de um determinado texto normativo.³¹

Colocado no âmbito dos Estados Unidos da América, o tema da justiça e do alto custo da saúde é apresentado na forma das seguintes perguntas: quanto deve uma nação gastar com a saúde das pessoas? Como saber se as demais nações não estão gastando muito pouco ou demais em relação à primeira? Quanta assistência médica uma sociedade razoável deve tornar acessível a todos? Podemos oferecer a todos a assistência médica que os mais ricos dentre nós podem comprar para si? Como decidir qual é o nível mínimo de assistência médica que a justiça exige que até os mais pobres tenham? Se a nação não pode pagar todos

29 GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls*: um breve manual de filosofia política. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. passim.

30 Para Amartya Sen, as decisões sobre alocação equânime de recursos enseja sempre a consideração sobre quem, porque e como indivíduos (ou grupos) terá direito a algo. São decisões trágicas, posto que há um sacrifício a ser imposto a alguém em qualquer das situações resultantes de qualquer decisão. Assim como em Dworkin, a igualdade se expressa na ideia de igual consideração. Como a igualdade é um conceito controverso e debatível, surge a pergunta que ancora a materialização desse princípio: igualdade de quê?

31 FREITAS FILHO, Roberto; SILVA, Frederico Augusto Barbosa da. *O judiciário cordial, a violência e a corrupção na América Latina*. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/REPATS/article/view/8210>>. Acesso em: 2 jul. 2018.

os exames e tratamentos que seus cidadãos venham a querer ou precisar, como deve decidir, como nação, quanto gastar coletivamente e com cada cidadão? O que é um tratamento médico *apropriado* depende do que seria injusto restringir com fundamento no alto custo.

Para responder a essas questões, Ronald Dworkin coloca hipoteticamente dois princípios aparentemente confrontantes, o do resgate e o do *seguro prudente*. Como premissas o Princípio do Resgate dispõe, em resumo, que: a. vida e saúde são os bens mais importantes e; b. todos devem receber tratamento, sem que seja feita qualquer consideração de natureza econômica. Entretanto, o autor adverte que o Princípio do Resgate é inútil para o fim de responder às perguntas sobre o racionamento. Esse princípio diz que temos de gastar tudo que pudermos na saúde, sem limites.³²

Quais seriam, então, os critérios para determinar quem precisa o que, em termos de decisão sobre a política pública sobre alocação de recursos escassos? Uma primeira observação é que qualquer decisão de política pública sobre a saúde deve considerar os incentivos econômicos. Se não considerados os aspectos econômicos, os gastos com saúde são irracionais, desse ponto de vista, pois o sistema (judiciário, no caso) faz para as pessoas as escolhas que elas não fariam sozinhas, e o resultado é que há um exagero no cálculo dos gastos coletivos.

Os economistas conservadores defendem a submissão da saúde à lógica do mercado. Cada um por si. Ronald Dworkin diz que esse modelo de organização é igualmente inaceitável por três motivos: 1. A distribuição de riqueza é injusta. 2. As pessoas têm informação insuficiente. 3. Em mercado desregulado (ou fracamente regulado), as operadoras cobram preços caros para pessoas que têm doenças graves, preços proibitivos. Frente a essas dificuldades, a resposta de Ronald Dworkin é o chamado seguro prudente ideal, uma proposta metodológica de tratamento da questão consistente na distribuição de riqueza e renda justa, tanto quanto possível; a informação deve ser partilhada por todos, resultando em simetria perfeita de informações; finalmente, que houvesse um véu de ignorância sobre as doenças, sua incidência e seus riscos, deveria ser suportado por todos os envolvidos.³³

A prudência faz com que pessoas façam cálculos de probabilidade sobre o custo de medicamentos e tratamentos e façam seguro com base nesses prognósticos de possibilidades. Assim, jovens têm planos de saúde mais básicos do que idosos, por exemplo. É possível, portanto, usar a hipótese liberal do incentivo individual para fazer uma reflexão para produzir um modelo de política que atenderá a limites e possibilidades de fruição do direito à saúde de maneira coletiva e distributiva. O problema da igualdade, nesse caso, retorna ao ponto da consideração coletiva do impacto das decisões de saúde para a comunidade política como um todo, o que impede que seja atribuído ao juízo sobre o tema uma noção de direito público subjetivo na perspectiva radicalmente individualista, como se tem feito na jurisprudência brasileira.

Tratando-se dos limites materiais e da natureza do direito à saúde, uma pretensão individual descolada da consideração econômica que dá sentido ao direito à saúde na sua acepção distributiva não pode prevalecer, a despeito das potenciais consequências individuais da afirmação de tais limites. Não há trunfo individual em relação às políticas públicas de saúde nas hipóteses em que não há intervenção judicial na formulação destas, com a introdução de regras, seja por inexistência, seja por ampliação de hipóteses normativas. Em relação aos direitos morais coletivos, a leitura jurídico política da Constituição Federal supõe a hipótese de extrapolação do modelo de escolhas individuais para as coletivas, o que, novamente, impede a aplicação de uma episteme calcada na ideia individualista radical da existência de um direito público subjetivo do sujeito em face da comunidade política, sem maiores considerações consequencialistas.

32 DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 434-435.

33 DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 441.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apresentada a extrema dificuldade da questão evidenciada no caso exemplar referido, na presente seção pretende-se apresentar um cenário da complexidade envolvida na identificação de um dever jurídico com base em textos normativos que são, em essência, avaliatórios, e que devem ser preenchidos de significado no contexto da sociedade brasileira contemporânea, que partilha, com outras ocidentais de mesmas características, características que dificultam a obtenção de consensos semânticos normativos. Argumenta-se que não é suficiente o recurso a expressões *como dignidade da pessoa humana e mínimo existencial*, por exemplo, para fundamentar, adequadamente, uma decisão em que se discuta o dever jurídico do Estado em garantir direito à saúde aos sujeitos de direito. A postulação pretende, além disso, amparar a hipótese de que intervir em políticas públicas prestacionais, como a relativa ao direito à saúde, especialmente por meio do uso de instrumentos processuais de cognição estreita, caso do mandado de segurança, leva a resultados que promovem, coletivamente, mais dificuldades do que soluções. Em síntese, pretende-se refletir sobre a dificuldade de definir os limites dos deveres jurídicos decorrentes dos artigos constitucionais que tratam do direito à saúde.

Um dos problemas mais instigantes e dramáticos do raciocínio jurídico e da prática do saber prudencial do direito é o da nomeação dos objetos. Um fato da vida passa a ser um fato jurídico porque é nomeado como tal. Falar sobre o direito e fazê-lo, na prática, é um complicado exercício de identificações e distinções de coisas, fatos e relações. Quando se afirma que alguém é negro, hipossuficiente, ou que um produto é supérfluo ou essencial, ou mesmo que há uma relação de consumo em uma determinada compra, em cada um desses processos aparentemente triviais há uma imensa carga de complexidade, já que se definem coisas com base em uma noção de identidade. Ao compor uma determinada categoria, seja uma classe, um gênero ou uma espécie, dentre outros, o objeto recebe um determinado tipo de *tratamento* jurídico. Em outras palavras, se submete a um tipo de regime jurídico, sendo regulado no âmbito de um determinado sistema normativo (ou subsistema), no qual há sentidos conceituais e interpretativos específicos aplicáveis aos problemas e situações jurídicas enfrentados. Por exemplo, se há uma relação de consumo, o contratante em um contrato de compra e venda será, por pressuposição legal, vulnerável. Em relação a ele, serão aplicadas regras de interpretação das normas que compõe o subsistema de maneira a protegê-lo, inclinando o julgador a, ainda a guisa de exemplo, interpretar o sentido das cláusulas contratuais de modo que lhe seja mais favorável.

O processo mental de qualificar um fato da vida como um fato jurídico equivale a estabelecer uma identidade, a qual, na medida em que sejam estabilizados o sentido e o significado daquilo sobre o que se fala, por meio do uso prático da linguagem daquela determinada maneira, torna aquela palavra e seu significado um critério que me permite dizer que se fala a verdade ou não. Ou seja, o uso da linguagem, com base na estabilidade de sentido das palavras, permite construir identidades e distinções, igualdades e desigualdades, e, dessa forma, em alguma medida, estabelecer os critérios de verificação veritativa por meio dos quais se pode afirmar, por exemplo, que é errado dizer que um livro é uma garrafa de vidro ou que há um consumidor não vulnerável em uma relação de consumo.

A questão da fixação de sentido da norma tem uma dimensão especialmente importante, a da determinação do dever jurídico originário, a partir do qual se pode verificar a ocorrência de descumprimento. Como sabido, há deveres legais e contratuais, além dos deveres decorrentes da reiteração de padrões de conduta que resultam em expectativas contrafáticas normativas.

As demandas de saúde são levadas ao Poder Judiciário por meio de mandado de segurança, mas algumas características desse instrumento processual complexificam ainda mais a análise do problema. Nesse caso as questões processuais e o mérito se confundem, na medida em que há necessidade de uma providência jurisdicional muito rápida. Não há espaço para a produção de provas, realização de perícia, oitiva de testemunhas, dentre outras. Ou se tem o direito líquido e certo, com prova pré constituída, ou a via processual a ser utilizada é outra, não o mandado de segurança.

Admite-se, para efeito argumentativo no presente artigo, que há algum núcleo de objetividade e verdade em tudo o que se afirma, segundo o qual a língua é inteligível intersubjetivamente e, com base nessa premissa, pode-se dialogar sobre posições morais, políticas e estéticas de forma racional. Nesse sentido, são excluídas as posições céticas como a dos pragmatistas e a dos desconstrucionistas acerca do problema da verdade na linguagem.

Acompanhando Bourdieu, o direito é um campo em que há posições de nomeação da verdade jurídica. O poder de nomeação da realidade que transmuta uma afirmação sobre algo possível em uma constatação de algo ocorrido, presente em várias dessas atividades, seja a do jurista (sobretudo a do julgador), a do jornalista, professor e de atores dos demais campos em que isso ocorre, dá-se em um campo de realização de objetivos social e democraticamente relevantes. No caso dos campos não jurídicos, por exemplo, a informação correta e o controle social dos poderes institucionalmente constituídos, a formação de estudantes, inclusive ideológica e, no jurídico, a jurisdição como exercício de distribuição de justiça na forma de decisões normativas como instrumento de controle social e instrumento de realização de valores sociais de coesão, como a justiça e a igualdade cidadã.³⁴

Em uma sociedade como a brasileira, marcada por graves contradições sociais e econômicas, por uma distribuição do poder profundamente assimétrica e por um histórico de precária formação para a participação política e, conseqüentemente, um igualmente precário exercício dessa mesma atividade pelos sujeitos, a força da palavra que constitui a verdade normativa é vigorosa e eficaz, produzindo efeitos poderosos. Produzem-se, com certa facilidade, verdades sobre identidades e sobre igualdades e desigualdades. Naturalmente, não se desconsidera que há, sempre, uma luta competitiva pela posição que melhor propicia o poder de nomeação da realidade, da construção narrativa da verdade.

Aliado ao grande poder de nomeação que se pode exercer em uma sociedade com as características acima referidas, provavelmente se experimenta, como civilização, a radicalização do deslocamento do sentido de orientação normativa de qualquer padrão moral forte ou qualquer consenso valorativo a partir de elementos de coesão social para um modelo de normatividade em que os seus elementos constitutivos estejam fundados na radicalização do individualismo e, conseqüentemente, no *pacta sunt servanda*. Em uma sociedade em que os conceitos, as relações e os *status* são estabelecidos em função das preferências pessoais e em uma noção antikantiana de liberdade, o sujeito pode determinar, por exemplo, o seu direito à saúde, o que seja *casamento*, qual o seu gênero e como se define a sua família.

Para além das condições estruturais econômicas e sociais da sociedade brasileira, vive-se globalmente aquilo que Sigmund Bauman chamou de modernidade líquida, na qual os sentidos das relações e das experiências pessoais e coletivas são fluidos, vagos, inconstantes, vazios normativa e criticamente.³⁵ A sociedade líquida, na qual se vivencia a modernidade líquida, tem raiz na pós-modernidade que, como diz Umberto Eco, é um termo *guarda-chuva* que abarca uma variedade de fenômenos literários, filosóficos, linguísticos, artísticos, nem sempre alinhados de modo coerente.³⁶

Em síntese, a crise de orientação normativa e do conceito de comunidade levou à radicalização de um individualismo desenfreado em que tudo é fluido e incerto. Nesse cenário, o consumismo, por exemplo, é o lugar de realização de um ideal de vida frívolo e sem ideologias ou partidos, sem algo pelo que lutar ou a que combater. Até mesmo o desejo de consumo se torna, nessa realidade, compulsivamente liquefeito, fugaz.

34 Há outros campos em que se manifesta o poder de nomeação da realidade, não necessariamente jurídica, mas com resultados práticos importantes para o direito. Um exemplo é a atividade da imprensa, em que é grande a força da palavra construída na forma de um trabalho textual, de uma narrativa que se pretende coerente. Aquilo que é publicado em um jornal, em uma revista, ou qualquer outro meio de comunicação social torna-se, quase que magicamente, verdade. Não raro ouve-se: “É verdade, deu no Jornal da Globo!” (ou SBT, ou Record, dentre outros). O poder da mídia, dos jornalistas, dos veículos de comunicação e, mais recentemente, de instrumentos de informação de massa como as redes sociais, é imenso.

35 BAUMAN, Sigmund. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

36 ECO, Umberto. *Pape, satàn, aleppe*: crônicas de uma sociedade líquida. Rio de Janeiro: Record, 2017. p.9.

Ele é apenas um momento anterior ao da obsolescência programada arditosamente pelo modelo de produção em que se vive. O consumo de celulares por jovens e o fenômeno do *fast fashion* são exemplos claros desse tipo de consumismo. No plano da circulação da informação, as redes sociais e a *internet* como um todo nos transformou em atores e objetos de exposição e avaliação constantes. *Tuíto, ergo sum!*, diria Umberto Eco.³⁷

Andrew Keen sugere que há uma hipervisibilidade que se manifesta em uma arquitetura de isolamento humano levando a uma menor sociabilidade. Isso por que

em vez de nos unir entre os pilares digitais de uma polis aristotélica, a mídia social de hoje na verdade estilhaça nossas identidades, de modo que sempre existimos fora de nós mesmos, incapazes de nos concentrar no aqui e agora, aferrados demais à nossa própria imagem, perpetuamente revelando nossa localização atual, nossa privacidade sacrificada à tirania utilitária de uma rede coletiva.³⁸

Novamente aqui o problema dos limites normativos do tratamento das informações e da nomeação da realidade, com sua conseqüente constituição da verdade, aparece com força.

O direito e as mídias sociais, nesse sentido, parecem estar em uma constante disputa intercampos. O poder disruptivo de dupla mão nessa relação é fantástico, tomada em conta a capacidade de nomeação da verdade por um e outro campo.³⁹ A dificuldade de se refletir sobre essa intrincada relação não está somente no espaço da disputa política entre os atores dos dois campos, mas também no fato de que a liquidez social de Sigmund Bauman, ou o desencantamento Weberiano com relação às orientações normativas proporcionadas por instituições que cumpriam em dado momento histórico essa função, vem radicalizada por aquilo que se sugere acima como a passagem de um modelo de normas de conduta cujo núcleo doador de sentido eram códigos morais fortes para um modelo de liberdade individual radical que resulta em um outro núcleo doador de sentido, vinculado, em alguns casos, à ideia liberal do *pacta sunt servanda*. Nesse sentido, não somente a percepção individualista oponível contra todos de obter, em nome do direito à saúde, prestações ilimitadas, mas também, por exemplo, as decisões judiciais sobre união homoafetiva, direito ao nome social e namoro qualificado.

Talvez a saída para o problema da instabilidade normativa gerada por essas características concomitantemente estruturais e conjunturais seja a utilização de certos parâmetros ou, dito de outra forma, de um método qualquer para a produção de decisões sobre questões fundamentais sobre a convivência na comunidade política. Algo, talvez, como a radicalização do uso das instâncias e práticas democráticas como um critério crítico que permita a apreciação dos problemas normativos.⁴⁰ Ao invés de buscar a solução da determinação do que seja o direito à saúde como a identificação de um conteúdo qualquer, a resposta esteja em ampliar os espaços de diálogos interinstitucionais nos quais os conflitos possam ser processados.

É possível, entretanto, que a sugestão encontre limite em um problema conceitual. Se o padrão democrático é atingido por meio de um procedimento não substancializado de busca de consenso, esse método pode resultar em um círculo tautológico, pois busca-se uma norma que presida o próprio processo decisório, mas essa mesma norma pode ter um conteúdo legitimador de injustiça, pois nem sempre o consenso democrático é visto pelo Direito como a melhor solução para uma questão posta ao Poder Judiciário.⁴¹

É possível pensar, reconhecendo esse impedimento, em um papel contramajoritário com base em uma moral crítica do Direito, no sentido de que essa norma moral não pode ser a da maioria nem a tradicional, mas fundada em uma discussão racional dos fundamentos da escolha, excluídos o impressionismo e os sen-

37 ECO, Umberto. *Pape, satàn, aleppe*: crônicas de uma sociedade líquida. Rio de Janeiro: Record, 2017. p. 9.

38 KEEN, Andrew. *Vertigem digital*: por que as redes sociais estão nos dividindo, diminuindo e desorientando. Rio de Janeiro: Zahar, 2012. p. 22

39 BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Difel, 1989. cap. VIII

40 CIARLINI, Álvaro L. de A. S. *Direito à saúde*: paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2013. passim.

41 ZAGREBELSKI, Gustavo. *A crucificação e a democracia*. São Paulo: Saraiva, 2011.

timentos.⁴² Talvez os limites desse argumento sejam inerentes às possibilidades heurísticas e operatórias do Direito, tanto como campo de reflexão quanto da prática. O incômodo que resulta da tentativa ética de manter as decisões coerentes e isonômicas tendo como necessário o uso da linguagem da moral é constituinte do direito.⁴³ Palavras e expressões como *dignidade da pessoa humana, interesse social relevante, mínimo existencial*, são todas avaliatórias e, assim, não permitem estabilidade semântica descritiva anteriormente à contextualização ao caso concreto.⁴⁴

Afinal, parece ter razão Dworkin ao postular que o Direito se situa no campo da moralidade e fora dela não se pode justificar ou fundamentar uma decisão jurídica. Nenhuma dedução de valor se extrai, portanto, como as teorias neohumeanas sustentam, do reconhecimento empírico de fatos.⁴⁵

A reflexão sobre a igualdade e seu papel no direito indica que a doutrina jurídica está sempre fadada a oferecer um rol de *topoi* a conter a discussão sobre o que significam os objetos e, ao mesmo tempo, entreabrir a necessária ampliação vertical da discussão sobre o impacto da construção da verdade jurídica como igualdade e desigualdade em um ambiente de democracia e de pluralidade de visões normativas em uma sociedade multifacetada, complexa, contraditória e globalizada, em um mundo de valores em permanente conflito.

Por tudo isso, conclui-se que a determinação de deveres jurídicos relativos a direitos de natureza prestacional não pode ser feita no espaço processual de um instrumento de cognição restrita, como é o caso do mandado de segurança, cujas características levam a uma radical limitação da discussão sobre sua definição e extensão.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: PEREIRA NETO, Cláudio; SARMENTO, Daniel (Org). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: PEREIRA NETO, Cláudio; SARMENTO, Daniel (Org). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BAUMAN, Sigmund. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Difel, 1989.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial. *REsp 1657156/RJ*. Primeira Seção. Rel. Ministro Benedito Gonçalves. Julgado em 25/04/2018, DJe 04/05/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 5501 MC*. Tribunal Pleno. Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO. Julgado em 19/05/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-168 DIVULG 31-07-2017 PUBLIC 01-08-2017.

42 LOPES, José Reinaldo de L. O direito ao reconhecimento para gays e lésbicas. In: GOLIN, Célio (Org.). *A justiça e os direitos de gays e lésbicas: jurisprudência comentada*. Porto Alegre: Sulina, 2003. p.15.

43 HARE, Richard M. *A linguagem da moral*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.; HARE, Richard M. *Moral thinking: its levels, method and point*. New York: Oxford University Press, 1981.

44 FREITAS FILHO, Roberto. *Decisões jurídicas e teoria linguística: o prescritivismo universal de Richard Hare*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/160456>>. Acesso em: 8 de jan. 2018.

45 DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Harvard: Harvard University Press, 2011. p. 5.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental. *STA 175 AgR*. Tribunal Pleno. Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente. Julgado em 17/03/2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 p. 70.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pedido de vista adia julgamento sobre acesso a medicamentos de alto custo por via judicial*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326275&tip=UN>>. Acesso em: 6 maio 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Primeira Câmara Cível. Mandado de Segurança. *MSG – Mandado de Segurança 2016.00.2.022657-4*.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: _____. (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 17. ed. Coimbra: Almedina.

CIARLINI, Álvaro L. de A. S. *Direito à saúde: paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2013.

COMISSÃO NACIONAL DE INCORPORAÇÃO DE TECNOLOGIAS NO SUS - CONITEC. Ministério da Saúde. *Relatório de recomendação: Alfalonacogue - Benefix® para hemofilia B em pacientes menores de 19 anos de idade*. Disponível em: <http://conitec.gov.br/images/Consultas/Relatorios/2016/Relatorio_Fator_IX_recomb_CP_39_2016.pdf>. Acesso em: 2 maio 2018.

COMISSÃO NACIONAL DE INCORPORAÇÃO DE TECNOLOGIAS NO SUS - CONITEC. Ministério da Saúde. *Fator VIII de origem recombinante para tratamento de pacientes com hemofilia A*. Disponível em: <<http://conitec.gov.br/images/Incorporados/FatorVIIIRecombinante-final.pdf>>. Acesso em: 5 jul. 2018.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Harvard: Harvard University Press, 2011.

ECO, Umberto. *Pape, satã, aleppe: crônicas de uma sociedade líquida*. Rio de Janeiro: Record, 2017.

FEDERAÇÃO MUNDIAL DE HEMOFILIA. *Manual para tratamento da hemofilia*. Disponível em: <<http://www1.wfh.org/publications/files/pdf-1472.pdf>>. Acesso em: 02 maio 2018.

FREITAS FILHO, Roberto. *Decisões jurídicas e teoria linguística: o prescritivismo universal de Richard Hare*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/160456>>. Acesso em: 8 de jan. 2018.

FREITAS FILHO, Roberto; SILVA, Frederico Augusto Barbosa da. *O judiciário cordial, a violência e a corrupção na América Latina*. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/REPATS/article/view/8210>>. Acesso em: 2 jul. 2018.

FREITAS FILHO, Roberto et al. *Políticas públicas e protagonismo judicial no STF: relatório de pesquisa do grupo de estudo e pesquisa em políticas públicas e hermenêutica*. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/view/1503>>. Acesso em: 24 jun. 2018.

GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

HARE, Richard M. *A linguagem da moral*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

HARE, Richard M. *Moral thinking: its levels, method and point*. New York: Oxford University Press, 1981.

KEEN, Andrew. *Vertigem digital: por que as redes sociais estão nos dividindo, diminuindo e desorientando*. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

LOPES, José Reinaldo de L. *Justiça e poder judiciário ou a virtude confronta a instituição*. In: *Direitos Sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006.

LOPES, José Reinaldo de L. O direito ao reconhecimento para gays e lésbicas. In: GOLIN, Célio (Org.). *A justiça e os direitos de gays e lésbicas: jurisprudência comentada*. Porto Alegre: Sulina, 2003.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE -OMS. *Relatório mundial da saúde 2010: financiamento dos sistemas de saúde*. Disponível em: <<http://www.who.int/eportuguese/publications/WHR2010.pdf>>. Acesso em: 4 maio 2018.

PIKETTY, Thomas. *O capital no século XXI*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

SABINO, Marco Antonio da Costa. *Saúde & Judiciário: a atuação judicial: limites, excessos e remédios*. Curitiba: Juruá, 2016.

SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: FERRAREZI, Elisabete; SARAVIA, Enrique. *Políticas públicas: coletânea*. Brasília: ENAP, 2006.

SARLET, Ingo W. Comentário ao art. 196. In: CANOTILHO, J. J. Gomes (Coord.) et al. *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

SEN, Amartya. *Desigualdade reexaminada*. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SILVA, Tomaz Tadeu da (Org.) *Identidade e diferença: a perspectiva dos estudos culturais*. Rio de Janeiro: Vozes, 2009.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ZAGREBELSKI, Gustavo. *A crucificação e a democracia*. São Paulo: Saraiva, 2011.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Desenhando modelos de sistemas de disputas para a administração pública: proposições acerca da política pública de fornecimento de medicamentos pelo viés do diálogo institucional

Designing models of disputes systems for public administration: propositions about the public policy of drug supply through the institutional dialogue bias

Mônica Teresa Costa Sousa

Maíra Lopes de Castro

VOLUME 8 • Nº 3 • DEZ • 2018
DOSSIÊ ESPECIAL : POLÍTICAS PÚBLICAS
E O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

Desenhando modelos de sistemas de disputas para a administração pública: proposições acerca da política pública de fornecimento de medicamentos pelo viés do diálogo institucional*

Designing models of disputes systems for public administration: propositions about the public policy of drug supply through the institutional dialogue bias

Mônica Teresa Costa Sousa**

Maíra Lopes de Castro***

RESUMO

O objetivo do presente estudo é propor a metodologia do Desenho de Sistema de Disputas como uma via possível de adoção pela Administração Pública, no que tange ao enfrentamento das conflitivas decorrentes da ineficiência da política pública nacional de medicamentos. Aborda-se, inicialmente, a judicialização de políticas públicas na área da saúde e seus impactos sob o erário. Em um segundo momento, apresentam-se as bases metodológicas do Desenho de Sistema de Disputas, enfatizando a necessidade de adoção de diálogos institucionais entre todas as esferas de poder. Na sequência, a fim de consolidar o objetivo do artigo, discorre-se acerca dos modelos existentes e possíveis no âmbito da Administração Pública, explorando o Termo de Cooperação Técnica para Assistência Farmacêutica firmado pela Defensoria Pública do Estado do Maranhão, bem como a experiência do Projeto Acessa SUS, no Estado de São Paulo. O trabalho justifica-se assim pela necessária revisão do intervencionismo do Poder Judiciário frente a políticas públicas institucionalizadas com hierarquias e competências pré-estabelecidas. Visa-se, sobretudo, propor modelos que atendam à perspectiva de jurisdição enquanto acesso à ordem jurídica justa. Para realização do objetivo proposto, optou-se pela técnica de pesquisa exploratória, bibliográfica e documental, fazendo uso do método de abordagem indutivo.

Palavras-chave: Sistema de disputas. Saúde. Administração Pública.

ABSTRACT

The main goal of this study is to propose the methodology of the Dispute System Design as a possible route of adoption by the Public Administration, regarding the confrontation of the conflicts due to the inefficiency of the national public policy of medicines. Initially, discuss the judicializa-

* Recebido em 30/08/2018
Aprovado em 07/01/2019

** Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (USFC). Professora Associada na Universidade Federal do Maranhão (UFMA), nos cursos de graduação em Direito e Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça (PPGDir) e Cultura e Sociedade (PGCult). Professora Visitante na Universidade de Valencia (CAPES PVEX 88881.170435/2018-01).

*** Mestranda do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal do Maranhão - UFMA. Especialista em Direito de Família e Sucessões. Professora Universitária (UNDB). Advogada, Mediadora e Conciliadora judicial formada pelo Conselho Nacional de Justiça. Presidente da Comissão de Mediação do Instituto Brasileiro de Família (IBDFAM) seção Maranhão.

tion of public policies in the area of health and its impacts under the treasury. In a second moment, the methodological bases of the Dispute System Design are presented, emphasizing the necessity of adopting institutional dialogues between all spheres of power. Following, in order to consolidate the objective of the article, we discuss the existing and possible models within the Public Administration, exploring the Term of Technical Cooperation for Pharmaceutical Assistance signed by the Public Defender of the State of Maranhão, as well as the experience of the Project Accesses SUS, in the State of São Paulo. The work is justified by the necessary revision of the intervention of the Judiciary Power in front of public policies institutionalized with hierarchies and pre-established competences. It is intended above all to propose models that meet the perspective of jurisdiction as access to the just legal order. For the accomplishment of the proposed objective, we opted for the exploratory, bibliographical and documentary research technique, making use of the inductive approach method.

Keywords: System of disputes. Health. Public Administration.

1. INTRODUÇÃO

A judicialização de políticas públicas é uma questão que tem ganhado força na última década, aliada ao papel reservado ao Poder Judiciário pela Constituição Federal de 1988, que o transformou em principal porta de acesso à justiça dentro do ordenamento jurídico pátrio.

Diante da complexidade das demandas sociais e da explosão de litigiosidade vivenciada pelo Poder Judiciário, este começou a sentir os reflexos de tamanha responsabilidade, apresentando sintomas de sobrecarga que podem ser visualizados na demora para prestação judicial final, nos custos processuais e na exaustão das partes envolvidas no conflito.

Essa situação resta ainda mais agravada quando o direito subjetivo em questão é o direito a saúde.

Diante da ineficiência das políticas públicas de fornecimento de medicamentos, o Poder Judiciário é acionado, e é neste cenário que, inobservadas as peculiaridades da Política Nacional de Medicamentos, diversas decisões judiciais são prolatadas sem que possam, no plano fático, garantir o acesso à ordem jurídica de forma justa, efetiva e adequada.

É esse o ponto de partida do presente trabalho, que desenvolve, no primeiro tópico, as bases da judicialização de políticas públicas, dando especial atenção à política pública de assistência farmacêutica, bem como aos impactos dessa intervenção no erário, e, conseqüentemente, na continuidade de tal política.

Em um segundo momento, identificados os prejuízos que podem decorrer de decisões judiciais que não se ocupam da dinâmica funcional dessas políticas públicas de fornecimento de medicamentos, passa-se a propor um novo modelo de abordagem para essas conflitivas: o método de sistema de desenho de disputas.

E, por fim, com a finalidade de validar a metodologia proposta, passa-se a análise de modelos cooperativos pautados no diálogo entre as instituições do sistema de justiça diretamente vinculadas à execução da política pública de assistência farmacêutica, já existentes no cenário nacional: o Termo de Cooperação Técnica para Assistência Farmacêutica firmado pela Defensoria Pública do Estado do Maranhão, bem como a experiência do Projeto ACESSA SUS, no Estado de São Paulo.

O presente trabalho é justificável diante da importância de reavaliar o intervencionismo do Poder Judiciário frente a políticas públicas institucionalizadas com hierarquias e competências pré-estabelecidas, sob risco de comprometer-se não apenas a celeridade da prestação jurisdicional, mas sobretudo a sobrevivência da política pública como um todo.

Conclui-se, assim, pela necessária revisão do modelo hoje praticado pela Administração Pública, no que tange à solução dos conflitos advindos da falha na execução da Política Nacional de Medicamentos, propondo-se bases mais democráticas, firmadas na possibilidade de diálogos institucionais.

2. A JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NA ÁREA DA SAÚDE E A POLÍTICA PÚBLICA DE ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA

A participação dos magistrados na arena pública tem sido um fenômeno que se avultou nas últimas décadas. Em verdade, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Judiciário alçou posição de agente político dentro do cenário democrático brasileiro.¹

Nesse contexto, entendido o Judiciário como ator político, muitas políticas públicas têm encontrado ressonância no seu interior, quer na forma de contestação, que na de exigência de realização.²

Evidenciando o papel do Judiciário como principal porta de acesso à justiça buscada pelo jurisdicionado para garantia de direitos, o Conselho Nacional de Justiça publicou, em seu relatório Justiça em Números 2017, que, ao final do ano de 2016, havia 79,7 milhões de processos em tramitação aguardando alguma solução definitiva no Poder Judiciário.

Essa explosão de litigiosidade perpassa, necessariamente, o caráter normativo programático da Constituição Federal, que atribuiu aos direitos fundamentais, incluindo os direitos sociais, aplicabilidade imediata, nos termos do art. 5º, § 1º da Carta Magna.³

O direito à saúde foi consagrado, expressamente, como direito fundamental da pessoa humana pela Constituição Federal de 1988, revestindo-se, assim, da dupla fundamentalidade formal e material atribuída aos demais direitos fundamentais. Quanto à fundamentalidade material, é inquestionável o *locus* de relevância ocupado pelo direito à saúde, enquanto bem jurídico tutelado.⁴

No que toca à fundamentalidade formal, significa dizer que o direito fundamental a saúde é norma de superior hierarquia; encontra-se submetido a limites formais e materiais da reforma constitucional; e é diretamente aplicável, vinculando diretamente entidades estatais e os particulares.⁵

Além de um direito fundamental, a saúde é também um dever do Estado (e dos particulares em geral), que deve ser garantida “mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (art. 196, CF).

Nessa perspectiva de dever, importa pontuar que, tradicionalmente, a doutrina divide os direitos fundamentais em positivos e negativos, exigindo os primeiros uma maior intervenção Estatal para sua garantia, ao passo que os segundos, no afã de assegurar liberdades, exigiriam do Estado um não fazer.⁶

1 SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da Ciência Política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p.1-33.

2 SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da Ciência Política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p.1-33.

3 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 52.

4 SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, n. 11, p. 3, set./out./nov. 2007. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: 11 jul. 2018.

5 SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, n. 11, p. 3, set./out./nov. 2007. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: 11 jul. 2018.

6 SUNSTEIN, Cass R.; HOLMES, Stephen. *El costo de los derechos*: por qué la libertad depende de los impuestos. Buenos Aires:

No entanto, por mais louvável que seja essa estrutura doutrinária, não se pode deixar de observar que, onde há direito, há remédio para assegurar sua efetividade, o que, por decorrência lógica, torna todos os direitos positivos, impondo ao Estado o dever de atuar frente a abusos.⁷

Não é diferente com o direito à saúde, que exige do Estado prestações positivas para sua garantia e efetividade, e, ao mesmo tempo, reclama o direito de defesa, no sentido de impedir ingerências indevidas do próprio Estado e de terceiros na saúde do titular do direito.⁸

Quanto à possibilidade de exigir do Estado prestações positivas, indaga-se qual o papel do Poder Judiciário na efetivação do direito à saúde. Isto porque, à medida que o Poder Executivo e Legislativo não conseguem responder à complexidade das demandas sociais por meio de políticas públicas efetivas, seu papel ganha relevância enquanto garantidor de direitos fundamentais.

Colaborando com as indagações a serem feitas, importa pontuar que todo direito tem um custo, isto porque todo direito gera um dever de proteção ao Estado (seja por meio do Executivo, Legislativo ou Judiciário), que os garantirá por meio de atuação que depende dos recursos do erário.⁹

Essa constatação deságua, necessariamente, na problemática do controle de políticas públicas por parte do Poder Judiciário, uma vez que, nada que custa dinheiro pode ser absoluto, inclusive direitos. Nenhum direito cuja defesa pressuponha um gasto seletivo do dinheiro dos contribuintes pode ser protegido unilateralmente pelo Poder Judiciário, sem levar em consideração as consequências orçamentárias cuja responsabilidade recairá sobre outros ramos do governo.¹⁰

Esse cenário tem proporções ainda mais densas quando se trata da intervenção do Poder Judiciário no âmbito de políticas públicas voltadas à saúde, merecendo transcrição as palavras de Luís Roberto Barroso:

O sistema, no entanto, começa a apresentar sintomas graves de que pode morrer da cura, vítima do excesso de ambição, da falta de critérios e de voluntarismos diversos. Por um lado, proliferam decisões extravagantes ou emocionais, que condenam a Administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis — seja porque inacessíveis, seja porque destituídos de essencialidade —, bem como de medicamentos experimentais ou de eficácia duvidosa, associados a terapias alternativas. Por outro lado, não há um critério firme para a aferição de qual entidade estatal — União, Estados e Municípios — deve ser responsabilizada pela entrega de cada tipo de medicamento. Diante disso, os processos terminam por acarretar superposição de esforços e de defesas, envolvendo diferentes entidades federativas e mobilizando grande quantidade de agentes públicos, aí incluídos procuradores e servidores administrativos. Desnecessário enfatizar que tudo isso representa gastos, imprevisibilidade e disfuncionalidade da prestação jurisdicional (grifo nosso).¹¹

Estar-se-á diante da questão da judicialização de políticas públicas voltadas à fornecimento de medicamentos. Nesse cenário é possível identificar uma falha na execução da política pública, que, por força do artigo 23, II e 198, §1º da Constituição Federal, é de competência solidária e comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

No que pese a Constituição Federal estabeleça a solidariedade entre os entes da federação quanto ao

SigloVeintiuno Editores, 2012. p.60.

7 SUNSTEIN, Cass R.; HOLMES, Stephen. *El costo de los derechos*: por qué libertad depende de los impuestos. Buenos Aires: SigloVeintiuno Editores, 2012. p.65.

8 SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, n. 11, p. 8, set./out./nov. 2007. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: 11 jul. 2018.

9 SUNSTEIN, Cass R.; HOLMES, Stephen. *El costo de los derechos*: por qué libertad depende de los impuestos. Buenos Aires: SigloVeintiuno Editores, 2012. p.65.

10 SUNSTEIN, Cass R.; HOLMES, Stephen. *El costo de los derechos*: por qué libertad depende de los impuestos. Buenos Aires: SigloVeintiuno Editores, 2012. p.119.

11 BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva*: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. p. 3. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 12 jul. de 2018.

dever de garantia à saúde, na prática cada ente assume uma parcela de compromissos dentro da organização do Sistema Único de Saúde (Lei 8.080/1990). Nesse sentido, a cooperação exigida em matéria de saúde consubstancia-se por meio da divisão de tarefas e competências entre os entes federativos.¹²

Essa cooperação é tão significativa para manutenção do Sistema Único de Saúde enquanto política pública, que o Conselho Nacional de Justiça, por meio de enunciados 8 e 60, do Fórum Nacional de Saúde, elucidou a necessidade de, nas condenações judiciais sobre ações e serviços de saúde, serem observadas, quando possível, as regras administrativas de repartição de competência entre os gestores e a possibilidade do Juízo, ao deferir liminar ou definitiva, direcionar, inicialmente, o seu cumprimento a um determinado ente, conforme as regras administrativas de repartição de competências.¹³

Tais orientações levam em consideração, principalmente, o fato de que a intervenção judicial sobre a política pública deve ser a menos onerosa possível no que tange à continuidade daquela política. É de primeira necessidade que o Judiciário, ao imiscuir-se na política pública de saúde, tenha conhecimento acerca de sua dinâmica de funcionamento interno, e da competência assumida de forma especial por cada ente federativo, sem prejuízo, por óbvio, da solidariedade prevista constitucionalmente.

O Sistema Único de Saúde é organizado de maneira regionalizada e hierarquizada (art. 7º da Lei 8.080/1990), e isso se repete no que tange à assistência farmacêutica. A assistência farmacêutica desenvolve-se no âmbito de uma Política Nacional de Medicamentos, definida nos termos da Portaria 3.916/MS/GM de 30 de outubro de 1998¹⁴:

Grupo de atividades relacionadas com o medicamento, destinadas a apoiar as ações de saúde demandas por uma comunidade. Envolve o abastecimento de medicamentos em todas e em cada uma de suas etapas constitutivas, a conservação e controle de qualidade, a segurança e a eficácia Terapêutica dos medicamentos, o acompanhamento e a avaliação da utilização, a obtenção e difusão de informação sobre medicamentos e a educação permanente dos profissionais de saúde, do paciente e da comunidade para assegurar o uso racional de medicamentos.

O fornecimento de medicamentos ocorre por meio dos chamados Componentes de Assistência Farmacêutica (CAF), que se subdividem em Componente Básico, Componente Estratégico e Componente Especializados. Todos os medicamentos e insumos disponibilizados são listados periodicamente e inseridos na listagem oficial chamada de Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), e em nível de Estado e Município também são desenvolvidas listagens próprias.¹⁵

Diante da ineficiência relativa à prestação desses serviços, e do reclame ao Poder Judiciário por intervenções no sentido de garantia ao direito à saúde, é necessário que este não vá em desfavor da organização do serviço de saúde, sob risco de comprometer não apenas a celeridade na prestação jurisdicional, mas sobretudo a sobrevivência da política pública como um todo.¹⁶

Há, portanto, duas premissas inteiramente legítimas: a) o direito à saúde é um direito fundamental previsto constitucionalmente, que possui aplicabilidade imediata, e que, por sua dimensão subjetiva, pode ser exigido de forma individual (inclusive por meio de uma ação judicial) por seu titular; b) as sentenças e liminares exaradas pelo Poder Judiciário, no afã de garantir o direito à saúde, desconsideram que todo direito tem um custo de implementação, e que, na maioria das vezes, não pode ser suportado pelos cofres públicos de forma instantânea sem ocasionar o comprometimento da política pública em termos coletivos.

12 RIOS-SANTOS, Fabrício. *Direito médico: medicina de evidências e o direito à saúde – a justiça e os avanços para efetivação da prestação jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2017. p.72.

13 RIOS-SANTOS, Fabrício. *Direito médico: medicina de evidências e o direito à saúde – a justiça e os avanços para efetivação da prestação jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2017. p.74.

14 RIOS-SANTOS, Fabrício. *Direito médico: medicina de evidências e o direito à saúde – a justiça e os avanços para efetivação da prestação jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2017. p.78.

15 RIOS-SANTOS, Fabrício. *Direito médico: medicina de evidências e o direito à saúde – a justiça e os avanços para efetivação da prestação jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2017. p.79.

16 RIOS-SANTOS, Fabrício. *Direito médico: medicina de evidências e o direito à saúde – a justiça e os avanços para efetivação da prestação jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2017. p.83.

Nesse sentido, o Judiciário vive um conflito entre responder a provocação do jurisdicionado e garantir direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, e, de outro lado, promover intervenções na seara de políticas públicas, a ponto de comprometê-las de maneira tal que outros tantos sujeitos de direito restarão desassistidos.

Necessário, portanto, pensarmos em um novo modelo de enfrentamento da conflitiva.

3. UMA NOVA VIA DE ACESSO À JUSTIÇA: O *DISPUTE SYSTEM DESIGN* – DSD

A adjudicação de conflitos, especialmente em relação à política pública, não deve ser a única via para garantia de direitos. Isto porque, conforme visto no item precedente, da intervenção judicial decorrem consequências de cunho social e econômico que podem impactar, negativamente, a Administração Pública, e às vezes comprometer a execução da política pública como um todo.

É evidente que a Administração Pública não pode se eximir da responsabilidade pela execução satisfatória de determinada política pública sob a alegação de inexistência de recursos para seu provimento (o argumento da reserva do possível). É nesse sentido que a ausência de recursos para provimento espontâneo e imediato de direitos fundamentais deve pautar a conduta dos poderes Executivo e Legislativo para atuação responsável nas finanças públicas, a fim de que seja programado o custeio de gastos a serem gerados no tempo.¹⁷

Diante de uma garantia insuficiente de direitos decorrente da ineficácia de uma política pública em concreto, pode o Estado propor aos jurisdicionados um modelo único e específico para resolução daquela demanda, desenhado conforme as peculiaridades do conflito.

A essa forma de gerenciamento do conflito dá-se o nome de *Dispute System Design* – DSD, que, em tradução livre, corresponde a Desenho de Sistema de Disputas.

O DSD consiste no método que permite a customização de sistemas para que estes abordem o conflito, de forma mais adequada, em toda sua complexidade.¹⁸

Observa-se nesse sentido que o Desenho de Sistema de Disputas é um método, e não um mecanismo de solução de conflitos, não se confundindo, portanto, com a sua finalidade, que é, efetivamente, a criação do sistema capaz de solucionar adequadamente um conflito.¹⁹

A metodologia DSD pressupõe a existência de um “designer” que, em cooperação com os interessados do conflito, desenvolverá um produto sob medida, analisando as peculiaridades dos personagens, da relação e do objeto conflituoso.²⁰

Os sistemas devem ser desenhados em colaboração com os interessados, assim o designer oferece seus recursos técnicos, e as partes interessas colaborarão com informações sobre o conflito, seus interesses, contexto situacional, personagens do conflito, dentre outras perspectivas.²¹

17 JUNIOR, Osvaldo Canela. Orçamento e a “reserva do possível”: dimensionamento no controle judicial de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p.213-225.

18 OSTIA, Paulo Henrique Raiol. *Desenho de sistema de solução de conflito: sistemas indenizatórios em interesses individuais homogêneos*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014. p.92.

19 OSTIA, Paulo Henrique Raiol. *Desenho de sistema de solução de conflito: sistemas indenizatórios em interesses individuais homogêneos*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014. p.92.

20 OSTIA, Paulo Henrique Raiol. *Desenho de sistema de solução de conflito: sistemas indenizatórios em interesses individuais homogêneos*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014. p.94.

21 OSTIA, Paulo Henrique Raiol. *Desenho de sistema de solução de conflito: sistemas indenizatórios em interesses individuais homogêneos*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014.

O processo de desenho de um sistema de disputa envolve a análise do conflito e das partes interessas e afetadas; a definição dos objetivos e prioridades do sistema; a criação de consenso e desenvolvimento do sistema; a implementação do sistema, disseminação e treinamento; a avaliação constante do sistema, adaptando-o de forma a permitir o aprendizado com a experiência.²²

No primeiro momento, o designer vai se ocupar de identificar a demanda, fazendo um levantamento acerca das partes envolvidas, dos fatos ocorridos, dos interesses envolvidos, bem como das formas que aquele tipo de demanda costumeiramente é resolvido, quais os modelos de sistema existentes para seu tratamento.²³

Nesse momento é possível que diversos mecanismos de resolução de conflitos apresentem-se como viáveis, desde a via judicial, como a arbitragem, a mediação, a conciliação, sendo função do designer, em cooperação com as partes, utilizar de cada mecanismo, aquelas ferramentas que melhor se adequem ao caso concreto, não sendo necessário optar por uma, em detrimento da outra.

A grande vantagem do uso dessa metodologia é permitir a hibridizade entre os mecanismos de resolução de conflitos, possibilitando, assim, que, a depender do caso concreto, utilize-se de uma racionalidade mais polarizada, ou mais cooperativa.

É nessa primeira fase que se mapeiam os procedimentos disponíveis para resolução da demanda, e contrasta-se com os procedimentos que estão em uso, com a finalidade de determinar inovações e alterações de estratégias. Feito o diagnóstico desse panorama geral da demanda, parte-se para a definição dos objetivos e prioridades do sistema, com o fito de melhor desenvolvê-lo.²⁴

Importa frisar que o sistema somente se desenvolve com o consenso das partes, devendo o modelo ser aprovado por todos os integrantes.²⁵ O designer, em colaboração com as partes, observa as peculiaridades do conflito, para criação de um modelo que possa atender aos interesses e prioridades elencadas.²⁶

Durante a implementação do sistema, disseminação e treinamento, o sistema criado fica sob avaliação constante, adaptando-se de acordo com as necessidades que eventualmente surjam no seu amadurecimento, tendo sempre por finalidade atribuir-lhe funcionalidade.²⁷

O objetivo não é esgotar as possibilidades advindas dessa metodologia de desenho do sistema de disputas, mas alargar os horizontes dos gestores públicos, demonstrando que é possível combinar diversos mecanismos de resolução de conflitos na busca pela resolução das conflitivas sociais, sobretudo nos casos de maior complexidade como aqueles advindos da ineficiência das políticas públicas de saúde.

Nesse sentido, recorre-se a uma nova perspectiva de jurisdição, não mais restrita, apenas, à tutela estatal ou mesmo arbitral, mas voltada à utilização de meios consensuais de solução de conflitos, tais como a mediação e a conciliação, visando, acima de tudo, à garantia do acesso à justiça, enquanto acesso à ordem jurídica justa.²⁸

22 FALECK, Diego. Introdução ao design de sistema de disputas: câmara de indenização 3054. *Revista brasileira de arbitragem*, São Paulo, ano v, n. 23, p. 10, 2009.

23 FALECK, Diego. Introdução ao design de sistema de disputas: câmara de indenização 3054. *Revista brasileira de arbitragem*, São Paulo, ano v, n. 23, p.10, 2009.

24 OSTIA, Paulo Henrique Raiol. *Desenho de sistema de solução de conflito: sistemas indenizatórios em interesses individuais homogêneos*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014.

25 OSTIA, Paulo Henrique Raiol. *Desenho de sistema de solução de conflito: sistemas indenizatórios em interesses individuais homogêneos*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014.

26 OSTIA, Paulo Henrique Raiol. *Desenho de sistema de solução de conflito: sistemas indenizatórios em interesses individuais homogêneos*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014.

27 OSTIA, Paulo Henrique Raiol. *Desenho de sistema de solução de conflito: sistemas indenizatórios em interesses individuais homogêneos*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014.

28 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018. p.7.

Não é qualquer tutela que serve para fins de acesso à justiça enquanto acesso à ordem jurídica justa, mas sim aquela que é justa, efetiva e adequada. Nesse sentido deve reconhecer direito a quem o assiste, ou respeitar a vontade livre e informada das partes (ser justa), possibilitar a fluidez do direito ou interesse objeto da tutela (ser efetiva) e, por fim, ser alcançada por uma via processual idônea a solucionar o conflito (ser adequada).²⁹

A necessidade de diálogos institucionais voltados à construção de modelos próprios para abordagem dos conflitos advindos da ineficiência das políticas públicas é de primeira ordem. Nesse sentido, Poder Executivo, Legislativo e Judiciário devem buscar meios de equacionar mínimo existencial e reserva do possível, principalmente nos casos de fornecimento de medicamentos aos administrados que assim necessitam.

O que pode parecer uma tarefa árdua, e inacessível já tem sido esboçado em alguns Estados da Federação, conforme modelos que a seguir se expõe.

4. MODELOS POSSÍVEIS

4.1. A experiência da Defensoria Pública do Estado do Maranhão³⁰

Em decorrência desse cenário de judicialização de políticas públicas de saúde, e, de maneira mais especial, da crescente demanda por ações judiciais pleiteando fornecimento de medicamentos, a Defensoria Pública do Estado do Maranhão e a Secretaria Municipal de Saúde (SEMUS) firmaram acordo de cooperação técnica.

O mencionado acordo tem por objeto a conjugação de esforços para a redução de ações judiciais em busca de alternativas disponíveis na rede pública de saúde (SUS). Para consecução do objetivo, a Secretaria Municipal de Saúde de São Luís/MA fornecerá profissional capacitado para análise de receituários em demandas que buscam medicamentos e insumos médico-hospitalares, no âmbito da Defensoria Pública.

Competirá à Secretaria Municipal de Saúde a disponibilização de farmacêutico integrante do seu quadro de empregados, por um período de 4h/dia, durante os dias úteis, para execução das atividades de análise documental e atendimento aos assistidos da Defensoria Pública do Estado do Maranhão.

De forma pormenorizada, as funções do profissional disponibilizado perpassam a avaliação de receitas e orientação aos pacientes que buscam a assistência da Defensoria, fazendo, se necessário, contato com o médico que acompanha o assistido; identificar corretamente o paciente na receita; verificar o CID que justifica o tratamento; verificar a disponibilidade de medicamento ou insumo pretendido na rede SUS; verificar a possibilidade de promoção de intercambialidade de medicamento na rede SUS; verificar a qualificação do objeto pretendido na receita, dentre outras possibilidades.

Em 05/02/2018, ocorreu o primeiro atendimento referente ao acordo celebrado. No caso em questão, a assistida narrou que, há dois anos, havia iniciado a busca por medicações, fraldas e uma cadeira de rodas adaptada para seu filho, que possui paralisia cerebral, mas não vinha obtendo êxito nos seus pleitos.³¹

Submetida ao atendimento com a farmacêutica, a assistida teve a oportunidade de evitar a via judicial e ter acesso mais rápido, principalmente, aos medicamentos. Em apenas um atendimento, ela garantiu acesso gratuito a dois dos cinco remédios que buscava.³²

29 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018. p.34.

30 Tópico desenvolvido com fundamento no Termo de cooperação técnica firmado entre Defensoria Pública do Estado do Maranhão e a Secretaria Municipal de Saúde (Semus), em 04 de dezembro de 2017 (conforme documento anexo).

31 Informações colhidas na matéria veiculada no site institucional da Defensoria Pública do Estado do Maranhão: https://defensoria.ma.def.br/dpema/index.php/SiteInstitucional/ver_noticia/5507. Acesso em: 12 de julho de 2018.

32 Informações colhidas na matéria veiculada no site institucional da Defensoria Pública do Estado do Maranhão: <https://defen->

A iniciativa, promove diálogo institucional entre Poder Judiciário e Poder Executivo, ainda que este não ocorra entre todos os órgãos do sistema de justiça, ou em todas as esferas do poder.

Por meio dessa nova metodologia de abordagem da conflitiva referente ao fornecimento de medicamentos, é possível observar o respeito à regionalização e hierarquia estabelecidos no âmbito de uma Política Nacional de Medicamentos.

Por mais incipiente que seja a iniciativa, ela, certamente, possibilitará a organização orçamentária em âmbito municipal, via Secretaria Municipal de Saúde (SEMUS), possibilitando uma sobrevida a política pública de assistência farmacêutica no município de São Luís/MA.

É possível, ainda, que esse modelo se desenvolva de modo ainda mais complexo, possibilitando a participação de mais instituições envolvidas na garantia do direito à saúde, é o caso do projeto ACESSA SUS, no Estado de São Paulo, o qual passa a ser analisado.

4.2. O projeto ACESSA SUS no Estado de São Paulo³³

A judicialização em saúde no Estado de São Paulo, acompanhando a tendência nacional, cresceu. A ineficiência do diálogo entre os três poderes, e de forma ainda mais sensível, entre Poder Executivo e Poder Judiciário, desagua no atendimento de demandas de saúde de forma individualizada pela via judicial em detrimento de políticas públicas já instituídas.

De acordo com pesquisa denominada “Judicialização da Política Pública de Saúde nos Municípios Brasileiros”, realizada pela Fiocruz Brasília, em parceria com o Hospital do Coração (HCor) e Ministério da Saúde, detectou-se que a média de processos no Estado de São Paulo é de 3,3 para cada dez mil habitantes, e que, nas regiões consideradas polos de produção de conhecimento em saúde (Ribeirão Preto, Barretos e Marília), a média é de 11 processos para cada dez mil habitantes.

De acordo com informações fornecidas pela Secretaria do Centro de Apoio Operacional de Direitos Humanos e de Direitos Sociais do Ministério Público do Estado de São Paulo, a judicialização em saúde, no Estado de São Paulo, no ano de 2016, alcançou o número de 52.683 ações judiciais em atendimento, das quais 3.818 eram sobre medicamentos, 447 sobre nutrição e 1.462 sobre materiais.

Traçado um perfil das demandas acerca de fornecimento de medicamentos, identificou-se que, em 24% delas, os medicamentos judicializados são padronizados ao SUS, em outros 24% ,os medicamentos judicializados têm alternativas terapêuticas SUS, 32% correspondiam a uma marca comercial específica.

Foi possível identificar uma precária justificativa clínica e probatória nos pedidos, e, em grande número, não houve sequer solicitação administrativa prévia.

Todo esse quadro custou aos cofres públicos do Estado de São Paulo o montante de R\$ 1,1 bilhão de reais, destinados, exclusivamente, para atendimento da judicialização da saúde em 2016.

Nesse contexto de necessidades institucionais, nasce o Projeto ACESSA SUS, formalizado no termo de cooperação técnica firmado em 2016, entre Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o Ministério Público do Estado de São Paulo e a Defensoria Pública de São Paulo, tendo por objetivo estabelecer um protocolo de fluxos de serviços de triagem e orientação farmacêutica, nutricionais referentes ao SUS, entre as instituições do Sistema de Justiça e o Poder Executivo na figura da Secretaria de Estado de Saúde.

soria.ma.def.br/dpema/index.php/SiteInstitucional/ver_noticia/5507. Acesso em: 12 de julho de 2018.

³³ Tópico construído com base no Termo de Cooperação Técnica celebrado em 13 de dezembro de 2016, entre Secretaria de Estado da Saúde, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e a Defensoria Pública do Estado de São Paulo e Ministério Público do Estado de São Paulo, referente ao “Projeto ACESSA SUS”.

O Projeto foi fruto do amadurecimento das provocações feitas pelo Conselho Nacional de Justiça, ao editar a Recomendação nº 31/2010, orientando “aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde”. Desse passo em diante, diversos enunciados, elaborados em Jornadas nacionais/internacionais de Saúde, debateram a questão da judicialização de demandas em saúde, priorizando a necessidade de maior diálogo institucional em relação à resolução dessas questões.

Por meio do Projeto Acesso SUS, buscou-se, então, responder as demandas de distribuição de medicamentos, pela via extrajudicial. E, em caso de judicialização da demanda, o Termo de Cooperação estabelece o desenvolvimento de um protocolo de análise próprio para cada caso.

O objetivo final do programa é, portanto, reintegrar o paciente aos Serviços e Programas Oficiais de Assistência Farmacêutica do SUS, dando especial atenção às peculiaridades e necessidades de cada caso concreto. Sendo inviável sua reinserção imediata, cabe ao programa também fornecer informações técnicas acerca das competências do SUS e a responsabilidade de seus entes, para subsidiar a atuação de magistrados, defensores públicos e promotores.

Nesse sentido, cabe a todas as instituições partícipes cooperar entre si, mantendo um canal de intercâmbio de informações técnicas e apoio técnico-institucional, com fins a harmonizar o entendimento das questões relativas ao papel de cada um na consecução das metas e objetivos, bem como realizar o acompanhamento dos indicadores e informações produzidas.

De forma a individualizar a participação de cada entidade, o Termo de Cooperação preconiza que cabe à Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo: a) estabelecer serviços de triagem e orientação farmacêutica, nutricional e correlatos à população em geral (que poderá ser utilizado pelos partícipes); b) manter Comissão Técnica de análise dos pedidos de triagem, que deverá responder as requisições administrativas dos partícipes, bem como dos pedidos por ação judicial; c) disponibilizar aos demais participantes as estatísticas do atendimento realizado mensalmente; d) possibilitar o acesso dos demais entes ao sistema de informática referente ao acompanhamento dos processos administrativos (resguardado os critérios legais e o sigilo médico); e) responder, eletronicamente, ao órgão solicitante, no prazo de 24h, qual a categorização da demanda, se urgente ou não.

De outro lado, cabe ao Tribunal de Justiça, ao Ministério Público e à Defensoria Pública: a) divulgar enunciados e recomendações interinstitucionais relativos à judicialização em saúde entre seus integrantes; b) estimular a participação dos integrantes quanto ao disposto no Termo; c) monitorar as ações no âmbito de cada instituição partícipe; d) realizar ações conjuntas de capacitação e aperfeiçoamento de seus integrantes.

Para viabilizar o monitoramento das ações, cada entidade participante dispõe de dois membros para compor a Comissão de Acompanhamento do Termo de Cooperação, que deverá avaliar a execução, implementação e funcionamento de todos os fluxos.

Ao Tribunal de Justiça cumpre, ainda, atuar, permanentemente, no Comitê Estadual de Saúde, pautando sua atuação na efetivação de medidas concretas voltadas à prevenção de conflitos judiciais e na elaboração de estratégias nas questões de saúde pública.

No que tange ao ônus financeiro, o termo é elaborado em caráter de estrita colaboração em área de interesses comuns, não gerando, portanto, qualquer espécie de ônus financeiro para as entidades pactuantes.

Para atendimento dessa proposta, foram desenhados dois fluxos de atendimentos próprios ao programa, um voltado às demandas espontâneas e outro voltado às demandas judiciais (estas subdividindo-se em ações judiciais ainda pendentes de decisão liminar e ações judiciais na fase de provas – pericial).

Por demandas espontâneas, entendem-se todas aquelas advindas do Ministério Público, Defensoria Públicas, Varas Especiais da Fazenda Pública, e, ainda, aquelas que acessaram os pontos de atendimento da SES, em que os pacientes, munidos de prescrições médicas, públicas ou privadas, na busca de orientações sobre a dispensação dos produtos prescritos, não tenham judicializado seus pleitos.

Nesse sentido, esses pacientes submetem-se ao seguinte fluxo: a) recepção e cadastro do paciente; b) triagem e orientação; c) avaliação preliminar; d) recepção dos formulários de “solicitação administrativa” e do “termo de responsabilidade pessoal”; e) análise da solicitação administrativa.

Na fase de recepção e cadastro, é realizado o registro em sistema informatizado dos dados de identificação pessoal do paciente, e os técnicos em saúde realizam o registro dos dados clínicos (doença, prescritos, origem da prescrição, produto solicitado, posologia, prazo etc.).

Em seguida, na triagem e orientação, os farmacêuticos e técnicos em saúde verificam a regularidade da receita médica e analisam a necessidade de requisição de documentação complementar para análise do caso, orientando paciente acerca de sua obtenção ou correção.

Na avaliação preliminar, será categorizada a urgência do caso e a imprescindibilidade do produto. Sendo um produto constante na lista padronizada do SUS, o paciente será orientado sobre a forma e local de obtenção. Caso o produto não conste na lista do SUS, cabe ao profissional de saúde indicar a existência de alternativas terapêuticas do SUS, quando existirem, orientando o retorno ao médico prescritor para alteração da receita médica e posterior obtenção do produto pela rede pública de saúde.

Se persistir a indicação de produto não padronizado, deverá o médico prescritor preencher formulário de Solicitação Administrativa, e o paciente o Termo de Responsabilidade Pessoal, que deverão ser recebidos no mesmo local onde ocorreu o atendimento inicial.

Se o formulário e termo estiverem regularmente preenchidos, seguirão para análise técnica do Comitê local, ou juntamente ao Comitê Técnico da Capital, a depender da complexidade da solicitação.

Por fim, na fase de análise da solicitação administrativa, caso seja necessária a avaliação presencial do paciente poderá ser solicitada, sendo registrados no sistema todas as diligências realizadas, bem como o resultado da análise médica e suas justificativas.

Se deferido o pleito, proceder-se-á a aquisição do produto e seu posterior fornecimento ao paciente. E, em caso de indeferimento, este será tecnicamente justificado.

No caso das demandas já judicializadas, em ato contínuo ao ajuizamento da ação, antes da concessão da liminar, poderá o magistrado encaminhar a demanda para o Projeto Acesso SUS, ou ainda, pode o magistrado solicitar do Projeto a manifestação técnica acerca do caso por meio de um parecer técnico.

Por esse fluxo, o Programa também efetuará o cadastro da demanda e do paciente, informando dados pessoais, processuais e clínicos.

O laudo da avaliação clínica conterà, obrigatoriamente, informação se o autor foi previamente atendido pelo SUS e/ou demais programas vinculados; regularidade da prescrição e documentação médica apresentada; indicação dos produtos dispensados no âmbito do SUS (e em caso de fornecimento será certificado o magistrado sobre o atendimento para fins de extinção da ação judicial); indicação de produtos de saúde que contam com alternativas terapêuticas no SUS (em persistindo a indicação, observa-se o mesmo rito dos formulários de “Solicitação Administrativa” e “Termo de Responsabilidade Pessoal”).

Nos processos que já estejam na fase de provas, poderá o Projeto auxiliar a produção da prova pericial realizando a peritagem (quando indicado pelo Magistrado), ou ainda exercendo a função de assistente técnico (quando indicado pela Procuradoria Geral do Estado).

Observar-se, portanto, que a experiência paulista propicia a modelagem de um sistema próprio para atendimento das demandas referentes ao fornecimento de medicamentos pelo Sistema Único de Saúde, que abarca tanto a resolução extrajudicial da conflitiva, por meio de fluxos administrativo, quanto auxilia a resolução judicial, propiciando ao magistrado e demais operadores do sistema de justiça bases científicas para definição da questão, evitando-se, assim, obscuridades, ambiguidades e imperícias.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As iniciativas acima expostas carregam, em seu âmago, um viés de fortalecimento democrático por meio do diálogo entre instituições do sistema de justiça, bem como por meio da participação popular na construção de caminhos para resolução de demandas.

Modelos que possibilitam uma abordagem menos adversarial do conflito e que levam em consideração as facetas sociais, econômicas e políticas da implementação da política pública de assistência farmacêutica e fornecimento de medicamentos pelos entes federativos, possibilitam a redução de intervenções ineficientes do Poder Judiciário quando do controle de políticas públicas.

A Administração Pública deve se valer da metodologia de desenho de sistema de disputas para viabilizar o acesso à ordem jurídica justa e minimizar os efeitos nefastos de uma decisão judicial infundada sob a continuidade da Política Nacional de Medicamentos.

Por meio desses modelos desenhados para atender às peculiaridades advindas da execução da Política Nacional de Medicamentos, é possível fazer um filtro das demandas que realmente necessitam de intervenção judicial, e, ainda nesses casos de judicialização do conflito, é possível melhor instrumentalizar essas ações judiciais propiciando bases científicas para a análise do magistrado.

A continuidade da Política Pública perpassa a observância da sua organização interna, e da competência pré-definida a cada ente federativo, nesse sentido, o desenho de um sistema de resolução de disputas poderá evitar decisões judiciais que inobservam essa sistemática, e que, por decorrência, sobrecarregarão o erário público. A um só tempo, é possível equacionar a garantia do direito de acesso à saúde (pautada no mínimo existencial), e, de outro lado, os entraves orçamentários sentidos pelos entes federados quando da execução da política pública (reserva do possível).

A propositura de novos modelos de cooperação técnica que visem ao estabelecimento de critérios objetivos para enfrentamento da conflitiva parece-nos o caminho mais condizente com a nova racionalidade proposta pelo ordenamento jurídico pátrio.

REFERÊNCIAS

- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2017*: ano base 2016. Brasília: CNJ, 2017.
- BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva*: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 12 jul. de 2018.
- FALECK, Diego. Introdução ao design de sistema de disputas: câmara de indenização 3054. *Revista brasileira de arbitragem*, São Paulo, ano V, n. 23, 2009.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade*: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018.
- JUNIOR, Osvaldo Canela. Orçamento e a “reserva do possível”: dimensionamento no controle judicial de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- OSTIA, Paulo Henrique Raiol. *Desenho de sistema de solução de conflito*: sistemas indenizatórios em interesses individuais homogêneos. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014.

RIOS-SANTOS, Fabrício. *Direito médico: medicina de evidências e o direito à saúde – a justiça e os avanços para efetivação da prestação jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2017

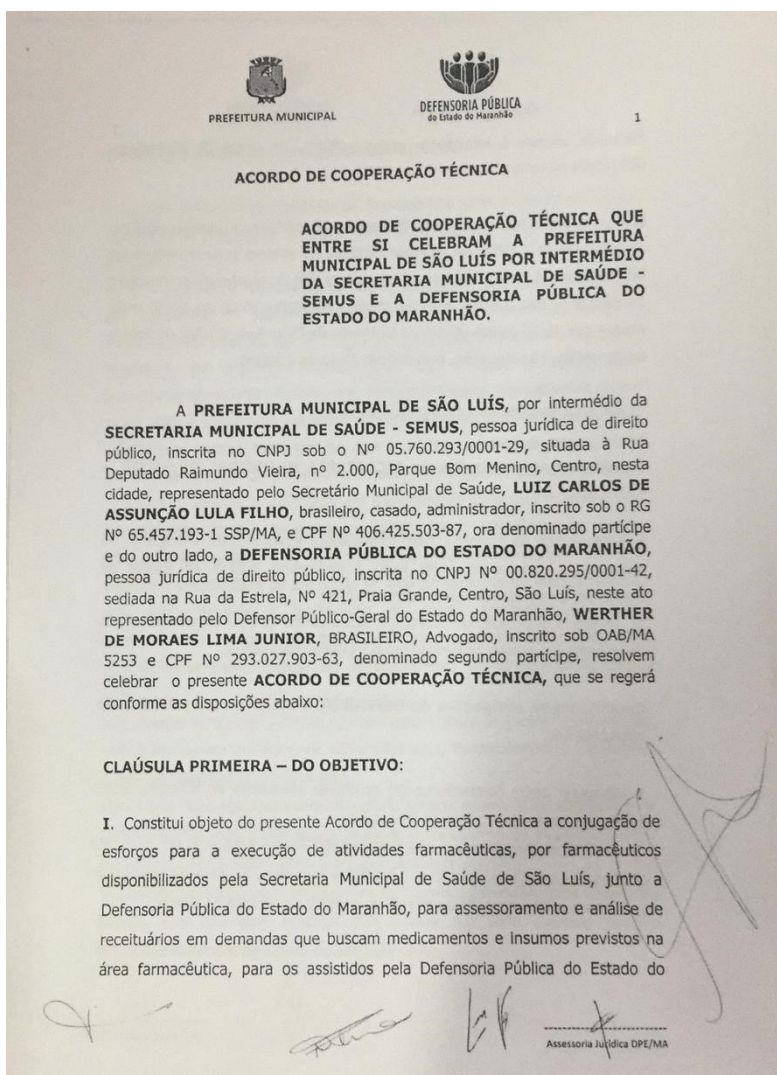
SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da Ciência Política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, n. 11, set./out./nov. 2007. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: 11 jul. 2018.

SUNSTEIN, Cass R.; HOLMES, Stephen. *El costo de los derechos: por qué la libertad depende de los impuestos*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2012.

ANEXO A – TERMO DE COOPERAÇÃO TÉCNICA ENTRE DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MARANHÃO E A SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE (SEMUS)



Maranhão visando à redução de ações judiciais, em busca de alternativas disponíveis na rede pública de saúde (SUS).

II. Por força do presente Acordo de Cooperação Técnica, o primeiro partícipe se compromete a ceder ao segundo partícipe no mínimo 1 (um) profissional farmacêutico, já diplomado e registrado, integrante do quadro de profissionais da SEMUS de São Luís/MA, para desenvolver atividades afetas ao objeto deste Acordo que serão desenvolvidas junto à sede da Defensoria Pública do Estado do Maranhão, nos dias úteis, pelo período 4h (quatro horas).

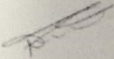
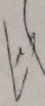

CLÁUSULA SEGUNDA – DAS OBRIGAÇÕES:

Constituem-se obrigações da SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE – SÃO LUÍS:

- I.** Disponibilizar, no mínimo, 1 (um) farmacêutico integrante do seu quadro de empregados, para desenvolver junto a Defensoria Pública do Estado do Maranhão, as atividades objeto deste convênio;
- II.** Manter a disposição da fiscalização documentos que comprovem a relação de trabalho e a cessão de Farmacêutico à Defensoria Pública;

Constituem-se obrigações da DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MARANHÃO:

- I.** Assegurar ao(s) Farmacêuticos(s) condições adequadas de trabalho, ideais para o desenvolvimento de suas atividades;
- II.** Verificar e acompanhar a assiduidade do(s) Farmacêuticos(s) por meio das efetividades, as quais deverão ser remetidas mensalmente para a SEMUS/ São Luís e para a Coordenação do Núcleo de Assistência Jurídica da Saúde.




Assessoria Jurídica DPE/MA



PREFEITURA MUNICIPAL



DEFENSORIA PÚBLICA
do Estado do Maranhão

3

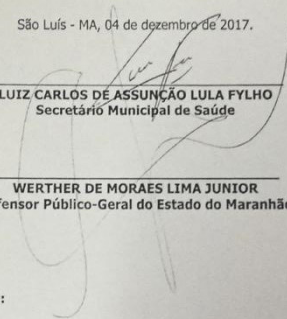
Constituem-se obrigações do FARMACÊUTICO:

- I. Cumprir fielmente as atividades de Farmacêutico junto a Defensoria Pública do Estado do Maranhão, na forma e no local adequado ao exercício de sua profissão;
- II. O Farmacêutico realizará as atividades próprias de seu ofício, nos termos das Resoluções nº 585/2013, 586/2013, ambas do Conselho Federal de Farmácia, bem como da Lei nº 13.021/2014, que dispõe sobre o exercício e a fiscalização das atividades farmacêuticas. Dentre essas atividades, estão inseridas as abaixo identificadas, sem prejuízo de outras normatizadas: Avaliar as receitas e orientar os pacientes que buscam a assistência da Defensoria, podendo, se o caso, fazer contato com o médico responsável pelo assistido; Identificação correta do paciente na receita; Verificação da CID que justifica o tratamento; Verificar a prescrição em Denominação Comum Brasileira (DCB), Denominação Comum Internacional (DCI), Marca Referência ou Similar, Verificar a disponibilidade do medicamento ou insumo pretendido na rede SUS; Verificar a possibilidade de promoção de Intercambialidade de medicamento na rede SUS; Verificar a qualificação do objeto pretendido na receita (medicamento, insumo, alimento); Acompanhar e disponibilizar mensalmente para os convenentes, Indicadores do atendimento, conforme modelo (Anexo 01);
- III. Atender as normas internas da Defensoria Pública do Estado do Maranhão, após estas serem devidamente esplanadas ao(s) Farmacêutico(s), declarando então, expressamente conhecê-las;
- IV. Exercer suas atividades com zelo, pontualidade, assiduidade, respeitando os Defensores Públicos, servidores, estagiários e principalmente os assistidos pela Defensoria, sendo observada sua independência de atuação;
- V. Cumprir suas atividades profissionais no horário estabelecido pela Defensoria Pública, que não deve conflitar com aquela que seria exercida junto a Secretaria Municipal de Saúde de São Luís - MA.

Assessoria Jurídica DPE/MA

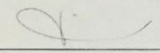
E, assim, por estarem justos e acordados, as partes assinam o presente ajuste em 03 (três) vias de igual teor e forma, na presença de 02 (duas) testemunhas.

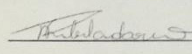
São Luís - MA, 04 de dezembro de 2017.



LUIZ CARLOS DE ASSUNÇÃO LULA FYLHO
Secretário Municipal de Saúde

WERTHER DE MORAES LIMA JUNIOR
Defensor Público-Geral do Estado do Maranhão




TESTEMUNHAS:






Assessoria Jurídica DPE/MA

ANEXO B – TERMO DE COOPERAÇÃO PROJETO ACESSA SUS – SECRETARIA DE ESTADO DE SAÚDE DO ESTADO DE SÃO PAULO

 DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO		
GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE		
TERMO DE COOPERAÇÃO TÉCNICA Nº _____/2018		
 <i>TERMO DE COOPERAÇÃO TÉCNICA QUE ENTRE SI CELEBRAM A SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE, O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO E A DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO.</i>		
 A SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE DE SÃO PAULO, com sede na Avenida Dr. Enéas de Carvalho Aguiar, 188, nesta Capital do Estado de São Paulo representada pelo Secretário Estadual da Saúde, Doutor David Everson Uip, brasileiro, casado, portador da cédula de identidade RG nº 4.509.000-2, e do CPF/MF sob o nº 791.037.668-63, doravante denominada SES, o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, com sede na Praça da Sé, s/n, centro – 5º andar – Palácio da Justiça, nesta Capital, inscrito no CNPJ sob o nº 51.174.001/0001-93, neste ato representado pelo Presidente, o Doutor Paulo Dimas de Bellis Mascaretti, portador da Cédula de Identidade RG nº 6.442.532, e do CPF/MF sob o nº 649.203.308-63, doravante denominado simplesmente TJSP, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, com sede na Rua Riachuelo, nº 115, nesta Capital, inscrito no CNPJ sob o nº 01.468.760/0001-90, neste ato representado pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, o Doutor Gianpaolo Poggio Smanio, brasileiro, casado, portador da cédula de identidade RG nº 15.180.568, SSP/SP e do CPF/MF sob o nº 042.700.118-82, doravante denominado simplesmente MPSP, e a DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, com sede na Rua Boa Vista, 200 – 8º andar, nesta Capital, inscrita no CNPJ sob o nº 08.036.157/0001-89, neste ato representada pelo Defensor Público Geral do Estado de São Paulo, o Doutor Davi Eduardo Depiné Filho, brasileiro, casado, portador da Cédula de Identidade RG nº MG-5.104.660, e do CPF/MF sob o nº 266.621.368-40, doravante denominada simplesmente DEFENSORIA PÚBLICA, têm entre si ajustado		
<small>TERMO DE COOPERAÇÃO TÉCNICA Nº _____/2018</small>		

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE

o presente **Termo de Cooperação Técnica**, doravante "Termo de Cooperação", nos termos da Lei Federal nº 8.666/93, conforme abaixo determinado.

Cláusula primeira. Do Objeto.

O presente termo de Cooperação Técnica tem por objetivo estabelecer um protocolo de fluxos de serviços de triagem e orientação farmacêutica, nutricional e correlatos pelo SUS e seus reflexos no Sistema de Justiça, em especial nas instituições que o compõem.

O Poder Executivo será representado pela Secretaria de Estado da Saúde, cujos fluxos de serviços serão harmonizados com os fluxos do Sistema de Justiça, de forma a buscar-se a solução para a distribuição de medicamentos na fase pré-processual, conforme anexo técnico (manual).

Nos casos em que houver a judicialização, o presente Termo de Cooperação estabelecerá um protocolo de análise de cada caso para os atores envolvidos, buscando observar os protocolos de atendimento do SUS e sua integridade orçamentária.

Cláusula segunda. Das Obrigações Comuns.

As instituições partícipes deverão, na medida de suas capacidades e respectivas atribuições legais ou estatutárias, por meio de mútua e ampla colaboração:

- a) Manter intercâmbio de informações técnicas e apoio técnico-institucional necessários à consecução da finalidade deste Acordo, excetuadas as informações de caráter sigiloso;
- b) Dar apoio à articulação entre os partícipes, voltada para harmonização de entendimento das questões relativas ao papel de cada um, no tocante às metas e objetivos do presente Acordo;
- c) Fazer o acompanhamento continuado dos indicadores e informações produzidas a partir dos atendimentos realizados entre os partícipes, com vistas a monitorar e avaliar a efetividade da realização do objeto do presente Termo de Cooperação.

Cláusula terceira. Das Obrigações das Instituições Partícipes

Caberá à Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo:

TERMO DE COOPERAÇÃO TÉCNICA Nº 2018

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE

- i. Estabelecer serviços de triagem e orientação farmacêutica, nutricional e correlatos à população em geral, e que poderá ser utilizado pelos partícipes deste termo, de forma a garantir o acesso às respostas dos requerimentos por escrito, de preferência por meio eletrônico e em tempo adequado;
- ii. Manter Comissão Técnica de análise de pedido de triagem, que deverá fornecer resposta a todos os pedidos administrativos feitos pelos usuários, Ministério Público e Defensoria Pública, bem como análise dos pedidos por ação judicial;
- iii. Ofertar às instituições partícipes a estatística mensal do atendimento dos casos por elas encaminhados.
- iv. Proporcionar às instituições partícipes acesso ao sistema de informática referente ao acompanhamento dos processos administrativos, respeitados os critérios legais de sigilo médico;
- v. Responder, por via eletrônica, ao órgão que encaminhou o cidadão ao programa "Acessa Sus", em até 24h, o resultado da categorização – se urgente ou não – conforme previsto no fluxograma anexo a este Termo.

Parágrafo primeiro: o centro a que se refere a alínea "i" deverá estar referenciado em cada Departamento Regional de Saúde do Estado.

Parágrafo segundo: a Comissão Técnica a que se refere a alínea "ii" deverá estabelecer um meio de comunicação ágil com os integrantes deste termo de cooperação, preferencialmente por meio eletrônico, para fornecer subsídios técnicos de análise aos diversos pedidos, não judicializados ou judicializados antes da concessão da tutela de urgência, sob o crivo de análise de cada instituição.

Parágrafo terceiro: o primeiro centro a que se refere a alínea "i" estará localizado na capital deste Estado e terá seu funcionamento iniciado em 60 (sessenta) dias da assinatura deste Acordo. Os demais centros serão instalados paulatinamente de acordo com as necessidades locais e orçamento estadual.

Caberá ao Tribunal de Justiça, Ministério Público e Defensoria Pública:

- i. Divulgar enunciados e recomendações interinstitucionais relativos à judicialização em saúde entre seus integrantes;
- ii. Estimular a atuação de seus integrantes quanto ao disposto neste termo de cooperação;
- iii. Monitorar as ações no âmbito de cada instituição quanto ao disposto neste termo de cooperação;

TERMO DE COOPERAÇÃO TÉCNICA Nº 02/16

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE

iv. Realizar ações conjuntas de aperfeiçoamento e capacitação de seus integrantes.

Parágrafo primeiro: Competirá ao Tribunal de Justiça manter permanente atuação do Comitê Estadual de Saúde e apoiar as proposições decorrentes deste grupo para a busca de efetivação de medidas concretas e normativas voltadas à prevenção de conflitos judiciais e à definição de estratégias nas questões de saúde pública.

Parágrafo segundo: Competirá ainda ao Tribunal de Justiça fomentar e estimular ações dentre os magistrados e servidores sobre as alternativas previstas no âmbito administrativo e a divulgar as formas de acesso aos bancos de dados oriundos dos NAT-JUS (Núcleos de Apoio Técnico) existentes nos Tribunais e no Conselho Nacional de Justiça (Resolução nº 238 do CNJ) sobre os Pareceres e Notas Técnicas para nortear apreciação de tutelas de urgência e evidência e no âmbito da instrução de ações que tenham por objeto o direito à saúde pública.

Cláusula quarta. Da Vigência e do Encerramento.

O presente Termo de Cooperação Técnica entrará em vigor na data de sua assinatura e tem como prazo de vigência 05 (cinco) anos, podendo ser renovado sucessivamente e ser rescindido por iniciativa por qualquer das partes, mediante aviso prévio por escrito, com antecedência mínima de 30 (trinta) dias.

Cláusula quinta – Da Publicidade.

Cada um dos partícipes será responsável pela publicação do extrato do instrumento no respectivo Diário Oficial.

Cláusula sexta – Da Inexistência de Ônus Financeiro.

O presente pacto é elaborado em caráter de estrita colaboração em área de interesses comuns, não gerando, portanto, qualquer espécie de ônus financeiro para as entidades pactuantes.

Cláusula sétima – Comissão de Acompanhamento.

Cada uma das instituições partícipes designará 2 (dois) membros, um deles efetivo e o outro suplente, para a formação de Comissão de Acompanhamento do

TERMO DE COOPERAÇÃO TÉCNICA Nº 02/18

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE

presente Termo de Cooperação, que terá por atribuição reunir-se periodicamente a fim de avaliar a execução, implementação e funcionamento de todos os fluxos, bem como dos resultados obtidos, referentes aos parâmetros definidos no presente Termo de Cooperação.

Parágrafo único: Os partícipes do presente Termo de Cooperação indicarão os respectivos membros da Comissão no prazo de 30 (trinta) dias a partir de sua assinatura.

Cláusula oitava – Das Alterações.

O presente Termo de Cooperação poderá ser alterado de comum acordo pelos partícipes, visando melhor adequação técnica, vedada a alteração do objeto pactuado, por mérito de Termo de Aditamento.

Cláusula nona – Da Eleição de Foro.

Para dirimir quaisquer dúvidas relativas ao cumprimento deste convênio, as partes elegem o foro da Capital do Estado de São Paulo.

E, assim ajustadas, firmam as partes o presente Termo de Cooperação, em 4 (quatro) vias de igual teor e forma.

São Paulo, 13 de dezembro de 2016.

SECRETÁRIO DE ESTADO DA SAÚDE
SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE DE SÃO PAULO

PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DE SÃO PAULO

TERMO DE COOPERAÇÃO TÉCNICA Nº 2416



**DEFENSORIA PÚBLICA
DO ESTADO DE SÃO PAULO**



**GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE**



**PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

TERMO DE COOPERAÇÃO TÉCNICA Nº 02/18

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

O *accountability* do serviço público de saúde e a atuação institucional no estado do Ceará

The *accountability* of the public health services and the institutional performance in the state of Ceará

Mariana Dionísio de Andrade

Beatriz de Castro Rosa

Eduardo Régis Girão de Castro Pinto

VOLUME 8 • Nº 3 • DEZ • 2018
DOSSIÊ ESPECIAL : POLÍTICAS PÚBLICAS
E O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

O *accountability* do serviço público de saúde e a atuação institucional no estado do Ceará*

The *accountability* of the public health services and the institutional performance in the state of Ceará

* Recebido em 23/08/2018

Aprovado em 17/11/2018

** Doutora em Ciência Política pela Universidade Federal de Pernambuco. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Especialista em Direito Processual Civil pela UNIFOR. Professora do Curso de Pós-Graduação lato sensu em Direito e Processo Constitucionais e da disciplina Teoria Geral do Processo Civil no Curso de Graduação em Direito na Universidade de Fortaleza. Formação em Leadership and Conflict Management pela Stanford University. Formação em Métodos Quantitativos pela UERJ. Pesquisadora do Grupo Epistemologia e Método na Ciência Política Comparada (Cnpq/UFPE). Coordenadora do Projeto Processo Civil e Proteção da Pessoa nas Relações Privadas (Cnpq/UNIFOR). Pesquisadora do Laboratório de Ciências Criminais – LACRIM (Cnpq/UNIFOR). Advogada. E-mail: mariana.dionisio@unifor.br

*** Doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Professora dos Cursos de Pós-Graduação lato sensu em Responsabilidade Civil e Direito do Consumidor, Direito de Família e Sucessões, Mediação e Gestão de Conflitos na Universidade de Fortaleza e Professora do Curso de Graduação em Direito na UNIFOR. Pesquisadora do Projeto Implementação Sistêmica da Mediação de Conflitos na Justiça Brasileira a partir da Lei de Mediação (Cnpq/UNIFOR). Chefe da Divisão de Pós-Graduação Lato sensu e Educação Continuada. Advogada. E-mail: beatriz_rosa@unifor.br

**** Doutorando em Direito Constitucional e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Professor do Curso de Pós-Graduação lato sensu em Processo Civil da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará. Professor dos Cursos de Pós-Graduação lato sensu em Direito Empresarial, Direito dos Contratos e Responsabilidade Civil e Direito do Consumidor, e do Curso de Graduação em Direito na UNIFOR. Coordenador do Projeto de Pesquisa Processo Civil e Proteção da Pessoa nas Relações Privadas (Cnpq/UNIFOR). Assessor jurídico da 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. E-mail: eduardogirao@gmail.com

Mariana Dionísio de Andrade**

Beatriz de Castro Rosa***

Eduardo Régis Girão de Castro Pinto****

RESUMO

O presente estudo pretende responder ao seguinte problema de pesquisa: como o serviço público de saúde tem sido fiscalizado pelo Ministério Público do Ceará? Para responder a essa questão, o estudo parte do suposto de que a instituição possui o dever de *accountability* do poder público e adota a judicialização como principal meio de combate às lacunas deixadas pela burocracia pública, além da adoção de meios administrativos ou extrajudiciais. O método adequado para a análise do tema será a reunião entre as abordagens qualitativa, por meio da revisão de literatura e aplicação da técnica *time series analysis*, com periodização de janeiro de 2006 a março de 2017. A base de dados foi disponibilizada pelo Relatório Consolidado de Atividades da Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde Pública do Estado do Ceará. Consideramos o tipo de procedimento como variável dependente e o número de procedimentos extrajudiciais e judiciais como variáveis independentes. Concluímos que a atuação do Ministério Público do Ceará tem sido conduzida fortemente por procedimentos extrajudiciais, dentro dos limites da discricionariedade, o que evidencia que a *accountability* horizontal tem ocorrido dentro das possibilidades institucionais e tem sido eficiente na melhoria dos serviços públicos.

Palavras-chave: *Accountability* horizontal. Serviço público de saúde. Ministério Público do Ceará. Procedimentos extrajudiciais. Judicialização.

ABSTRACT

This study proposes to answer the following research problem: how the judicialization of health has been conducted by the State Prosecutor's Office of Ceará, in the face of the failures of public bureaucracy? To answer this question, the article assumes that the institution has the duty of *accountability* on the public power and adopts the judicialization as the main mechanism to combat the gaps left by the Public Administration, even more than the adoption of administrative or extrajudicial means. The appropriate method for the analysis of the theme will be the meeting between the

qualitative approaches, through literature review and application of the technique time series analysis, with periodization from January 2006 to March 2017. We consider the type of procedure as a dependent variable and the number of extrajudicial and judicial procedures as independent variables. We concluded that the performance of the State Prosecutor's Office of Ceará has been strongly driven by extrajudicial procedures, respecting the limits of discretion, which shows that horizontal accountability has occurred within institutional possibilities and has been efficient in improving public services.

Keywords: Horizontal accountability. Public health services. Prosecutor's Office of Ceará. Extrajudicial procedures. Judicialization.

1. INTRODUÇÃO

O objetivo do presente estudo consiste em responder ao seguinte problema de pesquisa: como o serviço público de saúde tem sido fiscalizado pelo Ministério Público do Ceará? Para responder a esse problema, há elementos essenciais que devem ser considerados, como o conceito de judicialização, especialmente no que se refere à sua aplicação no contexto da proteção do direito fundamental de acesso à saúde; a atuação do Ministério Público como agente de *accountability* horizontal e a justificação desse exercício quando se verificam falhas no mister fundamental da burocracia administrativa.

Nesse sentido, é necessário destacar, para a análise sob o espectro das ciências jurídicas, que o Direito Administrativo e o Direito Processual Civil se encontram e se misturam quando o Estado deixa de prestar seus serviços essenciais à sociedade, na medida em que a atuação dos entes da burocracia administrativa deve ser fiscalizada não apenas pelos cidadãos, mas fundamentalmente deve passar pelo crivo legal, especialmente se há lacunas de efetividade nessa atuação.

O processo civil brasileiro, como tradução de princípios axiológicos consagrados pelo sistema jurídico e social para o plano jurídico, se estabelece como uma relação extremamente dinâmica entre o direito e os fatos sociais, razão pela qual os modelos hoje utilizados devem ser analisados em conformidade com as necessidades do jurisdicionado.

Quando a prestação dos deveres do Estado para com o jurisdicionado entra em colapso, e suas necessidades mais elementares não são atendidas, colocando em risco direitos essenciais, justifica-se a atuação judicial, por meio de instituições como a Defensoria Pública e Ministério Público, na defesa dos interesses dos cidadãos por meio de ações coletivas, não obstante, contudo, a tutela do direito de pessoa individualmente considerada.

O Ministério Público possui, como uma de suas muitas atribuições, o dever de zelar pelos direitos individuais indisponíveis, tais como a vida, a liberdade, a dignidade e a saúde, que talvez reflita a reunião de todos os anteriores. A ineficiência quanto à prestação de serviços de saúde, não fornecimento de medicamentos essenciais e escassez de tratamento médico adequado, especialmente pela rede pública de saúde, configuram violações a direitos indisponíveis, o que por si suscita a intervenção em defesa do cidadão.

Em conformidade com a Constituição Federal de 1988, é dever dos três entes federativos a proteção à saúde de pessoas com necessidades especiais, e dever do Estado garantir a saúde em uma perspectiva coletiva, a partir da elaboração e implementação de políticas sociais que objetivem a redução do risco de doença e o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção.

Essa previsão abrange as esferas federal, estadual e municipal, gerando a obrigação de executar serviços capazes de garantir o direito amplo à prestação da saúde para os cidadãos brasileiros, especialmente em casos de hipossuficiência.

Assim, cabe à burocracia administrativa o dever de zelar pela realização da saúde e seu acesso universal, desde a atenção básica, até cuidados mais especializados. Se, todavia, o Estado não consegue cumprir tal função, em nome da sociedade, o Ministério Público deve atuar, garantindo a concretização de direitos e a qualidade da prestação da saúde.

O estudo se divide em três tópicos. O primeiro tópico traz conceitos gerais sobre a burocracia administrativa, seus poderes-deveres e a necessária atenção à saúde pública como uma das atribuições fundamentais do Estado. No referido capítulo, possíveis falhas na atuação do Estado são destacadas, colocando-se, ainda, a discussão sobre as consequências para o jurisdicionado.

O segundo tópico aborda a polissemia presente no conceito de *accountability*, expõe o posicionamento que será utilizado para a pesquisa e apresenta a ideia da judicialização da política, relacionando-a com a atuação processual de instituições como o Ministério Público Estadual.

O terceiro tópico apresenta o recorte epistemológico utilizado pelo estudo, realizando uma abordagem qualitativa a partir da análise de dados coletados junto ao Ministério Público do Ceará, através do Núcleo de Atuação Especial Gestor da Transparência e Acesso à Informação – NUTRI, e Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde Pública.

O tema diz respeito ao fenômeno da judicialização da saúde no Estado, e utiliza a revisão de literatura como mecanismo de pesquisa, com base teórica em Adam Przeworski, Guillermo O'Donnell, Ran Hirschl e Fábio Kerche.

Para que a pesquisa científica possa ser considerada como tal, deve ser comparada por fundamentos teóricos consistentes, que devem ser avaliados e escolhidos por cada pesquisador. Trata-se de um padrão que estabelece um nível alto para a pesquisa (mas não uma meta impossível), em que a recomendação principal se concentra no bom uso das informações coletadas e inferências válidas.

A pesquisa possui dois objetivos: descrever e explicar, visto ser impossível construir explicações causais inteligíveis sem um bom trabalho descritivo, assim como a descrição perde sua razão de ser se não se prestar à elaboração de explicações causais. A investigação científica é projetada para formular inferências descritivas ou explicativas sobre a base de informação empírica. A marca distintiva chave da investigação científica constitui o objetivo de fazer inferências que vão além das observações particulares recolhidas.

Para complementar a abordagem qualitativa, o estudo conta com a técnica *time series analysis*, com periodização de janeiro de 2006 a março de 2017, escolhida para conferir robustez à amostra e atualidade à pesquisa e definida pela disponibilidade dos dados.

A base de dados foi disponibilizada pelo Relatório Consolidado de Atividades da Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde Pública do Estado do Ceará, em resposta à solicitação de acesso à informação formalizada pelo Processo nº 21076/2017-7 e dirigido à Ouvidoria do Ministério Público do Estado do Ceará.

A variável dependente é o tipo de procedimento adotado pelo *parquet*, e o número de procedimentos judiciais e extrajudiciais são as variáveis independentes. Como o estudo é demonstrativo, não serão utilizadas variáveis de controle.

A pesquisa possui suporte qualitativo e quantitativo, uma vez que estimamos a necessidade pelo pluralismo metodológico como mecanismo fundamental para a cientificidade do estudo, reunindo teoria especializada e características observáveis para fortalecer as inferências.

Na abordagem qualitativa, são interpretados os fenômenos sociais da atuação da burocracia administrativa e seu poder-dever de agir para o resguardo da coisa pública e garantia do acesso universal à saúde; além da interpretação de conceitos com base no suporte teórico. A escolha da técnica *time series analysis* se justifica porque permite uma verificação sobre a intensidade da incidência do fenômeno que se pretende observar através do tempo, a partir de uma periodização definida e específica.

O ponto de intersecção entre as abordagens consiste no fato de que ambas decorrem da mesma lógica inferencial, o que, imediatamente, já confere sustentação à complementaridade dos modelos para a construção de inferências.

O desenvolvimento do presente ensaio possui o intuito de obter não apenas o maior aproveitamento quanto ao assunto abordado, mas, principalmente, a produção científica de maior alcance e produtividade para o ambiente acadêmico, especialmente para as ciências jurídicas, a partir de uma abordagem inédita e original sobre o tema.

2. ATUAÇÃO DA BUROCRACIA ADMINISTRATIVA PARA A PRESTAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA

A relação entre as garantias constitucionais e a burocracia governamental reflete elementos comuns no que se refere à regulamentação de procedimentos, especialmente no que se refere às obrigações do Poder Público com os particulares, entre outras rotinas.

Quando a Constituição Federal de 1988, em caráter programático, estabeleceu um rol de direitos sociais, considerou a prestação da saúde como dever do Estado, de maneira integral e universalizante.

Contudo, para que a determinação legal tenha eficácia plena, espera-se um cenário político absolutamente distinto do que tem sido oferecido à sociedade, com maiores investimentos e responsividade o que, em termos práticos e a curto prazo, não se vislumbra, dada a contínua frustração das justas expectativas depositadas no poder público pela coletividade.

A burocracia estatal pode ser definida como a substância do jogo político, possuindo uma dimensão ampla, que não se resume, apenas, à esfera das decisões políticas, mas compreende a organização estatal, a coordenação de ações políticas e a articulação entre lideranças políticas para a execução de tarefas administrativas, estabelecendo um compromisso entre cidadãos e representação política.

Os eleitores necessitam de informações para discernir quem os representa¹. As informações necessárias para a formulação de um juízo de valor constroem um sustentáculo para as escolhas políticas dos eleitores, o que implica na exigência quanto ao cumprimento de normas constitucionais.

Assim, considerando-se que a burocracia estatal possui como um de seus deveres fundamentais o cumprimento de normas constitucionais e ordinárias que regulamentam a saúde pública, é de se esperar que seja oferecido atendimento capaz de satisfazer as necessidades da população, que se reflete em triagens respeitadas, agendamento de exames em tempo razoável, realização de exames e diagnósticos adequados às demandas, fornecimento de medicamentos e equipamentos e, se necessário, realização de procedimentos cirúrgicos, sejam eles de urgência ou não, em conformidade com a complexidade com a qual se apresentam.

O direito de acesso à saúde possui relação direta com o fundamento da dignidade da pessoa humana e constitui dever linear de todos os entes federativos, cabendo à burocracia administrativa, nos Estados, Municípios e União, a garantia de sua prestação, como materialização do poder-dever de agir do Estado.

A Administração Pública possui, como poderes-deveres: (a) o *dever de eficiência*, em que todo agente público deve realizar atribuições com rendimento funcional e otimização de condutas; (b) o *dever de probidade*, que está integrado à conduta do administrador como mecanismo necessário à realização de seus atos administrativos e cujo desrespeito acarreta sanção por legislação própria; (c) o *dever de prestação de contas*, que se relaciona com a transparência de sua conduta e se apresenta como encargo típico da gestão de bens e recursos públicos; além do (d) *poder-dever de agir*, no qual o administrador público, diferentemente de um particular

1 PRZEWORSKI, Adam; STOKES, Susan C.; MANIN, Bernard. *Democracy, accountability and representation*. New York: Cambridge University Press, 1999.

que em tese poderia declinar de uma função, está imbuído da *obrigação* de agir diante dos deveres funcionais afetos ao cargo, de forma irrenunciável².

Constitui ato ilícito exceder os limites estabelecidos pelas competências para o exercício das atribuições, assim como omitir ou desviar as finalidades que cabe ao Estado alcançar. Diante de uma legislação que lhe autoriza a agir, o agente público não pode permanecer inerte, e um dos deveres se reflete na prestação de serviços públicos essenciais.

Além da Constituição Federal de 1988, especialmente pelo art. 198, é necessário ressaltar a imposição de tal dever ao Estado por meio da Lei nº 8.090/1990, que dispõe sobre as condições e o funcionamento dos serviços de saúde, estabelecendo regras de funcionamento para o Sistema Único de Saúde – SUS e priorizando as ações preventivas, dentro da proporcionalidade entre a garantia da saúde e as eventuais limitações orçamentárias.

O SUS, como uma das principais políticas públicas brasileiras, é uma expressão prática do princípio constitucional da saúde como direito de todos e dever do Estado, que é desenvolvido de acordo com diretrizes de funcionamento e orçamento definidos pelo Ministério da Saúde para a prestação do serviço público de saúde.

A definição de políticas públicas está relacionada à funcionalidade a qual se propõe, na medida em que se destinam a produzir efeitos específicos. Trata-se da soma das atividades governamentais, realizadas diretamente ou por delegação e que tendem a impactar o contexto social dos cidadãos contemplados pela política³.

Para a formulação de políticas está ínsita a ideia de planejamento e construção de estratégias, assim como resta evidente que sua manutenção depende de articulações que consigam justificar, politicamente, a permanência. Há de se considerar a relativa autonomia do Estado na escolha da agenda política e das políticas dela decorrentes que, por sua vez, se relacionam com os interesses e com a extensão da capacidade necessária para desempenhar tarefas e produzir resultados⁴.

A decisão dos formuladores de políticas públicas em investir em determinados programas sociais considera, como requisitos, o possível impacto e o conjunto de resultados de interesse coletivo ou individual decorrentes da intervenção planejada. As políticas formuladas devem, portanto, prever algum tipo de benefício para a sociedade, e a relação entre os possíveis resultados e os objetivos propostos deve ser verificada.

As políticas públicas consistem em um conjunto de decisões articuladas às ações governamentais destinadas à resolução de demandas sociais específicas ou mais genéricas; o que, também, se aplica às políticas públicas de acesso à saúde⁵.

A organização administrativa da prestação de serviços públicos de saúde do SUS depende de uma reunião de diretrizes e princípios tecnoassistenciais, como a universalidade na prestação da saúde, descentralização, igualdade de tratamento, equidade, intersetorialidade, autonomia das pessoas, resolutividade e base epidemiológica⁶.

Essa organização administrativa depende do subfinanciamento, que consiste na dificuldade em destinar adequadamente recursos destinados à operacionalização e ao financiamento do SUS. Além disso, as insufi-

2 SANTOS, Lenir; ANDRADE, Luiz Odorico Monteiro de. Acesso às ações e aos serviços de saúde: uma visão polissêmica. *Revista Ciência e Saúde Coletiva*, v. 17, n. 11, p. 2876-2878, 2012.

3 SOUZA, Celina. Estado da arte da pesquisa em políticas públicas. In: HOCHMAN, Gilberto; ARRETCHE, Marta; MARQUES, Eduardo. (org.). *Políticas públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007.

4 EVANS, Peter B.; RUESCHMEYER, Dietrich; SKOCPOL, Theda. *Bringing the state back*. Cambridge: Cambridge University Press, 1985.

5 JONES, Bryan D. Behavioral rationality as a foundation for public policy studies. *Cognitive Systems Research*, Texas, v. 43, p. 63-75, 2017.

6 CARVALHO, Gilson. A saúde pública no Brasil. *Revista Estudos Avançados USP*, São Paulo, v. 27, n. 78, p. 7-26, 2013.

ciências da gestão local do SUS, que compreendem a baixa resolutividade da rede básica de serviços, a deficitária formação dos profissionais de saúde e a deficiência na gestão dos sistemas locorregionais de saúde (deficiências estruturais), podem ocasionar falhas na prestação do direito à saúde⁷.

Para fiscalizar a prestação adequada desse direito, torna-se uma obrigação das instituições competentes exercer o *accountability* horizontal e exigir o cumprimento das normas constitucionais, a realização dos direitos e a observância quanto à proporcionalidade entre os recursos do Estado e a possibilidade de prestação do serviço de saúde.

Para o presente ensaio, o foco recai sobre a falha no cumprimento do dever da prestação de serviços voltados à garantia do direito à saúde, não apenas como política pública, mas também como política social aplicada pela burocracia governamental.

Deve-se distinguir políticas públicas de políticas sociais; “enquanto a primeira classificação se refere ao processo e possui foco em como responder questões como ‘por quê’ e ‘como’, os estudos em políticas sociais tomam o processo apenas como ‘pano de fundo’ e se concentram nas consequências da política, ou seja, o que a política faz ou fez. Essa aparente simples distinção tem implicações na agenda de pesquisa. Estudos sobre política pública não focalizam necessariamente o conteúdo substantivo da política [...] dado que qualquer produção do governo em qualquer área/setor pode ser tomada como ilustração do processo. Estudos sobre política social, ao contrário, são demarcados pelo objeto da política pública, focalizando, sempre, as questões que a política busca ‘resolver’ os problemas da área e seus resultados”⁸.

3. ACCOUNTABILITY E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Quando a Burocracia administrativa falha e deixa de cumprir seus deveres essenciais como a elaboração de políticas públicas e sociais, é necessário utilizar mecanismos de fiscalização, restrição e imposição capazes de inibir tal conduta e promover a concretização de direitos e garantias constitucionais, razão pela qual é necessário refletir sobre as instituições capazes de suprir tais lacunas e realizar o *accountability* do Poder Público, para coibir eventuais violações.

O conceito de *accountability* é polissêmico, razão pela qual se pretende, aqui, adotar o entendimento mais comum entre os pesquisadores que se debruçam sobre o tema⁹. Ambos consideram a *accountability* horizontal como a existência de agentes estatais que possuem autoridade legal e estão faticamente dispostas e capacitadas para empreender ações que vão desde o controle rotineiro até a aplicação de sanções legais em relação aos atos e omissões de outros agentes e agências do Estado que podem, em princípio, ser qualificados como ilícitos.

O estado de direito deve atingir três condições essenciais; 1) a defesa de políticas de direitos, liberdades e garantias de um regime democrático; 2) a defesa dos direitos civis de toda a população; e 3) o estabelecimento de redes de responsabilidade e *accountability* que implica que todos os agentes públicos e privados, incluindo os mais altos funcionários do Estado, estão sujeitos a controles apropriados, legalmente estabelecidos na legalidade de seus atos.

7 REIS, Denizi Oliveira; ARAÚJO, Eliane Cardoso de; CECÍLIO, Luiz Carlos de Oliveira. *Políticas públicas de saúde: Sistema Único de Saúde*. 2014. Disponível em: https://www.unasus.unifesp.br/biblioteca_virtual/esf/2/unidades_conteudos/unidade04/unidade04.pdf. Acesso em: 19 jun. 2018.

8 SOUZA, Celina. Estado da arte da pesquisa em políticas públicas. In: HOCHMAN, Gilberto; ARRETICHE, Marta; MARQUES, Eduardo. (org.). *Políticas públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007. p. 71.

9 O'DONNELL, Guillermo. Acerca de varias accountabilities y sus inter-relaciones. In: PERUZZOTTI, E.; SMULOVITZ, C. (org.). *Controlando la política: ciudadanos y medios em las nuevas democracias latinoamericanas*. Buenos Ayres: Temas Grupo Editorial, 2011; PRZEWORSKI, Adam. Accountability social en America Latina y mas allá. In: *Controlando la política: ciudadanos y medios em las nuevas democracias*. Buenos Aires: Editorial Temas, 2002.

O processo político se consolida pela responsividade democrática, que ocorre quando o governo possui capacidade de implementar políticas adequadas aos interesses dos cidadãos, atendendo às necessidades dos eleitores de maneira consistente e elevando a qualidade da democracia, que também pode ser mensurada por elementos como liberdade, *accountability* vertical e horizontal, estado de direito e responsividade. Esta, como sistema complexo, implica na execução de acordos institucionais, conectando eleitores e políticos que agem em seu nome, independentemente de circunstâncias exógenas.

Faz-se necessário distinguir os institutos da *accountability* e da responsividade. O primeiro diz respeito à capacidade que os constituintes têm de impor sanções aos governantes, nas modalidades vertical, horizontal e social, reconduzindo ao cargo aqueles que se desincumbem bem de sua missão ou fiscalizando ações dos três Poderes. A *accountability* depende de mecanismos institucionais, sobretudo da existência de eleições competitivas periódicas, e que é exercido pelo povo. Já a responsividade refere-se ao poder de resposta dos representantes à vontade e às demandas dos representados; ou, dito de outra forma, à disposição dos governos de adotarem as políticas preferidas pelos cidadãos¹⁰.

Em uma democracia, supostamente consolidada, a responsabilidade pública está baseada na seguinte premissa: os atos dos atores públicos devem estar pautados pela prestação de contas *accountability*. Diante disto, agentes públicos devem atuar com transparência e eficiência para o cumprimento dos diversos mecanismos de *accountability*.

As instituições democráticas contemporâneas na América Latina não contêm um eficiente sistema de freios e contrapesos, o que resulta em democracias delegativas, ao invés de democracias representativas, como ocorre em países desenvolvidos¹¹.

A representação não é uma característica presente nas democracias latino-americanas, mas sim, a democracia delegativa (escala inferior à representação). Pelo lado positivo, é possível concluir que a América Latina adota como característica a representação com base retrospectiva, ou seja, mais inclinada à *accountability ex post* (após os acontecimentos) que prospectiva, *ex ante* mandatos (prevenindo acontecimentos danosos). Pelo lado negativo, constata-se que há a real possibilidade de derrocada da representação pelo desconhecimento dos cidadãos quanto às escolhas que devem fazer. A escolha eleitoral se torna obscura e viciada, justamente porque não há clareza (e principalmente correspondência) entre as propostas evidenciadas pela plataforma política e a conduta dos candidatos após a vitória eleitoral¹².

O autor destaca que o conceito de *accountability* horizontal não é concludente, visto que o próprio sistema de freios e contrapesos foi aplicado de maneira diferente em diversos países. Essa ideia remete à obrigação de membros de um órgão administrativo ou representativo de prestar contas a instâncias controladoras ou a seus representados, controle realizado pelas instituições, como o Ministério Público.

Partindo-se do pressuposto que a *accountability* horizontal é a responsabilidade de outras instituições ou atores coletivos frente aos governantes por deterem conhecimento e poder de avaliar o comportamento dos mesmos, é possível considerar o Ministério Público (em quaisquer de suas esferas) como instituição de controle, capaz de realizar *accountability* como uma de suas muitas atribuições.

O conceito de *accountability* possui grande importância nas reflexões acerca da atuação do setor público, sobretudo quando verifica a qualidade da governança (que implica, necessariamente, na versação eficiente de recursos públicos e no respeito às normas legais)¹³. A ideia de controle está relacionada à possibilidade de

10 POWELL, G. Bingham. The chain of responsiveness. In: DIAMOND, Larry; MORLINO, Leonardo (ed.). *Assessing the quality of democracy*. Baltimore: The John Hopkins University Press, 2005.

11 O'DONNELL, Guillermo. Acerca de varias accountabilities y sus inter-relaciones. In: PERUZZOTTI, E.; SMULOVITZ, C. (org). *Controlando la política: ciudadanos y médios em las nuevas democracias latinoamericanas*. Buenos Ayres: Temas Grupo Editorial, 2011.

12 O'DONNELL, Guillermo. Delegative democracy? *Journal of Democracy*, v. 1, n. 5, p. 55-69, 1994.

13 SCHEDLER, Andreas. Conceptualizing accountability. In: DIAMOND, Larry; PLATTNER, Marc F.; SCHEDLER, Andreas. *The self-restraining state: power and accountability in new democracies*. Colorado, USA: Lynne Rienner Publishers, 2009.

desvios de conduta, e a *accountability* se presta, justamente, à fiscalização das ações praticadas pelos agentes públicos.

O desenho institucional do Ministério Público evidencia uma autonomia (conferida e assegurada constitucionalmente) acrescida a um rol de competências absolutamente singulares, na medida em que não é ligado a quaisquer dos três Poderes; o que por si, já o diferencia em comparação aos modelos de *accountability* presentes em outras democracias.

O Ministério Público atua como agente de *accountability* porque sua independência funcional e autonomia garantem o afastamento necessário em relação ao Executivo e Legislativo, tornando a fiscalização mais distante de influências que prejudiquem a prestação de contas.

Entretanto, é necessário ressaltar que a discricionariedade da instituição não significa que o Ministério Público pode escolher deixar de agir em caso de verificação de ilicitude ou eventos de improbidade, ou conferir uma imagem de idoneidade ao gestor público quando o mesmo deixa de garantir o acesso a determinados direitos. Muito pelo contrário.

A Constituição de 1988 conferiu independência à instituição, mas não independência total, uma vez que determina limites de competência e que o orçamento, em última instância, ainda depende de decisões políticas.

A discricionariedade, como reflexo da autonomia funcional e administrativa, permite escolhas dentro do leque de possibilidades de atuação, de acordo com a complexidade, o possível dano decorrente e a eventual contumácia do evento. Há casos que demandam tratamento extrajudicial, enquanto outros, pelo esgotamento das tentativas extrajudiciais ou por previsão legal, são conduzidas judicialmente.

As condutas extrajudiciais se dividem em procedimentos preparatórios, instauração de inquéritos civis, audiências e recomendações administrativas, enquanto a conduta judicial se materializa pelas ações judiciais.

Ainda há um baixo grau de *accountability* por parte da instituição em relação aos atores externos, uma vez que há poucos dados que atestem essa categoria de atuação. Além da insuficiente disponibilização de dados pelo Ministério Público quanto à sua atuação, há uma intervenção tímida de corregedorias e do Conselho Nacional do Ministério Público, com baixa participação de atores externos¹⁴.

Quando se trata de materializar a *accountability* horizontal contra segmentos do Estado, especialmente no alto escalão da Burocracia administrativa, é necessário que haja um funcionamento coordenado e convergente de toda uma rede de instituições com suficiente suporte legal e autonomia decisória.

O Ministério Público, a despeito de determinadas variações correspondentes à discricionariedade, pode ser identificado como um ator político de fundamental importância, uma vez que realiza, em maior ou menor medida, a função de órgão de fiscalização.

Não seria lúcido olvidar o fato de que o Ministério Público, também, precisa de um suporte político mínimo para garantir a continuidade de sua autonomia, sobretudo ao enfrentar as consequências políticas de suas escolhas.

A definição da composição dos níveis hierárquicos mais altos da instituição é realizada por indicação do chefe do Poder Executivo (art. 128, § 1º, CF/88), após sabatina dos integrantes da Comissão de Constituição e Justiça do Senado e aprovação por maioria absoluta desta Casa Legislativa; o que por si, afasta a ideia de independência funcional completa.

Tal fato é de notória importância quando a temática envolve o dever de *accountability* horizontal, sobretudo porque pressupõe a existência de agências livres e atuantes para a consolidação do Estado Democrático

14 KERCHER, Fábio. O Ministério Público no Brasil: relevância, características e uma agenda para o futuro. *Revista USP*, São Paulo, n. 101, p. 113-120, mar./abr./maio, 2014. p. 116.

de Direito que, para funcionar, deveriam estar afastadas de qualquer sombra de temor reverencial. Para que a *accountability* horizontal funcione de fato, é necessário que haja agências autorizadas e dispostas a supervisionar e, se necessário, punir ações que comprometam a atividade pública realizadas por outras agências¹⁵.

A ideia é que autoridades públicas não possam intimidar, de qualquer forma, as agências de *accountability*, sejam elas instituições como a Defensoria Pública, Ministério Público, Conselho Nacional de Justiça, Tribunal de Contas etc., garantindo-se, assim, autonomia suficiente e, portanto, controle equilibrado entre os entes estatais e as agências fiscalizadoras.

Muitas vezes a efetividade dessa rede de instituições depende do Poder Judiciário, ou seja: para a efetividade da *accountability horizontal* é necessária a existência de um Estado Democrático de Direito, sobretudo no que diz respeito às eventuais sanções aos governantes. Trata-se da dimensão republicana da poliarquia¹⁶, que implica a obediência dos governantes e funcionários públicos aos limites legais.

Se o Poder Executivo se dedica a eliminar ou neutralizar os mecanismos de *accountability* horizontal, mostra assim uma vocação para o desrespeito aos direitos civis e à legalidade como um todo, especialmente em questões mais urgentes, como o direito de acesso à saúde de forma universal e eficiente.

A defesa das prerrogativas individuais e do texto constitucional depende da contribuição do Poder Judiciário, na medida em que muitas questões passam por seu alvedrio para a concretização. Assim, o fortalecimento das instituições democráticas se relaciona com o controle da constitucionalidade das ações praticadas pela burocracia pública, o que suscita o debate sobre a judicialização.

Cumpre assinalar que “as instituições democráticas devem estar protegidas pelo princípio da separação dos poderes; contudo, o regime político determina o relacionamento entre esses poderes”¹⁷. Dessa forma, o objetivo do pacto federativo consiste na manutenção de uma relação de equilíbrio entre os Poderes, de maneira que, em caso de lacunas deixadas, seja possível supri-las com o apoio dos demais; especialmente nos casos que envolvem a hipertrofia do Executivo, em que o excesso de prerrogativas pode gerar fortes tensões entre partidos.

Essas tensões, presentes não apenas entre partidos, mas entre partidos e oposição, tendem a ocasionar ruídos no diálogo, conduzindo a uma ruptura institucional e falta de consenso na escolha de políticas a serem executadas para os cidadãos, especialmente no que se refere ao destino dos recursos.

A falta de recursos para o planejamento, elaboração e execução de políticas pode, por consequência, originar a falta de acesso a direitos e garantias fundamentais à população, o que, por sua vez, ocasiona a necessidade pela adoção de instrumentos constitucionais de reequilíbrio do relacionamento entre Estado e cidadão.

O Poder Judiciário, como instituição de soberania do Estado, deve ser hábil para coibir e ajustar políticas governamentais ineficientes, corrigindo os erros da burocracia estatal por meio da judicialização de questões fundamentais.

Conceitualmente, importa destacar que a judicialização da política se refere ao processo geral em que o discurso legal é absorvido pelo discurso político. Seria, portanto, uma possível resposta à ausência de consenso no debate político. “O fenômeno da judicialização da política segue a evolução natural do Estado de Direito que se democratiza. Com efeito, a decisão judicial contribui sensivelmente para o fortalecimento das instituições democráticas”¹⁸.

A efetividade de medidas judiciais contra as regras estaduais não pode ser subestimada, porque a judicía-

15 O'DONNELL, Guillermo. Horizontal accountability and new poliarchies. *Revista Lua Nova*, n. 48, p. 27-54, 1998.

16 DAHL, Robert. *La poliarquía: participación y oposición*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2002.

17 LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante. Política, constituição e justiça: os desafios para a consolidação das instituições democráticas. *Revista de Sociologia e Política*, n. 17, p. 45-52, 2001. p. 46.

18 LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante. Política, constituição e justiça: os desafios para a consolidação das instituições democráticas. *Revista de Sociologia e Política*, n. 17, p. 45-52, 2001. p. 46.

lização da política tem cumprido relevante papel na racionalização da vida estadual¹⁹.

A judicialização da política envolve um processo complexo que não é uniforme, e que se inicia, em regra, pela lacuna deixada por um dos Poderes na execução de políticas ou definição de orçamento público para a realização de ações. Ressalte-se que “quanto maior a concentração de poder no processo decisório ou, dito de outra forma, quanto menor a possibilidade de vetos múltiplos no processo decisório, maior a possibilidade de uma judicialização da política”²⁰.

É preciso considerar três categorias de judicialização: o primeiro tipo refere-se à divulgação das regras e procedimentos jurídicos no contexto da formulação de políticas; o segundo tipo envolve procedimentos administrativos e judiciais tradicionais; o terceiro tipo comporta a judicialização da política por meio da transferência de assuntos de natureza política para o Judiciário. Nesse sentido, cumpre asseverar que “a judicialização da formulação de políticas públicas através da jurisprudência sobre os direitos é talvez mais evidente no domínio da justiça processual”²¹.

A judicialização da política pode ser definida como “a dependência cada vez mais acelerada dos tribunais e dos meios judiciais para abordar as dificuldades morais fundamentais, as questões de política pública e as controvérsias políticas”²². Pode ser vista como uma estratégia empregada pelos atores políticos para deslocar problema, em um esforço para melhorar ou refutar os esforços para assegurar a mudança institucional²³.

A judicialização política também pode ser conceituada a partir da consideração de características institucionais e fatores políticos, e por meio de uma manifestação e no contexto da estrutura de mudança de local²⁴.

A previsão de temas de ordem política na Constituição da República de 1988 conduziram o Judiciário a enfrentar questões políticas como questões constitucionais, conferindo novos papéis a esse Poder. Essa assunção de novas prerrogativas pelo Judiciário se torna mais evidente no contexto das democracias contemporâneas, principalmente em razão da distância entre representantes e representados²⁵.

Em circunstâncias de crise de representatividade no sistema democrático, como no caso brasileiro em várias de suas esferas federativas, é possível perceber que, quanto maior a distância entre governo e governados, maior é a necessidade de acesso à justiça para promover a aproximação entre jurisdicionados e seus direitos.

As deficiências e insuficiências na realização de tais direitos justificam, assim, a intervenção judicial com o objetivo de restaurar direitos, alocar recursos públicos adequadamente para a pesquisa e assistência médica de qualidade, fornecer medicamentos essenciais e utilizar, racionalmente, os instrumentos estatais em prol da garantia à saúde pública.

No caso da judicialização da saúde pública, há uma preocupação mais evidente com os efeitos negativos desse tipo de demanda na governabilidade e gestão das políticas de saúde, atingindo prerrogativas constitucionais fundamentais, como o direito à vida, à dignidade humana, ao acesso à saúde e à seguridade social²⁶.

19 VIANNA; Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. *Revista Tempo Social*, São Paulo, v. 19, n. 2, p. 39-85, 2007.

20 CARVALHO, Ernani. Revisão judicial e judicialização da política no direito ocidental: aspectos relevantes de sua gênese e desenvolvimento. *Revista Sociologia Política*, Curitiba, v. 28, p. 161-179, 2007. p. 178.

21 HIRSCHL, Ran. The New Constitution and the Judicialization of Pure Politics Worldwide. *Fordham Law Review*, v. 75, n. 2, p. 720-753, 2006. p. 744.

22 HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts, *Annual Review of Political Science*, v. 11, n. 1, p. 93-118, 2008. p. 94.

23 BAUMGARTNER, Frank; JONES, Bryan. Agenda Dynamics and Policy Subsystems. *The Journal of Politics*, v. 53, n. 4, p. 1044-1074, 1991.

24 FLYNN, Greg; KUZMAN, Tanya. Meaningful Participation? The Judicialization of Electoral Reform in Canada Post-Figueroa v. Canada. *Canadian Political Science Review*, v. 7, n. 1, p. 37-46, 2013.

25 BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 59-86, 2012.

26 VENTURA, Miriam; SCHRAMM, Fermin Roland; SIMAS, Luciana; PEPE, Vera Lúcia Edais. Judicialização da saúde, acesso

A judicialização da saúde deve ser entendida como “uma questão ampla e diversa de reclame de bens e direitos nas cortes: são insumos, instalações, medicamentos, assistência em saúde, entre outras demandas a serem protegidas pelo princípio do direito à saúde”²⁷.

As implicações dessa judicialização se bifurcam: por um lado, a possibilidade de efetivação do direito a partir do amparo do Poder Judiciário. Por outro, a inevitável interferência na autonomia decisória dos Poderes Executivo e Legislativo, que nem sempre deixam de concretizar políticas por falta de gestão, mas, eventualmente, por falta de suporte financeiro do Governo Federal, incorreta avaliação da viabilidade técnica para a implementação de ações ou inadequação orçamentária para concretizar o direito aos serviços de saúde.

A judicialização funciona como mecanismo para implementar as diretrizes constitucionais que foram olvidadas pelo orçamento público, deslocando os polos de decisão das questões que, originariamente, caberiam ao Legislativo e ao Executivo para a administração decisional do Judiciário, trazendo significativas alterações na forma como poder público, cidadão e instituições se relacionam.

Essa alteração dos polos possui duas vertentes que não podem ser esquecidas: se, por um lado, o Judiciário passa a deter o poder de decisão sobre questões orçamentárias que afetam diretamente o jurisdicionado, em âmbito particular ou coletivo, determinando o ajuste de políticas e o direcionamento de ações; por outro, afeta a autonomia decisória dos Poderes Executivo e Legislativo, colocando em questão o próprio sistema democrático, na medida em que tais decisões judiciais retiram do administrador público, eleito legitimamente como representante do povo, o poder de decisão sobre determinadas questões²⁸.

4. ANÁLISE DE DADOS: MINISTÉRIO PÚBLICO DO CEARÁ E A FISCALIZAÇÃO SOBRE A PRESTAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA ENTRE 2006 E 2017

A preocupação com a lógica inferencial, típica dos debates metodológicos contemporâneos na ciência política, se baseia no equilíbrio entre a os resultados inferenciais mais confiáveis da tradição qualitativa e técnicas úteis ao problema de pesquisa. Esse equilíbrio, no entanto, é baseado, fundamentalmente, no desenho de pesquisa, cuja qualidade é essencial para o bom desenvolvimento da pesquisa inferencial²⁹.

Sejam quantitativos ou qualitativos, os desenhos de pesquisa possuem um objetivo central; a produção de inferências válidas sobre fenômenos sociais e políticos, que transcendam o âmbito das ciências sociais e sejam aplicáveis a outras áreas do conhecimento³⁰.

Enquanto a pesquisa com base teórica pode fortalecer teorias e renovar o conhecimento³¹, a pesquisa com base empírica em experimentos se mostra extremamente valiosa na medida em que utiliza dados para responder a perguntas causais específicas, como se estivesse em um ensaio clínico randomizado.

à justiça e a efetividade do direito à saúde. *Physis Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 77-100, 2010; DIAS, Maria Socorro de Araújo; GOMES, Diógenes Farias; DIAS, Thaís Araújo; SILVA, Lielma Carla Chagas da; BRITO, Maria da Conceição Coelho; CARNEIRO NETO, Manoel de Castro. Judicialização da saúde pública brasileira. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 6, n. 2, p. 133-146, 2016.

27 PENALVA, Janaina; MACHADO, Teresa Robichez de Carvalho; DINIZ, Debora. A judicialização da saúde no Distrito Federal, Brasil. *Revista Ciência e Saúde Coletiva*, v. 19, n. 2, p. 591-598, 2014.

28 JUCATELLI, João Paulo; SILVA, Juvêncio Borges. Judicialização da saúde, ativismo judicial e o consequente desequilíbrio do orçamento público. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, n. 1, p. 99-118, 2017.

29 REZENDE, Flávio da Cunha. *Os Leviatãs estão fora do lugar: democracia, globalização e transformações no papel do Estado 1990-2010*. Pernambuco: UFPE, 2016.

30 KING, Gary; KEOHANE, Robert; VERBA, Sidney. *Designing Social Inquiry*. New Jersey: Princeton University Press, 1994.

31 ANGRIST, Joshua D.; PISCHKE, Jörn-Stefen. *Mostly harmless econometrics: an empiricist's companion*. New Jersey: Princeton University Press, 2008.

O principal é utilizar a medida mais apropriada para os fins teóricos aos quais o pesquisador se propõe. Nesse sentido, ferramentas próprias de outras ciências podem ser extremamente úteis, porque podem realizar uma análise mais acurada do fenômeno estudado, fornecendo outras perspectivas sobre o conhecimento.

Para responder à pergunta de pesquisa formulada no presente ensaio, verificando a forma com a qual a judicialização da saúde tem sido conduzida pelo Ministério Público do Ceará, diante das falhas da Burocracia administrativa, é necessário utilizar mecanismos plurais de análise das informações coletadas.

A pluralidade metodológica se aplica neste artigo porque a investigação com aportes teóricos deve se sustentar em elementos empíricos, para que haja robustez na realização de inferências válidas.

Para tal, além da análise teórica até aqui realizada, com a abordagem conceitual dos deveres e poderes da Burocracia administrativa, sua relação com o cidadão que depende da prestação da saúde e espera sua realização como garantia de acesso a um direito fundamental, formas de *accountability* e consideração do Ministério Público como agente de *accountability* horizontal; é necessário utilizar elementos típicos das pesquisas empíricas para fortalecer (ou contestar, na medida em que os números são mensuráveis ceticamente) a ideia proposta.

A *time series analysis* constitui mecanismo de investigação típico das análises econométricas, mas que se aplica com absoluta oportunidade nos estudos qualitativos, tão tradicionais nos estudos das ciências jurídicas. Assim, evidencia-se novamente a complementariedade entre técnicas e métodos que, quando aplicados em conjunto, tendem a fortalecer a cientificidade dos textos e o alcance de inferências válidas.

Trata-se de uma análise não paramétrica que envolve padrões estatísticos que estimam uma realidade por meio do tempo. Esse modelo é mais flexível porque não impõe fórmulas paramétricas específicas, tampouco exige como condicionantes a volatilidade das funções³².

A técnica de *time series analysis* pode apresentar trechos com diferentes tendências, justamente por comportar padrões diferentes ao longo do tempo, estimando a incidência de fenômenos pela associação de eventos em avaliações cíclicas ou contínuas. A análise permite a visualização de uma tendência crescente, decrescente ou mesmo um padrão estacionário, evidenciando tendências semelhantes ou diferentes ao longo do tempo. A quantificação dessas tendências serve para estimar a continuidade da ocorrência dos eventos observados³³.

Importa assinalar que “as séries temporais são amostradas de forma irregular com vários níveis de ruído e com dados faltantes, também conhecidos como lacunas. O problema consiste em estimar os atrasos de tempo entre pares de séries temporais”³⁴. Trata-se de uma análise em série temporal simplificada, que coleta observações realizadas em um período longo de tempo, de maneira sequencial, tornando possível a verificação da incidência de determinado fenômeno em determinado corte espaço-temporal.

É possível, sem obstáculo, construir uma ponte dialógica e didática entre a pesquisa jurídica e a utilização de métodos com base econométrica, especialmente quando essa ponte ocorre de maneira complementar e conexa.

Considerando que o fator tempo é relevante para quase todo tipo de análise, assim como a comparação entre eventos, tal ferramenta evidencia enormes vantagens epistemológicas para a presente pesquisa, na medida em que permite um olhar contínuo sobre a ocorrência de ações judiciais e recomendações administrativas voltadas à proteção do direito à saúde e/ou garantia de tratamento especializado no âmbito do

32 GALLON, Santiago; GOMEZ, Karoll. Nonparametric Time Series Analysis of the Conditional Mean and Volatility Functions for the COP/USD Exchange Rate Returns. *Revista Colombiana de Estadística*, v. 33, n. 1, p. 25-41, 2010.

33 CARDOSO, Maria Regina Alves; ANTUNES, José Leopoldo F. Uso da análise de séries temporais em estudos epidemiológicos. *Revista Epidemiologia e Serviços de Saúde*, Brasília, v. 24, n. 3, p. 565-576, 2015.

34 TELLO, J. C. Cuervas; GRIMALDO, R. A. Gonzáles; PÉREZ, H. G. Gonzáles; OCHOA, Vital. Parallel Approach for Time Series Analysis with General Regression Neural Networks. *Journal of Applied Research and Technology*, v. 10, p. 162-179, Apr. 2012. p. 164.

Ministério Público do Ceará.

Os dados empíricos foram coletados no período correspondente a janeiro de 2006 até março de 2017, data em que os dados estavam disponíveis no relatório. A periodização escolhida se propõe a conferir maior atualidade e robustez da amostra. A unidade de análise escolhida foi o Ministério Público do Ceará, pela disponibilidade de dados, localização da pesquisa e oportunidade do tema.

O tipo de procedimento mais adotado corresponde à variável dependente. A variável independente 1 equivale ao número de procedimentos extrajudiciais, enquanto a variável dependente 2 equivale ao número de procedimentos judiciais. Os dados requeridos foram: Número de ações judiciais e recomendações administrativas voltadas à proteção do direito à saúde e/ou garantia de tratamento especializado no âmbito do Ministério Público do Ceará.

As informações foram solicitadas junto ao Núcleo de Atuação Especial Gestor da Transparência e Acesso à Informação – NUTRI, órgão vinculado ao Serviço de Informação ao Cidadão – SIC (Processo nº 21076/2017-7, Processo Eletrônico enviado dia 01 de junho de 2017, encaminhado à Procuradoria Geral de Justiça) do MPE/CE.

A solicitação também foi feita junto à Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde Pública (situada na Rua Dom Manuel de Medeiros, 2022, Parquelândia, Fortaleza/CE, contato: psp@mpce.mp.br), tudo com base no direito fundamental de acesso à informação e em conformidade com os princípios básicos tutelados pela Lei nº 12.527/11. A seguir, a tabela 1 com o quantitativo de procedimentos catalogados pela Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde Pública do Estado do Ceará, especificamente com referência às demandas voltadas à proteção do direito de acesso à saúde:

Tabela 1 - Quantitativo de procedimentos da Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde Pública do Estado do Ceará (janeiro de 2006 a março de 2017)

Ano	Despachos	Procedimentos	Discriminação	Quantidade	Total
2006	3.187	Judiciais	Ações Judiciais ajuizadas	21	21
		Extrajudiciais	Procedimentos preparatórios instaurados	1.005	1.217
			Inquéritos Cíveis	04	
			Recomendações Administrativas	11	
			Audiências	197	
2007	4.112	Judiciais	Ações Judiciais ajuizadas	117	117
		Extrajudiciais	Procedimentos preparatórios instaurados	1.349	1.586
			Inquéritos Cíveis	01	
			Recomendações Administrativas	06	
			Audiências	230	
2008	5.073	Judiciais	Ações Judiciais ajuizadas	104	104
		Extrajudiciais	Procedimentos preparatórios instaurados	1.798	2.142
			Inquéritos Cíveis	00	
			Recomendações Administrativas	26	
			Audiências	318	

Ano	Despachos	Procedimentos	Discriminação	Quantidade	Total
2009	5.624	Judiciais	Ações Judiciais ajuizadas	127	127
		Extrajudiciais	Procedimentos preparatórios instaurados	2.189	2.246
			Inquéritos Cíveis	01	
			Recomendações Administrativas	10	
			Audiências	46	
2010	6.475	Judiciais	Ações Judiciais ajuizadas	256	256
		Extrajudiciais	Procedimentos preparatórios instaurados	2.441	2.843
			Inquéritos Cíveis	00	
			Recomendações Administrativas	10	
			Audiências	392	
2011	5.191	Judiciais	Ações Judiciais ajuizadas	386	386
		Extrajudiciais	Procedimentos preparatórios instaurados	2.693	3.097
			Inquéritos Cíveis	00	
			Recomendações Administrativas	14	
			Audiências	390	
2012	6.104	Judiciais	Ações Judiciais ajuizadas	396	396
		Extrajudiciais	Procedimentos preparatórios instaurados	3.465	3.655
			Inquéritos Cíveis	00	
			Recomendações Administrativas	00	
			Audiências	190	
2013	5.613	Judiciais	Ações Judiciais ajuizadas	286	286
		Extrajudiciais	Procedimentos preparatórios instaurados	3.512	3.876
			Inquéritos Cíveis	00	
			Recomendações Administrativas	00	
			Audiências	364	
2014	4.048	Judiciais	Ações Judiciais ajuizadas	305	305
		Extrajudiciais	Procedimentos preparatórios instaurados	1.959	2.303
			Inquéritos Cíveis	01	
			Recomendações Administrativas	02	
			Audiências	341	
2015	4.027	Judiciais	Ações Judiciais ajuizadas	214	214
		Extrajudiciais	Procedimentos preparatórios instaurados	1.844	2.345
			Inquéritos Cíveis	19	
			Recomendações Administrativas	02	
			Audiências	480	

Ano	Despachos	Procedimentos	Discriminação	Quantidade	Total
2016	2.771	Judiciais	Ações Judiciais ajuizadas	167	1.278
		Extrajudiciais	Procedimentos preparatórios instaurados	597	
			Inquéritos Cíveis	531	
			Recomendações Administrativas	01	
			Audiências	149	
2017	398	Judiciais	Ações Judiciais ajuizadas	56	56
		Extrajudiciais	Procedimentos preparatórios instaurados	53	121
			Inquéritos Cíveis	53	
			Recomendações Administrativas	00	
			Audiências	15	

Fonte: Relatório Consolidado de Atividades - Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde Pública do Estado do Ceará, em resposta ao Processo nº 21076/2017-7.

É necessário esclarecer que foram desconsiderados os procedimentos preparatórios arquivados, visto que não há registro sobre sua data de início, o que geraria incoerência no cômputo final. As ações ajuizadas se dividem em ações civis públicas, mandados de segurança e outros procedimentos judiciais.

A ação civil pública, regida pela Lei nº 7.347/1985, se destina a propiciar a defesa de direitos coletivos, prevenindo ou modificando atos lesivos realizados por agentes públicos, ou mesmo em casos de omissão quanto aos atos que a burocracia pública deveria praticar.

O mandado de segurança, regido pela Lei nº 12.016/2009, é definido pelo art. 1º da referida norma como mecanismo capaz de proteger “direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça”.

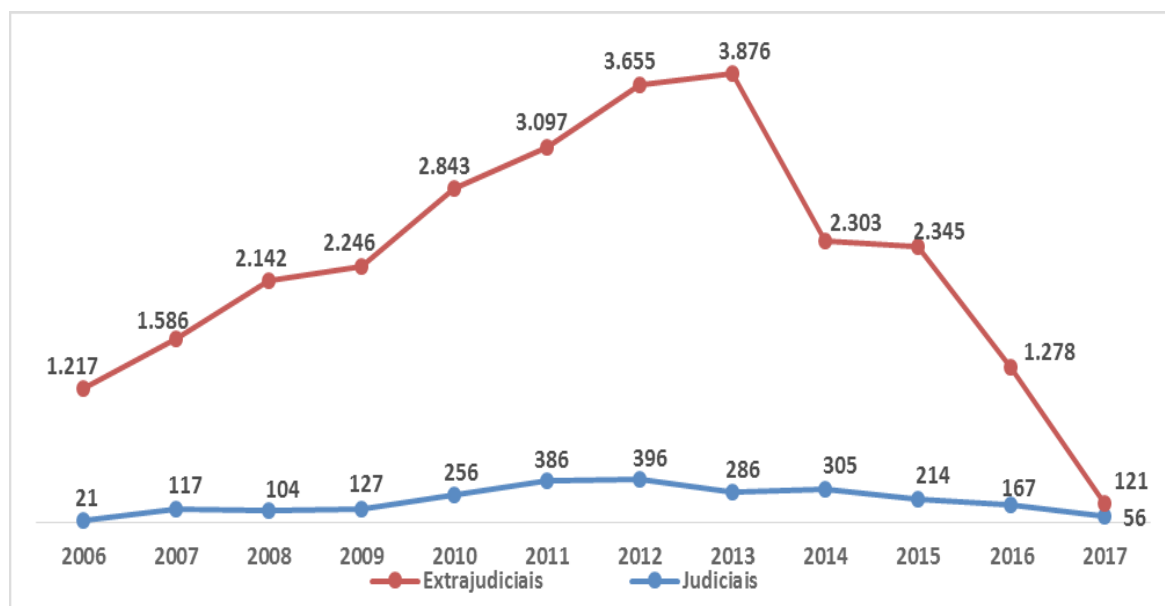
Como autoridades compreendem-se os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades autárquicas, assim como as pessoas que estão no exercício de atribuições do poder público, somente no que disser respeito a essas atribuições.

Como despachos, são compreendidos ofícios, denúncias, respostas de requisições, etc. Pelos dados, verificamos uma oscilação no número de despachos, com crescimento entre 2006 a 2010, e variação mais acentuada entre 2011 até 2015.

Em 2016 houve uma expressiva redução, comparativamente aos dados referentes aos anos anteriores. Tal alteração pode ser justificada tanto pela modificação do método de coleta como pela reunião de procedimentos, o que não estabelece uma correlação linear necessária se número de denúncias aumentou ao longo do tempo.

Cumprir destacar que a contagem de procedimentos do ano de 2017 se iniciou em janeiro e seguiu até março, data em que os dados foram disponibilizados em conjunto para a elaboração do relatório, razão pela qual ainda não foi finalizada a contagem. Para ilustrar graficamente, de maneira a facilitar a visualização das informações compiladas, segue o resumo dos dados coletados:

Gráfico 1 - Resumo dos procedimentos judiciais e extrajudiciais da Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde Pública do Estado do Ceará, com periodização entre janeiro de 2006 e março de 2017



Fonte: Elaboração própria, com base no Relatório Consolidado de Atividades - Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde Pública do Estado do Ceará (período: janeiro de 2006 a março de 2017).

Pelas informações descritas na linha contínua inferior do gráfico 1, percebemos um crescimento da adoção de medidas judiciais até dezembro de 2011, seguida por uma relativa estabilização até 2012. A partir de 2014, há uma queda acentuada dos procedimentos judiciais, o que pode significar uma redução dos problemas na prestação da saúde, visto que também houve drástica redução de procedimentos extrajudiciais nesse período.

No triênio 2011-2013, houve uma média de 356 ações judiciais ajuizadas, contra 228 ações no triênio 2013-2016. Em termos gerais, entre 2006 e 2013, houve significativo aumento no número de ações judiciais e, portanto, maior judicialização. A partir de 2014, houve forte redução no número de problemas examinados pela instituição, assim como de judicializações.

É possível verificar maior variação dos procedimentos extrajudiciais, descritos na linha contínua superior do gráfico 1; com crescimento bastante significativo entre o período inicial da consulta e dezembro de 2013, relativa manutenção entre 2014 e 2015 e redução a partir de 2016, considerando-se que a coleta de 2017 utiliza dados, apenas, até o mês de março.

Até dezembro de 2013, se apresenta um crescente número de problemas de prestação de saúde pública investigados pelo Ministério Público do Ceará, evidenciando um retrocesso na qualidade da prestação no período. A média de procedimentos investigados no triênio 2011-2013 foi de 3.542, contra 1.975 no triênio posterior, portanto, de 2013-2016.

A partir dos dados coletados, é possível visualizar maior variação dos procedimentos extrajudiciais, descritos na linha contínua superior do gráfico 1; com crescimento bastante significativo entre o período inicial da consulta e dezembro de 2013, relativa manutenção entre 2014 e 2015 e redução a partir de 2016.

É prudente evidenciar que a adoção por mecanismos extrajudiciais se enquadra dentro do poder de escolha limitado pela previsão legal. Cumpre destacar que a escolha sobre a ação subsequente ao recebimento da denúncia se encontra no âmbito de discricionariedade do membro do Ministério Público, que possui liberdade, dentro dos limites legais, para tentar solucionar os problemas apresentados extrajudicialmente e, se não houver êxito e se houver previsão legal, judicialmente. Nem todas as denúncias são absolutamente

inquestionáveis e nem sempre as ações judiciais conseguem devolver à sociedade a prestação jurisdicional esperada no prazo desejado, razão pela qual há uma forte tendência às tentativas extrajudiciais de condução das lides.

O Ministério Público possui deveres e atribuições estatuidos constitucionalmente, sendo incumbido à instituição funções como a defesa da ordem jurídica, da democracia no Estado de Direito, e do alcance a prerrogativas individuais dos cidadãos. Nesse contexto, se aplica o dever de busca pela realização de direitos, especialmente quando tais direitos deveriam ser garantidos pela esfera do Poder Público e, por razões outras, não o são.

Cabe ao Ministério Público pugnar pela realização dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição Federal de 1988, promovendo as medidas necessárias à sua garantia, o que pode se compreender como um dever de judicialização, nos casos em que couber, conforme se depreende dos textos dos arts. 127 e 129 do referido diploma.

Ainda, cumpre destacar o previsto no art. 22, VII da Lei Complementar nº 40 de 14 de dezembro de 1981, que estabelece normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público estadual e define como um de seus deveres a adoção de “providências cabíveis em face das irregularidades de que tenham conhecimento ou que ocorram nos serviços a seu cargo [...]”, o que se aplica à obrigação de atuar, judicial ou extrajudicialmente, diante do descumprimento da obrigação de prestar adequadamente os serviços de saúde à população.

De acordo com o Planejamento Estratégico do Ministério Público do Ceará³⁵, o órgão possui como objetivo estratégico exercer o papel ministerial de fiscalização visando efetivar os direitos de cidadania de crianças, adolescentes e enfermos, contribuindo para a prestação de serviços públicos de qualidade nas áreas de saúde.

Tal objetivo compreende a redução da insuficiência de serviços médicos especializados e/ou com grandes dificuldades nos serviços de pronto atendimento; a colaboração para o fortalecimento dos atendimentos à saúde; a fiscalização das condições em que a prestação do serviço público de saúde é realizada e a regularidade das contratações dos profissionais de saúde; e, não menos importante, a adoção de providências caso eventuais irregularidades sejam verificadas.

O Planejamento Estratégico do Ministério Público do Ceará segue as diretrizes estabelecidas pelo Planejamento Estratégico Nacional do Conselho Nacional do Ministério Público, que visa ao fortalecimento da instituição por meio da elaboração de uma agenda estratégica hábil a alinhar as ações, traçar objetivos comuns, promover melhorias dos serviços prestados e definir diretrizes de atuação convergentes.

A metodologia utilizada pelo Ministério Público foi elaborada com base na metodologia Balanced Scorecard (BSC), que consiste em um mecanismo de planejamento estratégico em que a instituição possui metas e estratégias definidos, com o objetivo de mensurar o desempenho por meio de indicadores (variáveis de controle) quantificáveis e verificáveis. Essa metodologia é desenhada, em regra, por mapas estratégicos³⁶.

Assim, a partir de discussões sobre os problemas levantados por representantes do Supremo Tribunal Federal, Advocacia Geral da União, Conselho Nacional de Justiça e Ministério da Justiça, foram definidos objetivos estratégicos capazes de assegurar a autonomia e unidade da instituição, para garantir uma atuação mais socialmente ativa.

Dentro dos objetivos estratégicos da instituição, a fiscalização administrativa e financeira quanto à atuação do Estado corresponde ao dever de *accountability* horizontal, que se materializa pela atuação do *parquet*

35 CEARÁ. Ministério Público do Ceará. *Planejamento Estratégico do Ministério Público do Ceará*. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/pro-saude/planejamento-estrategico/>. Acesso em: 21 jun. 2018.

36 LIMA, Andréa Cavalcanti Correia; CAVALCANTI, Arlei Antônio; PONTE, Vera. Da onda da gestão da qualidade a uma filosofia da qualidade da gestão: Balanced Scorecard promovendo mudanças. *Revista de contabilidade e finanças*, v. 15, p. 79-94, 2004.

quando verificadas situações de violação de direitos constitucionalmente tutelados, como o acesso à saúde, o que pode ocorrer por meio da judicialização ou por mecanismos extrajudiciais, respeitada a discricionariedade dos membros e os limites da lei.

Assim, inferimos que a atuação do Ministério Público do Ceará está voltada à concretização da *accountability* horizontal, na medida em que, ao receber denúncias sobre a não realização do dever de agir da Burocracia administrativa, a instituição se mobiliza para apreciar a legalidade dos atos administrativos praticados, defender a ordem jurídica e os interesses indisponíveis da sociedade e coibir eventuais violações na prestação da saúde, utilizando mecanismos judiciais ou extrajudiciais a depender da complexidade e necessidade de cada caso.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Respondendo ao problema de pesquisa e a partir dos dados compilados, verificamos que a fiscalização da prestação da saúde pública tem sido conduzida pelo Ministério Público do Ceará de maneira mais tendente à extrajudicialidade, evidenciando que a instituição realiza o *accountability* horizontal dentro de suas possibilidades estruturais e dos limites constitucionais.

Pelos dados coletados, constatamos um movimento crescente pela adoção de medidas extrajudiciais como mecanismo de *accountability* horizontal no âmbito do Estado do Ceará, utilizadas dentro da liberdade conferida pela discricionariedade da instituição e respeitadas as especificidades de cada caso. Todavia, em termos gerais, há uma redução do número de problemas apresentados à instituição, o que pode denotar melhora nos serviços públicos prestados.

Percebemos também que os dados conduzem à conclusão de que a burocracia administrativa, pressionada pela atuação do Ministério Público do Ceará, pode ter melhorado a prestação dos serviços oferecidos ou relativa melhora na eficiência do serviço público de saúde, uma vez que houve significativa redução no número de denúncias. Assim, possivelmente, o *accountability* realizado pelas Promotorias de Justiça tenha melhorado o atendimento aos usuários do serviço público de saúde no âmbito do Estado do Ceará.

Constatamos uma utilização bastante superior de mecanismos extrajudiciais a partir das denúncias, o que evidencia um comportamento institucional voltado à resolução menos morosa dos conflitos entre Estado e jurisdicionado.

A adoção de tais mecanismos reforça a fiscalização e o controle quanto à proteção contra eventuais violações do acesso à saúde, uma vez que, em termos teóricos, gestores da burocracia administrativa podem passar a adequar recursos (dentro das possibilidades orçamentárias do Estado) para atingir as necessidades da população para evitar a consequente judicialização.

REFERÊNCIAS

- ANGRIST, Joshua D.; PISCHKE, Jörn-Stefen. *Mostly harmless econometrics: an empiricist's companion*. New Jersey: Princeton University Press, 2008.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 59-86, 2012.
- BAUMGARTNER, Frank; JONES, Bryan. Agenda Dynamics and Policy Subsystems. *The Journal of Politics*, v. 53, n. 4, p. 1044-1074, 1991.

- BRASIL. *Lei nº 12.016 de 07 de agosto de 2009*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12016.htm. Acesso em: 2 jan. 2019.
- BRASIL. *Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985*. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347Compilada.htm. Acesso em: 2 jan. 2019.
- CARDOSO, Maria Regina Alves; ANTUNES, José Leopoldo F. Uso da análise de séries temporais em estudos epidemiológicos. *Revista Epidemiologia e Serviços de Saúde*, Brasília, v. 24, n. 3, p. 565-576, 2015.
- CARVALHO, Ernani. Revisão judicial e judicialização da política no direito ocidental: aspectos relevantes de sua gênese e desenvolvimento. *Revista Sociologia Política*, Curitiba, v. 28, p. 161-179, 2007.
- CARVALHO, Gilson. A saúde pública no Brasil. *Revista Estudos Avançados USP*, São Paulo, v. 27, n. 78, p. 7-26, 2013.
- CEARÁ. Ministério Público do Ceará. *Planejamento Estratégico do Ministério Público do Ceará*. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/pro-saude/planejamento-estrategico/>. Acesso em: 21 jun. 2018.
- DAHL, Robert. *La poliarquía: participación y oposición*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2002.
- DIAS, Maria Socorro de Araújo; GOMES, Diógenes Farias; DIAS, Thaís Araújo; SILVA, Lielma Carla Chagas da; BRITO, Maria da Conceição Coelho; CARNEIRO NETO, Manoel de Castro. Judicialização da saúde pública brasileira. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 6, n. 2, p. 133-146, 2016.
- EVANS, Peter B.; RUESCHMEYER, Dietrich; SKOCPOL, Theda. *Bringing the state back*. Cambridge: Cambridge University Press, 1985.
- FLYNN, Greg; KUZMAN, Tanya. Meaningful Participation? The Judicialization of Electoral Reform in Canada Post-Figueroa v. Canada. *Canadian Political Science Review*, v. 7, n. 1, p. 37-46, 2013.
- GALLON, Santiago; GOMEZ, Karoll. Nonparametric Time Series Analysis of the Conditional Mean and Volatility Functions for the COP/USD Exchange Rate Returns. *Revista Colombiana de Estadística*, v. 33, n. 1, p. 25-41, 2010.
- GERRING, John. Case selection for case-study analysis: qualitative and quantitative techniques. In: BRADY, Henry F.; COLLIER, David (eds.). *The Oxford handbook of political methodology*. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts, *Annual Review of Political Science*, v. 11, n. 1, p. 93-118, 2008.
- HIRSCHL, Ran. The New Constitution and the Judicialization of Pure Politics Worldwide. *Fordham Law Review*, v. 75, n. 2, p. 720-753, 2006.
- JONES, Bryan D. Behavioral rationality as a foundation for public policy studies. *Cognitive Systems Research*, Texas, v. 43, p. 63-75, 2017.
- JUCATELLI, João Paulo; SILVA, Juvêncio Borges. Judicialização da saúde, ativismo judicial e o consequente desequilíbrio do orçamento público. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, n. 1, p. 99-118, 2017.
- KERCHE, Fábio. O Ministério Público no Brasil: relevância, características e uma agenda para o futuro. *Revista USP*, São Paulo, n. 101, p. 113-120, mar./abr./maio, 2014.
- KING, Gary; KEOHANE, Robert; VERBA, Sidney. *Designing Social Inquiry*. New Jersey: Princeton University Press, 1994.
- LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante. Política, constituição e justiça: os desafios para a consolidação das instituições democráticas. *Revista de Sociologia e Política*, n. 17, p. 45-52, 2001.
- LIMA, Andréa Cavalcanti Correia; CAVALCANTI, Arlei Antônio; PONTE, Vera. Da onda da gestão da

qualidade a uma filosofia da qualidade da gestão: Balanced Scorecard promovendo mudanças. *Revista de contabilidade e finanças*, v. 15, p. 79-94, 2004

MORLINO, Leonardo. *Democracia y democratizaciones*. Madrid: CIS, 2009.

O'DONNELL, Guillermo. Acerca de varias accountabilities y sus inter-relaciones. In: PERUZZOTTI, E.; SMULOVITZ, C. (org). *Controlando la política: ciudadanos y médios em las nuevas democracias latinoamericanas*. Buenos Ayres: Temas Grupo Editorial, 2011.

O'DONNELL, Guillermo. Delegative democracy? *Journal of Democracy*, v. 1, n. 5, p. 55-69, 1994.

O'DONNELL, Guillermo. Horizontal accountability and new poliarchies. *Revista Lua Nova*, n. 48, p. 27-54, 1998.

PENALVA, Janaina; MACHADO, Teresa Robichez de Carvalho; DINIZ, Debora. A judicialização da saúde no Distrito Federal, Brasil, *Revista Ciência e Saúde Coletiva*, v. 19, n. 2, p. 591-598, 2014.

POWELL, G. Bingham. The chain of responsiveness. In: DIAMOND, Larry; MORLINO, Leonardo (ed.). *Assessing the quality of democracy*. Baltimore: The John Hopkins University Press, 2005.

PRZEWORSKI, Adam. Accountability social en America Latina y mas allá. In: *Controlando la política: ciudadanos y medios en las nuevas democracias*. Buenos Aires: Editorial Temas, 2002.

PRZEWORSKI, Adam; STOKES, Susan C.; MANIN, Bernard. *Democracy, accountability and representation*. New York: Cambridge University Press, 1999.

REIS, Denizi Oliveira; ARAÚJO, Eliane Cardoso de; CECÍLIO, Luiz Carlos de Oliveira. *Políticas públicas de saúde: Sistema Único de Saúde*. 2014. Disponível em: https://www.unasus.unifesp.br/biblioteca_virtual/esf/2/unidades_conteudos/unidade04/unidade04.pdf. Acesso em: 19 jun. 2018.

REZENDE, Flávio da Cunha. *Os Leviatãs estão fora do lugar: democracia, globalização e transformações no papel do Estado 1990-2010*. Pernambuco: UFPE, 2016.

REZENDE, Flávio da Cunha. Transformações metodológicas na ciência política contemporânea. *Revista Política Hoje*, v. 24, p. 13-45, 2015.

SANTOS, Lenir; ANDRADE, Luiz Odorico Monteiro de. Acesso às ações e aos serviços de saúde: uma visão polissêmica. *Revista Ciência e Saúde Coletiva*, v. 17, n. 11, p. 2876 -2878, 2012.

SCHEDLER, Andreas. Conceptualizing accountability. In: DIAMOND, Larry; PLATTNER, Marc F.; SCHEDLER, Andreas. *The self restraining state: power and accountability in new democracies*. Colorado, USA: Lynne Rienner Publishers, 2009.

SOUZA, Celina. Estado da arte da pesquisa em políticas públicas. In: HOCHMAN, Gilberto; ARRETCHE, Marta; MARQUES, Eduardo. (org.). *Políticas públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007.

TELLO, J. C. Cuervas; GRIMALDO, R. A. Gonzáles; PÉREZ, H. G. Gonzáles; OCHOA, Vital. Parallel Approach for Time Series Analysis with General Regression Neural Networks. *Journal of Applied Research and Technology*, v. 10, p. 162-179, Apr. 2012.

VENTURA, Miriam; SCHRAMM, Fermin Roland; SIMAS, Luciana; PEPE, Vera Lúcia Edais. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. *Physis Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 77-100, 2010.

VIANNA; Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. *Revista Tempo Social*, São Paulo, v. 19, n. 2, p. 39-85, 2007.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**Privacidade relacional no
ambulatório de oncogenética
do hospital de clínicas de Porto
Alegre**

**Relational privacy in the service
of medical genetics of the
hospital de clínicas de Porto
Alegre**

Leonardo Stoll de Moraes

Patrícia Ashton-Prolla

José Roberto Goldim

Márcia Santana Fernandes

VOLUME 8 • Nº 3 • DEZ • 2018
DOSSIÊ ESPECIAL : POLÍTICAS PÚBLICAS
E O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

Privacidade relacional no ambulatório de oncogenética do hospital de clínicas de Porto Alegre*

Relational privacy in the service of medical genetics of the hospital de clínicas de Porto Alegre

Leonardo Stoll de Morais**

Patrícia Ashton-Prolla***

José Roberto Goldim****

Márcia Santana Fernandes*****

* Recebido em 28/08/2018

Aprovado em 03/12/2018

** Doutorando em Ciências Jurídico-Civis na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestre e Bacharel em Direitos pelo Centro Universitário Ritter dos Reis. Pesquisador do Laboratório de Pesquisa em Bioética e Ética na Ciência do Hospital de Clínicas de Porto Alegre-LAPEBEC/HCPA/UFRGS. E-mail para contato: leonardostollm@gmail.com

*** Graduada em Medicina e Doutora em Ciências Biológicas (Bioquímica) pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Fellow em genética clínica e em genética clínica molecular no Departamento de Genética do Mount Sinai School of Medicine de Nova Iorque, Estados Unidos. Pós-doutora (CNPq) no Serviço de Genética Médica do Hospital de Clínicas de Porto Alegre na área de oncogenética. Coordenadora do Grupo de Pesquisa e Pós-Graduação do Hospital de Clínicas de Porto Alegre e professora adjunta do Departamento de Genética da UFRGS.

**** Doutor em Clínica Médica pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) e Mestre em Educação pela UFRGS. Graduado em Ciências Biológicas na UFRGS. Professor colaborador do PPG em Medicina: Ciências Médicas/UFRGS. Chefe do Serviço de Bioética do Hospital de Clínicas de Clínicas de Porto Alegre (HCPA). Coordenador do Laboratório de Pesquisa em Bioética e Ética na Ciência do HCPA/UFRGS.

***** Pós-Doutora em Medicina e Doutora em Direito pela UFRGS. Professora e Coordenadora Ajunta do Mestrado Profissional em Pesquisa Clínica do HCPA. Pesquisadora do Laboratório de Pesquisa em Bioética e Ética na Ciência- LAPEBEC/HCPA. Pesquisadora em nível de Pós-Doutorado no Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCRS.

RESUMO

O artigo trata do direito à privacidade relacional no contexto do serviço multidisciplinar de Oncogenética. Em particular, objetiva-se no estudo problematizar a mudança empírica da privacidade individual, para a noção relacional, principalmente, em face dos desafios impostos pelo aconselhamento genético humano. A questão central do estudo é responder se a privacidade visa garantir uma fronteira exclusiva que separa o indivíduo dos demais; ou se ela, ao contrário, protege o relacionamento contínuo de confiança, permeado por decisões compartilhadas entre o indivíduo e outras pessoas. Para isso, realizou-se um estudo de caso institucional do Ambulatório de Oncogenética do Hospital de Clínicas de Porto Alegre, para avaliar se, nesse ambiente, a privacidade é consolidada por meio de narrativas que potencializam a noção de *indivíduo detentor de um segredo*; ou se ela é definida com base em processos dialéticos que traduzem a ideia relacional de *pessoa receptora de uma informação compartilhável*. A partir dos resultados obtidos, conclui-se que, no aconselhamento genético, o direito à privacidade é protegido por meio de processos narrativos estabelecidos entre o paciente que compartilha as informações e o profissional que atua como receptor e intérprete. Trata-se, portanto, de um cenário em que há uma relação de cooperação a fim de garantir benefícios aos envolvidos, sendo o dever do paciente informar os familiares em risco e o dever de o profissional de saúde manter os dados e informações de forma confidencial.

Palavras-chave: Privacidade relacional; Aconselhamento genético; Informação genética; Decisões compartilhadas.

ABSTRACT

The article deals with the right to relational privacy in the context of Oncogenetics multidisciplinary service. In particular, the study aims to problematize the empirical change of individual privacy, to the relational no-

tion, mainly, in the face of the challenges imposed by human genetic counseling. The central question of the study is to answer if the privacy aims to guarantee an exclusive frontier that separates the individual from the others; or whether it, on the contrary, protects the ongoing relationship of trust, permeated by shared decisions between the individual and others. For this, an institutional case study was carried out at the Ambulatory of Oncogenetics of the Hospital de Clínicas de Porto Alegre, in order to evaluate if, in this environment, privacy is consolidated through narratives that enhance the notion of individual possessing a secret; or whether it is defined on the basis of dialectical processes that translate the relational idea of the person receiving a shareable information. From the results obtained, it is concluded that, in genetic counseling, the right to privacy is protected through narrative processes established between the patient who shares the information and the professional who acts as receiver and interpreter. It is therefore a scenario in which there is a cooperative relationship in order to guarantee benefits to those involved, and it is the duty of the patient to inform the family members at risk and the duty of the health professional to keep the data and information confidential.

KEYWORDS: Relational privacy; Genetic counseling; Genetic information; Shared decisions.

1. INTRODUÇÃO

No contexto do aconselhamento genético, o compartilhamento de informações sobre os riscos de ocorrência de doenças genéticas aos membros familiares do paciente é objeto de extenso debate jurídico¹⁻²⁻³⁻⁴ e bioético⁵⁻⁶. O principal problema apresentado, nesses estudos, diz respeito à colisão entre interesses individuais e familiares, principalmente em vista do dever de confidencialidade do profissional de saúde.

Para responder esse dilema, alguns países editaram modelos jurídicos prescritivos. A Associação Médica Britânica, por exemplo, estabelece que o dever de confidencialidade do médico para com o paciente é individual, contudo ele pode ser violado em circunstâncias excepcionais, quando sérios danos a outros podem ser evitados⁷. Um mecanismo legal similar é adotado na Austrália⁸, Canadá⁹, Suíça¹⁰ e nos Estados Unidos da América¹¹.

No sistema jurídico nacional, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 contempla a inviolabilidade do direito à privacidade em nível de direito fundamental (artigo 5º, X), proíbe a interceptação de comunicações telefônicas, telegráficas ou de dados (artigo 5º, XII), bem como estabelece a ação de habeas data (artigo 5º, LXXII), como meio processual de acesso e retificação de dados pessoais. A CFRB/88

1 KNOPPERS B.M.; HARRIS JUNIOR. B. L. A human rights approach code of conduct for genomic and clinical data sharing. *Hum Genet.*, v. 133, n. 7, p. 895-903, jul. 2014.

2 LOKEMA, M. P. et al. Ethical, legal, and counseling challenges surrounding the return of genetic results in oncology. *Journal of clinical oncology* : official journal of the American Society of Clinical Oncology, v. 31, n. 15, p. 1842-1848, 2013.

3 TAYLOR, M. *Genetic Data and the Law*. London: Cambridge Bioethics and Law, 2012. p. 106.

4 DHEENSA, S. et al. Health-care professionals' responsibility to patients' relatives in genetic medicine: a systematic review and synthesis of empirical research. *Genetics in medicine*: official journal of the American College of Medical Genetics, v. 18, n. 4, Apr. p. 290-301, 2016.

5 MCCLELLAN, K. A et al. Exploring resources for intrafamilial communication of cancer genetic risk: we still need to talk. *European journal of human genetics* : EJHG, 2013, v. 21, n. 9, p. 903-10.

6 SIJMONS, R. H.; LANGEN, I. M. VAN; SIJMONS, J. G. *A clinical perspective on ethical issues in genetic testing*. *Accountability in research*, 2011. v. 18, p. 148-162.

7 BRITISH MEDICAL ASSOCIATION. *Human genetics: choice and responsibility*. Oxford: Oxford University, 2011.

8 HUMAN GENETICS SOCIETY OF AUSTRALASIA. *The Protection of Human Genetic Information*. Austrália, 2007.

9 QUÉBEC (PROVINCE). *Fragile X Syndrome: The Role of Molecular Diagnosis and Screening in An Integrated Approach to Services*, 2001.

10 GOVERNMENT OF THE SWISS. *Federal Constitution of the Swiss Confederation*. Suíça, 1999.

11 UNITED STATES. Supreme Court Of California. *Tarasoff v. Regents of University of California*, 17 Cal.3d 425. California July 1, 1976.

também delimita escopos específicos de proteção à privacidade relacionada à propriedade privada (artigo 5º, XI) e à manifestação escrita (artigo 5º, XII)¹².

Na legislação infraconstitucional brasileira há uma série de situações jurídicas subjetivas¹³ protegidas, de conteúdo existencial e patrimonial. Existem *enunciados normativos*, no Código Civil brasileiro de 2002¹⁴, bem como de outras naturezas: processuais¹⁵; penais¹⁶; e códigos deontológicos¹⁷.

No que concerne a proteção de dados pessoais, deve-se destacar a novel Lei de Proteção de Dados brasileira, Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018 (em *vactio legis* até 14 de fevereiro de 2020)¹⁸. Este conjunto normativo tem como foco inibir a utilização indevida de dados e informações pessoais por terceiros, mas também garantir o direito a autodeterminação informativa¹⁹.

Obviamente a Lei de Proteção de Dados constitui um avanço em termos de proteção às liberdades individuais. Contudo, existem posições na literatura que afirmam ser ineficaz a tutela inibitória adotada pela legislação brasileira, na medida em que ela ao adotar níveis de proteção distintos (dados sensíveis recebem a maior proteção dentre todos, seguidos pelos dados pessoais e, por fim, pelos dados anônimos), deixa de considerar que todos os dados humanos possuem, em comum, a extrema facilidade para transpor espaços físicos, fato que fica evidente quando se aborda as noções de desterritorialidade e desespacialidade²⁰.

No que toca a proteção do direito à privacidade de informações genéticas, o Conselho Federal de Medicina Brasileiro (CFM), também não define quais são as justas causas que possibilitam a quebra do dever de confidencialidade.²¹ Por esse motivo, alguns autores indicam algumas situações jurídicas subjetivas envolvendo danos potenciais e evitáveis que podem configurar causas que justifiquem uma exceção ao dever de

12 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 21 abril. 2018.

13 Quando certas consequências jurídicas se ligam a determinadas situações ou comportamentos, configuram-se as situações jurídicas subjetivas. Por isso, os efeitos por excelência dos fatos jurídicos na ordem civil consistem nas situações jurídicas subjetivas. Tais efeitos, enquadráveis em categorias distintas estrutural e funcionalmente, podem ser reunidos sob a designação genérica de situações jurídicas subjetivas. Pouco importa se o conteúdo dessas situações foi previsto pelos próprios agentes que participaram do ato (no exercício de sua autonomia negocial) ou se resulta, em vez disso, da lei (como ocorre nos atos jurídicos stricto sensu, no atos-fatos jurídicos e nos atos ilícitos). Sobre a qualificação funcional das situações jurídicas subjetivas, consultar: SOUZA, E. N. *Situações jurídicas subjetivas: aspectos controversos*. Civilistica.com - Revista Eletrônica de Direito Civil, v. 1.2015, p. 1-25, 2015.

14 BRASIL. *Código Civil brasileiro de 2002*. Ver artigos: 11, 20, 21, 1299, 1301, 1336, inc. IV. Disponível: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 21 abr. 2018.

15 BRASIL. *Código de Processo Civil de 2015*. Ver artigo 189. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 21 abr. 2018.

16 BRASIL. *Código Penal brasileiro de 1946*. Ver artigos: 150 ao 154 e 157. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 21 abr. 2018.

17 CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Código de Ética Médica*. Ver artigos. 73 ao 79. Disponível em: <http://www.rcem.cfm.org.br/index.php/cem-atual>. Acesso em: 21 abr. 2018.

18 BRASIL. *Lei de Proteção de dados pessoais*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm Acesso em: 02 dez. 2018.

19 A autodeterminação informativa como critério da objetivação da vontade é sublinhada por Maria Cláudia Cachapuz. A autora conjuga o critério de igualdade desenvolvido por Habermas, a Teoria das esferas de Robert Alexy e uma sentença do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha de 1983, para construir o seguinte entendimento: “A concepção de autodeterminação informativa, nos termos como acolhida pelo tribunal alemão, autoriza, então o critério da objetivação da vontade em relação a conduta de tornar público aquilo que pertence, com exclusividade e reserva ao indivíduo”. Sobre a concepção de autodeterminação informativa, ver: CACHAPUZ, Maria Cláudia. *Intimidade e vida privada no novo Código Civil Brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2006. p. 253 – 254.

20 MENEZES NETO, E. J.; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; BEZERRA, T. J. S. L. . O projeto de lei de proteção de dados pessoais (pl 5276/2016) no mundo do bigdata: o fenômeno da dataveillance em relação à utilização de metadados e seu impacto nos direitos humanos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, p. 185-198, 2018. Nesta pesquisa os autores concluem que embora importantes, os mecanismos de controle estatais previstos na Lei de Proteção de Dados, eles são incapazes de proteger, adequadamente, os direitos humanos, o que ocorre como consequência de alguns fenômenos: da globalização; do surgimento de novos centros de poder não estatais; e da expansão das tecnologias da informação. Todos eles possuem, em comum, a extrema facilidade para transpor espaços físicos — o foi referido através das ideias de desterritorialidade e desespacialidade.

21 CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Código de Ética Médica*. Ver artigos. 73 ao 79. Disponível em: <http://www.rcem.cfm.org.br/index.php/cem-atual>. Acesso em: 21 abr. 2018.

confidencialidade²²⁻²³. Contudo, não há um consenso sobre essa questão²⁴.

Juridicamente, a coleta, manipulação e o compartilhamento de informações no processo de aconselhamento genético traduzem uma considerável parcela das liberdades humanas que são concretamente protegidas via direito à privacidade. Nesse cenário, a privacidade segue fundamentada em dois discursos principais: o libertário e o relacional²⁵.

Do ponto de vista clássico e libertário, o paciente tem o direito de controlar quem acessa, divulga e compartilha suas informações genéticas, na medida em que elas o pertencem²⁶. Tal noção reflete a ideia de que o interesse individual deve prevalecer sobre o interesse familiar²⁷. No entanto, como alternativa a essa posição é apresentada uma perspectiva relacional que visa proteger a privacidade do paciente enquanto *ser humano situado* que desenvolve relações com outros indivíduos ou grupos, por meio de processos narrativos que permitem a ele conduzir sua vida e tomar decisões responsabilmente^{28,29,30}.

Considerando essas inflexões teóricas, o presente artigo avalia as seguintes hipóteses: no âmbito do aconselhamento genético o direito à privacidade de informações pode ser consolidado por meio de um discurso jurídico liberal que potencializa a noção de *indivíduo detentor de um segredo?* ou deve ser definido com base em processos dialéticos que traduzem a ideia relacional de *pessoa receptora de uma informação compartilhável?*

A partir desses problemas, realizou-se um estudo de caso institucional do Ambulatório de Oncogenética do Hospital de Clínicas de Porto Alegre (HCPA), com o objetivo de observar empiricamente o direito à privacidade no processo de aconselhamento genético em casos envolvendo o compartilhamento de informações genéticas indicativas de predisposições hereditárias ao câncer.

O artigo segue organizado em duas partes. Na primeira parte, são apresentados os aspectos teóricos do direito à privacidade que fundamentam as hipóteses aqui trabalhadas e o método desenhado para realizar a pesquisa de estudo de caso. Na segunda parte, é proposta uma discussão dos resultados obtidos, sendo foco principal dessa seção a identificação da resposta empírica às hipóteses teoricamente formuladas.

2. PREMISSAS E QUESTÕES EMERGENTES DO DIREITO À PRIVACIDADE NO ACONSELHAMENTO GENÉTICO: DA PRIVACIDADE PROPRIETÁRIA À PRIVACIDADE RELACIONAL

No âmbito jurídico, a privacidade foi apresentada como um direito em 1890, pelos juristas norte-americanos Warren e Brandeis. Na época, os autores revisitaram o conceito jurídico de propriedade material para configurar evolutivamente o direito imaterial à privacidade. Na linha interpretativa analógica, os autores, por meio de precedentes judiciais da Suprema Corte dos EUA, concluíram que havia um estatuto jurídico consti-

22 GOLDIM, J. R.; GIBBON, S. Between personal and relational privacy: understanding the work of informed consent in cancer genetics in Brazil. *Journal of community genetics*. v. 6, n. 3, p. 287–93, 2015.

23 ROCHA, Luiz A. C. B. L. M.; FILPO, Klever P. L. Proteção do direito à vida privada na sociedade da hiperexposição: paradoxos e limitações empíricas. *Civilistica.com - Revista Eletrônica de Direito Civil*, v. 7 n. 1, p. 1-31, 2018.

24 ECHTERHOFF, G. *Direito à Privacidade dos Dados Genéticos*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 96.

25 URSIN, L. O. Biobank research and the right to privacy. *Theoretical medicine and bioethics*, v. 29, n. 4, p. 267–85, 2008.

26 SAMPAIO, J. A. L. Direito à intimidade à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 122-23.

27 Essa posição é adotada pela França. Consultar: FRANCE. Code civil - Livre Ier: Des personnes Titre Ier: Des droits civils Chapitre III : De l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne et de l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques. France Parliament, 2004.

28 DONEDA, D. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

29 FERNANDES, M. S. et al. *Genetic information and biobanking: a Brazilian perspective on biological and biographical issues*. *Journal of community genetics*, 2015.

30 STEEVES, V. Reclaiming the Social Value of Privacy. In: STEEVES, Valerie; LUCOCK, Carole; KEER, Ian (ed.). *Lessons from the identity trail: anonymity, privacy and identity in a networked society*. London: Oxford University Press, 2009. p. 203.

tucional capaz de garantir o direito geral à privacidade como *right to be left alone*, conceituando-o como aquele que protege o direito de estar só do indivíduo, independentemente da forma de expressão - manifestos em cartas, diálogos, livros, desenhos, pinturas ou composições musicais³¹.

Warren e Brandeis amplificaram, no contexto norte-americano, a discussão sobre o direito à privacidade, ao segurar que além da privacidade como uma propriedade imaterial do indivíduo, também há o reconhecimento da privacidade como um direito pessoal. Neste importante artigo - *The Right to Privacy* - os autores enfatizam a necessidade do reconhecimento do direito à privacidade como forma de proteção da inviolabilidade da personalidade (*inviolate personality*), também com o fim de proteger interesses pessoais³².

O pensamento de Warren e Brandeis impactou na construção normativa da privacidade a partir das raízes libertárias do indivíduo, criando, assim, a perspectiva clássica desse direito que, paradoxalmente, consolidou a proteção do indivíduo de forma exclusiva, por meio do reconhecimento de uma zona íntima, traduzida pela propriedade privada³³.

Na perspectiva filosófica, essa noção foi percebida por Hanna Arendt, na medida em que a autora centra na propriedade a noção de direito à vida privada e a liberdade de manter segredos:

“(…) Uma vida passada totalmente em público, na presença dos demais, torna-se, por assim dizer, superficial. Mesmo conservando sua visibilidade, ela perde a faculdade de subtrair à visão pública um certo fundo mais obscuro que deve permanecer escondido para não perder efetivamente, sua profundidade. A única maneira eficiente de garantir o segredo disto que deve permanecer escondido é a propriedade privada, um local do qual se seja proprietário, no qual refugiar-se.”³⁴

Bennett, similarmente, compreende que a privacidade teve suas raízes centradas no individualismo liberal do direito à privacidade, visto que elas sustentaram as noções de separação entre Estado e sociedade civil³⁵. Nessa mesma perspectiva, Lyon, por exemplo, observa que *abordagem liberal à privacidade tende a confundir privacidade com violação à propriedade*³⁶.

Do ponto de vista moral, John Locke forneceu a justificativa libertária do direito à propriedade privada promovendo a ideia de que não apenas existimos em nossos corpos, mas também os possuímos. Locke afirmava que a propriedade genericamente garante que *todo mundo seja dono de si mesmo*³⁷. Ao dizer isso, compreendia que o conceito de propriedade apresentava duplo sentido: o primeiro relacionado a capacidade dos indivíduos de serem titulares de todos direitos no estado de natureza; o segundo associado a possibilidade de manutenção da vida, da liberdade e dos bens da pessoa³⁸.

A visão liberal de Locke foi dogmaticamente estendida às noções de privacidade. Tal entendimento é apontado por Reiman ao afirmar que a privacidade *é o meio que confere ao indivíduo o seu desenvolvimento de forma individual*³⁹. Por isso, a noção libertária de privacidade reflete a lógica da exclusividade, na medida em que o indivíduo tem o *direito moral exclusivo de moldar [seu] destino, sendo as violações de privacidade, portanto, aquelas que penetram no seu âmbito privado*⁴⁰. Concordando com essa noção, Wasserstrom sugere que a privacidade consiste

31 BRANDEIS, L. D.; WARREN, S. D. *The right to privacy. Harvard Law Review*, Cambridge, v. 4, n. 5, 15 dec. 1890. Disponível em: <<http://readingnewengland.org/app/books/righttoprivacy/?l=righttoprivacy>>. Acesso em: 21 abr. 2018.

32 STOCKHOLM, Norstedt; SÖNERS, Förlag. *Right of Privacy and Rights of the Personality, a Comparative Survey*. 1967.

33 ROCHA, Luiz A. C. B. L. M.; FILPO, Klever P. L. Proteção do direito à vida privada na sociedade da hiperexposição: paradoxos e limitações empíricas. *Civilistica.com - Revista Eletrônica de Direito Civil*, v. a.7 n. 1, p. 01-31, 2018.

34 ARENDT, H. *A Condição Humana*. Tradução de Roberto Raposo. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013. p. 52.

35 COLIN J. BENNETT. Defence of Privacy: the concept and the regime. *Surveillance & Soc'y*, v. 8, p. 485-486, 2011.

36 LYON, D. *Electronic Eye: the rise of surveillance society*. Minneapolis: University of Minnesota. 1994. p. 186.

37 LOCKE, J. *Two treatises of government*. New York: Cambridge, 1967. p.132.

38 MICHEL, V. F.; DEITOS, M. A. *A aquisição original da propriedade: releitura de Locke e possibilidade de uma concepção autônoma de direito privado*. *Civilistica.com - Revista Eletrônica de Direito Civil*, v. 2, p. 1-21, 2017.

39 REIMAN, J. H. Privacy, Intimacy, and Personhood. In: SCHOEMAN, Ferdinand David (ed.). *Philosophical Dimensions Of Privacy: an anthology*. 1984. p. 310.

40 REIMAN, J. H. Privacy, Intimacy, and Personhood. In: SCHOEMAN, Ferdinand David (ed.). *Philosophical Dimensions Of Privacy: an anthology*. 1984. p. 310.

na proteção de um núcleo de pensamentos e sentimentos que dizem respeito à pessoa que não podem ser objetos de divulgação⁴¹.

Nessa linha, Stadler descreve que a privacidade *se assemelha a um tipo de bolha que envolve cada pessoa, e as dimensões dessa bolha são determinadas pela capacidade de controlar quem tem acesso a ela*⁴². Nedelsky também aponta que na perspectiva clássica a privacidade atua como *uma fronteira* que potencializa as percepções individuais da pessoa⁴³.

No Brasil, o direito à privacidade como poder exclusivo que garante liberdades individuais da pessoa natural contra interferências externas foi apresentado por Sampaio. O autor utiliza o modelo germânico das três esferas, de forma que para ele a privacidade pode ser dividida em: (a) esfera mais interna: considerada a parte mais íntima do indivíduo, sendo dotada de conteúdo de direito absoluto; (b) esfera da vida privada: formada por grupos sociais delimitados dos quais o indivíduo compartilha informações, por ato de vontade; (c) esfera sociais e públicas: consiste na atuação política e social do indivíduo, sendo o círculo mais amplo⁴⁴.

Já a posição que reconhece os contornos da dicotomia entre espaços públicos e privados como fronteiras que refletem posições de privacidade é formulada por Cachapuz. A autora confirma que existe uma dicotomia que traduz o que é público e o que é privado, sob a ótica filosófica de Hannah Arendt. A partir dessa hipótese, Cachapuz compreende que a divisão binária atua como uma fronteira que *oferece: mínima em relação ao que é privado, máxima em relação ao que é público*⁴⁵. Isso significa, para autora, reconhecer no espaço privado a atuação do princípio da exclusividade, devendo a restrição de uma liberdade ser a menor possível⁴⁶.

A abordagem que associa a privacidade a um espaço dicotômico ou como uma fronteira foi com o passar do tempo fortemente criticada. Solove, por exemplo, afirma que *a tecnologia moderna representa um sério desafio para [esta] tradicional compreensão binária de privacidade baseada na divisão entre público e privado*⁴⁷. Baião e Gonçalves vão além ao sustentarem que a definição clássica faz com que a privacidade não reflita mais a complexidade e a interdependência do nosso mundo⁴⁸. Essa perspectiva crítica parte da noção de que a privacidade como garantia das liberdades individuais não oferece mais uma resposta adequada, pois ela destaca a pessoa de sua identidade coletiva e, portanto, a enfraquece e a transforma em um indivíduo que está fora do contexto social em que vive.

Somando-se a essa posição, Doneda classifica os estudos que visam delimitar “espaços” ou “bens” protegidos pela privacidade como irrelevantes. O autor entende que a dicotomia entre espaços públicos e privados como forma de identificação de questões envolvendo a privacidade é insuficiente, pois tal definição binária não é capaz de explicar suficientemente a perda de privacidade causada pela crescente digitalização de todas as áreas da vida humana, principalmente, porque essa provável perda ocorre em *ambientes públicos*⁴⁹. Ao fazer essa crítica, Doneda indica que a privacidade determina *o nível de relação da própria personalidade do sujeito de direitos com as outras pessoas e com o mundo exterior – pela qual a pessoa determina sua inserção e exposição*⁵⁰.

Ao traçar essa perspectiva, Doneda utiliza a teoria relacional de Pietro Perlingieri⁵¹ para apresentar a no-

41 WASSERSTROM, R. A. Privacy: Some Arguments and Assumptions. In: SCHOEMAN, Ferdinand David (ed.). *Philosophical Dimensions Of Privacy: an anthology*. 1984. p. 322.

42 STALDER, F. Privacy is Not the Antidote to Surveillance, *1 Surveillance & Soc'y*. 2002, p. 120-21.

43 NEDELSKY, J. *Reconceiving Autonomy: sources, thoughts and possibilities*. 1 Yale J.L. & Feminism, 1989. v. 7. p. 13.

44 SAMPAIO, J. A. L. *Direito à intimidade à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 254.

45 CACHAPUZ, M. C. *Intimidade e vida privada no novo Código Civil Brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2006. p. 287.

46 CACHAPUZ, M. C. A construção de um conceito de privacidade, as cláusulas gerais e a concreção de direitos fundamentais. In: PONS, M. (ed.). *Modelos de Direito Privado*. São Paulo: 2014. p. 41-48

47 SOLOVE, D. A. Taxonomy of Privacy. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 154, n. 3, 2006, p. 116 -17.

48 BAIÃO, K. S.; GONÇALVES, K. C. A garantia da privacidade na sociedade tecnológica: um imperativo à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. *civilistica.com*, v. 3, n. 2, 2014.

49 DONEDA, D. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 145-146.

50 DONEDA, D. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

51 Em particular, para PERLINGIERI, o direito civil é um sistema de relações e isso inclui o aspecto dinâmico, caracterizado

ção de que a proteção da privacidade de uma relação jurídica deve superar a tendência de encerrar o direito na construção dos institutos civilísticos em termos exclusivos de atribuição de direitos ou de poderes. Por isso, a perspectiva relacional do direito à privacidade não legitima a ideia de poder subjetivo de controlar informações, mas a noção de tutelar interesses contrapostos segundo o qual cada situação envolvendo a proteção de informações deverá ser apreciada no âmbito de uma relação jurídica e à luz da situação jurídica a ela contraposta.

A compreensão de que o direito à privacidade não se destina unicamente à satisfação do interesse, a todo custo, do seu titular abre margem a um amplo controle de abusividade e o reconhecimento de situações jurídicas subjetivas, norteadas pela ideia de cooperação necessária entre centros de interesse⁵².

A ideia de que o direito à privacidade protege centros de interesses existentes em uma relação jurídica não é nova. Rachels, por exemplo, argumenta que a privacidade é importante porque permite que pessoa mantenha uma série de relacionamentos em diferentes níveis com diferentes tipos de pessoas⁵³. Nesse sentido, Altman também concentra a privacidade na capacidade do indivíduo de regular sua exposição no ambiente relacional ao afirmar que “a privacidade é um processo de fronteira interpessoal pelo qual uma pessoa regula a sua interação com os outros”⁵⁴. Ao invés de depender de uma fronteira pública e privada, Altman sustenta que a privacidade é “um processo dinâmico que envolve o controle seletivo e comunicativo sobre informações compartilháveis”⁵⁵.

De forma associativa, Helen Austin compreende que a privacidade se baseia na capacidade de se relacionar com o mundo exterior. Ela sugere que a privacidade não se reduz a proteção de reivindicação contra as pressões de uma esfera exclusiva, mas sim sobre “proteger as condições de existência”. Para Austin, a proteção dessas condições é realizada por meio de atos de “comunicação social”⁵⁶. Práticas que perturbem esse ato podem gerar uma violação de privacidade, como, por exemplo, à vigilância.

Nissenbaum também reconhece essa percepção ao afirmar que as pessoas naturais mudam constantemente de “ambientes” e que eles envolvem, na verdade, um conjunto distinto de normas que governam seus diversos papéis sociais, expectativas, ações e práticas⁵⁷. Já Nedelsky afirma que a privacidade protege o relacionamento contínuo e negociável entre dois indivíduos, ou entre o indivíduo e a comunidade, ou entre grupos e a comunidade, visto que para ele “a circulação das informações é importante para as pessoas que estão diretamente relacionadas”⁵⁸.

A visão relacional da privacidade visa regulamentar o fluxo de informações e os relacionamentos constituídos a partir do compartilhamento restrito. Como Steeves sustenta: “a privacidade relacional é o limite entre [o] eu e [o] outro que é negociado por meio de interações discursivas entre dois ou mais atores sociais”⁵⁹. Por isso, para a autora a privacidade é vista como um processo dialético, que envolve tanto uma restrição, quanto uma busca de interação.

O reconhecimento da perspectiva relacional da privacidade não está restrito, apenas, em uma construção teórica. A Corte Europeia de Direitos Humanos reconhece essa perspectiva ao especificar que o termo “vida privada” garante a capacidade da pessoa natural de estabelecer relações com outros seres humanos e com o mundo exterior:

pelo nascimento, a realização, a modificação e a extinção de relações jurídicas, isto é, o conjunto das suas vicissitudes” (O direito civil na legalidade constitucional, cit., p. 728-729).

52 SOUZA, E. N. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, v. 5, abr./jun. 2014

53 RACHELS, J. *Why Privacy is Important*. In: SCHOEMAN, Ferdinand David (ed.). *Philosophical Dimensions of privacy: an anthology*. 1984. p. 290-292.

54 ALTMAN, I. *The environment and social behavior: privacy, personal space, territory, crowding*. Canadá: Monterey, 1975. p. 06.

55 Ibidem.

56 AUSTIN, Lisa M. *Privacy and Private Law: the dilemma of justification*. 55 MCGILL L.J. 2010, p. 165-68.

57 NISSENBAUM, H. *Privacy as Contextual Integrity*. WASH. L. REV. 2004. p. 119 – 20.

58 NEDELSKY, J. *Law's Relations*. London: Oxford University Press, 2011, p. 180.

59 STEEVES, V. Reclaiming the Social Value of Privacy. In: STEEVES, Valerie; LUCOCK, Carole; KEER, Ian (ed.). *Lessons from the identity trail: anonymity, privacy and identity in a networked society*. London: Oxford University Press, 2009. p. 206.

...seria muito restritivo limitar essa noção [de vida privada ou privacidade] a um “pequeno círculo” em que o indivíduo pode viver sua própria vida pessoal como bem entender e excluir dali em diante o mundo externo desse círculo. O respeito à vida privada deve também se comprometer em um dado grau ao direito de estabelecer e desenvolver relações com outros seres humanos.⁶⁰

A posição da Corte demonstra que não é suficiente proteger a privacidade do indivíduo simplesmente de influências externas ou concedendo-lhe controle sobre certos tipos de informação em determinados cenários ou círculos⁶¹. Em vez disso, a Corte entende que a proteção da privacidade só pode ser alcançada quando se limitam os impactos adversos da circulação de informações, independentemente de elas estarem em círculos concêntricos (esfera secreta, íntima e privada) ou serem relacionadas a ambientes públicos ou privados.

Desta forma, a privacidade na perspectiva relacional visa a proteção da pessoa como *ser* que dispõe de um *viver* social, político e institucional, deixando esse direito de receber, apenas, uma proteção de aspecto negativo: o direito de ser deixado só ou de não ter a própria vida devassada ou publicizada. Hoje, o direito à privacidade representa um instrumento jurídico que permite à pessoa humana se relacionar com outras a partir de decisões responsáveis. É por isso que a doutrina aponta que os direitos de personalidade não configuram um direito ao egoísmo⁶².

A partir dessas diferentes perspectivas teóricas e normativas do direito à privacidade é possível identificar as seguintes premissas e questões emergentes no ambiente do aconselhamento genético:

(1ª) Premissa: a privacidade na concepção clássica é liberal-proprietária, permite que o indivíduo controle violações da sua esfera privada, fato que inclui o controle de quem acessa suas informações.

(Questões): se entendermos que nossa relação com a privacidade é proprietária, isso poderia significar que no aconselhamento genético as informações geradas a partir de amostras biológicas do paciente pertencem exclusivamente a ele? Igualmente o acesso dessas informações configuraria uma violação direta à privacidade dos envolvidos?

(2ª) Premissa: o reconhecimento da perspectiva relacional do direito à privacidade compreende que o que deve ser protegido é a relação estabelecida, por meio de processos narrativos, entre a pessoa que compartilha e o receptor da informação, garantindo assim que as pessoas possam *viver* sem excluir o mundo externo do círculo de relacionamentos que a envolvem.

(Questões): no processo de aconselhamento genético o direito à privacidade não está ligado diretamente a uma pessoa específica, mas a todos que compartilham da sua informação genética? O fato de o profissional de saúde acessar as informações dos familiares que estão manifestamente envolvidos não significa, necessariamente, uma violação de privacidade?

Tais questões motivaram a presente pesquisa empírica que foi desenhada e executada no Hospital de Clínicas de Porto Alegre (HCPA).

60 CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Niemietz v. Germany, no. 13710/88. 1992. Livre Tradução: “... it would be too restrictive to limit the notion [of private life or privacy] to an “inner circle” in which the individual may live his own personal life as he chooses and to exclude therefrom entirely the outside world not encompassed within that circle. Respect for private life must also comprise to a certain degree the right to establish and develop relationships with other human beings”.

61 Teoria das esferas por apresenta por Heinrich Hubmann. O autor divide a esfera da vida privada do ser humano em três círculos, de acordo com sua densidade, sendo que a esfera externa seria a privacidade, a intermediária alocaria o segredo e a esfera mais interna seria o plano da intimidade. Tal posição foi introduzida no Brasil por Elimar Szaniawski. SZANIAWSKI, E. *Direitos de Personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2. ed. 2005. p. 355-356

62 ASCENSÃO, J. de O. *Direito Civil: teoria geral: introdução. As pessoas. Os bens*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1. p. 97-98.

3. O MÉTODO DO ESTUDO DE CASO INSTITUCIONAL

Trata-se de uma pesquisa de natureza empírica, organizada a partir de um estudo de caso institucional do Ambulatório de Oncogenética do HCPA. Para realizar o estudo foram acompanhadas as atividades preparatórias e de atendimento dos pacientes e familiares, bem como foram realizadas observações dos atendimentos e das reuniões clínicas dos profissionais, durante o período de quatro meses (setembro, outubro, novembro e dezembro do ano de 2015). As reuniões das equipes (denominadas de rounds clínicos) aconteceram todas as segundas-feiras. As consultas de aconselhamentos genéticos foram realizadas no ambulatório especializado nas quartas-feiras. Foram coletadas e registradas em um diário de campo: os processos narrativos estabelecidos entre o paciente e a equipe; as formas de abordagem; e as estratégias utilizadas pelos profissionais para proteger o direito à privacidade. O diário de campo se mostrou uma importante ferramenta metodológica para anotações sistemáticas dos aspectos envolvidos em seus diferentes estágios.

Os dados obtidos foram avaliados de forma qualitativa por meio da análise de conteúdo de Bardin⁶³. A identificação visou o estabelecimento de categorias com base na descrição das práticas e estratégias dos profissionais de saúde no ambiente de aconselhamento genético. A presente pesquisa segue adequada às normas previstas pela Resolução do Conselho Nacional de Saúde n. 466/2012 e foi aprovada em seus aspectos éticos e metodológicos pelo Comitê de Ética em Pesquisa (CEP) do HCPA (Parecer no. 1.150.205). As supervisoras do Ambulatório de Oncogenética autorizaram as observações dos atendimentos e das discussões de casos por meio de Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE). Igualmente, o pesquisador assinou Termo de Confidencialidade para garantir a preservação da privacidade dos pacientes, bem como para reconhecer o caráter confidencial das informações discutidas. Todas as informações foram consideradas privilegiadas, por isso não foi documentado qualquer dado que pudesse identificar os pacientes ou familiares envolvidos.

4. PERCEBENDO A PRIVACIDADE RELACIONAL NO AMBULATÓRIO DE ONCOGENÉTICA DO HOSPITAL DE CLÍNICAS DE PORTO ALEGRE

Foram observadas dezesseis reuniões (n=16) e dez aconselhamentos genéticos nos ambulatórios especializados (n=10). A partir das anotações, foram identificadas cinco etapas envolvidas nos atendimentos realizados no Ambulatório de Oncogenética, bem como foram observados os aspectos jurídicos presentes em cada etapa. O Quadro 1 sintetiza os resultados obtidos:

Quadro 1

Etapas	Rotinas	Aspectos jurídicos	Estratégias de Proteção
Dados / Informações	Individuais	Coleta de dados	Confidencialidade
	Familiares (Heredograma)	Privacidade relacional	
	Motivações / Expectativas	Deveres Informativos	
Avaliação de Risco	Diagnóstico Clínico	Direito à privacidade	Termo de confidencialidade (TC) assinado pelos membros
	Percepção de Risco		
	Round	Acesso aos dados	
	Cálculos empíricos	individuais e familiares	

63 BARDIN, L. *Análise de conteúdo*. São Paulo: Edições 70, 2011.

Etapas	Rotinas	Aspectos jurídicos	Estratégias de Proteção
Estudos Genéticos	Avaliação / Caso Índice / Parentes Obrigados	Acesso à informação genética	Processo de consentimento
	Indicação de testes Genéticos	Processo de consentimento	TCLE
	Convite para a pesquisa	Coleta de material biológico	Confidencialidade
	Coleta do material genético Interpretação do resultado	Privacidade relacional	Dados desidentificados
Manejo e Prevenção	Round	Privacidade relacional	TC assinado pelos membros da equipe
	Comunicação dos resultados	Deveres informativos	
	Apoio psicológico	Direito de não saber	Confidencialidade
	Apoio Individual		
	Localização dos parentes em risco	Privacidade relacional	
Apoio familiar			
Seguimento	Atualização Periódica	Direito de não sofrer discriminação	Apoio psicológico
	Comunicação com os familiares	Privacidade relacional versus direito à informação	Exceção à Confidencialidade
	Interação com especialistas	Deveres informativos	

A partir do estudo realizado, observou-se que o processo de aconselhamento envolve as seguintes etapas: (1º) coleta de dados; (2º) avaliação de risco; (3º) estudos genéticos; (4º) interpretação de todos os dados; (5º) identificação da informação genética; (6º) manejo e prevenção; (7º) seguimento do caso. Cada etapa é rica em detalhes, dados e informações:

(1ª) *Coleta de dados/informações*: momento em que o profissional de saúde tem o primeiro contato com o paciente e coleta dados pessoais e familiares que são registrados no prontuário. Além disso, o profissional e o paciente constroem o heredograma familiar (espécie de árvore genealógica com registro de ocorrência de doenças genéticas na família). Nessa etapa, foi possível identificar que o direito à privacidade estava diretamente associado à proteção de dados e informações pessoais e familiares.

(2ª) *Evolução de risco*: etapa em que o profissional de saúde interpreta os dados e o histórico familiar do paciente. A partir disso, o profissional formula a hipótese de diagnóstico clínico e discute os cálculos empíricos da literatura com a equipe multidisciplinar. Nessa etapa, verificou-se que o direito à privacidade de informações genéticas é objeto de preocupação, na medida em que o profissional responsável pelo caso apresenta aos colegas todas as informações e dados coletados na consulta. Para garantir o dever de confidencialidade do paciente, os integrantes da equipe multidisciplinar assinam um termo de confidencialidade. O acesso aos dados do paciente pelos demais profissionais da equipe é justificado, em vista do benefício direto do paciente em receber um diagnóstico amplamente discutido e verificado por um grupo de especialistas.

(3ª) *Estudos genéticos*: fase em que o profissional de saúde prescreve o teste genético indicado para o paciente, e se for o caso localiza o caso índice para continuidade da avaliação do cálculo de risco. Nessa etapa, normalmente os pacientes são convidados para projetos de pesquisas (com ganho secundário em receber o resultado), principalmente porque os testes genéticos para avaliação de percepção de risco de câncer não fazem parte da política assistencial do SUS. O Brasil não possui uma política pública específica para cobertura de testes genéticos que indiquem predisposição hereditária ao câncer. O HCPA possui grupos de pesquisas

com projetos voltados para área genômica. Alguns projetos de pesquisa nessa área oferecem ao participante a realização de testes genéticos e estudos moleculares. Dessa forma, em alguns casos, a equipe informa se o paciente preenche o critério de inclusão de algum projeto de pesquisa envolvendo estudo molecular ou estudo de alguma predisposição de câncer específica. Sobre esses convites, observou-se que o paciente é informado sobre as diferenças entre assistência e pesquisa, fator trabalhado no processo de consentimento informado. Igualmente nessa fase, os profissionais avaliam se o paciente possui plano de saúde ou pode arcar com os custos da realização do teste genético.

(4^a) *Manejo e prevenção*: momento em que o profissional recebe o resultado do teste genético e discute com a equipe as estratégias de comunicação, manejo e prevenção. Em seguimento, o resultado é comunicado ao paciente e é oferecido apoio psicológico. No ato da comunicação, os profissionais de saúde esclarecem a ele quais os familiares que devem ser convidados para o processo de aconselhamento genético, por estarem igualmente em risco. Nessa etapa, verificou-se que equipe se preocupa com análise detalhada do caso, pois os resultados dos testes e estudos devem ser fidedignos, de forma que qualquer suspeita de erro na interpretação da amostra será objeto de nova avaliação. Após discussão do caso com a equipe, o profissional comunica o resultado ao paciente. Trata-se de uma comunicação que envolve vários fatores, dentre eles a capacidade emocional do paciente para receber o resultado naquele momento, capacidade do profissional em transmitir a informação de forma adequada, bem como capacidade do profissional em educar o paciente sobre todos os aspectos futuros envolvidos, dentre eles a comunicação do resultado aos demais familiares em risco. Para comunicar o resultado ao paciente, a equipe preza pela divulgação individual, mesmo quando à família já está em acompanhamento, pois os resultados podem ter impactos e significados diferentes para cada pessoa. Observou-se que as reações dos pacientes foram variáveis, não existindo um padrão propriamente dito. Alguns pacientes quando receberam o resultado negativo, sentiram-se tristes, pelo sentimento de não pertencimento à família que possui como marca a ocorrência de doença hereditária de câncer. Outros pacientes manifestaram negação ao resultado positivo, não compreendendo adequadamente os riscos envolvidos, e outros ficaram angustiados pela incerteza de que algo poderá lhe acontecer no futuro. Em resumo, nessa etapa, identificou-se que o acesso à informação genética garante ao paciente o conhecimento sobre as suas características genéticas e as formas de prevenção que deverá adotar para diminuir o risco de ocorrência de doenças genéticas na sua família.

(5^a) *Seguimento*: o profissional marca consultas de atualização periódica e realiza o contato com o familiar convidado pelo paciente a participar do processo de aconselhamento genético. Nessa etapa, identificou-se que o médico entra em contato com os familiares e estabelece a relação entre a equipe e a família. Essa nova interação extrapola a relação inicial entre o médico e o paciente. Essa etapa é muito importante para o andamento do processo de aconselhamento genético, visto que quanto mais familiares aderirem ao aconselhamento, mais dados são compartilhados e mais informações são produzidas em prol do benefício da família em risco.

Os resultados obtidos demonstram que no aconselhamento genético a partilha de dados e informações faz parte de um processo interativo que envolve o paciente, sua família e a equipe de saúde. Esse processo é regulado pelas partes, por meio de uma relação de confiança em que a privacidade é garantida, por meio de processos narrativos em que os envolvidos definem quem deve acessar os dados e informações genéticas, na medida em que tais dados formam um conjunto de informações familiares confidenciais.

4.1. Dados genéticos e informação genética

No ambiente do aconselhamento genético foi possível perceber que os profissionais de saúde utilizam palavras que possuem significados próprios, como: dados genéticos e informação genética. Como o significado das palavras é determinante para o mundo dos sentidos, foi essencial compreender os termos que precedem os vocábulos: “dado” e “informação”.

Ambos os vocábulos são utilizados para representar um fato, um determinado aspecto de uma realidade. Contudo, o dado representa um material para análise; e a informação é o que se extraiu da análise ou da interpretação do dado⁶⁴. Isso quer dizer que o significado dos dados está vinculado a interpretações que geram informações, por isso Liebenau e Blackhouse afirmam: “a informação não pode existir independentemente da pessoa que a recebe, a qual dá significado a ela e de alguma maneira atua sobre ela”⁶⁵. Por isso, há uma relação de dependência evidente entre dado e informação.

Os dados possuem uma conotação mais primitiva e fragmentada que as informações. Os dados estão associados a uma espécie de “pré-informação”, eles são anteriores a interpretação e ao processo de elaboração racional. Os dados pressupõem um intérprete capaz de aplicar uma estrutura interpretativa aos dados “preliminares” em análise. O resultado dessa aplicação qualificada conduz a uma informação particular. Esse ato, por vezes, ocasiona a interação entre o conteúdo dos dados e a informação gerada, de forma que eles poderão ser utilizados de maneira sobreposta.

Assim, a informação significa algo além da representação contida nos dados, na verdade, é o reflexo do limiar cognitivo de uma interpretação qualificada aplicada aos dados ou a soma de dados. Logo, na informação se pressupõe uma fase inicial ou final de depuração de cunho interpretativo, porque a informação carrega em si um sentido instrumental, à medida que potencializa a redução do estado de incerteza da realidade sobre um ponto particular.

É importante manter a distinção e relação de ambos os termos, pois a distinção qualifica a relevância de uma informação. Mark Taylor resume a relação entre dado e informação, apresentando-os assim: information = data + interpretation⁶⁶. Consequentemente, dados genéticos podem ser descritos como dados coletados para uma análise que potencialmente produzem a informações genéticas⁶⁷. A coleta de material inclui o dado biológico físico (material biológico retirado do corpo humano) e também os dados pessoais e familiares. Isso significa que somente o profissional de saúde habilitado em genética clínica irá perceber os dados suscetíveis de interpretação e capazes de gerarem uma informação genética. Por isso, os dados genéticos são todos os dados físicos especificamente coletados para a análise, já a informação genética corresponde ao resultado da interpretação dos variados tipos de dados (pessoais e familiares), resumidamente: informação genética = dados (pessoais e familiares) + interpretação qualificada.

A partir da pesquisa, observou-se que os dados familiares são registrados no prontuário do paciente, por meio do heredograma familiar, e que eles são dotados de valor e conteúdo relacional, à medida que os dados pessoais e familiares são associados e interpretados para à avaliação da percepção de risco de ocorrência de doença genética do paciente e de seus membros familiares.

4.2. O conteúdo relacional do heredograma e os seus dados sensíveis

Os resultados obtidos demonstraram que os dados familiares constituem elementos-chave para avaliação do cálculo de percepção de risco do paciente e que os mesmos são registrados por meio do heredograma. Para construção do heredograma são coletados documentos de outros membros da família dos pacientes, como: atestado de óbito, exames patológicos, diagnósticos clínicos, etc.

Verificou-se que no processo de coleta do histórico familiar, o profissional de saúde registra os dados familiares com uma extensão de ao menos três gerações consecutivas dos familiares, até o quinto grau de consanguinidade. Caso existam mais pessoas envolvidas e afetadas o profissional de saúde registra as informações que o paciente efetivamente disponibilizar.

64 TAYLOR, M. *Genetic Data and the Law*. London: Cambridge Bioethics and Law, 2012. p. 41-42.

65 LIEBENAU, J; BLACKHOUSE, J. *Understanding Information: an introduction*. London: Macmillan, 1990. p. 52.

66 TAYLOR, M. *Genetic Data and the Law*. London: Cambridge Bioethics and Law, 2012. p. 42.

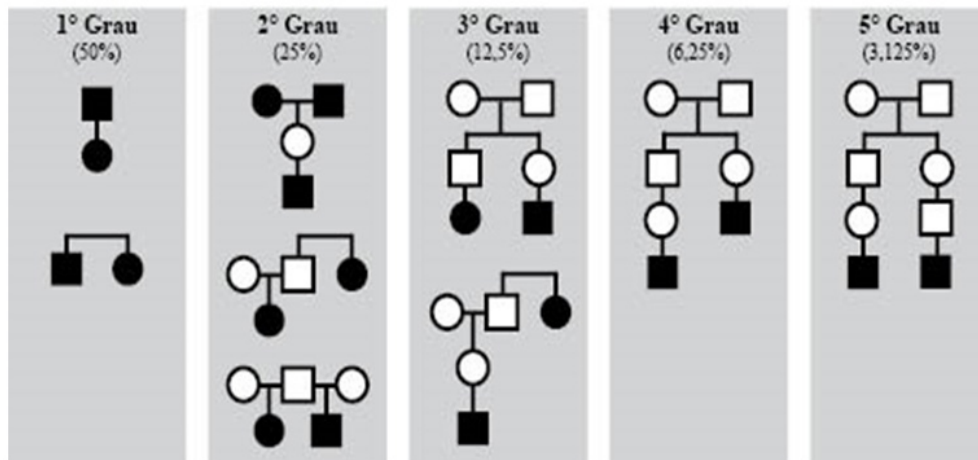
67 TAYLOR, M. *Genetic Data and the Law*. London: Cambridge Bioethics and Law, 2012. p. 43.

Identificou-se que os dados relacionais incluem os familiares do paciente (saudáveis, afetados e falecidos) nos dois ramos familiares (tanto membros ligados ao cromossomo XX, como aqueles associados ao cromossomo XY). Além disso, incluem os seguintes dados familiares: ascendência étnica dos quatro avós; idade dos membros familiares atuais e idade dos membros familiares falecidos; motivos de óbitos; todos os tipos de doenças genéticas e outras, idade de ocorrência das doenças e localização na família; números de tumores, distinguindo entre tumores primários e recidivos. Ainda, são registrados dados dos familiares que dizem respeito a patologias, distrofias, doenças neurodegenerativas e patologias associadas a tumores benignos, bem como outros dados relevantes como: histórico de aborto familiar, óbitos de recém nascidos, defeitos congênitos, etc. Ou seja, no prontuário do paciente são armazenados dados sensíveis dele e seus familiares que são transpostos para o heredograma.

Em particular, dados sensíveis representam uma categoria de informações que potencialmente, quando conhecidas e processadas, poderiam ser utilizadas para fins discriminatórios ou de forma particularmente lesiva⁶⁸. Essa categoria de dados é fruto de uma observação pragmática de que dados sensíveis podem produzir consequências que outros dados pessoais não produziram.

As representações gráficas dos heredogramas conectam os graus de parentesco e a porcentagem de genes compartilhados, potencializando, assim, o elemento relacional presente no processo de aconselhamento genético. A representação gráfica do heredograma é denominada na literatura como *Pedigree (linhagem)*, e para sua elaboração se adotam símbolos internacionalmente convencionados que permitem um padrão unitário de observação em todos os serviços de aconselhamento genético no mundo⁶⁹. A figura abaixo (fig.01), ilustra os graus de parentesco que graficamente esquematizam a porcentagem de genes compartilhados em cada caso:

Fig. 01 – Graus de parentesco, esquema genealógico e porcentagem de genes compartilhados em cada caso⁷⁰



Fonte: NÚÑEZ, L. M. et al. *Asesoramiento genético en oncología: manual para La práctica clínica*. Buenos Aires: Instituto Nacional Del Cáncer, 2013. p. 25.

A imagem demonstra que a terminologia e os critérios adotados, nesse ambiente, são diferentes dos critérios de relação de parentesco legais determinados nos artigos 1591 a 1595 do Código Civil brasileiro. Para fins de aconselhamento genético, no primeiro grau temos pais, irmãos e filhos; no segundo grau temos: avós, avós, netos, tios, sobrinho e $\frac{1}{2}$ irmão; no terceiro grau temos primo irmão, tio avô, sobrinho-neto, bisavô; no quarto grau temos tio de segundo grau e sobrinho de segundo grau; no quinto grau temos primos

68 TAYLOR, M. *Genetic Data and the Law*. London: Cambridge Bioethics and Law, 2012. p. 55-56.

69 HARPER, Peter, S. *Practical Genetic Counseling*. 7. ed. London, 2010. p. 05-11.

70 NÚÑEZ, L. M. et al. *Asesoramiento genético en oncología: manual para La práctica clínica*. Buenos Aires: Instituto Nacional Del Cáncer, 2013. p. 25.

de segundo grau. Igualmente a imagem demonstra como há questões relacionais que devem ser consideradas no compartilhamento de informações genéticas.

O aconselhamento genético é caracterizado pelo *processo de avaliação de risco genético*, sendo o fator crucial para esse fim a obtenção de dados pessoais e familiares do paciente para posterior comunicação da sua informação genética. Apesar de no ato de aconselhar o profissional de saúde coletar dados pessoais, em todas as discussões observadas o histórico familiar pareceu ter um peso desproporcional em relação aos dados individuais avaliados.

Desde o início do processo de aconselhamento genético, os profissionais objetivam construir um heredograma que permite a elaboração de um desenho estruturado da família que é representado por vários símbolos. Esse mapa familiar segue sendo objeto de avaliação e interpretação pelos profissionais nos rounds de discussão. Nas primeiras consultas de atendimento observadas (consultas classificadas como de primeira fase), os profissionais iniciam a anamnese priorizando o entendimento da história familiar de ocorrência de câncer do paciente. Após isso, a história familiar do paciente é registrada no prontuário médico, juntamente com os demais dados pessoais coletados.

Os resultados das observações revelam que os herodramas utilizados durante todo o processo de aconselhamento genético constituem ponto de partida dos profissionais de saúde. Traçar a história familiar é uma rotina no ato de aconselhar. Nesse processo, o que impressiona na perspectiva de quem observa são os ícones utilizados como legenda para determinar quem tem quê tipo de câncer; quem já faleceu; quem está em risco; quem será o próximo avaliado; quem é do sexo feminino ou masculino; quem não possui identificação sexual, etc.

Identificou-se que no momento da construção do heredograma, o paciente compartilha a sua história familiar, e a partir disso cada dado é transformado em um ícone predeterminado ou em um símbolo determinado. Por isso, o heredograma é dotado de *valor simbólico*, fato que denota diferentes olhares: para os profissionais da área da saúde, os registros possibilitam maior aferição para o cálculo de risco; para os pacientes, o heredograma significa a representação gráfica da sua biografia em termos de passado, presente e futuro; para os pesquisadores do mundo jurídico, os registros comportam dados e informações sensíveis⁷¹ que merecem proteção.

A percepção do *valor simbólico* do heredograma no processo de aconselhamento genético ensejou a necessidade de compreensão do que ele significa e representa. Nas observações realizadas foi possível perceber que uma vez reunidos os dados individuais e familiares, o profissional de saúde passa a confeccionar a representação gráfica do grau de parentesco, características genéticas e de saúde do grupo familiar analisado. Para a construção dessa representação gráfica os profissionais utilizam uma simbologia internacionalmente reconhecida⁷².

Durante o processo de coleta e registro dos dados familiares, o profissional de saúde normalmente adiciona o nome e a idade do paciente assistido, logo após passa a registrar os nomes dos familiares envolvidos, com a respectiva idade de cada familiar vivo, e para os falecidos é colocado o ano de nascimento e o ano de morte. Depois disso, o profissional anota as doenças de cada pessoa que está graficamente representada.

No processo de aconselhamento genético a dinâmica é: o profissional de saúde busca verificar os casos de câncer e outras doenças na família, as idades dos diagnósticos de ocorrência das doenças ou dados sobre

71 O comitê interamericano de direitos humanos define dados sensíveis como “dados relacionados com aspectos mais íntimos dos indivíduos, incluindo, por exemplo, informações de saúde e genéticas, convicções religiosas ou filosóficas, opiniões, origem política ou racial ou étnica”. Em relação aos dados sensíveis, o comitê refere que o uso potencial dos mesmos, como fator de discriminação, acarreta a necessidade de proteção especial. Ver: COMPARATIVE Study: data protection in the Americas. Washington. 2012. Disponível em: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/CP-CAJP-3063-12_en.pdf. Acesso em: 29 maio 2018.

72 O padrão utilizado para enquadramento dos familiares em ícones gráficos está estabelecido em: BENNET, Robin L. et al. *Standardized Human Pedigree Nomenclature: update and Assessment of the Recommendations of the National Society of Genetic Counselors*. *J Genet Counsel*, v. 17, p. 424–433, 2008.

os familiares falecidos por alguma doença. Todos os dados são coletados a fim de avaliar se algum dado representa um elemento significativo para o cálculo de risco do paciente.

Para o profissional de saúde que trabalha com o aconselhamento genético, o desafio da primeira consulta é: coletar o máximo de dados concernentes à família do paciente para posterior interpretação. Para o paciente, parece ser falar sobre um histórico de doenças e situações que lhe evocam experiências traumáticas de doença ou de morte presentes na sua biografia pessoal. Nesse processo, a avaliação de risco oportuniza práticas de prevenção, fato que gera uma participação ativa dos pacientes no processo de construção da história de ocorrência de doença familiar, pois há um benefício esperado. Contudo, esse fato não retira a representatividade do conteúdo da informação fornecida, fato que tenciona o grau de complexidade do processo para o profissional de saúde, que atua como ouvinte e interlocutor.

Por isso, no contexto do aconselhamento genético, o direito à privacidade não está estritamente associado ao paciente que fornece os dados, mas a todos envolvidos pelo caráter relacional do conteúdo da informação gerada. Nesse ambiente, deve existir um cuidado do profissional ao registrar e elaborar os heredogramas, pois tudo que está sendo registrado diz respeito a dados sensíveis que poderão ser associados a informações do paciente e dos seus familiares.

No heredograma, os símbolos ou ícones utilizados, quando analisados individualmente, têm baixo conteúdo informativo. Porém, quando são formatados numa linha, possibilitam uma nova representação da família e uma nova relação gráfica do indivíduo. Os dados que anteriormente eram independentes são conectados e integrados por meio de um trabalho mútuo entre o paciente e o profissional de saúde. Essa cooperação entre transmissor e interlocutor da informação faz com que o conhecimento antes invisível, seja *visível* para o paciente, para a família, e, potencialmente, para a comunidade que utiliza o mesmo padrão gráfico. Por isso, é importante reconhecer que o heredograma contém informações sensíveis que devem ser coletadas e armazenadas com a máxima proteção de privacidade.

Por isso, a partir das observações, sugere-se que nos heredogramas, as iniciais ou o primeiro nome do paciente podem ser um critério protetivo para desidentificar as pessoas nos registros médicos documentados. Igualmente, o uso de ano do nascimento ou da morte, idade, ou idade à morte, são dados pessoais mais descontextualizados do que data completa de nascimento ou de morte.

A simbologia identificada nos heredogramas e presente no processo de aconselhamento genético converge com o relato de um paciente do Serviço de Genética Médica do HCPA, ao dizer que o ato é: *sobre família, informações* difíceis, medo do futuro, de saber o que se pode ou não ter. Isso significa que o exercício do direito à privacidade, nesse ambiente, pressupõe um olhar conectado às responsabilidades, fato que gera o recíproco reconhecimento dos demais membros que não só vivem, mas convivem.

4.3. Do Conteúdo ao âmbito de proteção do direito à privacidade de dados e informações genéticas

O conteúdo do direito à privacidade de informações genéticas foi apresentado juridicamente em 1997, pela Declaração Universal do Genoma Humano e Direitos Humanos (DGH). Nesse sentido, o artigo 1º, ao apresentar a definição jurídica do genoma humano, afirma uma unidade fundamental baseada em critérios biológicos e axiológicos: *“o genoma humano subjaz à unidade fundamental de todos os membros da família humana e também ao reconhecimento de sua dignidade e diversidade inerentes.”*⁷³

O ser humano como fonte elementar do genoma foi requalificado juridicamente, e em razão disso passou a ter ampliada a proteção da sua dimensão biológica. Essa proteção é inaugurada com a finalidade

73 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS; ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA. *A Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos*. Suíça, 1997.

existencial, de modo a evitar a redução do ser humano a um “ser” sujeito de “ter” o próprio corpo.

A fim de maior concretude à qualificação jurídica do genoma humano, a DGH estabelece no art. 7º o sigilo de dados genéticos, justamente por reconhecer que normas sobre a titularidade do genoma humano possibilitam uma estabilização ao seu uso e acesso. Por sua vez, a Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos da UNESCO (DIDGH), em 2003, apresentou um conceito biológico de dados genéticos, com a finalidade de adequar sua dimensão axiológica como uma categoria jurídica⁷⁴.

Na lógica típica regulatória, a DGH no art. 2º, qualifica o genoma humano como objeto de relações jurídicas intersubjetivas, e em face dessa qualificação dogmática, atribui-lhe característica de bem da personalidade humana. Desta forma, o genoma humano e, em sentido *stricto sensu*, as informações genéticas passaram a ser além de uma categoria biológica também uma categoria jurídica que segue qualificada como bem da personalidade não apropriável e que está fora do comércio⁷⁵.

O conteúdo do direito à privacidade de informações genéticas está diretamente e preliminarmente associado aos bens da vida que dizem respeito à *proteção à pessoa como tal* (=da pessoa natural). Daí porque, o direito à privacidade de informações genéticas estar atrelado a categorias do “ser”, e não do “ter”, pois, visa à proteção da singularidade das projeções biológicas e morais das pessoas humanas.

É interessante notar que, em relação aos dados genéticos e às informações genéticas, são utilizadas expressões próprias que possuem um sentido técnico, como: congelamento, estoque, coleta, sequenciamento, controle de qualidade, armazenamento, depuração, entre outras, a significar uma suposta tendência a *coisificar* o material genético.

Entretanto, mesmo que essas expressões sejam tendenciosas a *coisificar* o material genético, quando se fala em material com potencial humano, não se busca uma concepção de bem de propriedade com base no instituto civil, pois o material genético humano coletado, processado e utilizado não é um objeto posto em um negócio jurídico patrimonial, mas um bem da personalidade, parte do corpo humano e tem uma finalidade própria, isto é, este material será utilizado para fins, por exemplo, de diagnóstico médico, pesquisa clínica e/ou aconselhamento genéticos.

O conteúdo do direito à privacidade de informações genéticas diz respeito à dimensão biológica e axiológica da pessoa humana, sendo expressão de sua singularidade e intersubjetividade. Em um sentido objetivo, trata-se da inclusão do genoma humano enquanto elemento subjetivo presente no suporte fático do fato jurídico e associado à personalidade humana, em especial quando há uma situação jurídica existencial envolvendo o seu uso, acesso, processamento e sua manipulação.

A inclusão dessa categoria jurídica ligada à perspectiva genética do indivíduo implica a avaliação do âmbito de proteção relativa à privacidade do ser humano. Para essa verificação, cabe revisitar alguns pontos já traçados.

Como visto anteriormente, as normas que tutelam o direito à privacidade no Brasil seguem fragmentadas. Contudo, é possível verificar âmbitos de proteção ao procedermos a uma integração sistêmica dos enunciados normativos. Por exemplo, a Constituição da República Federativa do Brasil protege a inviolabilidade da vida privada, da intimidade, das comunicações, dos dados e do domicílio⁷⁶. Igualmente, a legislação

74 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS; ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA. *A Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos*. Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos. França 2004, no artigo 2º, qualifica o dado genético como: Dados genéticos humanos: informações relativas às características hereditárias dos indivíduos, obtidas pela análise de ácidos nucleicos ou por outras análises científicas.

75 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS; ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA. *A Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos*. Suíça, 1997.

76 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 21 abr. 2018.

infraconstitucional garante a proteção da privacidade na coleta de materiais biológicos⁷⁷⁻⁷⁸, bem como a jurisprudência confere uma proteção à pessoa humana frente invasões físicas ao seu corpo (coleta para exame de DNA).⁷⁹⁻⁸⁰ Isto demonstra que o *corpo* humano está tutelado pelo direito de personalidade à privacidade. Igualmente, a legislação civil protege uso de dados pessoais e sensíveis pessoais⁸¹⁻⁸². Além disso, protege a divulgação de informação confidenciais, no âmbito penal (BRASIL, 1940, CPB, art. 153), e deontológico médico (CMF, 2009, CEM, arts. 73 ao 79). Portanto, a visão integral sistêmica possibilita identificar âmbitos de proteção, não taxativos e exaustivos, mas indicativos que compreendem a proteção da privacidade de dados e informações genéticas.

Contudo, a proteção de dados genéticos é diferente da proteção de informações genéticas, da mesma forma que a proteção do prontuário não é a mesma conferida aos dados e informações. Em outras palavras, o prontuário enquanto um *objeto* é diferente de *dados e informações*. Portanto, cada elemento recebe, um âmbito de proteção à privacidade.

Particularmente, conforme resultados divulgados acima, na primeira etapa do aconselhamento genético, o profissional de saúde irá registrar todos dados relevantes para elaboração da análise de risco de ocorrência de uma determinada doença genética ou identificação de uma mutação genética familiar. Como observado, o profissional de saúde registra dados individuais e familiares do paciente no prontuário físico e eletrônico. Isso significa que nessa etapa existem dois âmbitos protegidos pelo direito à privacidade: *dados* e *objetos*. Os dados pessoais e familiares deverão permanecer em sigilo tanto do ponto de vista físico (prontuário impresso e eletrônico) como de acesso (comunicação apenas para profissionais da equipe e acesso restrito ao sistema eletrônico).

Após interpretação dos dados, o profissional indica ao paciente a realização de testes genéticos ou de estudos moleculares. Nessa fase, são coletados dados genéticos do paciente. Isso significa que o direito à privacidade de dados genéticos compreende o âmbito de proteção relativo ao *corpo humano e a integridade física*, à medida que para realização do teste genético ou estudo molecular será necessário acesso ao material genético do paciente, ou seja, dados genéticos em sentido físico (normalmente são coletados sangue, células de mucosa bucal, tecidos tumorais e líquido amniótico).

Já etapa de coleta possui outra questão importante envolvendo o direito à privacidade, isto é, a seleção do caso índice. Para realização de um teste genético ou estudo molecular, o profissional, junto com a equipe, avalia qual indivíduo da família é o mais indicado para se submeter ao exame ou estudo. O membro familiar com maior probabilidade de ser portador de uma mutação ou doença genética será estudado, tal indivíduo é denominado de *caso índice*. Ou seja, o paciente poderá solicitar o aconselhamento genético, porém o exame

77 BRASIL. *Lei Nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm>

78 BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria Nº 2.712, de 12 de novembro de 2013*. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt2712_12_11_2013.html>

79 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 71373 RJ*. Brasília: Órgão Julgador: Tribunal Pleno. 1994. Ementa: INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - EXAME DNA - CONDUÇÃO DO RÉU “DEBAIXO DE VARA”. Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas - preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer - provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, “debaixo de vara”, para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos.

80 BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. *Súmula 301/STJ*. Brasília: DJ 22.11.2004, p. 425: a presunção decorrente da recusa ao exame de DNA é relativa, nos seguintes termos: “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade”.

81 BRASIL. Código Civil brasileiro de 2002. Ver artigos: 11, 20, 21. Disponível: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 21 abr. 2018.

82 para os fins da Lei de Proteção de dados pessoais brasileira, considera-se dado pessoal sensível: todo aquele que diz respeito à origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural. Ver artigo 5º da: BRASIL. *Lei de Proteção de dados pessoais*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm Acesso em: 02 dez. 2018.

só será realizado se o caso índice aceitar participar do processo. Essa situação gera duas questões em relação ao âmbito do direito à privacidade: (1) o paciente ou profissional deverá comunicar o familiar sobre o potencial risco; (2) o familiar deverá aceitar participar do processo de aconselhamento genético que incluirá a coleta de seu material genético. Os dois pontos envolvem âmbitos de proteção diferentes. Na primeira situação jurídica existencial é evidente uma proteção relativa ao âmbito *informação* que terá implicações de confidencialidade. Na segunda resta estabelecida uma proteção de privacidade em relação ao acesso ao material genético do paciente que terá consequências para o consentimento informado.

a coleta, o dado genético será enviado a um laboratório para análise molecular ou para aplicação de métodos de sequenciamento. Nessa etapa, o dado genético será um dado desidentificado, garantido o anonimato do paciente. Logo, o âmbito de proteção será da veracidade e finalidade do uso e análise do dado genético coletado, que deverá ser garantida por meio do sigilo.

Uma vez concluída a fase de coleta e processamento dos dados chega-se à fase da comunicação da informação genética. O profissional procederá à revelação do resultado do teste genético ou estudo molecular. Nessa fase serão esclarecidas as implicações individuais e relacionais, e é nesse ponto que se enquadra o âmbito de proteção ao direito à privacidade de *informações* genéticas. O profissional identificará junto com o paciente os familiares potencialmente em risco, e isso implicará em posterior comunicação.

O paciente poderá ser convidado após o processo de aconselhamento genético a contribuir para pesquisas científicas na área genômica. Se o paciente de livre e espontânea vontade aceitar o convite, serão armazenados seus dados genéticos, informações pessoais, genéticas e de saúde em um biobanco. A mudança de cenário da assistência para a pesquisa implicará proteção do direito à privacidade que abrange os âmbitos de proteção concernentes às *informações* e aos *dados*. (fig. 02)

Fig. 02. – Âmbitos de proteção do direito à privacidade no aconselhamento genético



Fonte: Leonardo Stoll de Moraes, et all.

A figura acima demonstra como o direito à privacidade no aconselhamento genético não pode ser visto estaticamente e traduz um mosaico não taxativo dos resultados observados nesta pesquisa. Os dados acima, revelam que a privacidade é uma categoria jurídica e um bem da personalidade humana, sendo que seus reflexos se apresentarão em diferentes momentos, variando de acordo com a situação jurídica existencial, que incluiu, exemplificativamente: *dados* (dados pessoais, familiares e genéticos) e *informações* genéticas; amostras biológicas do *corpo* humano (sangue, células da mucosa bucal, tecidos tumorais e líquido aminoácido); *objetos* (prontuário físico, eletrônico); e *lugares* (sala de coleta e consulta, hospital, laboratório, biobancos).

Portanto, o direito à privacidade no ambiente de aconselhamento possui a característica flexível, fato que implica na demarcação da sua perspectiva relacional.

4.4. Privacidade relacional

Como apontado anteriormente, o reconhecimento da perspectiva relacional do direito à privacidade compreende que o quê deve ser protegido é a relação estabelecida, por meio de processos narrativos, entre a pessoa que compartilha as informações e o receptor, garantindo, assim, que as pessoas possam *viver* sem excluir o mundo externo do círculo de relacionamentos que a envolvem. Por isso, a visão relacional de privacidade não visa proteger uma zona de exclusividade em que o indivíduo é protegido de violações externas. Ao invés disso, ela possibilita a análise da gravidade das violações que são alegadas, partindo, do amplo controle de abusividades no exercício das situações jurídicas subjetivas envolvendo a cooperação necessária entre a rede de relacionamentos.

Os resultados obtidos na pesquisa de estudo de caso demonstram que no ambiente de aconselhamento genético o profissional de saúde é o meio para o que paciente recebe o diagnóstico. O fornecimento de dados pessoais e familiares nesse contexto é essencial e torna o paciente e sua família vulneráveis a possíveis danos. Assim, o dever do profissional de saúde para com os envolvidos nesse cenário é claro: minimizar danos decorrentes da comunicação de informações confidenciais. Trata-se de um cenário em que o paciente compartilha dados, estabelecendo um pacto de confiança com o profissional de saúde. Nessa perspectiva, há uma relação mútua a fim de garantir benefícios ao paciente e a sua família, por meio da circulação restrita de informações.

A pesquisa indica que a realidade observada no Ambulatório de Oncogenética responde negativamente as questões formuladas a partir da primeira premissa apontada no subitem n. 2. Isso porque, nesse ambiente, o direito à privacidade não está ligado diretamente a uma pessoa específica, mas a todos que compartilham da sua informação genética. A natureza hereditária da informação genética modifica, portanto, a noção de que um dado e informação pertence imediatamente a uma pessoa determinada. Nesse contexto, o profissional de saúde acaba acessando informações dos familiares que estão manifestamente envolvidos, fato que afasta a noção de que o indivíduo poderá controlar quem acessa suas informações.

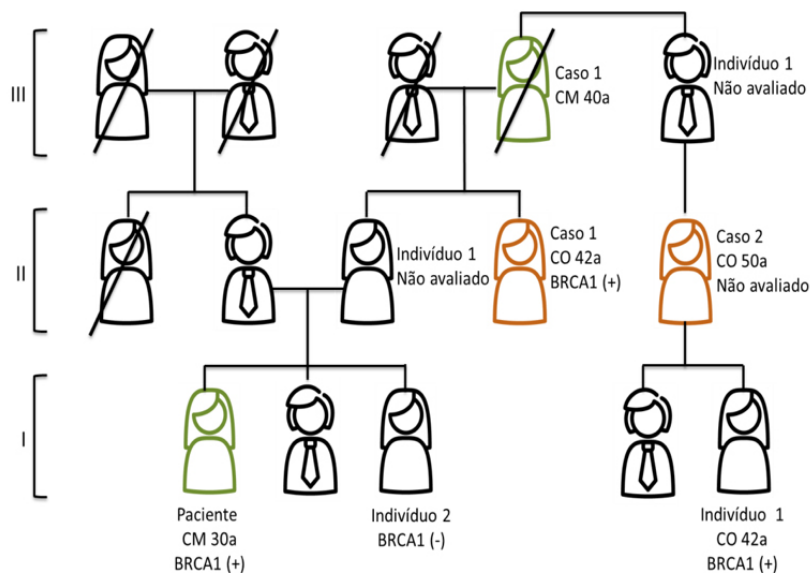
Detalhadamente, apresenta-se o caso abaixo, para demonstrar como se verifica uma mudança empírica da privacidade individual, para a privacidade relacional no aconselhamento genético e como ela é mercada por processos narrativos que envolvem a ideia de compartilhamento e lealdade familiar.

O caso refere-se a uma paciente do sexo feminino com diagnóstico de câncer de mama aos 30 anos, cuja genealogia revelava histórico familiar na linhagem materna: dois casos de câncer de ovário pré-menopáusico (tia e tia segunda) e um caso de câncer de mama precoce na avó. A paciente foi, então, avaliada para mutações no gene BRCA 1 e 2⁸³, constando-se a presença de mutação patogênica em BRCA1. A mesma mutação foi localizada em outros familiares que queriam saber sua situação: a tia afetada pelo câncer de mama (caso 1, da geração II) e a filha da tia segunda, por estar em risco (indivíduo 1, da geração I); e ambas se mostraram

83 Os genes BRCA1 e 2 corrigem erros no DNA. Algumas pessoas possuem o alelo normal, que não causa problemas de saúde, e outras pessoas possuem uma versão mutada que pode resultar em uma condição médica para aumento de câncer de mama e ovário.

portadoras da mutação familiar. Além disso, a irmã da paciente (indivíduo 2, da geração I) também realizou o exame por estar em risco e o seu resultado foi negativo. Mesmo sendo aconselhadas, a mãe da paciente (indivíduo I, geração II) que estaria em risco e a tia segunda (caso 2, geração II), que tinha câncer de ovário, decidiram não realizar estudo molecular por não terem interesse em saber o resultado do exame. (Figura. 1)

Fig. 03 – Caso: CM: câncer de mama; CO: câncer de ovário



No caso, existiam portadoras da mutação no gene BRCA 1 em estudo que eram descendentes diretas das pacientes que não foram avaliadas, como não há outra linha familiar através da qual a mutação pudesse ser herdada, a equipe pode concluir que elas eram necessariamente portadoras da mutação.

O caso confirma a ideia de que no aconselhamento genético, o estudo molecular dos familiares que desejam saber o resultado, obriga a conhecer, também, as informações genéticas de outros familiares. Além disso, o caso demonstra pragmaticamente que nesse cenário, o dever de confidencialidade do profissional de saúde é estendido aos demais familiares envolvidos, na medida em que ele acessa informações que se relacionam a outras pessoas.

A noção relacional é percebida no aconselhamento genético, principalmente, porque os dados interpretados e as informações geradas são familiares, fato que traduz a ideia de que a privacidade seguirá protegida no âmbito familiar e pela equipe médica que as acessa, por meio da relação de confiança estabelecida. Por isso, os resultados obtidos confirmam a segunda hipótese, de maneira que no aconselhamento genético o direito à privacidade é protegido com o objetivo de permitir o compartilhamento de informações que potencialmente diminuem a ocorrência de riscos de danos ao paciente e a sua família, havendo, assim, uma mudança de paradigma da perspectiva individual para a relacional.

Essa mudança, também, foi observada em outros estudos empíricos que indicam o papel fundamental da família na gestão dos cuidados de saúde e na partilha das responsabilidades, fato que inclui o compartilhamento de informações genéticas, para avaliação de riscos de doenças⁸⁴.

A privacidade de informações genéticas envolve processos dialéticos que permitem condições de existências das famílias avaliadas. Esses processos dialéticos ou de comunicação são preponderantemente do profissional de saúde.⁸⁵ Em regra, o paciente é o destinatário da prestação de serviços médicos e também

84 GOLDIM, J. R.; GIBBON, S. Between personal and relational privacy: understanding the work of informed consent in cancer genetics in Brazil. *Journal of community genetics*, v. 6, n. 3, p. 287–93, 2015.

85 CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM N°1931/2009*, Código de Ética Médica. Brasília: D.O.U. de 24 de setembro de 2009, Seção I, p. 90, art 34. É vedado ao médico: Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico,

o destinatário da informação relativa ao diagnóstico, prognóstico, alternativas de tratamentos e terapias etc. Ao receber a informação, apreendê-la e compreendê-la, de forma livre e esclarecida, caberá ao paciente optar por tal ou qual tratamento que pretende realizar. Porém, no ambiente de aconselhamento genético o paciente será corresponsável e deverá comunicar o resultado aos familiares em riscos. Essa comunicação dos riscos é realizada por meio de processos narrativos que conectam solidariamente o paciente à sua rede de relações familiares.

Além disso, essa prática substituiu a lógica estruturalista adotada pela doutrina até então, segundo a qual o direito subjetivo à privacidade garantiria poder ao paciente como parte de um polo ativo da relação jurídica. Ao revés, passa-se a entender que relação medico-paciente-família pressupõe a cooperação entre as partes envolvidas, buscando-se o interesse comum (não ocorrência de doenças genéticas) que imputa deveres de cooperação, superando-se o individualismo originalmente predominante no tratamento da matéria envolvendo o direito à privacidade.

Os deveres de cooperação incluem o dever de compartilhar resultados que diminuem a ocorrência de riscos à rede de relações familiares. Esse dever anexo está respaldado em nosso sistema jurídico, pelo dever de lealdade⁸⁶ e também pelo entendimento de que o genoma humano⁸⁷ não é *propriedade do paciente*, mas está relacionado a sua *família*.

Durante todo o período do estudo de caso do Ambulatório de Oncogenética do HCPA, não se observou nenhum caso em que o paciente tenha se negado a informar os familiares em risco. Ao contrário, todos os pacientes manifestaram a vontade de incluir os familiares da sua rede de relações no processo de aconselhamento genético. Apesar de não ter se presenciado essa situação, o dilema envolvendo o dever de confidencialidade e o direito à autonomia do paciente é frequentemente indicado na literatura que aborda o direito à privacidade de informações genéticas⁸⁸⁻⁸⁹⁻⁹⁰.

O dilema envolvendo o dever de confidencialidade e o direito à autonomia do paciente parte da ideia que ele autonomamente manifesta à vontade no sentido de não comunicar o familiar em risco, assim, o profissional de saúde estará diante de um conflito envolvendo o interesse individual do paciente manifestado via consentimento informado e os interesses dos familiares em riscos. Nesse caso, o profissional deverá avaliar, se estão presentes os elementos que configurem justa causa ao dever de confidencialidade.

Do ponto de vista do profissional de saúde, os resultados da pesquisa sugerem que ele protege o processo narrativo de comunicação de informações genéticas, por meio do dever de confidencialidade. Esse dever é compreendido como o dever de resguardar todas as informações, inclusive às genéticas, que dizem respeito a uma pessoa ou a sua família. Igualmente, observou-se que no processo de aconselhar, os profissionais possuem uma postura não diretiva, e por isso eles fortalecem as redes de relacionamentos dos pacientes, não fazendo a revelação propriamente dita da informação genética, mas os auxiliando no processo de comunicação dos resultados.

os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal.

86 Judith Martins-Costa, esclarece: lealdade é contribuir, positivamente, com o interesse alheio e, no caso das sociedades, com interesse comum. MARTINS-COSTA, J. *A boa-fé no direito privado*: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 172.

87 Juridicamente a qualificação do genoma humano foi apresentado no artigo 1º da Declaração Universal do Genoma Humano e Direitos Humanos, como: “unidade fundamental de todos os membros da família humana e também ao reconhecimento de sua dignidade e diversidade inerentes.” Ver: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS; ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA. *A Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos*. Suíça, 1997.

88 AKPINAR, A.; ERSOY, N. Attitudes of physicians and patients towards disclosure of genetic information to spouse and first-degree relatives: a case study from Turkey. *BMC medical ethics*, v. 15, n. 1, p. 39–49, 2014.

89 BATTISTUZZI, L. et al. Regulating the communication of genetic risk information: the Italian legal approach to questions of confidentiality and disclosure. *Clinical Genetics*, v. 82, p. 205–209, 2012.

90 CAVALLO, M. Conflicting duties over confidentiality in Argentina and Peru. *Int J Gynaecol Obstet.*, p. 1–12, 2011.

A garantia da preservação de informações foi legalmente estabelecida no Brasil (Código Penal⁹¹, art. 140, 1946; Conselho Federal de Medicina⁹²). Trata-se de um dever *prima facie* de todos os profissionais e também das instituições assistenciais de saúde. O dever de confidencialidade, em regra, gera ao profissional de saúde o dever de não revelar informações privadas do paciente, ao menos que o paciente consinta ou exista uma justa causa legal que configure uma exceção ao dever de confidencialidade.⁹³

As exceções legalmente justificadas ao dever de confidencialidade originaram-se no caso *Tarasoff v. Regents of University of California*⁹⁴, julgado pela Suprema Corte do Estado da Califórnia. Nesse caso, a Corte do Estado da Califórnia reconheceu que os profissionais de saúde têm o dever legal de proteger as pessoas de um dano previsível e evitável.

No ambiente de aconselhamento genético, um dos objetivos do profissional de saúde é evitar danos de ocorrência de uma determinada doença genética ou alertar a possibilidade de ocorrência dos mesmos⁹⁵. Igualmente, a perspectiva relacional do direito à privacidade nesse contexto visa minimizar a gravidade de dano à rede de relacionamentos do paciente. Considerando essa finalidade e com base na justa causa apresentada a partir do caso *Tarasoff*, indica-se que na prática clínica em genética a exceção ao dever de confidencialidade estará presente na hipótese de:

- 1) existir um dano de alta probabilidade de ocorrência de uma doença ou predisposição genética, a uma pessoa identificável e específica;
- 2) existir um benefício real ao familiar, a partir da quebra de confidencialidade;
- 3) ser o último recurso utilizado, devendo o profissional aplicar às técnicas de persuasão ou outras abordagens que eduquem o paciente sobre seus direitos e deveres;
- 4) ser generalizável, sendo novamente utilizado em outra situação com as mesmas características, independentemente de quem seja a pessoa envolvida⁹⁶.

O fundamento da decisão do caso *Tarasoff* foi baseado no risco de se evitar um dano físico. Esse é o principal argumento utilizado na literatura para justificar a exceção do dever de confidencialidade no aconselhamento genético⁹⁷. Nesse ambiente, o dano é potencial, visto que a informação genética, normalmente, tem caráter preditivo, ou seja, não configura um risco imediato. Apesar, da natureza dos danos envolvidos ser diferente, isso não elimina a capacidade de gerar benefícios a terceiros que devem ser informados.

91 BRASIL. *Código Penal brasileiro de 1946*. Ver artigo 140. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em 21 abril. 2018.

92 CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM N°1931/2009*. Código de Ética Médica. Brasília: D.O.U. 24 de setembro de 2009, Seção I, p. 90, art 34.

93 MACKOFF, R. L. et al. *Attitudes of genetic counselors towards genetic susceptibility testing in children*. Journal of Genetic Counseling, v. 19, p. 402–416, 2010.

94 No caso *Tarasoff*, o dano imediato era constituído por uma ameaça física a uma pessoa (Sra. Tarasoff) informada pelo o paciente que estava em acompanhamento psicológico. O paciente era atendido por um psicólogo em um ambulatório universitário, sob a supervisão de um psiquiatra. Durante a terapia, o paciente revelou ao profissional que tinha a intenção de matar sua ex-namorada (Sra. Tarasoff). O psicólogo recomendou formalmente a internação compulsória do paciente. As providências, contudo, não foram adotadas pelos responsáveis dos procedimentos de internação. O paciente não foi internado, por ter sido considerado mentalmente capaz. Ato contínuo, o paciente consolidou a ameaça, matando sua ex-namorada. A família da vítima processou à universidade. Os três juizes da Suprema Corte do Estado da Califórnia, se dividiram: o primeiro defendeu o direito de preservar totalmente as informações, mesmo aquelas que pudessem ter repercussões graves; os outros dois sustentaram que existiam motivos suficientes para que as informações fossem reveladas a fim de evitar danos. In: UNITED STATES. Supreme Court of California. *Tarasoff v. Regents of University of California*, 17 Cal.3d 425. California July 1, 1976.

95 LOLKEMA, M. P. et al. *Ethical, legal, and counseling challenges surrounding the return of genetic results in oncology*. Journal of clinical oncology : official journal of the American Society of Clinical Oncology, v. 31, n. 15, p. 1842–1848, 2013.

96 Adaptação a partir da obra de: FRANCISCONI, C. F.; GOLDIM, J. R. Aspectos Bioéticos da Privacidade e da Confidencialidade. In: CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (ed.). *Iniciação à Bioética*.1998.

97 MACLEOD, R. et al. *Recommendations for the predictive genetic test in Huntington's disease*. Clinical Genetics, v. 83, p. 221–231, 2013.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ponto central do presente artigo consistiu em investigar qual a forma mais adequada para proteger o direito à privacidade de dados e informações no processo de aconselhamento genético.

As sínteses conclusivas alcançadas ao longo dessa pesquisa, indicam que a possibilidade de coleta, processamento, armazenamento e interpretação de dados genéticos constituem um ponto de inflexão com consequências também para o sistema jurídico, principalmente porque dados genéticos geram informações genéticas, e este fato representa por si, uma mudança nos efeitos concernentes ao tratamento que recebem, hoje, os dados genéticos humanos. Alguns desses efeitos são percebidos quantitativamente, na medida em que há testes genéticos disponíveis aos pacientes e aos profissionais. Esse fato potencializa o volume de materiais genéticos humanos coletados para fins assistenciais e científicos. Porém, não é somente o número quantitativo representado pelo armazenamento de dados genéticos que diferencia essa categoria, mas também os novos métodos utilizados para sua interpretação, existindo igualmente uma mudança qualitativa que exige dos juristas o entendimento dessa realidade.

A mudança qualitativa no tratamento de dados genéticos baseia-se na utilização de novos métodos, algoritmos e técnicas interpretativas que poderão indicar: (i) predisposição de ocorrência de risco para alguns tipos de câncer, (ii) prognóstico, diagnóstico, tratamento e prevenção de doenças; (iii) a identificação de indivíduos para fins criminais ou civis; (iv) tipos de cariótipos para fins reprodutivos e esportivos; (v) cláusula para contratação de seguro saúde e de vida; (vi) fator para produção de métodos e produção de novos testes preditivos. Esse impacto quali-quantitativo ocasionou a necessidade de se compreender os limites éticos e jurídicos para fins de coleta, processamento e o compartilhamento de informações no âmbito do aconselhamento genético.

Do ponto de vista jurídico, a coleta, manipulação, tratamento e revelação de informações no processo de aconselhamento genético traduzem uma considerável parcela das liberdades individuais que hoje são concretamente exercidas via autonomia privada das partes e com base em estruturas nas quais a comunicação tem um papel relevante. De fato, nesse ambiente, a informação genética é um bem jurídico tutelado. Compreendendo, por exemplo, o direito do paciente em receber o retorno das informações e o dever do médico de manter a confidencialidade das informações.

A importância da informação e da comunicação nesse processo revela um entrelaçamento que deve ser considerado quando relacionado com o direito à privacidade. Daí porque se visualiza a necessidade de uma abordagem que parte da realidade quando há problemas envolvendo esse direito, sob risco de aplicá-lo sem compreender o contexto envolvendo a situação jurídica existencial em conflito.

A abordagem real e completa não se harmoniza naturalmente por meio de uma concepção tradicional de informação para o direito, para o qual o problema entre o acesso à informação e o direito à privacidade não se apresentava diretamente, mas somente em algumas situações jurídicas subjetivas específicas, i.e: liberdade de expressão, a liberdade de imprensa, a proteção patentária, etc. Diferentemente, a informação genética deve ser vista como uma categoria jurídica em vez de ter uma natureza meramente funcional⁹⁸.

Isto porque, as informações genéticas possuem um vínculo objetivo com a raça humana e um vínculo particular com cada pessoa natural. O conteúdo singular das informações genéticas deu origem à criação de uma categoria específica de dados, a dos dados sensíveis. Dados sensíveis representam uma categoria de informações que potencialmente, quando conhecidas e processadas, poderiam ser utilizadas para fins discriminatórios ou de forma particularmente lesiva. Essa categoria de dados segue protegida pela recente

98 Pierre Catala qualifica juridicamente uma informação como *toda mensagem comunicável a alguém por um meio qualquer*. Ver: CATALA, P. Ebauche d'une théorie juridique de l'information. *Informatica e Diritto*. Disponível em: http://www.ittig.cnr.it/EditoriaServizi/AttivitaEditoriale/InformaticaEDiritto/1983_01_015-031_Catala.pdf. Acesso em: 27 nov. 2018.

Lei de Proteção de dados brasileira⁹⁹ e é fruto de uma observação pragmática de que dados sensíveis podem produzir consequências que outros dados pessoais não produziram.

O caráter sensível associado ao conteúdo relacional das informações genéticas humanas ocasionou um debate teórico sobre os limites de exercício do direito à privacidade no ambiente de assistência à saúde, em particular porque a informação genética desafia a posição clássica do direito à privacidade de que um dado pessoal se refere exclusivamente a um indivíduo identificável. Igualmente, o conteúdo relacional da informação genética contraria a noção de direito à privacidade baseado na lógica individualista. Isto porque, como visto, em algumas circunstâncias, os dados genéticos possuirão o elemento de “conteúdo” diretamente vinculado a um indivíduo, ou seja, será obviamente, sobre X, mas ao mesmo tempo o propósito “relevante ou elemento de “resultado presente na informação” também estará associado à Y ou Z.

Todos esses elementos conduziram a confirmação da hipótese de estudo de que a proteção do direito à privacidade de informações genéticas, no âmbito da assistência à saúde, não poderia ser consolidada por meio de um discurso jurídico de base individualista-proprietária (*indivíduo-detentor-segredo*), mas com base em um discurso jurídico de caráter relacional (*pessoa-leal-responsável*).

O presente estudo foi realizado no Hospital de Clínicas de Porto Alegre. Os dados obtidos na pesquisa, confirmam a teoria contemporânea que indica que o caráter relacional da privacidade oferece uma posição mais adequada para protegê-la no contexto do aconselhamento genético. Em especial, os resultados revelam que nesse ambiente, o direito à privacidade é protegido por meio de processos narrativos estabelecidos entre o paciente que compartilha as informações e o profissional que atua como receptor e intérprete. Esse processo é dinâmico e envolve a circulação restrita de informações que potencialmente diminuem a ocorrência de riscos de doenças genéticas no paciente e em sua família. Trata-se, portanto, de um cenário em que há uma relação de cooperação a fim de garantir benefícios aos envolvidos, sendo o dever do paciente informar os familiares em risco e o dever de o profissional de saúde manter os dados e informações de forma confidencial.

Essa perspectiva poderá contribuir para aplicação direito à privacidade de informações genéticas em outros Serviços de Genética Clínica no Brasil, na medida em que considera que a privacidade permite às pessoas a capacidade de se relacionar com o mundo exterior, reconhecendo os contornos sociais que a envolvem, ao invés de focar na eliminação de influências externas. Igualmente, esse estudo poderá auxiliar os profissionais de saúde a interpretarem as normas deontológicas do Conselho Federal de Medicina, uma vez que tais normas não definem quais são as justas causas que possibilitam exceções do dever de confidencialidade no âmbito da assistência à saúde humana.

REFERÊNCIAS

- AKPINAR, A.; ERSOY, N. Attitudes of physicians and patients towards disclosure of genetic information to spouse and first-degree relatives: a case study from Turkey. *BMC medical ethics*, v. 15, n. 1, p. 39–49, 2014.
- ALTMAN, I. *The environment and social behavior: privacy, personal space, territory, crowding*. Canadá: Monterey, 1975.
- ARENDT, H. *A Condição Humana*. tradução: Roberto Raposo. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013.
- ASCENSÃO, J. de O. *Direito civil: teoria geral*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.

99 BRASIL. Lei N° 13.709, de 14 de agosto de 2018. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm

- AUSTIN, LISA M. *Privacy and Private Law: the Dilemma of Justification*. 55 MCGILL L.J., 2010.
- BAIÃO, K. S.; GONÇALVES, K. C. A garantia da privacidade na sociedade tecnológica: um imperativo à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. *civilística.com*, v. 3, n. 2, 2014.
- BARDIN, L. *Análise de conteúdo*. São Paulo: Edições 70, 2011.
- BATTISTUZZI, L. et al. Regulating the communication of genetic risk information: The Italian legal approach to questions of confidentiality and disclosure. *Clinical Genetics*, v. 82, p. 205–209, 2012.
- BRANDEIS, L. D.; WARREN, S. D. The right to privacy. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 4, n. 5, 15 dec. 1890. Disponível em: <http://readingnewengland.org/app/books/righttoprivacy/?l=righttoprivacy>. Acesso em: 21 abr. 2018.
- BRASIL. *Código Civil brasileiro de 2002*. Ver artigos: 11, 20, 21, 1299, 1301, 1336, inc. IV. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em 21 abr. 2018.
- BRASIL. *Código de Processo Civil de 2015*. Ver artigo 189. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 21 abr. 2018.
- BRASIL. *Código Penal brasileiro de 1946*. Ver artigos: 150 ao 154 e 157. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 21 abr. 2018.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 21 abril 2018.
- BRASIL. *Lei de Proteção de dados pessoais*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm. Acesso em: 02 dez. 2018
- BRITISH MEDICAL ASSOCIATION. *Human genetics: choice and responsibility*. Oxford: Oxford University, 2011.
- CACHAPUZ, M. C. A construção de um conceito de privacidade, as cláusulas gerais e a concreção de direitos fundamentais. In: PONS, M. (ed.). *Modelos de Direito Privado*. São Paulo: 2014. p. 41-48
- CACHAPUZ, M. C. *Intimidade e vida privada no novo Código Civil Brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2006.
- CATALA, P. Ebauche d'une théorie juridique de l'information, in: *Informatica e Diritto*. Disponível em: http://www.ittig.cnr.it/EditoriaServizi/AttivitaEditoriale/InformaticaEDiritto/1983_01_015-031_Catala.pdf. Acesso em: 29 nov. 2018.
- CAVALLO, M. Conflicting duties over confidentiality in Argentina and Peru. *Int J Gynaecol Obstet.*, p. 1–12, 2011.
- COLIN J. BENNETT. Defence of Privacy: the Concept and the Regime. *SURVEILLANCE & SOC'Y*, v. 8, p. 485–486, 2011.
- COMPARATIVE study: data protection in the americas. Washington. 2012. Disponível em: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/CP-CAJP-3063-12_en.pdf. Acesso em: 29 maio 2018.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Código de Ética Médica*. Ver artigos. 73 ao 79. Disponível em: <http://www.rcem.cfm.org.br/index.php/cem-actual>. Acesso em: 21 abr. 2018.
- CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Niemietz v. Germany*, n. 13710/88. 1992.
- DHEENSA, S. et al. Health-care professionals' responsibility to patients' relatives in genetic medicine: a systematic review and synthesis of empirical research. *Genetics in medicine: official journal of the American College of Medical Genetics*, v. 18, n. 4, p. 290-301, Apr. 2016.

- DIAS, R.B. *Privacidade genética*. São Paulo: SRS. 2008.
- DONEDA, D. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- ECHTERHOFF, G. *Direito à Privacidade dos Dados Genéticos*. Curitiba: Juruá. 2010.
- FERNANDES, M. S. et al. Genetic information and biobanking: a Brazilian perspective on biological and biographical issues. *Journal of community genetics*, 2015.
- FRANCE. *Code civil* - Livre Ier: Des personnes Titre Ier: Des droits civils Chapitre III : De l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne et de l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques. France Parliament, 2004.
- FRANCISCONI, C. F.; GOLDIM, J. R. Aspectos Bioéticos da Privacidade e da Confidencialidade. In: CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (ed.). *Iniciação à Bioética*.1998.
- GOLDIM, J. R.; GIBBON, S. Between personal and relational privacy: understanding the work of informed consent in cancer genetics in Brazil. *Journal of community genetics*. 2015, v. 6, n. 3, p. 287–93.
- GOVERNMENT OF THE SWISS. *Federal Constitution of the Swiss Confederation*. Suíça, 1999.
- HARPER. PETER, S. *Practical Genetic Counseling*. 7. ed. London, 2010.
- HUMAN GENETICS SOCIETY OF AUSTRALASIA. *The Protection of Human Genetic Information*. Austrália. 2007.
- KNOPPERS, B. M., HARRIS J. R, B.-L. A human rights approach code of conduct for genomic and clinical data sharing. *Hum Genet.*, v. 133, n. 7, p. 895-903, Jul. 2014.
- LIEBENAU, J; BLACKHOUSE, J. *Understanding Information: an introduction*. London: Macmillan, 1990, p. 52.
- LOCKE, J. *Two treatises of government*. New York: Cambridge, 1967.
- LOLKEMA, M. P. et al. Ethical, legal, and counseling challenges surrounding the return of genetic results in oncology. *Journal of clinical oncology : official journal of the American Society of Clinical Oncology*, 2013, v. 31, n. 15, p. 1842–1848.
- LYON, D. *Electronic Eye: the rise of Surveillance Society*. Minneapolis: University of Minnesota. 1994, p. 186.
- MACKOFF, R. L. et al. Attitudes of genetic counselors towards genetic susceptibility testing in *children*. *Journal of Genetic Counseling*, v. 19, p. 402–416, 2010.
- MACLEOD, R. et al. Recommendations for the predictive genetic test in Huntington's disease. *Clinical Genetics*, v. 83, p. 221–231, 2013.
- MARTINS-COSTA, J. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.
- MCCLELLAN, K. A et al. Exploring resources for intrafamilial communication of cancer genetic risk: we still need to talk. *European journal of human genetics : EJHG*, 2013, v. 21, n. 9, p. 903–10.
- MENEZES NETO, E. J.;BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis;BEZERRA, T. J. S. L.. O projeto de lei de proteção de dados pessoais (pl 5276/2016) no mundo do big data: o fenômeno da dataveillance em relação à utilização de metadados e seu impacto nos direitos humanos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, p. 185-198, 2018.
- MICHEL, V. F.; DEITOS, M. A. A aquisição original da propriedade: releitura de Locke e possibilidade de uma concepção autônoma de direito privado. *Civilistica.com - Revista Eletrônica de Direito Civil*, v. 2, p. 1-21, 2017.

- NEDELSKY, J. *Reconceiving Autonomy: sources, thoughts and possibilities*. 1 YALE J.L. & FEMINISM, 1989. v. 7. NEDELSKY, J. *Law's Relations*. London: Oxford University Press, 2011, p. 180.
- NISSENBAUM, H. Privacy as Contextual Integrity. WASH. L. REV. 2004, p. 119 – 20.
- NÚÑEZ, L. M. et al. *Asesoramiento genético en oncología: manual para La práctica clínica*. Buenos Aires: Instituto Nacional Del Cáncer, 2013, p. 25.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS; ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA. *A Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos*. Suíça, 1997.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS; ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA. *Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos*. França 2004
- PERLINGIERI. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., pp. 728-729.
- RACHELS, J. Why Privacy is Important. In: SCHOOEMAN, Ferdinand David (ed.). *Philosophical dimensions of privacy: an anthology*. 1984. p. 290-292.
- REIMAN, J. H. Privacy, Intimacy, and Personhood. In: SCHOOEMAN, Ferdinand David (ed.). *Philosophical dimensions of privacy: an anthology*, 1984. p. 310.
- ROBIN L. BENNETT et al. Standardized Human Pedigree Nomenclature: Update and Assessment of the Recommendations of the National Society of Genetic Counselors. *J Genet Counsel*, v. 17, p. 424–433, 2017.
- ROCHA, Luiz A. C. B. L. M.; FILPO, Klever P. L. Proteção do direito à vida privada na sociedade da hiperexposição: paradoxos e limitações empíricas. *Civilistica.com - Revista Eletrônica de Direito Civil*, v. a.7 n. 1, p. 1-31, 2018.
- SAMPAIO, J. A. L. *Direito à intimidade à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- SIJMONS, R. H.; LANGEN, I. M. VAN; SIJMONS, J. G. *A clinical perspective on ethical issues in genetic testing. Accountability in research*, 2011, v. 18, p. 148–162.
- SOLOVE, D. A. Taxonomy of Privacy. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 154, n. 3, 2006, p. 116 -17.
- SOUZA, E. N. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 58, abr./jun. 2014.
- SOUZA, E. N. Situações jurídicas subjetivas: aspectos controversos. *Civilistica.com - Revista Eletrônica de Direito Civil*, v. 1.2015, p. 1-25, 2015.
- STALDER, F. *Privacy is Not the Antidote to Surveillance*, 1 SURVEILLANCE & SOC'Y. 2002. p. 120-21.
- STEEVES, V. Reclaiming the Social Value of Privacy. In: STEEVES, Valerie; LUCOCK; CAROLE; Keer Ian (Ed.). *Lessons from the identity trail: anonymity, privacy and identity in a networked society*. London: Oxford University Press, 2009.
- STOCKHOLM, N.; SÖNERS, F. *Right of Privacy and Rights of the Personality, a Comparative Survey*. 1967.
- SUPREME COURT OF CALIFORNIA. *Tarasoff v. Regents of University of California*, 17 Cal.3d 425. California July 1, 1976.
- SZANIAWSKI, E. *Direitos de Personalidade e sua tutela*. Revista dos Tribunais, São Paulo. 2. ed. 2005.
- TAYLOR, M. *Genetic Data and the Law*. London: Cambridge Bioethics and Law, 2012.

UNITED STATES. Supreme Court Of California. *Tarasoff v. Regents of University of California*, 17 Cal.3d 425. California July 1, 1976.

URSIN, L. O. Biobank research and the right to privacy. *Theoretical medicine and bioethics*, v. 29, n. 4, p. 267–85, 2008.

WASSERSTROM, R. A. Privacy: Some Arguments and Assumptions. In: SCHOEMAN, Ferdinand David (ed.). *Philosophical dimensions of privacy: an anthology*. 1984. p. 322.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Análise da efetividade da política de gerenciamento de resíduos de saúde no Município de Santos

Analysis of the effectiveness of the health waste management policy in the Municipality of Santos

Renato Braz Mehanna Khamis

Lígia Maria Comis Dutra

Thays Costa Nostre Teixeira

VOLUME 8 • Nº 3 • DEZ • 2018
DOSSIÊ ESPECIAL : POLÍTICAS PÚBLICAS
E O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

Análise da efetividade da política de gerenciamento de resíduos de saúde no Município de Santos*

Analysis of the effectiveness of the health waste management policy in the Municipality of Santos

Renato Braz Mehanna Khamis**

Lígia Maria Comis Dutra***

Thays Costa Nostre Teixeira****

RESUMO

O presente artigo tem por finalidade analisar a efetividade da Política de Gerenciamento de Resíduos de Saúde no Município de Santos, Estado de São Paulo. Trata-se de estudo relevante na medida em que busca analisar a efetividade de política pública de natureza dúplice, ambiental e sanitária. Visando atingir o objetivo proposto, foi empregado o método dedutivo em pesquisa de natureza analítica, fundada na seguinte hipótese que será objeto de verificação de validade: a Política de Gerenciamento de Resíduos de Saúde no Município de Santos é efetiva. Para tanto, a pesquisa está amparada em procedimento bibliográfico, tomando como base referências normativas e doutrinárias, além de dados estatísticos provenientes de fontes oficiais, todos eles disponíveis em meio impresso e eletrônico. Ao final, após a análise dos dados levantados juntamente ao Município, concluiu-se que a hipótese investigada é verdadeira, e que, portanto, ao marco legal que instituiu referida política foi conferida efetividade pela municipalidade.

Palavras-chave: Efetividade. Política pública. Gerenciamento de resíduos sólidos. Município de Santos (SP).

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze the effectiveness of the Health Waste Management Policy in the Municipality of Santos, State of São Paulo. This is a relevant study insofar as it seeks to analyze the effectiveness of a public policy of a dual nature, environmental and health. Aiming to reach the proposed objective, the deductive method was used in research of an analytical nature, based on the following hypothesis that will be object of validity verification: the Health Waste Management Policy in the Municipality of Santos is effective. To do so, the research is supported by a bibliographic procedure, based on normative and doctrinal references, as well as statistical data from official sources, all available in print and electronic media. At the end, after analyzing the data collected with the Municipality, it was conclu-

* Recebido em 30/09/2018

Aprovado em 07/01/2019

** Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Professor Permanente do programa de Mestrado em Direito da Saúde da Universidade Santa Cecília - UNISANTA. Professor Convidado do Curso de Especialização em Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Professor do Curso de Graduação em Direito da Universidade Santa Cecília - UNISANTA.

*** Mestre em Direito Ambiental pela Universidade Católica de Santos - UNISANTOS. Pós-graduada em Direito do Estado pela Universidade Cândido Mendes - UNICAM. Graduada em Direito pela Universidade Católica de Santos - UNISANTOS e em Engenharia Civil pela Universidade Santa Cecília - UNISANTA. Professora do Curso de Graduação em Direito da Universidade Santa Cecília - UNISANTA.

**** Graduada em Farmácia e Bioquímica pela Universidade Católica de Santos - UNISANTOS. Graduada em Direito pela Universidade Santa Cecília - UNISANTA.

ded that the hypothesis investigated is true, and that, therefore, the legal framework that instituted said policy was conferred effectiveness by the municipality.

Keywords: Effectiveness; public policy; solid waste management.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 inovou ao incluir em seu texto, no Título VIII, que cuida da ordem social, o capítulo VI, que trata com exclusividade do meio ambiente.

Não obstante ser um capítulo monoarticular, composto apenas pelo artigo 225 da Constituição Federal, estamos diante de relevante avanço, haja vista que o constituinte originário, atendendo aos anseios éticos da comunidade, alçou ao patamar constitucional a proteção do meio ambiente.¹

Dizemos que a constitucionalização da questão ambiental atende aos anseios éticos do povo brasileiro porque, como afirma Leonardo Boff, a relação do homem com a natureza possui caráter ético na medida em que o primeiro não pode ser concebido sem que se leve em conta o meio em que vive — ainda que sujeito e ambiente sejam coisas distintas. Isto posto, os valores que constituem o bem viver levam, necessariamente, em consideração as questões ambientais para permitir que o homem alcance a felicidade. Daí o porquê de o autor utilizar a expressão grega *ethos* na acepção de morada humana.²

É importante frisar que esse tipo de concepção ético-ambiental pode ser constatada na noção de justiça ambiental, reinante nos dias atuais. Afinal, como ressalta Rogério Santos Rammê, o conceito de justiça ambiental é uma espécie de conceito guarda-chuva, “capaz de abarcar todas as preocupações e formas de ação social vinculadas ao entendimento de que o meio ambiente equilibrado é fator determinante para a subsistência humana”.³

Isso posto, a importância do tratamento adequado de resíduos no Brasil foi ressaltada com a elevação do direito ao meio ambiente equilibrado e sua respectiva proteção ao nível constitucional. Trata-se de preocupação transgeracional, pois não é pertinente, apenas, à geração atual, mas também às futuras gerações.

Há diversos tipos de resíduos,⁴ os resíduos de saúde — que são na sua absoluta maioria sólidos — exigem tratamento especial, seja no tocante ao acondicionamento, manuseio ou descarte. Afinal, trata-se de material contaminante. Daí, portanto, existir uma política pública própria destinada a essa espécie de resíduo, cujos termos podem ser encontrados em diversos instrumentos normativos das mais variadas naturezas (leis, decretos, notas técnicas etc.) provenientes das diversas esferas federativas.

Diante da existência de uma política pública específica para o gerenciamento dos resíduos de saúde, e cientes de que, à luz do marco regulatório e da opção cooperativa constitucional,⁵ as atribuições operacionais para sua implementação pertencem aos Municípios, o presente trabalho tem como objetivo verificar a efetividade da política de gerenciamento dos resíduos de saúde no Município de Santos, Estado de São Paulo.

O referido Município possui 434.742 habitantes⁶ e ostenta excelente posição no ranking dos Municípios com a melhor qualidade de vida do Brasil (6º lugar), bem como possui excelente pontuação (0.840) no Índi-

1 Nesse sentido vide. KHAMIS, Renato Braz Mehanna. A indisponibilidade do direito fundamental à proteção do meio ambiente. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 14, n. 29, p. 153-173, maio/ago. 2017. p. 167.

2 BOFF, Leonardo. *Ethos mundial: um consenso mínimo entre os humanos*. Brasília: Letraviva, 2000. p. 69-69.

3 RAMMÊ, Rogério Santos. *Da justiça ambiental aos direitos e deveres ecológicos: conjecturas político-filosóficas para uma nova ordem jurídico-ecológica*. Caxias do Sul: Edusc, 2012. p. 46.

4 Nesse sentido vide a Lei nº 12.305/2010, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos e será tratada no item 3.1.1.

5 Tudo isso será enfrentado pontualmente ao longo do trabalho.

6 BRASIL IBGE. *Brasil em Síntese*: São Paulo – Santos: Panorama. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/sp/santos/panorama>. Acesso em: 10 ago. 2018.

ce de Desenvolvimento Humano – IDH.⁷ Além disso, é considerada uma das cidades com maior importância econômica do país e tem um crescimento populacional de aproximadamente 0,5% ao ano.⁸

Trata-se, portanto, de um Município relevante nacional e regionalmente, o qual possui números que o posicionam como excelente opção para servir como objeto de análise do estudo levado a cabo no presente artigo, passando, então, a integrar o corte metodológico proposto.

Diante do exposto, o problema que se busca investigar consiste na análise da efetividade (ou inefetividade) da Política de Gerenciamento de Resíduos de Saúde no Município de Santos. Para tanto, será utilizado o método dedutivo em pesquisa de natureza analítica. A hipótese, cuja validade se busca aferir, é a seguinte: a Política de Gerenciamento de Resíduos de Saúde no Município de Santos é efetiva.

Visando atingir esse objetivo, será estudada, primeiramente, a questão da efetividade das normas jurídicas que norteiam a Política de Gerenciamento dos Resíduos de Saúde. Em seguida será analisado o marco legal aplicável ao Município de Santos no tocante à referida política pública. Posteriormente, os dados disponibilizados pela municipalidade, referentes à coleta, manutenção e descarte dos resíduos sólidos de saúde gerados, no âmbito do Município, serão analisados. Após confrontar o marco regulatório e os dados levantados com o problema da efetividade, será possível passar à conclusão aferindo a validade ou a invalidade da hipótese investigada.

Por fim, deve-se, ainda, pontuar que o presente trabalho está amparado em procedimento bibliográfico, tomando como base referências normativas e doutrinárias, além de dados estatísticos provenientes de fontes oficiais, todos eles disponíveis em meio impresso e eletrônico.

2. O PROBLEMA DA EFETIVIDADE DA POLÍTICA DE GERENCIAMENTO DE RESÍDUOS DE SAÚDE

Conforme pontuado há pouco, a necessidade de implementação dos valores ambientais passa a ser dotada de coercibilidade quando constituída sob a forma de norma jurídica. Portanto, a exigibilidade depende da juridicização do seu conteúdo. Isto significa que os valores éticos referentes ao meio ambiente precisam ser convertidos em normas jurídicas dotadas de sanção.

Todavia, não basta a mera existência de norma jurídica válida — criada de acordo com os requisitos do ordenamento jurídico e integrada a ele — e vigente — que esteja dentro do período no qual o comportamento prescrito é exigível. É necessário, também, que a norma jurídica seja dotada de eficácia, quer dizer, que esteja apta para produzir os seus efeitos.

De acordo com a lição de Tércio Sampaio Ferraz Júnior,⁹ a capacidade da norma jurídica de produzir efeitos depende de determinados requisitos, sendo uns de natureza fática, e outros de natureza técnico-normativa. Os primeiros buscam verificar se existem na realidade as condições necessárias para a norma jurídica produzir seus efeitos, verificando a adequação entre a prescrição normativa e a realidade fática. Já os últimos analisam a presença de requisitos técnicos que condicionam a forma como a norma jurídica produzirá seus efeitos.¹⁰ Presentes os primeiros, a norma jurídica será efetiva ou socialmente eficaz. Portanto, ela terá efetividade quando encontrar na realidade as condições necessárias para a produção dos seus efeitos.

7 ATLAS DO DESENVOLVIMENTO HUMANO NO BRASIL. *Ranking: todo o Brasil, 2010*. Disponível em: <http://www.atlas-brasil.org.br/2013/pt/ranking>. Acesso em: 10 ago. 2018.

8 SANTOS (Cidade). Prefeitura Municipal de Santos. *Conheça Santos*. Disponível em: <http://www.santos.sp.gov.br/?q=hotsite/conheca-santos>. Acesso em: 10 ago. 2018.

9 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 197-198.

10 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 199.

Entretanto, o autor supracitado alerta que a efetividade (eficácia social) não se confunde com a observância da norma. Isto porque, em que pese se tratar de atributo importante para o reconhecimento da efetividade, há normas efetivas que não chegam a ser observadas, pois possuem, meramente, valor simbólico, tendo, assim, como efeito uma satisfação ideológica.¹¹

É o caso daquelas normas que estabelecem prescrições ideologicamente desejadas pela sociedade, mas cuja aplicação efetiva acarretaria tumulto social, tal como o art. 7, IV da Constituição federal, que prevê um salário mínimo “capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social”, mas que, se atendido, implantaria o caos nas relações econômico-sociais.

Isto posto, “a efetividade ou eficácia social tem antes o sentido de *sucesso* normativo, o qual pode ou não exigir obediência”.¹²

Não obstante essa ressalva, é preciso pontuar que, na absoluta maioria dos casos, exige-se a observância do preceito inscrito na norma jurídica para a aferição da sua efetividade. Dessa forma, deve-se analisar se os requisitos fáticos para a observância da norma estão presentes. Contudo, uma vez presentes os referidos requisitos, torna-se preciso distinguir as duas formas de observância da norma jurídica: a espontânea e a por imposição de terceiros.¹³

No que toca à observância espontânea, ela implica o reconhecimento, por parte do agente, de que aquela é uma norma jurídica dotada de obrigatoriedade e que, portanto, deve ser obedecida. Mais do que isto, implica a aceitação da sua legitimidade, isto é, a constatação da correspondência entre os valores socialmente partilhados pela comunidade e o preceito esculpido na norma jurídica à qual o agente irá se submeter voluntariamente. Nas palavras de Goffredo Telles Júnior, serão legítimas

as leis que forem fórmulas de ordem consentida, ou querida, ou almejada pela média da população; ou, ao menos, fórmulas de uma ordem não repelida, não rejeitada, não repudiada pela coletividade.¹⁴

Esse mesmo autor, por sua vez, reconhece a existência de três causas de desarmonia entre a norma jurídica e a ordenação ética vigente.

A primeira delas é o erro do legislador, que ocorre quando o legislador — no exercício de sua função típica legiferante — cria uma lei baseada em valores já superados, não mais vigentes na sociedade que será regulada por aquela norma jurídica.¹⁵ Por se tratar de erro, ele o faz repleto de boa intenção. No entanto, ainda assim, há choque entre o mandamento legal e os valores reinantes no âmbito da sociedade.

Por seu turno, a segunda é o arbítrio do poder, que se manifesta sempre que um governo, por meio do emprego da força, ou utilizando-se do prestígio obtido de forma demagógica, impõe à sociedade de forma coercitiva mandamentos conflitantes com os valores socialmente partilhados, podendo, inclusive, chegar ao extremo de violar direitos dos cidadãos.¹⁶ Nesse caso, há plena ciência da discrepância existente entre os valores e anseios sociais e o mandamento ilegítimo expedido pelo Estado.

Finalmente, a terceira é a decrepitude do Direito, que se dá sempre que o paradigma ético de uma norma jurídica for superado pelos novos valores vigentes socialmente. Isto significa que a norma jurídica que, um

11 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 198.

12 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 199. (grifo no original).

13 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 199.

14 TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Iniciação na ciência do direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 205.

15 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 210.

16 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 213.

dia foi respaldada pelos valores sociais vigentes em determinada época passada, na atualidade, por manter-se alinhada a esses mesmos valores, se encontra em relação direta com valores sociais já superados e, por esse motivo, a referida norma jurídica não encontra mais o amparo ético necessário para que mantenha o status de legitimidade.¹⁷ Portanto, é possível concluir que “o que é afetado pela decrepitude da lei é a sua eficácia. A lei caduca é lei com vigência, mas sem eficácia”.¹⁸

Já no que toca à observância por imposição de terceiros, estamos diante de posição diametralmente oposta. Isto porque não se discute neste artigo o reconhecimento voluntário da observância da norma jurídica. O que se verifica é como o aparato estatal de coerção atua para dar efetividade à norma jurídica diante do descumprimento constatado em determinado caso concreto.¹⁹ Afinal, se em regra é o Estado que detém o monopólio da coerção e, portanto, salvo hipóteses excepcionais, é vedada a autotutela, isto significa que o terceiro que deve impor a observância da norma jurídica como forma de garantir a sua efetividade é o próprio Estado, que o faz por meio do Poder Judiciário, em respeito ao Princípio da Separação dos Poderes.

Nesse diapasão, o instrumento que o Estado coloca à disposição dos cidadãos, para impor de forma coercitiva um determinado direito a outrem, é a jurisdição.

Não obstante a autonomia das duas formas de observância das normas jurídicas supramencionadas (autônoma e por imposição de terceiros), nada impede que, num determinado caso concreto, possamos encontrar apenas uma delas, ou ambas, ou mesmo nenhuma. Quando apenas uma delas estiver presente, independentemente de qual seja, a norma será parcialmente ineficaz. Quando ambas estiverem presentes, a norma será plenamente ineficaz. Por fim, quando nenhuma delas estiver presente, a norma será totalmente eficaz.²⁰

Como se percebe, as considerações apresentadas nesta seção são fundadas numa análise teórico-científica do Direito. Isto posto, seus preceitos são extensíveis a toda e qualquer norma jurídica, independentemente da matéria veiculada — haja vista serem provenientes da teoria da norma jurídica. Portanto, são plenamente aplicáveis às normas jurídicas instituidoras de políticas públicas. Afinal, como pontua Maria Paula Dallari Bucci: “as políticas hoje são instrumentos de ação dos governos — o *government by policies* que desenvolve e aprimora o *government by law* [...]”.²¹

Nesses termos, uma vez que as normas instituidoras da política de gerenciamento de resíduos de saúde são efetivamente jurídicas, isto significa que o marco legal que lhes é aplicável sujeita-se à análise de sua efetividade (eficácia social) seja de forma autônoma ou por imposição de terceiros. Para tanto, referida análise será feita limitando-se o objeto da pesquisa ao âmbito do Município de Santos — conforme delimitado na introdução — e tomará como base o critério proposto por Tércio Sampaio Ferraz Júnior, que foi apresentado neste capítulo.

3. O MARCO LEGAL APLICÁVEL AO MUNICÍPIO DE SANTOS

Visando atender ao objetivo de pesquisa proposto no presente estudo, faz-se necessário conhecer o marco legal aplicável ao tratamento dos resíduos de saúde no Município de Santos.

17 FERRAZ JÚNIOR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 215.

18 FERRAZ JÚNIOR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 216.

19 FERRAZ JÚNIOR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 199.

20 FERRAZ JÚNIOR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 199.

21 BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 34, n. 133, p. 89-98, jan./mar. 1997. p. 90.

Nos termos da Constituição Federal, a competência para tratar da matéria objeto deste estudo é comum. O artigo 23 da Carta Magna estabelece, portanto, que pertence simultaneamente à União, aos Estados e aos Municípios proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas.

Referida opção reflete a adoção pelo constituinte de um modelo de federalismo cooperativo no tocante à proteção do meio ambiente, no qual todos os entes federativos reúnem esforços para atingir o objetivo comum de preservar o meio ambiente.

As políticas criadas que visam à proteção do meio ambiente são — assim como aquelas dirigidas à implementação e defesa de outros direitos constitucionalmente previstos — políticas públicas e, no tocante a tal espécie, afirmam Renato Braz Mehanna Khamis e Ivan Ricardo Garisio Sartori o seu caráter é cooperativo (como regra):

Mas, na área das políticas públicas, a Carta se altera e passa a conferir aos entes subnacionais grande relevância na sua execução, adotando as características de um federalismo cooperativo (item “d” da classificação).

Enquanto, no essencial, o fenômeno centrípeto se acentua, tem-se que, nas referidas políticas, pelos menos em sede constitucional, ele se atenua. É o que se depreende dos arts. 198 (saúde), 204 (assistência social) e 211 (educação) da Constituição Federal. Esses dispositivos tornam os entes subnacionais mais ativos do que em outras políticas de governo, alçando-os à condição de atores efetivos no tocante àquelas políticas públicas.²²

Portanto, ante à previsão constitucional de atuação de todos os entes federativos de forma cooperativa, é possível encontrar um arcabouço normativo nas políticas públicas de proteção ao meio ambiente que transpassa todos os entes envolvidos.

Isso posto, por ser a política de tratamento de resíduos de saúde uma política pública instituída com a finalidade de proteção do meio ambiente, o seu marco legal foi igualmente instituído sob a estrutura do federalismo cooperativo e, portanto, contempla normas inseridas em instrumentos legislativos provenientes dos âmbitos nacional, estadual e municipal.

3.1. Âmbito nacional

3.1.1. Lei nº 12.305, de 02 de agosto de 2010

O principal instrumento empregado para a solução dos problemas enfrentados em decorrência do manuseio incorreto dos resíduos de saúde encontra-se na Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS), instituída pela Lei nº 12.305/2010,²³ que estabelece diretrizes relativas à gestão integrada e ao gerenciamento de resíduos sólidos, incluídos os perigosos, além da responsabilidade dos geradores e do poder público, bem como os instrumentos econômicos passíveis de serem aplicáveis.

A Lei nº 12.305/2010 sujeita as pessoas físicas e jurídicas, de direito público ou privado, desde que direta ou indiretamente responsáveis pela geração de resíduos sólidos ou que desenvolvam ações relacionadas à gestão integrada ou ao gerenciamento de resíduos sólidos, afastando, entretanto, sua aplicação aos rejeitos radioativos.

Referida lei classifica os resíduos sólidos quanto à origem ou periculosidade. Os resíduos de serviços de saúde, quanto à origem, são aqueles gerados nos serviços de saúde, conforme definido em regulamento ou

22 KHAMIS, Renato Braz Mehanna; SARTORI, Ivan Ricardo Garisio. O impacto do federalismo sanitário brasileiro na implementação de políticas públicas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, n. 2, p. 302-312, ago. 2017. p. 308.

23 BRASIL. *Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010*. Brasília, 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12305.htm. Acesso em: 5 ago. 2018.

em normas estabelecidas pelos órgãos do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA²⁴ e do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária – SNVS,^{25,26} estando também enquadrados pelo artigo 13, II, “a” como resíduos perigosos:

[...] aqueles que, em razão de suas características de inflamabilidade, corrosividade, reatividade, toxicidade, patogenicidade, carcinogenicidade, teratogenicidade e mutagenicidade, apresentam significativo risco à saúde pública ou à qualidade ambiental, de acordo com lei, regulamento ou norma técnica.

O Decreto nº 7.404/2010,²⁷ além de regulamentar a lei em questão, criou o Comitê Interministerial da Política Nacional de Resíduos Sólidos e o Comitê Orientador para a Implantação dos Sistemas de Logística Reversa. Sobretudo, tem como finalidade estabelecer normas para execução da Política Nacional de Resíduos Sólidos, detalhando os institutos da coleta seletiva e política reversa dentre outros.

Para o direcionamento das políticas públicas a serem implementadas no âmbito da Política Nacional de Resíduos Sólidos, de modo a integrar e conferir eficiência ao disposto na Lei 12.305/2010, estabeleceu-se a necessidade de elaboração de Planos de Resíduos Sólidos em nível nacional pela União, em nível estadual ou regional pelos Estados e em nível municipal pelos Municípios, tendo sido estipulado um prazo para atualização de 4 (quatro) anos.

Note-se que caberá aos empreendimentos sujeitos à elaboração de Plano de Gerenciamento de Resíduos Sólidos o monitoramento e a fiscalização, ficando sujeitos à responsabilização os geradores/poluidores.²⁸

Quanto às pessoas jurídicas que operam com resíduos perigosos, estas são obrigadas a elaborar um plano de gerenciamento de resíduos perigosos e submetê-lo ao órgão competente do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA e, quando couber, do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária – SNVS e/ou do Sistema Unificado de Atenção à Sanidade Agropecuária – SUASA, observadas as exigências previstas no Decreto nº 7.404/2010 e demais normas técnicas específicas.²⁹

Não fosse suficiente, o artigo 66 do mesmo regulamento estabelece que a instalação e o funcionamento de empreendimento ou atividade que opere com resíduos perigosos deve comprovar capacidade técnica e econômica, além das demais condições para o cuidado necessário dos resíduos.³⁰

24 BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Conselho Nacional do Meio Ambiente. *Resolução CONAMA nº 358 de 29 de abril de 2005*. Brasília, 2005. Disponível em: <http://www2.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=462>. Acesso em: 2 ago. 2018.

25 BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Resolução da Diretoria Colegiada RDC Anvisa nº 306 de 7 de dezembro de 2004*. Brasília, 2004. Disponível em: http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2004/res0306_07_12_2004.html. Acesso em: 2 ago. 2018.

26 BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Resolução da Diretoria Colegiada RDC Anvisa nº 222 de 28 de março de 2018*. Brasília, 2018. Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/3427425/%281%29RDC_222_2018_.pdf/1f0accf2-1d49-4a02-8abb-fc3307f98b19. Acesso em: 4 ago. 2018.

27 BRASIL. *Decreto nº 7.404, de 23 de dezembro de 2010*. Brasília, 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7404.htm. Acesso em: 6 ago. 2018.

28 Art.55.Os empreendimentos sujeitos à elaboração de plano de gerenciamento de resíduos sólidos localizados em um mesmo condomínio, Município, microrregião, região metropolitana ou aglomeração urbana, que exerçam atividades características de um mesmo setor produtivo e que possuam mecanismos formalizados de governança coletiva ou de cooperação em atividades de interesse comum, poderão optar pela apresentação do referido plano de forma coletiva e integrada. (Decreto nº 7.404, de 23 de dezembro de 2010).

29 Art.65.As pessoas jurídicas que operam com resíduos perigosos, em qualquer fase do seu gerenciamento, são obrigadas a elaborar plano de gerenciamento de resíduos perigosos e submetê-lo ao órgão competente do SISNAMA e, quando couber, do SNVS e do SUASA, observadas as exigências previstas nesse Decreto ou em normas técnicas específicas. (Decreto nº 7.404, de 23 de dezembro de 2010)

30 Art.66.A instalação e o funcionamento de empreendimento ou atividade que gere ou opere com resíduos perigosos somente podem ser autorizados ou licenciados pelas autoridades competentes se o responsável comprovar, no mínimo, capacidade técnica e econômica, além de condições para prover os cuidados necessários ao gerenciamento desses resíduos.

3.1.2. NBR 12808 de janeiro de 1993

No seguimento das normas técnicas, servindo de base para as legislações a serem abordadas na sequência, está a norma NBR 12808 de 1993,³¹ expedida pela Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT, que tem como finalidade classificar os resíduos de serviços de saúde de acordo com sua natureza e seu risco potencial ao meio ambiente e à saúde pública. Para tanto, divide a classe A, dos resíduos infectantes, em outras 6 (seis) subclasses.

A primeira é a do resíduo biológico, que consiste em: cultura, inóculo, mistura de microrganismos e meio de cultura inoculado proveniente de laboratório clínico ou de pesquisa, vacina vencida ou inutilizada, filtro de gases aspirados de áreas contaminadas por agentes infectantes e qualquer resíduo contaminado por esses materiais.

A segunda é composta por sangue e hemoderivados, assim definida: bolsa de sangue após transfusão, com prazo de validade vencido ou sorologia positiva, amostra de sangue para análise, soro, plasma e outros subprodutos.

Já a terceira diz respeito ao resíduo cirúrgico, anatomopatológico e exsudato, que corresponde ao que segue: tecido, órgão, feto, peça anatômica, sangue e outros líquidos orgânicos resultantes de cirurgia, necropsia e resíduos contaminados por esses materiais.

A quarta se refere ao resíduo perfurante ou cortante, definido como: agulha, ampola, pipeta, lâmina de bisturi e vidro.

A quinta espécie de resíduo é intitulada animal contaminado é definida da seguinte forma: carcaça ou parte de animal inoculado, exposto à microorganismos patogênicos ou portador de doença infectocontagiosa, bem como resíduos que tenham estado em contato com este.

Finalmente, a sexta subclasse de resíduo é a da assistência ao paciente, que por seu turno é assim classificada: secreções, excreções e demais líquidos orgânicos procedentes de pacientes, bem como os resíduos contaminados por esses materiais, inclusive restos de refeições. (NBR nº 12808 de janeiro de 1993)

3.1.3. Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 306 de 7 de dezembro de 2004

Utilizando-se das classificações e determinações da NBR 12808, foi expedida a Resolução da Diretoria Colegiada – RDC ANVISA nº 306/2004,³² a qual padronizou e regulamentou o setor de resíduos de serviços de saúde juntamente à Resolução Conama nº 358/05³³ (que será abordada na sequência).

A referida Resolução, revogada pela Resolução da Diretoria Colegiada – RDC ANVISA nº 222, de 28 de março de 2018 (explanada em detalhes mais adiante), dispunha sobre o regulamento técnico para o gerenciamento de resíduos de serviços de saúde,³⁴ tendo sido expedida para harmonizar as normas federais dos Ministérios do Meio Ambiente e da Saúde por meio do Conselho Nacional de Meio Ambiente – CONAMA e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. Seu desenvolvimento foi fruto do envolvimento

31 ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR 12808: resíduos de serviços de saúde*. Rio de Janeiro, 1993. Disponível em: <https://wp.ufpel.edu.br/residuos/files/2014/04/NBR-12808-1993-Res%C3%ADuos-de-servi%C3%A7os-de-sa%C3%BAde.pdf>. Acesso em: 4 ago 2018.

32 BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Resolução da Diretoria Colegiada RDC Anvisa nº 306 de 7 de dezembro de 2004*. Brasília, 2004. Disponível em: http://bvsm.sau.gov.br/bvs/sau/legis/anvisa/2004/res0306_07_12_2004.html. Acesso em: 2 ago. 2018.

33 BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Conselho Nacional do Meio Ambiente. *Resolução CONAMA nº 358 de 29 de abril de 2005*. Brasília, 2005. Disponível em: <http://www2.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=462>. Acesso em: 2 ago. 2018.

34 BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Aspectos jurídicos da Resolução da Diretoria Colegiada da Anvisa sobre Resíduos de Serviços de Saúde*. Brasília: ANVISA, 2006. Disponível em: https://controllab.com/pdf/revista_anvisa_rdc_306.pdf. Acesso em: 9 ago. 2018.

das três esferas de governo, tornando-a, assim, uma referência sob a ótica da cooperação para aqueles que buscavam proteger o meio ambiente e a saúde pública.

3.1.4. Resolução Conama nº 358 de 29 de abril de 2005

Em harmonia com a supracitada Resolução da Diretoria Colegiada – RDC ANVISA nº 306/2004 está a Resolução Conama nº 358/2005,³⁵ que dirige-se a todos os serviços com atendimento à saúde humana ou animal, incluindo assistência domiciliar e trabalho de campo, dentre outros, e também classifica os resíduos de acordo com o risco, seja ele individual ou coletivo, bem como responsabiliza os geradores e os responsáveis legais pelo gerenciamento até a disposição final dos dejetos produzidos.

A resolução discorre sobre a elaboração e implantação do Plano de Gerenciamento de Resíduos de Serviços de Saúde – PGRSS, assim como discorre sobre o profissional responsável por sua padronização, além de salientar o grupo de resíduos que deve receber tratamento prévio para descontaminação antes de ser encaminhado para disposição final e listar o que pode ou não ser feito com cada grupo de resíduos.

Sua importância está na classificação específica de cada resíduo possibilitando, assim, o manuseio correto, evitando riscos à saúde de todos os envolvidos e principalmente ao meio ambiente.

Nos termos da resolução, os resíduos são separados em cinco grupos. O Grupo A é composto pelos resíduos com a possível presença de agentes biológicos que, por suas características de maior virulência ou concentração, podem apresentar risco de infecção.

De outro plano, o Grupo B é o dos resíduos contendo substâncias químicas que podem apresentar risco à saúde pública ou ao meio ambiente, dependendo de suas características de inflamabilidade, corrosividade, reatividade e toxicidade.

Já o Grupo C contempla quaisquer materiais resultantes de atividades humanas que contenham radionuclídeos em quantidades superiores aos limites de eliminação especificados nas normas da Comissão Nacional de Energia Nuclear-CNEN e para os quais a reutilização é imprópria ou não prevista.

O Grupo D é o dos resíduos que não apresentem risco biológico, químico ou radiológico à saúde ou ao meio ambiente, podendo ser equiparados aos resíduos domiciliares.

Finalmente, o Grupo E é o dos materiais perfurocortantes ou escarificantes, tais como: lâminas de barbear, agulhas, escalpes, ampolas de vidro, brocas, limas endodônticas, pontas diamantadas, lâminas de bisturi, lancetas; tubos capilares; micropipetas; lâminas e lamínulas; espátulas; e todos os utensílios de vidro quebrados no laboratório (pipetas, tubos de coleta sanguínea e placas de Petri) e outros similares.

3.1.5. Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 44 de 17 de agosto de 2009

Dentre os responsáveis pela geração dos Resíduos de Serviços de Saúde encontram-se as farmácias e drogarias, sendo a Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 44/2009³⁶ direcionada a tais estabelecimentos. Esta dispõe sobre as “boas práticas farmacêuticas” no que tange ao funcionamento, dispensação e comercialização de produtos e serviços farmacêuticos.

Em meio aos dispostos da resolução encontra-se o dever de fornecer treinamento quanto ao uso e descarte de Equipamentos de Proteção Individual – EPIs que estejam de acordo com o Plano de Geren-

35 BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Conselho Nacional do Meio Ambiente. *Resolução CONAMA nº 358 de 29 de abril de 2005*. Brasília, 2005. Disponível em: <http://www2.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=462>. Acesso em: 2 ago. 2018.

36 BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Resolução da Diretoria Colegiada RDC Anvisa nº 44 de 17 de agosto de 2009*. Brasília, 2009. Disponível em: <https://www20.anvisa.gov.br/segurancadopaciente/index.php/legislacao/item/rdc-44-2009>. Acesso em: 4 ago. 2018.

ciamento de Resíduos de Serviços de Saúde – PGRSS, bem como a permissão da participação de referidos estabelecimentos em programas de coleta de medicamentos descartados pela comunidade, sempre visando a preservação da saúde pública e do meio ambiente.

Ao fim, a Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 44/2009 reforça o dever dos estabelecimentos possuírem um Plano de Gerenciamento de Resíduos de Serviços de Saúde – PGRSS de acordo com a legislação específica vigente.

3.1.6. Resolução da Diretoria Colegiada – RDC Nº 222, de 28 de março de 2018

Publicada no DOU nº 61, no dia 29 de março de 2018 e com entrada em vigor em setembro de 2018, a Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 222³⁷ regulamenta as “boas práticas” de Gerenciamento dos Resíduos de Serviços de Saúde e revoga a RDC nº 306/2004.

Sua revisão veio com a necessidade de mudanças decorrentes dos avanços nas áreas da Saúde e Meio Ambiente, e sua forma mais resumida sugere a exclusão de alguns tópicos presentes na versão anterior.

Em seu art. 2º, ela define sua abrangência, acabando com possíveis dúvidas em relação à inclusão de estabelecimentos privados no rol de possíveis geradores de resíduos. Observa-se, também, a exclusão dos serviços de piercing, salões de beleza e estética bem como da sua aplicação à fontes radioativas seladas, as quais possuem determinações específicas:

Art. 2º Esta Resolução se aplica aos geradores de resíduos de serviços de saúde – RSS cujas atividades envolvam qualquer etapa do gerenciamento dos RSS, sejam eles públicos e privados, filantrópicos, civis ou militares, incluindo aqueles que exercem ações de ensino e pesquisa. (RDC 222/2018)

O capítulo II reserva-se ao Plano de Gerenciamento de Resíduos de Serviços de Saúde – PGRSS, e de forma prática e pontual descreve todos os elementos importantes que devem estar documentados. A novidade é a possibilidade de terceirização em relação à elaboração, implantação e monitoramento do plano, e no caso de estabelecimentos que produzem somente resíduos do Grupo D (resíduos que não apresentam risco biológico, químico ou radiológico à saúde ou ao meio ambiente), pode ser elaborado um documento alternativamente ao plano supracitado.

Na sequência são expostas as etapas do manejo, que englobam a segregação, acondicionamento e identificação. Há ênfase da segregação dos Resíduos Sólidos de Saúde – RSS no momento de sua geração em decorrência da sua periculosidade e na identificação correta dos recipientes ou embalagens onde estes foram acondicionados. A norma veta a utilização de adesivos para a identificação.

Com relação aos resíduos gerados pelos serviços de atenção domiciliar, estes podem ser recolhidos pelos próprios agentes ou outra pessoa treinada, mas devem ser destinados ao local apropriado.

A resolução dispõe, ainda, que a coleta e o transporte, de forma geral, devem estar compatíveis com os Planos Municipais e do Distrito Federal de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos, bem como com as demais normativas aplicáveis.

Na sequência, em seu capítulo IV, a norma aborda os grupos e subgrupos utilizados para classificação dos resíduos e quais necessitam de tratamento específico devido ao seu grau de contaminação. Discorre, ainda, sobre os resíduos medicamentosos contendo produtos hormonais, antimicrobianos etc., descartados por serviços assistenciais de saúde, farmácias, drogarias e distribuidores de medicamentos, sem englobar aqueles decorrentes de descarte doméstico.

37 BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Resolução da Diretoria Colegiada RDC Anvisa nº 222 de 28 de março de 2018*. Brasília, 2018. Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/3427425/%281%29RDC_222_2018_.pdf/1f0acc2-1d49-4a02-8abb-fc3307f98b19. Acesso em: 4 ago. 2018.

Um ponto considerado de grande relevância pela norma em questão é o treinamento dos profissionais envolvidos de forma direta ou indireta, bem como as avaliações periódicas desses trabalhadores, garantidas pelo serviço.

De forma geral, essa nova RDC excluiu todas as citações de outras normas específicas, deixando a questão em aberto ao utilizar a expressão “conforme orientação do órgão ambiental competente” ou termo similar.

Nesse diapasão, há um Projeto de Decreto Legislativo de Sustação de Atos Normativos do Poder Executivo³⁸ que busca sustar a aplicação dessa RDC. Referida iniciativa decorre da crítica à expansão das possibilidades de dispensa do tratamento prévio antes de disposição final, deixando os profissionais responsáveis pela produção para avaliar o risco que os resíduos apresentam, assim como a necessidade ou não de realizar o tratamento em questão. Outro ponto relevante é a ausência de participação de outras entidades, como o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) e Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT).

3.2. Âmbito Estadual

Instituindo a Política Estadual de Resíduos Sólidos no estado de São Paulo, há a Lei nº 12.300 de 16 de março de 2006³⁹. De acordo com o exposto em seu artigo 1º, tem como finalidade definir princípios e diretrizes, objetivos, bem como instrumentos para a gestão integrada e compartilhada de resíduos sólidos, visando a prevenção e o controle da poluição, a proteção e a recuperação da qualidade do meio ambiente, assim como a promoção da saúde pública.

Seguindo o instituído pelas normas de âmbito nacional, a lei citada aborda também a obrigatoriedade da elaboração do Plano de Gerenciamento de Resíduos, observando-se o disposto pelos órgãos de saúde e meio ambiente, o qual deve ser apresentado a cada quatro anos.

Na seara ambiental, a Secretaria do Meio Ambiente do Estado de São Paulo publicou Resolução SMA n. 33/2005⁴⁰ dispondo sobre procedimentos para o gerenciamento e licenciamento ambiental de sistemas de tratamento e disposição final de resíduos de serviços de saúde humana e animal no Estado de São Paulo.⁴¹

A CETESB, como determinado pela norma, é a responsável pelos critérios de levantamento e atualização de informações das fontes poluidoras, bem como pela comprovação da viabilidade por análise técnica dos sistemas móveis de tratamento dos Resíduos Sólidos de Saúde – RSS dos grupos A e E, descritos em seu anexo.

Os serviços de assistência domiciliar e de trabalhos de campo estão inclusos nos serviços aos quais a resolução se direciona, sendo evidenciada a submissão dos resíduos contaminados biologicamente à tratamento específico de forma a torná-los resíduos comuns. Os resíduos somente podem ser encaminhados a locais devidamente licenciados.

38 BRASIL. Câmara dos Deputados. *Proposições*: Projeto de Decreto Legislativo de Sustação de Atos Normativos do Poder Executivo nº 1008/2018. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1676304&filenam e=PDC+1008/2018. Acesso em: 16 ago. 2018.

39 SÃO PAULO (Estado). Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. *Lei nº 12.300, de 16 de março de 2006*. São Paulo (Estado), 2006. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2006/lei-12300-16.03.2006.html>. Acesso em: 25 ago. 2018.

40 SÃO PAULO (Estado). Secretaria de Estado do Meio Ambiente. *Resolução SMA nº 33, de 16 de novembro de 2005*. São Paulo (Estado), 2005. Disponível em: http://licenciamento.cetesb.sp.gov.br/legislacao/estadual/resolucoes/2005_Res_SMA_33.pdf. Acesso em: 25 ago. 2018.

41 A Resolução SMA nº 33 de 16 de novembro de 2005 foi citada como referência apesar de ter sido revogada pela Resolução SMA nº 22 de 16 de maio de 2007 em decorrência da sua menção na Resolução SMA nº 103 de 20 de dezembro de 2012, que Dispõe sobre a fiscalização do gerenciamento de resíduos de serviços de saúde. Não se sabe se tal referência foi um erro durante a elaboração da norma ou se a resolução resultou na repristinação da Resolução SMA nº 33.

3.3. Âmbito municipal

O Município de Santos conta com normas que regulamentam desde a segregação dos Resíduos de Serviços de Saúde até a sua destinação final, assim como possui normas que estabelecem procedimentos para o correto descarte de medicamentos pela população em geral.

3.3.1. Plano de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos do Município de Santos

Baseando-se no estabelecido pela Política Nacional de Resíduos Sólidos, pelo Decreto Federal nº 54.645 que a regulamenta e pela Lei Federal nº 11.445, o Município de Santos criou o Plano de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos do Município de Santos – PGIRSMS⁴². O referido plano define os Resíduos de Serviços de Saúde como:

[...] Aqueles gerados nas atividades típicas da manutenção da saúde, em conformidade com regulamentos e normas do Sisnama e Anvisa, incluindo-se aqui os gerados em hospitais (humanos ou veterinários), pronto socorro, clínicas médicas (humanas e veterinárias), incluindo carcaças de animais, odontológicas, centros de pesquisa, desenvolvimento ou experimentação na área de farmacologia e saúde; medicamentos e imunoterápicos vencidos ou deteriorados; de necrotérios, funerárias, de serviços de medicina legal, os provenientes de barreiras sanitárias, dentre outros serviços específicos. [...]

Devido sua característica patogênica, os Resíduos Sólidos de Serviços de Saúde – RSSS devem passar por procedimentos específicos, desde sua separação até sua coleta, incluindo tratamentos prévios para descontaminação.

De acordo com o mencionado programa, a coleta em Santos é realizada por uma empresa terceirizada, que utiliza de veículos próprios para o serviço. Além disso, os consultórios de profissionais da área da saúde, farmácias e drogarias estão isentos da taxa de cobrança para a coleta, tratamento e destinação final, bem como os estabelecimentos geradores de quantidade menores que dois litros de volume por coleta e que não ultrapassem um quilograma de peso.

Uma empresa terceirizada é responsável pela incineração dos resíduos que lhe são encaminhados logo após a coleta. É realizada uma análise mensal com os valores totais coletados juntamente à elaboração de inventário com os resultados obtidos, e o cadastro municipal dos estabelecimentos é regularmente atualizado.

No que tange aos medicamentos vencidos, as normas existentes são voltadas aos estabelecimentos e não a população consumidora. Nesse diapasão, os municípios são autônomos para definirem sua legislação em relação ao tema, e o município de Santos, além da legislação específica, criou parcerias com estabelecimentos farmacêuticos para solucionar a problemática referente ao descarte de medicamentos impróprios para o consumo.

3.3.2. Segregação, acondicionamento, coleta, tratamento e destinação final dos Resíduos Sólidos nos Serviços de Saúde

A Lei Complementar nº 320 de 1998⁴³ determina que todos os estabelecimentos geradores de Resíduos Sólidos de Serviços de Saúde – RSSS devem apresentar um Plano de Gerenciamento de Resíduos de Serviços de Saúde – PGRSS, sendo referidos estabelecimentos os responsáveis pela segregação, acondicionamento e armazenamento interno e externo (resíduos infectantes), além da entrega à coleta seletiva própria para

42 SANTOS (Cidade). Prefeitura Municipal de Santos. Secretaria de Meio Ambiente. *Plano de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos do Município de Santos*. Santos (Cidade), 2011-2012. Disponível em: <http://arquivos.ambiente.sp.gov.br/cpla/2017/05/santos.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2018.

43 SANTOS (Cidade). Câmara Municipal de Santos. *Lei Complementar nº320, de 29 de dezembro de 1998*. Santos (Cidade), 1998. Disponível em: <http://legislacao.camarasantos.sp.gov.br/Normas/Exibir/5324>. Acesso em: 18 ago. 2018.

tais resíduos. Todos os estabelecimentos devem estar cadastrados juntamente à Diretoria de Meio Ambiente da Secretaria Municipal de Desenvolvimento Urbano e Ambiental.

Os resíduos referidos na norma são aqueles classificados como Classe A pela supracitada NBR 12808/1993.⁴⁴

A responsabilidade pela coleta seletiva fica a cargo do Município, bem como o tratamento e disposição final de forma adequada, respeitadas as exigências ambientais e de saúde pública.

O Plano de Gerenciamento de Resíduos de Serviços de Saúde – PGRSS deve ser apresentado por todos os estabelecimentos regularmente cadastrados, e deve estar de acordo com o anexo da Lei Complementar nº 321/1998.⁴⁵ Nos termos da lei, o referido plano deve ser apresentado durante o processo de licenciamento ambiental para a abertura de novas instalações.

O plano, que deverá ser apresentado mediante requerimento à Diretoria de Meio Ambiente da Secretaria Municipal de Desenvolvimento Urbano e Ambiental, está sujeito à aprovação e adequação por determinação dos órgãos competentes (SEDURBAM/DIMAM), devendo ser reformulado sempre que solicitado, sob pena de multa pelo descumprimento dos prazos. Contudo, conforme esclarecido pelo art. 6º da mencionada lei, a aprovação do plano não libera o estabelecimento das vistorias realizadas pela fiscalização.

Atualmente, segundo informações obtidas por meio do Sistema de Informação ao Cidadão – SIC da Prefeitura Municipal de Santos,⁴⁶ o município conta com 1.420 estabelecimentos geradores de Resíduos de Serviços de Saúde devidamente cadastrados e em pleno funcionamento. Esse número teve um crescimento de aproximadamente 15,54% em relação a quantidade de estabelecimento no ano de 2016. Dentre o rol de estabelecimentos cadastrados, encontram-se hospitais, clínicas, clubes, pet shops, salões de beleza, lojas de tatuagem, escolas, universidades, drogarias, laboratórios e até museus.

3.3.3. Descarte de medicamentos

Visando à correta destinação de medicamentos impróprios para uso, a Lei Complementar nº 840/2014⁴⁷ dispõe sobre a obrigatoriedade da disponibilização de urnas à população, sinalizadas e de fácil acesso, em hospitais, postos de saúde, farmácias e estabelecimentos similares, sob pena de multa no caso da não observância dos requisitos.

No mesmo patamar, com finalidade educativa, a Lei nº 3385/2017⁴⁸ instituiu uma política de descarte de medicamentos por meio da Campanha Descarte seu Medicamento Com Segurança. Dita campanha conta com publicidade veiculada pelos meios de comunicação locais informando a população sobre a forma correta de descarte, bem como os locais apropriados para essa finalidade.

44 ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR 12808*: resíduos de serviços de saúde. Rio de Janeiro, 1993. Disponível em: <https://wp.ufpel.edu.br/residuos/files/2014/04/NBR-12808-1993-Res%C3%Adduos-de-servi%C3%A7os-de-sa%C3%Bade.pdf>. Acesso em: 4 ago. 2018.

45 SANTOS (Cidade). Câmara Municipal de Santos. *Lei Complementar nº 321, de 29 de dezembro de 1998*. Santos (Cidade), 1998. Disponível em: <http://legislacao.camarasantos.sp.gov.br/Normas/Exibir/5323>. Acesso em: 18 ago. 2018.

46 SANTOS (Cidade). Prefeitura Municipal de Santos. *SIC*: Serviço de Informação ao Cidadão. Disponível em: <https://egov1.santos.sp.gov.br/sicweb/>. Acesso em: 29 set. 2018.

47 SANTOS (Cidade). Prefeitura Municipal de Santos. *Lei Complementar nº 840 de 04 de julho*. Santos (Cidade), 2014. Disponível em: <https://egov.santos.sp.gov.br/legis/document/?code=4913&tid=95>. Acesso em: 19 ago. 2018.

48 SANTOS (Cidade). Prefeitura Municipal de Santos. *Lei nº 3385 de 28 de setembro de 2017*. Santos (Cidade), 2017. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/sp/s/santos/lei-ordinaria/2017/339/3385/lei-ordinaria-n-3385-2017-institui-a-campanha-descarte-seu-medicamento-com-seguranca-no-ambito-do-municipio-de-santos-e-da-outras-providencias>. Acesso em: 19 ago. 2018.

4. A EFETIVIDADE DA POLÍTICA DE GERENCIAMENTO DE RESÍDUOS DE SAÚDE NO MUNICÍPIO DE SANTOS

Conforme estabelecido pelo Plano de Gestão Integrada do Município, mensalmente é realizado o levantamento da quantidade recolhida de resíduos encaminhados para tratamento e destinação final, possibilitando, assim, uma análise da geração *per capita*, bem como a avaliação dos melhores métodos para preservar a saúde pública e o meio ambiente.

4.1. Dados de 2005 à 2017

Como pode ser observado na tabela abaixo, o aumento da quantidade de resíduos gerados acompanha o crescimento populacional do município, mantendo a média de 4,23kg por habitante ao ano.

Tabela 1 – Quantidade de resíduos entre 2005-2007

Ano	Quantidade (Toneladas)	População	Geração <i>per capita</i> (kg/hab/ano)
2005	1652,55	418.316	3,95
2006	1739,19	418.375	4,15
2007	1757,19	418.288	4,2
2008	1867,04	417.518	4,47
2009	1906,22	417.098	4,57
2010	1971,7	419.400	4,7
2011	1739,04	419.509	4,15
2012	1691,54	419.614	4,03
2013	1764,02	433.153	4,07
2014	1780,12	433.565	4,1
2015	1828,81	433.966	4,21
2016	1809,06	434.359	4,16
2017	1863,77	434.742	4,29

Fonte: Prefeitura Municipal de Santos. SIC: Serviço de Informação ao Cidadão.

Além dos dados anuais absolutos, é possível constatar, ainda, que, com base nos dados relativos, obtidos até julho de 2018, a cidade já havia recolhido em torno de 1098,75 toneladas de Resíduos Sólidos de Serviços de Saúde.⁴⁹ Caso se mantenha o mesmo percentual de aumento de 2016 para 2017 (3%), é possível que se chegue ao final de 2018 com aproximadamente 1919,68 toneladas recolhidas.

Não obstante os dados supracitados referentes à geração anual de Resíduos Sólidos de Saúde, o Município forneceu, ainda, a listagem de estabelecimentos nos quais é realizada a coleta semanal. Com isto foi possível identificar que, no ano de 2016, existiam 1228 pontos de coleta, número que aumentou 9% daquele ano para 2017, alcançando uma rede de postos de coleta de 1348. Já em 2018, o aumento foi de 5% em relação ao ano anterior e de 15% se comparado com 2016, perfazendo um total de 1420 pontos de coleta.⁵⁰

49 SANTOS (Cidade). Prefeitura Municipal de Santos. SIC: Serviço de Informação ao Cidadão. Disponível em: <https://egov1.santos.sp.gov.br/sicweb/>. Acesso em: 29 set. 2018.

50 SANTOS (Cidade). Prefeitura Municipal de Santos. SIC: Serviço de Informação ao Cidadão. Disponível em: <https://egov1.santos.sp.gov.br/sicweb/>. Acesso em: 29 set. 2018.

4.2. Análise dos dados para verificação da efetividade da política de gerenciamento de resíduos de saúde no Município

A análise de dados é imprescindível na aferição de qualquer aspecto de uma política pública. Trata-se da noção de política baseada em evidência, sem a qual, segundo Thei Geurts, não é possível implementar uma boa política:

*Good-quality policy making depends on high-quality information and evidence. Modern policy making requires governments to make the best possible use of evidence; it also requires the evidence available to policy makers to be more accessible.*⁵¹

Nesses termos, os dados apresentados acima serão utilizados como evidência para fins de aferição da validade da hipótese formulada no início deste trabalho, ou seja, servirão para embasar com fundamento em elementos concretos a indagação a qual se busca responder por meio do presente estudo.

Nesse termos, com base nos dados obtidos, pode-se constatar, primeiramente, que, ressalvados os anos de 2008 e 2009, a tendência da curva populacional é de aumento praticamente constante no número de habitantes do Município de Santos. Por outro lado, a quantidade de toneladas de Resíduos de Saúde recolhidos apresenta-se de forma cíclica, haja visto o aumento de emissões entre 2005 e 2010 da ordem de 19%, com diminuição de 13% em 2011, e o aumento sequencial ocorrido no ciclo compreendido entre 2012 e 2017 que foi de 10%.

De outro plano, enquanto o maior percentual de aumento na quantidade de Resíduos Sólidos de Saúde (2005-2010) foi de 19% a majoração no número de habitantes entre 2005 e 2017 foi da ordem de 3%.

Diante do cenário apontado, não é possível relacionar diretamente o aumento no número de habitantes com o aumento na quantidade de Resíduos Sólidos de Saúde. Portanto, em que pese haja algum impacto do número de habitantes na quantidade de resíduos gerados, este é muito pequeno, devendo outras hipóteses — possivelmente de ordem cultural e/ou sanitária — serem consideradas como efetivamente impactantes para geração de resíduos dessa natureza.

Além disso, analisando-se a geração *per capita* em quilogramas gerada por habitante no período de um ano, fica claro que, ante o aumento praticamente constante do número de habitantes no Município de Santos, é a quantia de Resíduos Sólidos de Saúde que impacta mais no resultado mencionado. Por essa razão, a variação da geração *per capita* acompanha — ainda que não com exatidão em função do aumento no número de habitantes — o volume de resíduos gerados na localidade.

É preciso, ainda, frisar o aumento significativo (15%) ocorrido no número de pontos de coleta entre os anos de 2016 e 2018. Referido percentual está relacionado ao aumento de fontes geradoras de Resíduos Sólidos de Saúde e, portanto, impacta, diretamente, a quantidade de resíduos gerados anualmente.

Assim, tomando-se os dados apresentados e submetendo-os ao trato lógico adequado, torna-se possível constatar que:

- (i) existe uma Política Pública de Gerenciamento de Resíduos Sólidos de Saúde implementada no Município de Santos, e que a mesma se encontra em regular funcionamento. Afinal, sem a sua existência e efetiva implementação os números apresentados não existiriam;
- (ii) apesar de cíclico, existe um aumento na quantidade de resíduos gerados a longo prazo, e há controle por parte do Município da quantidade de Resíduos Sólidos de Saúde gerada anualmente pelos entes públicos e privados. Tal controle comprova-se pela simples existência dos dados devidamente tratados e disponibilizados à eventuais interessados;
- (iii) há controle do processo de descarte de tais resíduos por parte do Município, já que existe um cadastro de pontos de coleta, sendo que a coleta junto aos pontos cadastrados é realizada pela própria Municipalidade, que lhes garante destinação adequada (cf. item 3.3.2);

51 GEURTS, Thei. *Public policy making: the 21st century perspective*. Apeldoorn: Be informed, 2011. p. 52.

- (iv) a simples existência do controle na quantidade de resíduos gerados e do processo de descarte demonstra a efetividade do processo licenciamento ambiental no âmbito municipal e, mais especialmente, do Plano de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos de Saúde – PGIRSS.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, e à luz dos dados apresentados, pode-se concluir que o Plano de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos de Saúde – PGIRSS, exigido pelo Município de Santos como etapa do processo de licenciamento ambiental de estabelecimentos geradores de Resíduos Sólidos de Saúde, atinge sua finalidade, na medida em que permite à municipalidade controlar todas as etapas do processo de gestão de tais resíduos.

Ao fazê-lo, o plano permite que o Município de Santos crie uma base de dados que lhe permite conhecer e cadastrar os geradores de Resíduos Sólidos de Saúde, fiscaliza-los e também controlar os processo de descarte e destinação final adequada. Tais dados servem, ainda, para que o referido ente federativo possa aprimorar a gestão desses resíduos, de modo manter um grau ótimo na execução da Política Gerenciamento de Resíduos de Saúde.

Dessa forma, com base nos parâmetros propostos por Tércio Sampaio Ferraz Júnior que foram expostos no capítulo 2, é possível concluir, com base nos dados analisados no capítulo 4, que o Município de Santos confere concretude ao marco legal apresentado no capítulo 3. Portanto, existe adequação entre as prescrições normativas e a realidade fática existente naquela localidade, de modo que as normas encontram na realidade as condições necessárias para a produção dos seus efeitos. Isto, por seu turno, se dá por observância voluntária, sem a necessidade de intervenção judicial.

Mais do que isso, foi possível constatar, ainda, que o Município de Santos não apenas cumpre os requisitos determinados pelo marco legal nacional e estadual como também está um passo a frente, uma vez que as Leis Complementares n^{os}. 840/2014 e 3385/2017 (ambas municipais) tratam da correta destinação dos medicamentos impróprios pra consumo, que são também Resíduos Sólidos de Saúde, mas que não foram encampados pela legislação daqueles entes federativos.

Nesse diapasão, é possível concluir pela validade da hipótese formulada, e que, portanto, a Política de Gerenciamento de Resíduos de Saúde no Município de Santos é efetiva.

REFERÊNCIAS

- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR 12808*: resíduos de serviços de saúde. Rio de Janeiro, 1993. Disponível em: <https://wp.ufpel.edu.br/residuos/files/2014/04/NBR-12808-1993-Res%C3%Adduos-de-servi%C3%A7os-de-sa%C3%Bade.pdf>. Acesso em: 4 ago. 2018.
- ATLAS DO DESENVOLVIMENTO HUMANO NO BRASIL. *Ranking: todo o Brasil, 2010*. Disponível em: <http://www.atlasbrasil.org.br/2013/pt/ranking>. Acesso em: 10 ago. 2018.
- BOFF, Leonardo. *Ethos mundial: um consenso mínimo entre os humanos*. Brasília: Letraviva, 2000.
- BRASIL IBGE. *Brasil em Síntese*: São Paulo – Santos: panorama. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/sp/santos/panorama>. Acesso em: 10 ago. 2018.
- BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Aspectos jurídicos da Resolução da Diretoria Colegiada da Anvisa sobre Resíduos de Serviços de Saúde*. Brasília: ANVISA, 2006. Disponível em: <https://controllab.com/pdf/>

revista_anvisa_rdc_306.pdf. Acesso em: 9 ago. 2018.

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Resolução da Diretoria Colegiada RDC Anvisa nº 33 de 25 de fevereiro de 2003*. Brasília, 2003. Disponível em: http://www.cff.org.br/userfiles/file/resolucao_sanitaria/33.pdf. Acesso em: 4 ago. 2018.

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Resolução da Diretoria Colegiada RDC Anvisa nº 306 de 7 de dezembro de 2004*. Brasília, 2004. Disponível em: http://bvsm.sau.gov.br/bvs/sau/legis/anvisa/2004/res0306_07_12_2004.html. Acesso em: 2 ago. 2018.

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Resolução da Diretoria Colegiada RDC Anvisa nº 44 de 17 de agosto de 2009*. Brasília, 2009. Disponível em: <https://www20.anvisa.gov.br/segurancadopaciente/index.php/legislacao/item/rdc-44-2009>. Acesso em: 4 ago. 2018.

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Resolução da Diretoria Colegiada RDC Anvisa nº 222 de 28 de março de 2018*. Brasília, 2018. Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/3427425/%281%29RDC_222_2018_.pdf/1f0accf2-1d49-4a02-8abb-fc3307f98b19. Acesso em: 4 ago. 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Proposições*: Projeto de Decreto Legislativo de Sustação de Atos Normativos do Poder Executivo nº 1008/2018. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1676304&filename=PDC+1008/2018. Acesso em: 16 ago. 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Proposições*: Projeto de Lei nº 2121/2011. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=912836&filename=PL+2121/2011. Acesso em: 15 ago. 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Proposições*: Projeto de Lei nº 7064/2014. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1224524&filename=PL+7064/2014. Acesso em: 15 ago. 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Proposições*: Projeto de Lei nº 8278/2014. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1294412&filename=PL+8278/2014. Acesso em: 15 ago. 2018.

BRASIL. *Decreto nº 7.404, de 23 de dezembro de 2010*. Brasília, 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7404.htm. Acesso em: 6 ago. 2018.

BRASIL. *Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010*. Brasília, 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12305.htm. Acesso em: 5 ago. 2018.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Conselho Nacional do Meio Ambiente. *Resolução CONAMA nº 358 de 29 de abril de 2005*. Brasília, 2005. Disponível em: <http://www2.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=462>. Acesso em: 2 ago. 2018.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 34, n. 133, p. 89-98, jan./mar. 1997.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

GEURTS, Thei. *Public policy making: the 21st century perspective*. Apeldoorn: Be informed, 2011.

KHAMIS, Renato Braz Mehanna. A indisponibilidade do direito fundamental à proteção do meio ambiente. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 14, n. 29, p. 153-173, maio/ago. 2017.

KHAMIS, Renato Braz Mehanna; SARTORI, Ivan Ricardo Garisio. O impacto do federalismo sanitário brasileiro na implementação de políticas públicas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, n. 2, p. 302-312, ago. 2017.

RAMMÊ, Rogério Santos. *Da justiça ambiental aos direitos e deveres ecológicos: conjecturas político-filosóficas para uma nova ordem jurídico-ecológica*. Caxias do Sul: Edusc, 2012.

RIVAS, Katherine. A sociedade de consumo e o descarte de resíduos. *Envolverde: Jornalismo & Sustentabilidade*. São Paulo, mar. 2013. Disponível em: <http://envolverde.cartacapital.com.br/a-sociedade-de-consumo-e-o-descarte-de-residuos/>. Acesso em: 31 ago. 2018.

SANTOS (Cidade). Câmara Municipal de Santos. *Lei Complementar nº320, de 29 de dezembro de 1998*. Santos (Cidade), 1998. Disponível em: <http://legislacao.camarasantos.sp.gov.br/Normas/Exibir/5324>. Acesso em: 18 ago. 2018.

SANTOS (Cidade). Câmara Municipal de Santos. *Lei Complementar nº321, de 29 de dezembro de 1998*. Santos (Cidade), 1998. Disponível em: <http://legislacao.camarasantos.sp.gov.br/Normas/Exibir/5323>. Acesso em: 18 ago. 2018.

SANTOS (Cidade). Prefeitura Municipal de Santos *Lei nº 3385 de 28 de setembro de 2017*. Santos (Cidade), 2017. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/sp/s/santos/lei-ordinaria/2017/339/3385/lei-ordinaria-n-3385-2017-institui-a-campanha-descarte-seu-medicamento-com-seguranca-no-ambito-do-municipio-de-santos-e-da-outras-providencias>. Acesso em: 19 ago. 2018.

SANTOS (Cidade). Prefeitura Municipal de Santos. *Conheça Santos*. Disponível em: <http://www.santos.sp.gov.br/?q=hotsite/conheca-santos>. Acesso em: 10 ago. 2018.

SANTOS (Cidade). Prefeitura Municipal de Santos. *Lei Complementar n.º 840 de 04 de julho*. Santos (Cidade), 2014. Disponível em: <https://egov.santos.sp.gov.br/legis/document/?code=4913&tid=95>. Acesso em: 19 ago. 2018.

SANTOS (Cidade). Prefeitura Municipal de Santos. Secretaria de Meio Ambiente. *Plano de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos do Município de Santos*. Santos (Cidade), 2011-2012. Disponível em: <http://arquivos.ambiente.sp.gov.br/cpla/2017/05/santos.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2018.

SANTOS (Cidade). Prefeitura Municipal de Santos. *SIC: Serviço de Informação ao Cidadão*. Disponível em: <https://egov1.santos.sp.gov.br/sicweb/>. Acesso em: 29 set. 2018.

SÃO PAULO (Estado). Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. *Lei nº 12.300, de 16 de março de 2006*. São Paulo (Estado), 2006. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2006/lei-12300-16.03.2006.html>. Acesso em: 25 ago. 2018.

SÃO PAULO (Estado). Secretaria de Estado do Meio Ambiente. *Resolução SMA nº 33, de 16 de novembro de 2005*. São Paulo (Estado), 2005. Disponível em: http://licenciamento.cetesb.sp.gov.br/legislacao/estadual/resolucoes/2005_Res_SMA_33.pdf. Acesso em: 25 ago. 2018.

SÃO PAULO (Estado). Secretaria de Estado do Meio Ambiente. *Resolução SMA nº 22, de 16 de maio de 2007*. São Paulo (Estado), 2005. Disponível em: https://www.cetesb.sp.gov.br/licenciamento/documentos/2007_Res_SMA_22.pdf. Acesso em: 25 ago. 2018.

SÃO PAULO (Estado). Secretaria de Estado do Meio Ambiente. *Resolução SMA nº 103, de 20 de dezembro de 2012*. São Paulo (Estado), 2012. Disponível em: <http://arquivos.ambiente.sp.gov.br/legislacao/2013/07/Resolu%C3%A7%C3%A3o-SMA-103-2012-Processo-15326-2012-Fiscaliza%C3%A7%C3%A3o-do-gereciamento-dos-res%C3%Aduos-dos-dervi%C3%A7os-de-sa%C3%Bade-1.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2018.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Iniciação na ciência do direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

II. DIREITO À SAÚDE E JUDICIALIZAÇÃO

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Atuação da Defensoria Pública para a garantia do direito à saúde: a judicialização como instrumento de acesso à saúde
Public Defender's Office agency and the right to health: judicialization as an instrument of access to health

Ramiro Nóbrega Sant'Ana

VOLUME 8 • Nº 3 • DEZ • 2018
DOSSIÊ ESPECIAL : POLÍTICAS PÚBLICAS
E O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

Atuação da Defensoria Pública para a garantia do direito à saúde: a judicialização como instrumento de acesso à saúde*

Public Defender's Office agency and the right to health: judicialization as an instrument of access to health

Ramiro Nóbrega Sant'Ana**

RESUMO

O artigo aborda a judicialização da saúde e pondera sobre sua utilização como instrumento de acesso à saúde pelos cidadãos atendidos pela Defensoria Pública. Afirma-se que muitos usuários do Sistema Único de Saúde (SUS) enfrentam as consequências negativas do descompasso entre o SUS previsto na Constituição de 1988 e a realidade da prática institucional. Nesse contexto, a judicialização da saúde se apresenta aos cidadãos como alternativa legítima e democrática de concretização de direitos fundamentais e acesso à saúde. Tal instrumento, todavia, tem sido criticado nos debates em âmbito institucional e acadêmico. O artigo aponta as inconsistências dessas avaliações e defende a reorientação desse debate com base na análise da atuação institucional da Defensoria Pública, bem como pelo perfil das demandas propostas pelo referido órgão. São detalhados, ainda, arranjos institucionais nos quais os Defensores Públicos atuam como mediadores entre as necessidades dos cidadãos e os recursos do sistema de saúde. Conclui-se que a atuação da Defensoria Pública demonstra que a judicialização da saúde pode ser utilizada como instrumento de estruturação do SUS, especialmente em relação à correção de falhas e injustiças para o acesso à saúde pelos cidadãos de baixa renda.

Palavras-chave: Direito à saúde. Judicialização da saúde. Defensoria Pública.

ABSTRACT

This paper deals with the judicialization of health care and considers its use as an instrument of access to health care for citizens attended by the Public Defender's Office. It is stated that many SUS users face the negative consequences of the mismatch between the National Health Service (SUS) established by 1988 Constitution and the reality of institutional practice. In this context, the judicialization of health care is presented to the citizens as a legitimate and democratic alternative to the realization of fundamental rights and access to health care. Such an instrument, however, has been criticized in institutional and academic debates. The article points out the inconsistencies of these evaluations and defends the reorientation of this debate

* Recebido em 30/09/2018
Aprovado em 03/12/2018

** Doutor em Direito. Defensor Público do Distrito Federal. Pesquisador Visitante da Faculdade de Direito de Harvard. Membro do Fórum de Saúde do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). E-mail : ramiro.defensoria@gmail.com.

based on the analysis of the institutional performance of the Public Defender's Office, as well as the profile of the demands proposed by that body. Institutional arrangements are also detailed in which Public Defenders act as mediators between the needs of citizens and the resources of the health system. It is concluded that the Public Defender's agency demonstrates that the judicialization of health can be used as a structuring tool for SUS, especially in the correction of failures and injustices in access to health by low-income citizens.

Keywords: Right to health. Health care litigation. Public Defender's Office.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo propõe abordagem diferenciada do fenômeno da *judicialização da saúde* ao se voltar para a relevante atuação institucional da Defensoria Pública em prol do acesso à saúde dos cidadãos das classes populares. Parte-se da compreensão de que o acesso à justiça é especialmente necessário à parcela menos favorecida da população, que convive com dificuldades de obter serviços de saúde básicos. Logo, o atendimento às demandas dessa parcela da população tem o potencial de garantir efetiva cidadania ao tempo em que colabora para a adequada estruturação da saúde pública.

Para desenvolver tal análise, o artigo toma como pressuposto que o projeto progressista da Reforma Sanitária Brasileira ainda não alcançou seu pleno potencial, mesmo passadas três décadas desde a consolidação de suas bases no texto promulgado da Constituição Federal de 1988. O relativo fracasso da reforma empreendida é amplamente reconhecido¹, inclusive, já no início dos anos 90, se propunha pensar a “reforma da reforma”², de modo a enfrentar a contradição inicial entre as bases e diretrizes do projeto constitucional do Sistema Único de Saúde (SUS) e a realidade das práticas governamentais.

Em que pese as reconhecidas dificuldades de financiamento e organização do SUS, é fundamental notar que a introdução no cenário político e jurídico do direito à saúde de caráter universal e igualitário — compreendido como atributo da “cidadania sem qualificações”³ — constituiu conquista relevante e consolidada. Nesse contexto, a atuação do Estado destinada à oferta dos serviços de saúde deixa de ser benefício de alguns segmentos sociais ou favor estatal e passa a representar a execução do dever da Administração correspondente ao direito de titularidade do cidadão. Com a aquisição de status de direito social, a saúde passa a ser exigível para a condição de direito subjetivo, ou seja, vindicável mesmo na esfera individual.⁴

A concretização do direito à saúde depende, contudo, da adequada estruturação e financiamento do SUS. Ocorre que as condições socioeconômicas desfavoráveis comprometem a mobilização política de grandes contingentes da população brasileira, notadamente daqueles cidadãos das classes populares, que não têm logrado impor o atendimento de suas necessidades no processo de construção e implementação das políticas públicas de saúde. Permanecem, assim, expostos a serviços precários ou mesmo a absoluta falta de atendimento. As barreiras no acesso à saúde têm conduzido muito cidadãos a buscar no acesso à Justiça nova forma de agir e, assim, exigir do Estado responsabilidade com o direito à saúde. Tal processo se reflete no Sistema de Justiça, especialmente na atuação da Defensoria Pública.

Ao captar na sociedade e inserir no Sistema de Justiça as demandas por saúde dos cidadãos das classes populares, a instituição Defensoria Pública colabora para o aperfeiçoamento das políticas públicas de saúde com base em sua atuação peculiar no contexto desse fenômeno mais amplo comumente denominado de *judicialização da saúde*.

1 WERNECK VIANNA, Maria Lúcia Teixeira. *A americanização perversa da seguridade social no Brasil: estratégias de bem-estar e políticas públicas*. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 139.

2 CAMPOS, Gastão Wagner de Sousa. *Reforma da Reforma: repensando a saúde*. São Paulo: Hucitec, 1992. p. 31.

3 FAVERET, Paulo; OLIVEIRA, Pedro Jorge. A universalização excludente: reflexões sobre as tendências do Sistema de Saúde. *Planejamento e Políticas Públicas*, n. 3, p. 139-162, 1990. p. 139.

4 SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais a prestações sociais e crise: algumas aproximações. *Espaço Jurídico Journal of Law*, v. 16, n. 2, p. 459-488, ago. 2015. p. 461-462.

Para ilustrar a atuação da Defensoria Pública e o seu potencial para a ampliação do acesso à saúde, o presente artigo avança em 3 partes. Inicialmente, avalia e identifica a narrativa crítica construída pelos estudos acadêmicos acerca da judicialização da saúde. Em seguida, contrapõe as duas principais críticas direcionadas à judicialização a partir do padrão de atuação da Defensoria Pública. O primeiro passo é direcionado a contrapor a tese segundo a qual a judicialização da saúde seria um instrumento das elites brasileiras em detrimento dos mais pobres. Por fim, as ponderações se voltam à contraposição do argumento de que a judicialização desestrutura o SUS e, por isso, prejudica a população que dele depende. Nesse ponto, o artigo dá especial destaque às inovações institucionais que contemplam a Defensoria Pública em seu rol de participantes.

2. AS NARRATIVAS CRÍTICAS CONSTRUÍDAS PARA A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

A repercussão que a judicialização da saúde alcançou em âmbito político e institucional se reflete no âmbito acadêmico. São numerosas e variadas as reflexões e pesquisas acadêmicas acerca do tema, de forma que há considerável produção tanto no aspecto quantitativo (número de artigos) quanto no aspecto qualitativo, o que transparece na dedicação consistente de alguns pesquisadores ao tema ao longo de vários anos. As pesquisas acadêmicas têm recebido influência e têm influenciado iniciativas institucionais e a atividade adjudicativa. Daí a importância de situarmos os principais argumentos e posicionamentos presentes na produção acadêmica, suas limitações e quais contribuições podem oferecer.

Os estudos acadêmicos sobre a judicialização da saúde têm enfatizado de forma mais constante o “lado negativo” da judicialização da saúde, tendência que já havia sido identificado por Miriam Ventura *et al.* ainda em 2010⁵,⁶. Dentre os efeitos negativos por ela destacados, estão: o comprometimento da governabilidade e da gestão da saúde; e o aprofundamento de iniquidades de acesso, em razão do privilégio obtido por segmentos e indivíduos com maior poder de reivindicação. De outro lado, tal visão seria temperada por outros pesquisadores, que reconhecem nas deficiências ou insuficiências do SUS um fator que conduz à judicialização. Dessa forma, se reconhecia que o aumento da atuação do sistema de justiça, embora tenha repercussões na gestão e influencie tomadas de decisões, ao menos em parte era decorrência das deficiências da própria administração pública.

Desde então, tem ganhado ainda mais força a visão de que há uma “judicialização excessiva”⁷, e, assim, a ideia de judicialização da saúde foi sendo gradativamente reduzida para se referir, em geral, a uma distorção que tem duas principais faces: o excesso de ações e o descabido protagonismo da magistratura e do Poder Judiciário. Como bem destacou Milton Nobre na preleção de abertura do 1º Encontro do Fórum Nacional da Saúde (CNJ), realizada em novembro de 2010, vulgarizou-se a ideia de que “o Poder Judiciário estaria se metendo no que não deve”⁸. Já naquele momento, Nobre chamava atenção para o fato de que a ideia de judicialização possui uma conotação mais ampla, como, por exemplo, a aplicação dos métodos ou modelos judiciais de solução de controvérsias.

A crítica à judicialização da saúde, embora tenha se tornado a regra, não é uniforme em seus argumentos. Ademais, é raro encontrar quem rejeite preempitoriamente a importância do acesso à justiça como forma de

5 VENTURA, Miriam; SIMAS, Luciana; PEPE, Vera Lúcia Edais; SCHRAMM, Fermin Roland. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. *Physis – Revista de Saúde Coletiva*, v. 20, n. 1, 2010. p. 79-80.

6 A visão crítica à judicialização da saúde é também intensa em outros países da América Latina. Conferir: YAMIN, Alicia Ely. Promoting equity in health: What role for courts? *Health & Human Rights*, v. 16, n. 2, 2014. p. 2.

7 O referido termo ganhou muita repercussão em artigo de Luís Roberto Barroso. BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Jurispr. Mineira*, Belo Horizonte, v. 60, n. 188, p. 29-60, jan./mar., 2009. p. 44-47.

8 NOBRE, Milton Augusto de Brito. A denominada Judicialização da Saúde: pontos e contrapontos. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 382-383.

demandar concretização de direitos. Nesse sentido, há evidente intenção de grande parte dos pesquisadores de colaborar para que a judicialização não desestruture o SUS, mas, ao mesmo tempo, sirva de instrumento para que seus usuários busquem efetivo acesso aos bens e serviços de saúde. São exemplos os trabalhos de Álvaro Ciarlini⁹, Ingo Sarlet¹⁰, Jairo Bisol¹¹, Sílvia Marques e Maria Célia Delduque¹² e Sueli Dallari¹³. Quando saímos do âmbito das intenções para o da análise dos efeitos da judicialização e de como devemos lidar com eles, as divergências ganham mais contraste.

Outro grupo de pesquisadores assume a judicialização preponderantemente como um instrumento positivo para o SUS ou para os seus usuários, bem como destaca a importância da tutela individual ao lado da tutela coletiva. Adotam tal perspectiva, por exemplo, Sônia Fleury, para quem a judicialização pode, inclusive, colaborar para “salvar o SUS”¹⁴; João Biehl, que enxerga na judicialização uma luta de grupos e pessoas vulneráveis que resistem a serem “estratificados para fora da existência”¹⁵; ou Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo, que se opõem às teses que buscam deslegitimar as demandas por prestações de caráter individual¹⁶, embora destaquem a importância da adoção de critérios para essa forma de acesso¹⁷. Aliás, não se encontra, mesmo entre os “defensores” da judicialização da saúde, quem abrace a ideia de que o Estado deva garantir “tudo para todos”.

Dentre os autores que adotam tom crítico, a percepção varia muito, a depender da abordagem de aspectos como individual/coletivo ou sobre se a demanda se refere a algo previsto ou não nas políticas públicas. É comum encontrar avaliações moderadas que ressaltam a importância da atuação coletiva e que, por outro lado, demonstram preocupação com a tutela individual.

Nesse sentido, Alvaro Ciarlini dá maior relevo à tutela coletiva, notadamente ao instrumento da Ação Civil Pública e à necessidade de se aprimorar sua condução e julgamento. Quanto ao âmbito subjetivo, afirma que “os casos omissos deverão ser passíveis de análise pelo Judiciário, pelo intermédio de ações que tutelem a esfera individual desses direitos”¹⁸. Destaque-se, ainda, a pesquisa de Telma Menicucci e José Machado, na qual os autores reconhecem o acesso à justiça e a possibilidade de a judicialização ter efeito positivo sobre a implementação de políticas públicas, contudo, concluem que o perfil predominante de demandas individuais por medicamentos tende a produzir efeitos negativos e gerar iniquidade entre os cidadãos¹⁹. Por fim, merece, ainda, referência o estudo de Luís Barroso, que, embora reconheça a legitimidade para demandas individuais, destaca que os pedidos devem ficar restritos ao previsto nas políticas públicas. Às demandas coletivas, de

9 CIARLINI, Álvaro. *Direito à saúde: paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2013.

10 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. pp. 335-343.

11 BISOL, Jairo. Judicialização desestruturante: revezes de uma cultura jurídica obsoleta. In: COSTA, Alexandre Bernardino *et al.* (orgs.). *O direito achado na rua: introdução crítica ao direito à saúde*. Brasília: CEAD/UnB, 2008. p. 327-331.

12 DELDUQUE, Maria Célia; MARQUES, Sílvia Badim. A Judicialização da política de assistência farmacêutica no Distrito Federal: diálogos entre a política e o direito. *Tempus Actas de Saúde Coletiva*, v. 5, n. 4, p. 97-106, 2011. p. 98-100.

13 DALLARI, Sueli Gandolfi. O Judiciário e o direito à saúde. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 481.

14 FLEURY, Sonia. Judicialização pode salvar o SUS. *Saúde em debate*, v. 36, n. 93, p. 159-162, 2012.

15 BIEHL, João. Patient-Citizen-Consumers: judicialization of health and metamorphosis of biopolitics. *Lua Nova*, n. 98, p. 77-105, 2016. p. 94, 100.

16 SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchner. Algunas consideraciones sobre el derecho fundamental a la protección y promoción de la salud a los 20 años de la Constitución Federal de Brasil de 1988. In: COURTIS, C.; SANTAMARÍA, R. (orgs.). *La Protección judicial de los derechos sociales*. Quito: Ministério de Justicia y Derechos Humanos, 2009. p. 274-275.

17 SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchner. Algunas consideraciones sobre el derecho fundamental a la protección y promoción de la salud a los 20 años de la Constitución Federal de Brasil de 1988. In: COURTIS, C.; SANTAMARÍA, R. (orgs.). *La Protección judicial de los derechos sociales*. Quito: Ministério de Justicia y Derechos Humanos, 2009. p. 292-294.

18 CIARLINI, Álvaro. *Direito à saúde: paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 237-240.

19 MENICUCCI, Telma Maria Gonçalves; MACHADO, José Angelo. Judicialization of health policy in the definition of access to public goods: individual rights versus collective rights. *Brazilian political science review*, Rio de Janeiro, v. 5, 2010. p. 61-64. Disponível em: http://socialsciences.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1981-38212010000100002&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 25 ago. 2017. p. 61-64.

outro lado, ele reconhece escopo mais amplo, de modo a promover a alteração e atualização das políticas de assistência farmacêutica.²⁰

Na maior parte dos estudos acadêmicos, no entanto, sobressai a forte crítica à judicialização, especialmente no que tange às demandas individuais, que perfazem a ampla maioria dos casos. As críticas atribuem à judicialização: ser um fenômeno de elites; o alargamento das iniquidades no acesso à saúde; o comprometimento da gestão administrativa e orçamentária; a distorção das políticas farmacêuticas; e o próprio comprometimento do caráter universal do SUS.²¹

Como se observa, os fundamentos mais comumente utilizados permanecem muito semelhantes àqueles identificados por Miriam Ventura em 2010 e *se conectam para retratar de forma negativa não apenas a judicialização em si, mas também quem judicializa*. Tal tendência é bem resumida por João Biehl:

De acordo com essas narrativas, a judicialização é conduzida por elites urbanas que buscam medicamentos de alto custo que não fazem parte dos padrões governamentais. As pessoas que judicializam são retratadas como litigantes abastados que exploram a amplitude do direito constitucional à saúde do país, prejudicando as políticas de saúde pública e promovendo os interesses do setor privado que restringem e exaurem a boa governança. (Tradução livre)²²

Tais narrativas coincidem muito com o discurso adotado no âmbito político da gestão do SUS (Ministro e Secretários) e pelos governadores dos estados, conforme destacados no tópico anterior, mas vale registro a afirmação do então Ministro Arthur Chioro de que as ações judiciais “fazem tirar recursos da população mais pobre para beneficiar os que têm mais recursos” e a assertiva do Secretário de Saúde de São Paulo, David Uip, que compara a judicialização a “uma espécie de Robin Hood às avessas: tira dos mais pobres para dar a quem tem condições de pagar por um bom advogado”.²³ Discursos como esses têm sido corroborados por uma significativa produção acadêmica crítica à judicialização.²⁴

Nesse cenário, a judicialização teria *dois vilões* — as elites e o setor privado (sobretudo a indústria farmacêutica) — e *duas vítimas*: a gestão do SUS e os pobres. O *enredo* se desenvolve mais ou menos assim: 1) a indústria farmacêutica busca mercado para seus novos produtos e as elites brasileiras acionam seus advogados que conseguem do Poder Judiciário ordens de fornecimento às custas do SUS; 2) o excesso de ordens judiciais para custeio de medicamentos de alto custo desorganiza a gestão e o orçamento do SUS, prejudicando os pobres que dependem dele.

Para confirmar se tal hipótese é crível, ou seja, se retrata a realidade da judicialização da saúde, duas questões centrais devem ser confirmadas: a elitização dos litígios e a desestruturação da gestão do SUS em razão das demandas por medicamentos de alto custo. Em suma, precisamos avaliar se, de fato, as classes populares estão alijadas desse instrumento de acesso à saúde que se tornou a judicialização e, em segundo lugar, é necessário entender se a gestão do SUS está sendo demandada judicialmente tão somente para atender reivindicações que causam desestruturação de sua organização institucional.

20 BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Jurisp. Mineira*, Belo Horizonte, v. 60, n. 188, p. 29-60, jan./mar., 2009. p. 47-50.

21 DUTRA, Roberto; CAMPOS, Mauro Macedo. Por uma sociologia sistêmica da gestão de políticas públicas. *Conexão Política*, Teresina, v. 2, n. 2, p. 11-47, ago./dez., 2013. p. 34-35.

22 “According to such narratives, judicialization is driven by urban elites seeking high-cost drugs that are not part of governmental formularies. People who judicialize are portrayed as well-off litigants exploiting the expansiveness of the country’s constitutional right-to-health, undermining public health policies and furthering private-sector interests that constrain and deplete good government”. BIEHL, João. Patient-Citizen-Consumers: judicialization of health and metamorphosis of biopolitics. *Lua Nova*, n. 98, p. 77-105, 2016. p. 80.

23 COLLUCCI, Claudia. Judicialização faz desigualdade na saúde avançar. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 29 mar. 2014. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/especial/158639-judicializacao-faz-desigualdade-na-saude-avancar.shtml>. Acesso em: 25 ago. 2017.

24 BIEHL, João. Patient-Citizen-Consumers: judicialization of health and metamorphosis of biopolitics. *Lua Nova*, n. 98, p. 77-105, 2016. p. 91.

3. O ALCANCE DA ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA: CRÍTICA À TESE DA JUDICIALIZAÇÃO PELAS ELITES

A alegação de que a judicialização de qualquer aspecto da vida social é um fenômeno de elites deveria ser vista com reserva em um país que alcançou 102 milhões de processos judiciais em tramitação²⁵, ou seja, um processo para cada 2 habitantes. Na seara da saúde pública, contudo, afirmar a “tese da judicialização pelas elites”²⁶ tornou-se praticamente um senso comum, inclusive no âmbito acadêmico. No presente tópico, confronta-se essa tese em face da análise do alcance da atuação da Defensoria Pública.

Não são incomuns os estudos acadêmicos que lançam mão da tese da judicialização pelas elites sem adotar qualquer base empírica para fundamentar essa assertiva. Nesse sentido, Vieira e Benevides apontam que o aumento da judicialização contribui para “desequilíbrio ainda maior na distribuição da oferta de bens e serviços entre os grupos sociais, em desfavor da parcela mais vulnerável da população”²⁷; Dutra e Campos, por sua vez, afirmam que a judicialização reforça a lógica de “concentração do acesso a serviços de saúde nas mãos dos que já possuem acesso privilegiado à justiça [...]”²⁸; já Ana Gawryszewski *et al.* afirmam que “os mecanismos legais utilizados reforçam a desigualdade do acesso” e “oferecem recursos àqueles sujeitos de camadas sociais privilegiadas”.²⁹

Dessa forma, entendemos que assiste razão a João Biehl quando afirma que parte das pesquisas acadêmicas tem sido comprometida por argumentos ideológicos ou, no caso das pesquisas empíricas, pela utilização de amostras de pesquisa muito reduzidas, com limitada cobertura geográfica ou exame de poucas variáveis.³⁰

Revisão sistemática realizada por Catanheide *et al.*³¹ corrobora tal assertiva de Biehl. A revisão abarcou a análise de 53 estudos de natureza empírica, publicados entre 1988 e 2014, sobre a judicialização do acesso a medicamentos no Brasil. A pesquisa identificou, dentre estes, 9 estudos que abordam direta ou indiretamente a renda mensal familiar. Ao revisá-los, foram identificados resultados conflitantes, bem como limites metodológicos no número de casos estudados, espaço amostral ou limite territorial. Os pesquisadores, então, concluem que:

Sendo assim, ainda que possam revelar indícios, especialmente no Estado de São Paulo, esses achados são insuficientes para afirmar que as demandas judiciais, no Brasil, têm como autores indivíduos com um ou outro nível de renda. Em consequência, não se pode afirmar se a judicialização contribui ou não para aprofundar a iniquidade social no acesso a medicamentos. (grifo nosso)³²

Além da conclusão em si da pesquisa acima referida, merece ser sublinhada a menção aos estudos advindos do estado de São Paulo, pois é muito comum que a tese da judicialização pelas elites seja genericamente sustentada com base em resultados de pesquisas empíricas realizadas tão somente na capital paulista. É o

25 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2016: ano-base 2015*. Brasília: CNJ, 2016. p. 42.

26 Tomamos o termo emprestado de Marcelo Medeiros e Débora Diniz. MEDEIROS, Marcelo; DINIZ, Débora; DOEDERLEIN SCHWARTZ, Ida Vanessa. A tese da judicialização da saúde pelas elites: os medicamentos para mucopolissacaridose. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 18, n. 4, 2013.

27 VIEIRA, Fabíola Sulpino; BENEVIDES, Rodrigo Pucci Sá. *Os impactos do novo regime fiscal para o financiamento do Sistema Único de Saúde e para a efetivação do direito à saúde no Brasil*. Rio de Janeiro: IPEA, 2016. p. 15.

28 DUTRA, Roberto; CAMPOS, Mauro Macedo. Por uma sociologia sistêmica da gestão de políticas públicas. *Conexão Política*, Teresina, v. 2, n. 2, p. 11-47, ago./dez., 2013. p. 35.

29 GAWRYSZEWski, A. B.; OLIVEIRA, D. C.; GOMES, A. T. Acesso ao SUS: representações e práticas de profissionais desenvolvidas nas Centrais de Regulação. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, v. 22, n. 1, p. 119-140, jan. 2012. p. 128.

30 BIEHL, João. Patient-Citizen-Consumers: judicialization of health and metamorphosis of biopolitics. *Lua Nova*, n. 98, p. 77-105, 2016. p. 91-92.

31 CATANHEIDE, Izamara Damasceno; LISBOA, Erick Soares; SOUZA, Luis Portela Fernandes Eugenio. Características da judicialização do acesso a medicamentos no Brasil: uma revisão sistemática. *Physis - Revista de Saúde Coletiva*, v. 26, n. 4, p. 1335- 1356, dez. 2016. p. 1341-1343.

32 CATANHEIDE, Izamara Damasceno; LISBOA, Erick Soares; SOUZA, Luis Portela Fernandes Eugenio. Características da judicialização do acesso a medicamentos no Brasil: uma revisão sistemática. *Physis - Revista de Saúde Coletiva*, v. 26, n. 4, p. 1335- 1356, dez. 2016. p. 1343.

que ocorre com as pesquisas de Vieira e Zucchi³³, que se baseiam em dados de 2005; de Ana Chieffi e Rita Barata³⁴, com dados referentes ao ano de 2006; e o estudo de Wang e Ferraz³⁵, que utiliza informações relativas ao período entre 2006 e 2009.

O erro presente nas três pesquisas acima destacadas — e em outras que se baseiam nelas — é realizar ilações sobre a suposta iniquidade da judicialização da saúde no Brasil com base tão somente nos dados do município de São Paulo. Se tomar o Brasil apenas pelo município de São Paulo, ou mesmo pelo estado, já seria questionável, há, ainda, uma questão institucional a ser realçada: a Defensoria Pública só foi instituída em São Paulo no ano de 2006, ou seja, nos anos que serviram de base para os estudos, a instituição ou não existia ou ainda estava se estruturando. Ainda assim, surpreendentemente, pesquisas atuais, publicadas em 2017, seguem utilizando tais dados como referência para sustentar iniquidades supostamente decorrentes da judicialização³⁶. É razoável supor que, 11 anos após a criação da Defensoria Pública de São Paulo, algo tenha se alterado nesse cenário. A despeito disso, a realidade em outros estados brasileiros aponta cenário muito diverso.

Estudo de Ana Messeder *et al.* avaliou demandas judiciais por acesso a medicamentos no estado do Rio de Janeiro entre os anos de 1991 e 2001. Mesmo naquele momento, mais da metade dos demandantes (53,5%) eram assistidos pela Defensoria Pública estadual; além desse número, outros 6,7% por escritórios-model; e apenas 20,3% dos litigantes eram representados por advogados particulares³⁷. Pesquisa realizada por Barreto *et al.* em municípios do estado da Bahia, entre 2006 e 2010, aponta que, em 57% das ações, o requerente foi patrocinado pela Defensoria Pública ou até pelo Ministério Público³⁸. Biehl *et al.* pesquisaram ações no estado do Rio Grande do Sul entre 2002 e 2009 e identificaram que 59% dos litigantes estavam representados por defensores públicos³⁹, já Campos Neto *et al.*, em pesquisa no estado de Minas Gerais, encontraram índice mais alto: 61,8% de litigantes representados pela Defensoria Pública⁴⁰.

Os dados mais significativos são aqueles obtidos em estudos sobre o perfil das demandas no Distrito Federal. Janaína Penalva, ao analisar demandas que tramitaram entre 2005 e 2010, identificou que “praticamente todos os processos (95,06%) no Distrito Federal foram conduzidos pela Defensoria Pública, o que permite presumir a hipossuficiência dos recursos”⁴¹. Ela acrescenta, ainda, que apenas 3,64% das ações tiveram condução por escritórios de advocacia privada. Delduque e Badim, ao avaliaram ações que tramitaram entre 2005 e 2008, identificaram 95,4% dos casos patrocinados pela Defensoria Pública distrital.⁴²

Estudo técnico do Tribunal de Contas da União, publicado em agosto de 2017, corrobora nossa asser-

33 VIEIRA, F. S.; ZUCCHI, P. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. *Revista Saúde Pública*, São Paulo, v. 41, n. 2, p. 214-222, 2007.

34 CHIEFFI, A. L.; BARATA, R. B. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 25, n. 8, p.1839-1849, 2009. p. 1848.

35 WANG, D. W. L.; FERRAZ, O. L. M. Reaching out to the needy? access to justice and public attorneys' role in right to health litigation in the city of São Paulo. *Sur (International Journal on Human Rights)*, v. 10, n. 18, p. 158-179, 2013.

36 Como exemplo, conferir: TOMA, Tereza Setsuko; SOARES, Amanda Cristiane; SIQUEIRA, Paula Sue Facundo de; DOMINGUES, Robert. Estratégias para lidar com as ações judiciais de medicamentos no estado de São Paulo. *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, v. 6, n. 1, p. 35-54, 2017. p. 38.

37 MESSEDER, Ana Márcia; CASTRO, Cláudia Garcia Serpa Osorio de; LUIZA, Vera Lucia. Mandados judiciais como ferramenta para garantia do acesso a medicamentos no setor público: a experiência do Estado do Rio de Janeiro, Brasil. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 525-534, mar./abr., 2005. p. 527.

38 BARRETO, Joslene Lacerda. Perfil das demandas judiciais por medicamentos em municípios do estado da Bahia. *Revista Baiana de Saúde Pública*, v. 37, n. 3, p.536-552, jul./set., 2013. p. 542.

39 BIEHL, João; AMON, Joseph J.; SOCAL, Mariana; PETRYNA, Adriana. Between the court and the clinic: lawsuits for medicines and the right to health in Brazil. *Health and Human Rights: An International Journal*, v. 14, n. 1, 2012. p. 36.

40 CAMPOS NETO, Orozimbo Henriques *et al.* Médicos, advogados e indústria farmacêutica na judicialização da saúde em Minas Gerais, Brasil. *Revista de saúde pública*, v. 46, n. 5, p. 784-790, 2012. p. 786.

41 PENALVA, Janaína *et al.* *Judicialização do direito à saúde: o caso do Distrito Federal*. Belo Horizonte: Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2010/2011. p. 14.

42 DELDUQUE, Maria Célia; MARQUES, Silvia Badim. A Judicialização da política de assistência farmacêutica no Distrito Federal: diálogos entre a política e o direito. *Tempus Actas de Saúde Coletiva*, v. 5, n. 4, p. 97-106, 2011. p. 101.

tiva, no sentido de realçar a heterogeneidade de contexto entre os estados brasileiros. Dentre as unidades do Poder Judiciário analisadas quanto à representação processual dos litigantes, foram identificados quatro Tribunais que apresentam “a Defensoria Pública como principal protagonista da judicialização da saúde (TJDFT, TJRJ-1º grau, TJRS-1º grau e TRF-5ª)”. De outro lado, a “advocacia privada é majoritária em outros quatro tribunais (TJSP, TRF-2ª, TRF-3ª e TRF-4ª)”.⁴³

Vale destacar, ainda, estudo específico de Medeiros e Diniz, que avaliam e rejeitam a tese da judicialização pelas elites com base na análise do perfil socioeconômico de demandantes portadores de mucopolissacaridose. Os pesquisadores ainda alertam para o fato de que a representação pela advocacia privada, o local de residência dos pacientes ou mesmo a prescrição por médico privado não constituem bons indicadores do perfil de classe dos demandantes. Isso porque os honorários podem estar sendo arcados por alguma entidade que dê suporte à judicialização daquele determinado tratamento ou o local de residência pode ter sido alterado pelas especiais condições da migração em busca de tratamento.⁴⁴

Por fim, sublinhamos, novamente, o estudo de João Biehl, que, a partir de pesquisa empírica realizada no estado do Rio Grande do Sul, identificou que a judicialização no âmbito da saúde é, sobretudo, um instrumento utilizado por pessoas de baixa renda e pessoas idosas⁴⁵. Leitura semelhante também pode ser encontrada nas pesquisas empíricas de Sant’Ana e Freitas Filho⁴⁶ e de Delduque e Badim.⁴⁷

Em suma, o conjunto das pesquisas acadêmicas existentes permite afirmar que as classes populares não estão alijadas do acesso à justiça ou são vítimas da judicialização da saúde. *A tese da judicialização pelas elites é um mito* propugnado pelo nível político da gestão do SUS e, equivocadamente, ratificado por parte da academia, inclusive em âmbito internacional⁴⁸. A “elitização” não perfaz uma característica da judicialização da saúde no Brasil, pois trata-se de um instrumento à disposição de todas as classes sociais. Ao contrário, se tivermos em mente que os indivíduos e grupos das classes populares são exatamente aqueles que mais sofrem com a exclusão no acesso e a precarização do sistema público, é exatamente para eles que a judicialização — tornada possível pela atuação da Defensoria Pública — se apresenta como instrumento mais precioso para o acesso à saúde.

4. O PERFIL DE ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA E AS INICIATIVAS INSTITUCIONAIS VOLTADAS À REALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

4.1. Perfil das demandas levadas ao atendimento da Defensoria Pública

Ao contrário do que faz parecer a produção acadêmica acerca da judicialização da saúde, são comuns os litígios para obtenção de serviços de saúde disponíveis⁴⁹, mas cujo acesso demanda longa espera por aten-

43 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório, item 102. *TC 009.253/2015-7*. Relator: Ministro Bruno Dantas, 16 de agosto de 2017. Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/aumentam-os-gastos-publicos-com-judicializacao-da-saude.htm>. Acesso em: 24 ago. 2017.

44 MEDEIROS, Marcelo; DINIZ, Débora; DOEDERLEIN SCHWARTZ, Ida Vanessa. A tese da judicialização da saúde pelas elites: os medicamentos para mucopolissacaridose. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 18, n. 4, 2013. p. 1.096.

45 BIEHL, João. Patient-Citizen-Consumers: judicialization of health and metamorphosis of biopolitics. *Lua Nova*, n. 98, p. 77-105, 2016. p. 94.

46 SANT’ANA, Ramiro Nóbrega; FREITAS FILHO, Roberto. O direito fundamental à saúde no SUS e a demora no atendimento em cirurgias eletivas. *Revista de Direito Público*, v. 12, n. 67, p. 70-102, maio 2016. p. 98-99.

47 DELDUQUE, Maria Célia; MARQUES, Silvia Badim. A Judicialização da política de assistência farmacêutica no Distrito Federal: diálogos entre a política e o direito. *Tempus Actas de Saúde Coletiva*, v. 5, n. 4, p. 97-106, 2011. p. 103.

48 São inúmeros os estudos internacionais que incorporam o argumento da judicialização pelas elites. Para um exemplo, conferir: FLOOD, Colleen M.; GROSS, Aeyal. Litigating the right to health: what can we learn from a comparative law and health care systems approach. *Health and Human Rights Journal*, v. 16, n. 2, p. 62-72, 2014. p. 64.

49 BATALHA, Elisa. Filas da saúde: os obstáculos ao acesso de qualidade e os caminhos que garantem o cuidado. *Radis*, Rio de

dimento, o que pode, inclusive, significar diagnóstico tardio ou perda da oportunidade de tratamento. Esse aspecto da judicialização da saúde, contudo, carece da atenção dos estudos acadêmicos. A mesma tendência se reproduz nas críticas que gestores do SUS fazem às decisões judiciais, conforme já argumentamos anteriormente. O perfil de atuação da Defensoria Pública aponta que muitas das reivindicações dos cidadãos dizem respeito ao acesso a serviços, tratamentos e medicamentos previstos nas políticas públicas.

Nesse sentido, estudo de Sant'Ana⁵⁰ apresenta dados do perfil de atendimento especializado em saúde pública das Defensorias Públicas dos estados do Amazonas, Sergipe e Rio de Janeiro, além da Defensoria Pública do Distrito Federal. A referida pesquisa identificou que a demanda por acesso a medicamentos, embora individualmente identificada seja a mais frequente, em nenhuma instituição ela representa a maioria dos atendimentos ou ações ajuizadas. Na Defensoria Pública do Rio de Janeiro as demandas por medicamentos representaram 47% do total e na Defensoria sergipana, 39%; já na Defensoria Pública do DF e na Defensoria Pública do Amazonas a demanda por assistência farmacêutica representou apenas 28% a 22% do total, respectivamente. Logo, apesar de relevante, a demanda por assistência farmacêutica não prepondera sobre os demais serviços que compõem a ampla assistência médico-hospitalar ofertada pelo SUS. O detalhamento dos contextos locais efetuado na pesquisa permitiu identificar que as falhas na oferta dos serviços previstos nas políticas públicas geram perfil de demandas muito plural, com destaque para dificuldade de acesso até a consultas, o mais básico dos serviços, no estado do Rio de Janeiro e no Distrito Federal.

Importante observar, ainda, que os dados obtidos na referida pesquisa sobre demandas por medicamentos não fazem distinção entre aquelas por acesso a medicamentos não incorporados pelo SUS e as relativas aos fármacos incluídos nas listas oficiais e nos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas aprovados pelo SUS. Ou seja, não há distinção do que representa demanda por acesso a novas tecnologias farmacêuticas e as reivindicações originadas pelo desabastecimento das farmácias do SUS.

Há significativa judicialização para acesso a medicamentos que, apesar de padronizados para uso no SUS, não são fornecidos aos pacientes. Como destaca João Biehl, apesar da qualidade das políticas públicas de assistência farmacêutica, muitos brasileiros que afluem às farmácias públicas se deparam com a situação de medicamentos essenciais fora de estoque⁵¹. Esse problema de gestão foi identificado no estudo técnico do TCU, que esclarece que “as secretarias estaduais e municipais de saúde fiscalizadas reportaram a ocorrência de significativa judicialização de itens que deveriam ser fornecidos regularmente pelo SUS”⁵².

A mesma falha foi destacada na pesquisa de Catanheide *et al.*, que, após revisão de 53 estudos empíricos sobre o tema, conclui que “os medicamentos pertencentes aos componentes da assistência farmacêutica do SUS estão presentes de modo significativo nas ações judiciais, mas há um predomínio de medicamentos que não fazem parte das listas oficiais”⁵³. Na referida revisão, foram encontrados desde estudos que identificaram proporção de apenas 37,7% de medicamentos não padronizados entre os pedidos em ações judiciais até estudos que encontraram a alta proporção de 77,5%.

Em suma, mesmo nas demandas por acesso à assistência farmacêutica, uma parte relevante das demandas busca, apenas, o cumprimento do que está estabelecido nas políticas públicas do SUS.

Janeiro, n. 159, p. 19-20, dez. 2015. p. 19-20.

50 SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. Judicialização e promoção da justiça no acesso à saúde: estudo do perfil das demandas dos cidadãos atendidos na Defensoria Pública. In: GEBRAN NETO, J. P. *et al.* (coord.). *Direito da saúde em perspectiva: judicialização, gestão e acesso*. Vitória: Abrages, 2017. v. 2. p. 53-71.

51 BIEHL, João. Patient-Citizen-Consumers: judicialization of health and metamorphosis of biopolitics. *Lua Nova*, n. 98, p. 77-105, 2016. p. 89-90.

52 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório, item 102. *TC 009.253/2015-7*. Relator: Ministro Bruno Dantas, 16 de agosto de 2017. Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/aumentam-os-gastos-publicos-com-judicializacao-da-saude.htm>. Acesso em: 24 ago. 2017.

53 CATANHEIDE, Izamara Damasceno; LISBOA, Erick Soares; SOUZA, Luís Portela Fernandes Eugênio. Características da judicialização do acesso a medicamentos no Brasil: uma revisão sistemática. *Physis - Revista de Saúde Coletiva*, v. 26, n. 4, p. 1335-1356, dez. 2016. p. 1348-1349.

O estudo do perfil de atendimentos realizado pela Defensoria Pública em várias unidades da Federação permite, portanto, questionar a crítica comum ao caráter “desestruturante” da judicialização da saúde. Isso porque a atuação da Defensoria Pública em prol das classes populares se volta, prioritariamente, para o acesso aos serviços e produtos que fazem parte das políticas públicas de saúde.

4.2. Inovações institucionais na atuação da Defensoria Pública

Além de atuar prioritariamente pela garantia da efetivação das políticas pública de saúde, a atuação da Defensoria Pública em diversas unidades da Federação tem se notabilizado pela construção de arranjos institucionais voltados à solução dos litígios de forma extrajudicial, ou seja, com o fomento da composição entre as necessidades dos cidadãos e os recursos à disposição da gestão do SUS. No presente tópico detalhamos o funcionamento de três dessas experiências institucionais que tem lugar no Distrito Federal, no Rio Grande do Norte e no Rio de Janeiro.

4.2.1. Câmara Permanente Distrital de Mediação em Saúde – Distrito Federal

A Câmara Permanente Distrital de Mediação em Saúde – CAMEDIS foi concebida no âmbito do Comitê Executivo Distrital de Saúde e instituída em Portaria Conjunta da Secretaria de Saúde do DF (SES/DF) e da Defensoria Pública do Distrito Federal (DPDF), publicada em 28 de fevereiro de 2013. A CAMEDIS tem por objetivo a realização de reuniões para conciliação e mediação entre os pacientes usuários do SUS que buscam assistência da Defensoria Pública e os gestores da rede pública de saúde do Distrito Federal. O foco é oferecer rápido atendimento das demandas diretamente pela Administração Pública e evitar que os conflitos sanitários migrem para o âmbito judicial. Nesse arranjo institucional criado, os usuários do SUS são assistidos pelos Defensores Públicos do Núcleo de Saúde da DPDF⁵⁴, uma unidade especializada apenas no atendimento de demandas por serviços públicos de saúde. De outro lado, a Secretaria de Saúde (SES/DF) assume papel de órgão demandado⁵⁵, pois é responsável pela gestão do SUS e execução dos serviços públicos de saúde no âmbito do DF.

A dinâmica de funcionamento da CAMEDIS se dá entre Defensoria e SES/DF, bem como se concentra apenas nos serviços e produtos disponíveis no SUS. Assim, os casos suscetíveis de apreciação pela CAMEDIS são previamente definidos e atualizados entre Defensoria e gestores. O arranjo institucional se volta para resolução de diversas espécies de demandas, contudo, tem dois principais limitadores: oferece apenas o que está previsto nas políticas públicas e não lida com urgências⁵⁶.

Quando demandas nesse perfil chegam à Defensoria, são encaminhadas pela DPDF, por meio de ofício específico direcionado a esta Câmara, para primeira apreciação pelo representante da SES/DF, que, por

54 São atribuições da Defensoria, segundo a Portaria Conjunta n.1/2013, e de acordo com o Regulamento da Camedis: a) receber as demandas de pacientes do SUS e elaborar ofícios destinados à Camedis, a serem apreciados por sua coordenação (realizada pela secretaria); b) participar das sessões de conciliação por meio de seu integrante titular ou suplente; c) elaborar os Termos de mediação resultantes das manifestações de pacientes e da secretaria durante as sessões de conciliação; e d) fazer o acompanhamento dos ofícios e do cumprimento dos termos de mediação por parte da secretaria. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiências*. Brasília: CNJ, 2015. p. 118-119.

55 À Secretaria de Saúde compete: a) elaborar e enviar respostas aos ofícios enviados à Camedis, dentro do prazo estabelecido de 21 dias; b) elaborar pauta para as sessões de conciliação; c) fornecer suporte administrativo e material para realização das sessões; d) participar das sessões de conciliação por meio de seu integrante titular ou suplente; e e) cumprir os acordos nos prazos estabelecidos nos termos de mediação. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiências*. Brasília: CNJ, 2015. p. 119.

56 Um primeiro rol de demandas a serem atendidas envolveu: “cirurgias eletivas, consultas, exames, internação psiquiátrica (involuntária ou compulsória, indicada por médico do SUS), materiais para pacientes não internados, medicamentos que não atendam aos protocolos clínicos, processos em trâmite com reiterados descumprimentos, sessões de câmara hiperbárica”. De outro lado, não são submetidos à CAMEDIS: “cirurgias urgentes, consultas (1º atendimento), exames (1º atendimento), internação compulsória indicada por médico privado, materiais para pacientes internados, medicamentos padronizados”. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiências*. Brasília: CNJ, 2015. p. 119).

sua vez, deve apresentar resposta em três sentidos: “I) Atendimento integral à demanda pretendida, nos termos do pedido formulado em ofício da DPDF; II) Negativa de atendimento à demanda pretendida; ou III) Atendimento parcial à demanda pretendida, com formulação de proposta a ser apresentada em sessão de mediação”⁵⁷. Nas duas primeiras hipóteses, a informação de resposta é fornecida por meio de ofício encaminhado à Defensoria para comunicação do atendimento ou, eventualmente, ajuizamento de ação. É na terceira hipótese que a demanda será encaminhada para realização de reunião de mediação, que deve ocorrer mensalmente, na qual são apreciadas várias demandas.

As reuniões de mediação ocorrem com diálogo direto entre o demandante, assistido pela Defensoria Pública, e gestores da Secretaria de Saúde. Nessas oportunidades, o atendimento às necessidades dos pacientes se dá com a tentativa de aliar as expectativas destes às contingências de atendimento por parte do SUS, sejam aquelas derivadas das políticas públicas estabelecidas, sejam aquelas decorrentes da eventual ausência de recursos materiais ou disponibilidade do serviço. Nas hipóteses de sucesso, o acordo entre as partes é expresso em instrumento próprio, denominado “Termo de Mediação”.

A experiência de intermediação entre usuários e gestão do SUS realizada por intermédio de um arranjo institucional constituído entre Defensoria e Secretaria de saúde é proposta que busca inovar em vários sentidos: i) reconhecer o protagonismo dos pacientes e os empoderar na definição de seu atendimento, pois se sentem valorizados ao serem ouvidos diretamente pelos servidores públicos e receberem as justificativas oficiais para os eventuais problemas de acesso; ii) redução do número de demandas judiciais relativas àqueles casos encaminhados, tendo em vista o alto grau de êxito das tentativas de mediação⁵⁸; iii) fortalecimento do diálogo e da cooperação institucional entre a Defensoria e a gestão do SUS locais; iv) tentativa de atendimento às demandas excepcionais por produtos não padronizados para uso no SUS, mas necessários para a condição peculiar do paciente.⁵⁹

Ao analisar a experiência da CAMEDIS, Gabriel Schulman e Alexandre Silva destacam que os seus resultados já permitem considerá-la como uma estratégia extrajudicial promissora, pois a iniciativa se concentrou em três importantes medidas institucionais de efetivação do direito à saúde, a saber: “fortalecer espaço de diálogo institucional a partir do Comitê Distrital; constituir estrutura de resolução consensual de conflitos em saúde; e empoderar cidadãos a partir de soluções consensuais”.⁶⁰

4.2.2. O SUS Mediado – Rio Grande do Norte

O SUS mediado é arranjo institucional nascido em 2012 da cooperação técnica entre as Defensorias Públicas do Estado do Rio Grande do Norte e da União, a Procuradoria do Estado, as Secretarias Estadual e Municipal (Natal) de Saúde que objetiva: dar efetividade às políticas públicas de saúde, evitar o ajuizamento de ações e facilitar o acesso do cidadão ao SUS⁶¹. Trata-se, portanto, de experiência que envolve um conjunto mais amplo de instituições.

A prática tem local destinado ao atendimento dos cidadãos na sede da Defensoria Pública estadual e a dinâ-

57 Informação disponível na descrição da prática no sítio eletrônico do prêmio Innovare. Disponível em: <http://www.premioinnovare.com.br/praticas/1/camara-permanente-distrital-de-mediacao-em-saude-camedis-20140529161411548390>. Acesso em: 28 ago. 2017.

58 Em estudo específico sobre a atuação da CAMEDIS, Patrícia Paim aponta uma redução de 20% no ajuizamento de ações e economia de R\$ 1,5 milhão aos cofres públicos. PAIM, Patrícia; MARQUETO, A. L. *Câmara Permanente Distrital de Mediação em Saúde: experiência do Distrito Federal*. 2015. p. 8. Disponível em: http://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/colecao2015/CONASS-DIREITO_A_SAUDE-ART_17B.pdf. Acesso em: 22 ago. 2017.

59 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiências*. Brasília: CNJ, 2015. p. 128.

60 SCHULMAN, Gabriel; SILVA, Alexandre Barbosa. (Des) judicialização da saúde: mediação e diálogos interinstitucionais. *Revista Bioética*, v. 25, n. 2, 2017. p. 295.

61 INSTITUTO INNOVARE. *O SUS mediado*. Disponível em: <http://www.premioinnovare.com.br/praticas/1/o-sus-mediado>. Acesso em: 28 ago. 2017.

mica se assemelha àquela descrita acerca da CAMEDIS. O atendimento inicial se dá pela Defensoria Pública, que encaminha aos setores responsáveis a demanda para avaliação e atendimento. O rol de demandas recebido também é amplo, pois inclui medicamentos, realização de exames, cirurgias de média e alta complexidade, fornecimento de próteses, órteses e outros materiais. Quando o atendimento não pode ser de pronto realizado, é encaminhado para mediação. O formato da mediação realizada mantém a característica importante de valorizar a participação do usuário, que se faz presente, juntamente a um técnico indicado pela gestão do SUS (farmacêutico e/ou médico do setor de regulação), um defensor público e um procurador do Estado. Os casos não atendidos ou de elevada urgência são objeto de ações judiciais promovidas pela Defensoria Pública.

O SUS mediado apresenta alguns avanços em relação ao modelo praticado no Distrito Federal. A presença da Procuradoria do Estado é um desses diferenciais, pois permite maior segurança quanto à formatação e cumprimento dos acordos. Merece menção também o fato de que o encaminhamento das demandas pode ser feito a setores específicos, para, por exemplo, fornecimento de medicamentos ou realizações de cirurgias. No mais, as reuniões são realizadas de forma semanal, ou seja, com periodicidade maior.

A experiência do SUS mediado apresentou diversos avanços: i) redução do número de ações propostas em razão do encaminhamento administrativo dado às demandas; ii) direcionamento das demandas conforme as competências dos entes federativos; iii) divulgação mais positiva do SUS junto aos usuários⁶²; iv) atendimento imediato e individualizado às demandas dos cidadãos⁶³; v) elevado índice de resolução das demandas em âmbito administrativo (40%).⁶⁴

4.2.3. Câmara de Resolução de Litígios em Saúde – Rio de Janeiro

A Câmara de Resolução de Litígios de Saúde (CRLS) congrega diversas instituições no estado do Rio de Janeiro: Defensoria Pública do Estado, Defensoria Pública da União, Procuradores do Estado, Procuradores do Município do Rio de Janeiro e Equipes de Apoio Técnico da Secretaria de Estado de Saúde e da Secretaria Municipal de Saúde do Rio de Janeiro; todas reunidas com a finalidade de promover atendimento aos usuários do SUS que buscam a Defensoria Pública para demandar acesso aos serviços de saúde. A parceria foi instrumentalizada mediante Convênio de Cooperação celebrado em junho de 2012.⁶⁵

A CRLS adota princípios de atuação muito semelhantes aos descritos em relação às experiências da CAMEDIS e SUS mediado. Valoriza a busca de soluções administrativas para as necessidades de saúde dos usuários do SUS e sua inserção na dinâmica das políticas públicas estabelecidas⁶⁶. Nesse processo, ao mesmo tempo em que se almeja reduzir o número de ações judiciais, busca-se a especialização e a personalização do atendimento do cidadão nas demandas relativas à saúde. O resultado esperado consiste em tornar “o acesso mais célere e resolutivo e diminuindo o número de novas ações”⁶⁷. O atendimento também apresenta um escopo amplo, pois está voltada para demandas por “oferta de medicamento, agendamento de procedimen-

62 SILVA, A. T. Judicialização da Saúde e Mediação: Práticas e Percepções sobre a Experiência do “Sus Mediado” em Natal. 2016. Dissertação (Mestrado em Saúde coletiva) – Instituto de Ciências da Saúde - Universidade Federal do Rio Grande do Norte, UFRN, Natal, 2016.

63 Informação disponível na descrição da prática no sítio eletrônico do prêmio Innovare. Disponível em: <http://www.premioinnovare.com.br/praticas/1/o-sus-mediado>. Acesso em: 28 ago. 2017.

64 INSTITUTO INNOVARE. *O SUS mediado*. Disponível em: <http://www.premioinnovare.com.br/praticas/1/o-sus-mediado>. Acesso em: 28 ago. 2017.

65 INSTITUTO INNOVARE. *Câmara de Resolução de Litígios de Saúde (CRLS)*. Disponível em: <http://www.premioinnovare.com.br/praticas/1/camara-de-resolucao-de-litigios-de-saude-crls-114>. Acesso em: 28 ago. 2017.

66 GUIMARÃES, Rita de Cássia Mello; PALHEIRO, Pedro Henrique. *Medidas adotadas para enfrentar a judicialização na Secretaria de Saúde do Estado do Rio de Janeiro e a experiência da Câmara de Resolução de Litígios de Saúde*. 2015. p. 8. Disponível em: http://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/colecao2015/CONASS-DIREITO_A_SAUDE-ART_33.pdf. Acesso em: 22 ago. 2017.

67 GUIMARÃES, Rita de Cássia Mello; PALHEIRO, Pedro Henrique. *Medidas adotadas para enfrentar a judicialização na Secretaria de Saúde do Estado do Rio de Janeiro e a experiência da Câmara de Resolução de Litígios de Saúde*. 2015. p. 6. Disponível em: http://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/colecao2015/CONASS-DIREITO_A_SAUDE-ART_33.pdf. Acesso em: 22 ago. 2017.

to cirúrgico, exame médico, consultas ou internações⁶⁸.

A CRLS, todavia, apresenta ao menos 3 características que fazem dela um arranjo institucional mais avançado e efetivo: possui sede própria, funciona de forma permanente, e atende em grande escala. Quanto ao primeiro elemento, a CRLS funciona em sede própria, situada em imóvel de aproximadamente 760 m² no Centro do Rio de Janeiro-RJ. Dessa forma, permite-se manter permanentemente, dentro da mesma estrutura, os membros das Defensorias Públicas, os representantes das Secretarias de Saúde e os membros da Procuradoria-Geral do Estado e da Procuradoria do Município. O arranjo conta, ainda, com a colaboração do Tribunal de Justiça do RJ na designação de mediadores e a supervisão e coordenação da atividade de mediação⁶⁹. A consistente estrutura organizada permite que o acolhimento aos usuários do SUS, a avaliação das demandas pelos gestores, a orientação jurídica e o encaminhamento de soluções administrativas ou de confecção de ações judiciais se deem todas no mesmo espaço. Tais serviços, conforme destacamos, são ofertados de forma permanente: os atendimentos gerais na CRLS são realizados de segundas às sextas-feiras, das 10h às 15h, e os atendimentos de urgência se estendem até as 16h30. Nos casos da CAMEDIS e do SUS mediado, embora o atendimento das Defensorias Públicas seja permanente, a atividade de mediação institucionalizada se dá em periodicidade mensal ou semanal, respectivamente.

Por fim, merece destaque a grande escala do atendimento realizado na CRLS. Entre setembro de 2013 e setembro de 2016, aproximadamente 31 mil pessoas foram atendidas, número de atendimentos que não impediu que fossem alcançados altos índices de consenso entre os usuários e os gestores do SUS. O índice de resolução administrativa extrajudicial das demandas cresceu de 35%, em 2013, primeiro ano de funcionamento da CRLS, para mais de 53% em 2016. Assim, 15 mil pessoas foram atendidas de forma mais célere e conforme os padrões estabelecidos pelo SUS. O número é muito significativo.

4.2.4. Outras experiências institucionais de âmbito local

As três experiências institucionais acima expostas começam a despertar a atenção de estudos acadêmicos e a servir de base para propostas de renovação da judicialização da saúde⁷⁰. Mas, antes de despertar a atenção em âmbito acadêmico, elas já serviam de modelo para a criação de novos arranjos institucionais em outras unidades da Federação.

No estado de Rondônia, por exemplo, foi implementado projeto também denominado “SUS mediado” em junho de 2016 na cidade de Porto Velho. Mesmo em pouco tempo, a Defensoria Pública estadual informa o atendimento de 810 pessoas na capital Porto Velho e a redução de 90% das ações judiciais ajuizadas por aquele órgão. Em razão do sucesso da inovação, o projeto deve ser estendido ao interior do estado.⁷¹ Com modelo mais semelhante ao da CRLS, em Salvador/BA, foi inaugurada, em novembro de 2016, a Câmara de Conciliação de Saúde. Em nove meses de atuação, a Câmara atendeu 634 usuários e registrou índice de 80% de soluções⁷². Por fim, seguindo direção semelhante, o Programa “Acessa SUS” no estado de São Paulo também já apresenta resultados significativos de melhoria do atendimento das demandas dos pacientes e redução do ajuizamento de ações.⁷³

68 GUIMARÃES, Rita de Cássia Mello; PALHEIRO, Pedro Henrique. *Medidas adotadas para enfrentar a judicialização na Secretaria de Saúde do Estado do Rio de Janeiro e a experiência da Câmara de Resolução de Litígios de Saúde*. 2015. p. 6. Disponível em: http://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/colecao2015/CONASS-DIREITO_A_SAUDE-ART_33.pdf Acesso em: 22 ago. 2017.

69 INSTITUTO INNOVARE. *Câmara de Resolução de Litígios de Saúde (CRLS)*. Disponível em: <http://www.premioinnovare.com.br/praticas/1/camara-de-resolucao-de-litigios-de-saude-crls-114>. Acesso em: 28 ago. 2017.

70 Para um exemplo que destaca exatamente os três arranjos mencionados, conferir: SCHULMAN, Gabriel; SILVA, Alexandre Barbosa. (Des) judicialização da saúde: mediação e diálogos interinstitucionais. *Revista Bioética*, v. 25, n. 2, 2017. p. 294-296.

71 MORAIS, H. SUS Mediado atende 810 pessoas e reduz 90% dos processos de saúde. *G1 Rondônia*. Porto Velho, jan. 2017. Disponível em: <http://g1.globo.com/ro/rondonia/noticia/2017/01/sus-mediado-atende-810-pessoas-e-reduz-90-dos-processos-na-saude.html> Acesso em: 28 ago. 2017.

72 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Câmara de Conciliação de Saúde resolve 80% dos casos na Bahia*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/85328-camara-de-conciliacao-de-saude-resolve-80-dos-casos-na-bahia>. Acesso em: 29 ago. 2017.

73 PEDIDOS de remédio na Justiça caem, e SP evita gastos de R\$ 205 milhões. *Folha de São Paulo*, São Paulo, mar. 2018.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A judicialização da saúde se tornou questão relevante para a gestão do SUS e para a organização do sistema de justiça. As reflexões acerca desse fenômeno têm, contudo, se restringido aos considerados “excessos” da judicialização, bem como ao prejuízo que ela estaria causando à gestão do SUS e ao acesso das camadas pobres da população aos serviços de saúde.

O artigo buscou contrapor essa visão crítica da judicialização e expor suas limitações quando analisadas em perspectiva a atuação da Defensoria Pública em prol do acesso à saúde das classes populares de nosso país. Nesse sentido, ponderou-se que é muito significativa a proporção de ações judiciais que são patrocinadas pela Defensoria Pública e que, portanto, veiculam as pretensões de pessoas sem recursos financeiros. Logo, é possível afirmar que a “elitização” não caracteriza a judicialização da saúde no Brasil, pois o acesso à justiça — proporcionado pela atuação da Defensoria Pública — se tornou instrumento à disposição de cidadãos de todas as classes sociais.

Ademais, o artigo também enfrentou a alegação de que a judicialização desestrutura a gestão do sistema de saúde. Para tanto, registrou-se que o perfil de atuação da Defensoria Pública em diversas unidades da Federação denota que a maioria das demandas dos cidadãos das classes populares diz respeito aos serviços de saúde que o SUS deveria ofertar, e não o faz, ou seja, as ações judiciais se voltam para garantir acesso aos tratamentos previstos nas políticas públicas. A necessidade de melhor atender a esse perfil de demandas estimulou, no âmbito da Defensoria Pública de diversos estados, iniciativas institucionais voltadas a viabilizar a composição das necessidades dos cidadãos e os recursos à disposição da gestão do SUS. Tais arranjos institucionais, certamente, contribuem para a correção de falhas na execução dos serviços de saúde e aperfeiçoamento do planejamento e gestão das políticas públicas nessa seara.

Com tal abordagem voltada à atuação da Defensoria Pública, conclui-se que, em grande medida, a judicialização é uma reação dos cidadãos às falhas na implementação das políticas do SUS, situação que causa graves injustiças de acesso em franco prejuízo aos cidadãos das classes populares. Combater as injustiças tanto no planejamento quanto na execução das políticas públicas de saúde deveria ser o objetivo primeiro de qualquer conjunto de iniciativas em favor do SUS⁷⁴. Por tal razão, a judicialização da saúde, notadamente na forma estruturante como realizada pela Defensoria Pública, deve ser considerada precioso instrumento democrático para concretização do direito à saúde conforme os parâmetros estabelecidos na Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Joslene Lacerda. Perfil das demandas judiciais por medicamentos em municípios do estado da Bahia. *Revista Baiana de Saúde Pública*, v. 37, n. 3, p. 536-552, jul./set., 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Jurisp. Mineira*, Belo Horizonte, v. 60, n. 188, p. 29-60, jan./mar., 2009.

BATALHA, Elisa. Filas da saúde: os obstáculos ao acesso de qualidade e os caminhos que garantem o cuidado. *Radis*, Rio de Janeiro, n. 159, p. 19-20, dez. 2015.

Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/03/pedidos-de-remedio-na-justica-caem-e-sp-evita-gastos-de-r-205-milhoes.shtml>. Acesso em: 18 dez. 2018.

74 UNGER, Roberto Mangabeira. Saúde: questão de consciência. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 24 jan. 2010. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz2401201009.htm>. Acesso em: 06 jul. 2016.

- BIEHL, João. Patient-Citizen-Consumers: judicialization of health and metamorphosis of biopolitics. *Lua Nova*, n. 98, p. 77-105, 2016.
- BIEHL, João; AMON, Joseph J.; SOCAL, Mariana; PETRYNA, Adriana. Between the court and the clinic: lawsuits for medicines and the right to health in Brazil. *Health and Human Rights: an International Journal*, v. 14, n. 1, 2012.
- 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*. Brasília: CEAD/UnB, 2008.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiências*. Brasília: CNJ, 2015.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2016: ano-base 2015*. Brasília: CNJ, 2016.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório, item 102. *TC 009.253/2015-7*. Relator: Ministro Bruno Dantas, 16 de agosto de 2017. Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/aumentam-os-gastos-publicos-com-judicializacao-da-saude.htm>. Acesso em: 24 ago. 2017.
- CAMPOS NETO, Orozimbo Henriques *et al.* Médicos, advogados e indústria farmacêutica na judicialização da saúde em Minas Gerais, Brasil. *Revista de saúde pública*, v. 46, n. 5, p. 784-790, 2012.
- CAMPOS, Gastão Wagner de Sousa. *Reforma da Reforma: repensando a saúde*. São Paulo: Hucitec, 1992.
- CATANHEIDE, Izamara Damasceno; LISBOA, Erick Soares; SOUZA, Luis Portela Fernandes Eugenio. Características da judicialização do acesso a medicamentos no Brasil: uma revisão sistemática. *Physis - Revista de Saúde Coletiva*, v. 26, n. 4, p. 1335- 1356, dez. 2016.
- CHIEFFI, A. L.; BARATA, R. B. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 25, n. 8, p.1839-1849, 2009.
- CIARLINI, Álvaro. Desjudicialização da saúde: um bem necessário? *Revista de Direito Público*, Porto Alegre, v. 6, n. 28, p. 102-106, 2009.
- CIARLINI, Álvaro. *Direito à saúde: paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- COLLUCCI, Claudia. Judicialização faz desigualdade na saúde avançar. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 29 mar. 2014. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/especial/158639-judicializacao-faz-desigualdade-na-saude-avancar.shtml>. Acesso em: 25 ago. 2017.
- DALLARI, Sueli Gandolfi. O Judiciário e o direito à saúde. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- DELDUQUE, Maria Célia; MARQUES, Silvia Badim. A Judicialização da política de assistência farmacêutica no Distrito Federal: diálogos entre a política e o direito. *Tempus Actas de Saúde Coletiva*, v. 5, n. 4, p. 97-106, 2011.
- DUTRA, Roberto; CAMPOS, Mauro Macedo. Por uma sociologia sistêmica da gestão de políticas públicas. *Conexão Política*, Teresina, v. 2, n. 2, p. 11-47, ago./dez., 2013.
- FAVERET, Paulo; OLIVEIRA, Pedro Jorge. A universalização excludente: reflexões sobre as tendências do Sistema de Saúde. *Planejamento e Políticas Públicas*, n. 3, p. 139-162, 1990.
- FLEURY, Sonia. Judicialização pode salvar o SUS. *Saúde em debate*, v. 36, n. 93, p. 159-162, 2012.
- FLOOD, Colleen M.; GROSS, Aeyal. Litigating the right to health: what can we learn from a comparative

- law and health care systems approach. *Health and Human Rights Journal*, v. 16, n. 2, p. 62-72, 2014.
- GAWRYSZEWSKI, A. B.; OLIVEIRA, D. C.; GOMES, A. T. Acesso ao SUS: representações e práticas de profissionais desenvolvidas nas Centrais de Regulação. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, v. 22, n. 1, p. 119-140, jan. 2012.
- GUIMARÃES, Rita de Cássia Mello; PALHEIRO, Pedro Henrique. *Medidas adotadas para enfrentar a judicialização na Secretaria de Saúde do Estado do Rio de Janeiro e a experiência da Câmara de Resolução de Litígios de Saúde*. 2015. Disponível em: http://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/colecao2015/CONASS-DIREITO_A_SAUDE-ART_33.pdf Acesso em: 22 ago. 2017.
- MEDEIROS, Marcelo; DINIZ, Débora; DOEDERLEIN SCHWARTZ, Ida Vanessa. A tese da judicialização da saúde pelas elites: os medicamentos para mucopolissacaridose. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 18, n. 4, 2013.
- MENICUCCI, Telma Maria Gonçalves; MACHADO, José Angelo. Judicialization of health policy in the definition of access to public goods: individual rights versus collective rights. *Brazilian political science review*, Rio de Janeiro, v. 5, 2010. Disponível em: http://socialsciences.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1981-38212010000100002&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 25 ago. 2017.
- MESSEDER, Ana Márcia; CASTRO, Claudia Garcia Serpa Osorio de; LUIZA, Vera Lucia. Mandados judiciais como ferramenta para garantia do acesso a medicamentos no setor público: a experiência do Estado do Rio de Janeiro, Brasil. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 525-534, mar./abr., 2005.
- NOBRE, Milton Augusto de Brito. A denominada Judicialização da Saúde: pontos e contrapontos. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- NOBRE, Noéli. *Ministro critica chamada "judicialização" da saúde*. Radioagência Câmara dos Deputados. Brasília, junho 2015. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/RADIOAGENCIA/490496-MINISTRO-CRITICA-CHAMADA-JUDICIALIZACAO-DA-SAUDE.html>. Acesso em: 20 ago. 2017.
- PAIM, Patrícia; MARQUETO, A. L. *Câmara Permanente Distrital de Mediação em Saúde: experiência do Distrito Federal*. 2015. p. 8. Disponível em: http://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/colecao2015/CONASS-DIREITO_A_SAUDE-ART_17B.pdf. Acesso em: 22 ago. 2017.
- PENALVA, Janaína *et al.* *Judicialização do direito à saúde: o caso do Distrito Federal*. Belo Horizonte: Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2010/2011.
- PENIDO, Alexandre. "Ações judiciais impactam em até R\$ 7 bilhões no SUS", diz ministro. *Agência Saúde*, Brasília, 24 ago. 2016. Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/principal/agencia-saude/25275-ministro-da-saude-fala-sobre-impacto-de-acoes-judiciais-no-sus>. Acesso em: 19 ago. 2017.
- SANT'ANA, Ramiro Nóbrega; FREITAS FILHO, Roberto. O direito fundamental à saúde no SUS e a demora no atendimento em cirurgias eletivas. *Revista de Direito Público*, v. 12, n. 67, p. 70-102, maio 2016.
- SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. Judicialização e promoção da justiça no acesso à saúde: estudo do perfil das demandas dos cidadãos atendidos na Defensoria Pública. In: GEBRAN NETO, J. P. *et al.* (coord.). *Direito da saúde em perspectiva: judicialização, gestão e acesso*. Vitória: Abrages, 2017. v. 2. p. 53-71.
- SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Cidadania e justiça*. Rio de Janeiro: Campus, 1979.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais a prestações sociais e crise: algumas aproximações. *Espaço Jurídico Journal of Law*, v. 16, n. 2, p. 459-488, ago. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchner. Algunas consideraciones sobre el derecho fundamental a la protección y promoción de la salud a los 20 años de la Constitución Federal de Brasil de 1988. In: COURTIS, C.; SANTAMARÍA, R. (orgs.). *La Protección judicial de los derechos sociales*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.

SCHULMAN, Gabriel; SILVA, Alexandre Barbosa. (Des) judicialização da saúde: mediação e diálogos interinstitucionais. *Revista Bioética*, v. 25, n. 2, 2017.

TOMA, Tereza Setsuko; SOARES, Amanda Cristiane; SIQUEIRA, Paula Sue Facundo de; DOMINGUES, Robert. Estratégias para lidar com as ações judiciais de medicamentos no estado de São Paulo. *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, v. 6, n. 1, p. 35-54, 2017.

UNGER, Roberto Mangabeira. Saúde: questão de consciência. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 24 jan. 2010. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz2401201009.htm>. Acesso em: 06 jul. 2016.

VENTURA, Miriam; SIMAS, Luciana; PEPE, Vera Lúcia Edais; SCHRAMM, Fermin Roland. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. *Physis – Revista de Saúde Coletiva*, v. 20, n. 1, 2010.

VIEIRA, F. S.; ZUCCHI, P. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. *Revista Saúde Pública*, São Paulo, v. 41, n. 2, p. 214-222, 2007.

VIEIRA, Fabíola Sulpino; BENEVIDES, Rodrigo Pucci Sá. *Os impactos do novo regime fiscal para o financiamento do Sistema Único de Saúde e para a efetivação do direito à saúde no Brasil*. Rio de Janeiro: IPEA, 2016.

WANG, D. W. L.; FERRAZ, O. L. M. Reaching out to the needy? access to justice and public attorneys' role in right to health litigation in the city of São Paulo. *Sur (International Journal on Human Rights)*, v. 10, n. 18, p. 158-179, 2013.

WERNECK VIANNA, Maria Lúcia Teixeira. *A americanização perversa da seguridade social no Brasil: estratégias de bem-estar e políticas públicas*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

YAMIN, Alicia Ely. Promoting equity in health: What role for courts? *Health & Human Rights*, v. 16, n. 2, 2014.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

A judicialização do acesso aos medicamentos em Belo Horizonte: uma questão sobre equidade

The Judicialization of access to medication in Belo Horizonte: an equity issue

Kammilla Éric Guerra de Araújo

Carlota Quintal

VOLUME 8 • Nº 3 • DEZ • 2018
DOSSIÊ ESPECIAL : POLÍTICAS PÚBLICAS
E O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

A judicialização do acesso aos medicamentos em Belo Horizonte: uma questão sobre equidade*

The Judicialization of access to medication in Belo Horizonte: an equity issue

Kammilla Éric Guerra de Araújo**

Carlota Quintal***

RESUMO

O presente trabalho objetiva analisar a atuação do Poder Judiciário em relação às políticas de medicamento nas ações judiciais no âmbito do Município de Belo Horizonte, seus impactos financeiros e contribuir, brevemente, para as discussões que circundam o tema. Para tanto, foram analisados 187 processos judiciais que passaram pela Câmara Técnica de Conciliação da Saúde do Juizado Especial Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no período de 01.07.2016 a 03.03.2017, cujo objeto foi o fornecimento de medicamentos pelo Município. Fundamentado no argumento constitucional de que a “saúde é direito de todos e dever Estado”, o Estado brasileiro tem enfrentado a denominada Judicialização da Saúde e, por meio do Poder Judiciário, tem sido obrigado a fornecer medicamentos sem a observância dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas. Observou-se que 93,6% da amostra possuía pedido de tutela antecipada, sendo 80,7% delas deferidas, mesmo que parcialmente e, apenas 3,7% indeferidas. A respeito de tal aspecto, discute-se a lesão ao Princípio da Equidade, uma vez que a interferência do Judiciário tem reafirmado as desigualdades em saúde e garante o acesso indiscriminado de bens e serviços a alguns, em detrimento daqueles que não o acessam. Dessa forma, reforça o conflito entre demanda infinita e oferta limitada de recursos em uma sociedade que fez opção por um sistema de saúde característico de um Estado de bem-estar. Substituiu-se o sistema excludente e desigual, anterior à Constituição da República de 1988, pelo Sistema Único de Saúde gratuito regido pelos princípios, notadamente, da universalidade, da integralidade, da equidade.

Palavras-chave: SUS. Medicamento. Políticas Públicas. Judicialização. Orçamento.

ABSTRACT

The objective of this study is to analyze the court lawsuits regarding medications policies in Belo Horizonte, its financial impacts and to contribute briefly to the discussions that involve the theme. For this purpose, 187 to the lawsuits that were judged from the Technical Chamber of Health of the Special Court of Justice of Minas Gerais, from July 1, 2016 to March 3,

* Recebido em 28/09/2018
Aprovado em 07/01/2019

** Graduada em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva. Graduanda em Gestão Pública pela Universidade do Estado de Minas Gerais. Especialista em Direito Civil pelo Centro de Atualização em Direito (CAD)/Universidade Gama Filho. Especialista em Direito Sanitário pela Escola de Saúde Pública de Minas Gerais. Mestre em Gestão e Economia da Saúde pela Universidade de Coimbra. Atualmente, atua como assessora da Procuradoria do Geral do Município de Belo Horizonte.

*** Licenciada em Economia e Mestre em Economia Financeira pela Universidade de Coimbra. Doutorada em Economia pela Universidade de York. Atualmente é Professora Auxiliar na Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, com interesses de investigação e trabalhos científicos publicados na área da Economia da Saúde, em particular, envolvendo os tópicos da equidade em saúde e no acesso aos cuidados de saúde.

whose objective was to supply medication by the county. Under the constitutional argument that “health is a right for all and a duty of the State,” the Brazilian State has also faced the so-called Health Judicialization and, by means of the judiciary, has been forced to grant healthcare goods and services without observing the Clinical Protocol and Therapeutic Guidelines (Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas [PCDT]). It was observed that 93.6% of the sample had an application for injunction, of which 80.7% were accepted, albeit partially, and only 3.7% were rejected. In this sense, it threatens the principle of equality, since interference by the judicial power has contributed to inequality in healthcare, by guaranteeing indiscriminate access to medications to some, to the detriment of those who cannot access them. Thereby reinforcing the conflict between infinite demand and scarce resources in a society that opted for a health system characteristic of a social well-being welfare state and replaced the excluding and unequal system, prior to the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, by the free system that is governed by principles, of universality, integrality and equity.

Keywords: SUS. Medication. Public Policies. Judicialization. Budget.

1. INTRODUÇÃO

Com o aumento da expectativa de vida ao nascer e o conseqüente envelhecimento da população brasileira, novas demandas de saúde têm sido geradas requerendo, assim, a adaptação do sistema de saúde, especialmente, quanto às ações de prevenção, de promoção, de proteção e de recuperação da saúde. Esse cenário requer maior consumo de recursos e custo social, sobretudo na demanda de medicamentos destinados ao tratamento das doenças crônico-degenerativas.

Além disso, novas abordagens terapêuticas surgem como âncora para atender aos anseios de médicos, pacientes e gestores do sistema de saúde. Todos eles desejam dispor e oferecer os melhores recursos. No entanto, essas novas experiências, com promessas extraordinárias e lançadas em velocidade e crescimento exponencial, algumas vezes, não apresentam o processo de desenvolvimento e de avaliação firmemente consolidado em relação ao custo-efetividade ou à segurança clínica.

O direito à saúde como direito social encontra-se positivado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CR/88), a qual também consagrou o sistema de saúde gratuito: o Sistema Único de Saúde (SUS). Entre os princípios do SUS, estão, especialmente, a universalidade, a integralidade e a equidade. Baseado na integralidade, a assistência farmacêutica colocou-se como parte essencial da assistência à saúde.

Juntamente a essas conquistas, decorrentes da CR/88, também se estabeleceram mecanismos para garantir e facilitar o acesso e a efetivação dos direitos, seja pela via administrativa, seja pela via judicial. Assim, o Estado Democrático, constitucionalmente instituído, ofereceu mecanismos favoráveis para se contestar a incapacidade das instituições em dar provimento às demandas sociais. Especificamente, em relação ao direito à saúde, qualquer habitante do território brasileiro pode reportar-se ao Poder Judiciário para exigir direitos de acesso universal e integral.¹

A busca de efetivação do direito à saúde pela via judicial, cada vez mais crescente, consiste na solicitação e na concessão de bens e/ou serviços de saúde por meio de decisão judicial sob o argumento constitucional. Esse fenômeno denominado “Judicialização da saúde”, ou “Judicialização das políticas de saúde”, percebida como “excessiva”² caracteriza-se por “uma dinâmica na qual o Poder Judiciário se substitui ao Executivo na

1 BITTENCOURT, Guaraci Bragança. O “estado da arte” da produção acadêmica sobre o fenômeno da judicialização da saúde no Brasil. *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, Brasília, v. 5, n. 1, p. 102-121, jan./mar. 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.17566/ciads.v5i1.261>. Acesso em: 25 set. 2018.

2 COSTA, Fabricio Veiga; MOTTA, Ivan Dias da; ARAÚJO, Dalvaney Aparecida de. Judicialização da saúde: a dignidade da pessoa humana e a atuação do Supremo Tribunal Federal no caso dos medicamentos de alto custo. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*,

escolha de fornecer esse ou aquele medicamento/tratamento, sob o fundamento de assegurar a efetivação do direito à saúde, previsto constitucionalmente”³

Assim, a pressão mais forte que o Brasil tem enfrentado emana do Poder Judiciário por meio da chamada Judicialização da Saúde. Fundamentado no argumento constitucional de que a “saúde é direito de todos e dever do Estado”, inúmeros pedidos de ações, bens e serviços de saúde são judicialmente concedidos, sem a observância dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT). De acordo com os dados da Gerência de Assistência Farmacêutica (GEASF), da Secretaria Municipal de Saúde de Belo Horizonte (SMSA), 87% dessas demandas atendidas por ordem judicial referem-se a pedidos de medicamentos. Uma realidade que tem gerado debates e tensões entre usuários, operadores do direito e gestores do SUS.

As discussões sobre esse comportamento permeiam questões relacionadas à interferência do Poder Judiciário no Poder Executivo e à lesão ao princípio da equidade. No primeiro ponto, afirma-se que a não observância das políticas públicas instituídas tem extrapolado a função judiciária já que altera o planejamento, a alocação de recursos e os orçamentos destinados às ações inerentes ao sistema de saúde. Em relação à equidade, ressalta-se que, apesar do volume de serviços prestados pelo sistema de saúde, ainda há parcelas da população excluídas de algum tipo de atenção. Assim, a interferência do Judiciário tem reafirmado as desigualdades em saúde, já que garante o acesso indiscriminado de bens e serviços de saúde a alguns, em detrimento daqueles que não acessam o Judiciário, o que reforça o conflito entre a demanda infinita e os recursos limitados.

Torna-se, portanto, necessária a compreensão sobre os critérios de acesso aos medicamentos, a qual se constitui como o ponto focal da atenção à saúde. No contexto de recursos escassos, garantir, por via judicial, o acesso irrestrito a bens, serviços ou insumos, sejam eles não padronizados, experimentais, sem registro no Brasil, ou sem a suficiente comprovação científica de eficácia e de efetividade, exige escolhas dos governos, da sociedade e dos indivíduos que afetam os princípios caros ao SUS, quais sejam, a universalidade e a equidade. O desafio é garantir benefícios e, inevitavelmente, o melhor equilíbrio possível entre custos e garantias, de modo que o resultado do processo não prejudique a justiça e a igualdade de acesso.

O presente trabalho objetiva analisar a atuação do Poder Judiciário em relação às políticas de medicamento nas ações judiciais no âmbito do Município de Belo Horizonte, seus impactos financeiros e contribuir, brevemente, para as discussões que circundam o tema. A parte restante deste artigo encontra-se organizada do seguinte modo: inicialmente, para melhor compreensão sobre o contexto político e social que conduziu à atual judicialização da saúde, apresenta-se o conceito de equidade, enquadrado no próprio nascimento e natureza do SUS; no capítulo seguinte, e com o intuito de enquadrar o trabalho empírico, introduz-se a discussão da judicialização da saúde no Brasil, com enfoque sobre o caso dos medicamentos e a interferência do Poder Judiciário no complexo universo do SUS; o capítulo quatro descreve a metodologia seguida no trabalho empírico; o capítulo cinco apresenta os resultados desse trabalho; no capítulo seis, discutem-se os resultados à luz de todo o enquadramento prévio da judicialização da saúde; por fim, as considerações finais encerra este artigo.

2. O SUS E A EQUIDADE

O SUS nasceu na CR/88, como consequência de um longo processo de articulação do Movimento Sanitarista que buscava o reconhecimento dos direitos sociais e universais das ações e serviços de saúde no

Brasília, v. 7, n. 3, p. 846, 2017.

3 BORGES, Danielle da Costa Leite; SCHUMACHER, Mercedes. O equilíbrio entre o individual e o coletivo na busca pela universalidade do Sistema Único de Saúde. *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, Brasília, v. 2, n. 2, jul./dez. 2013. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.17566/ciads.v2i2.66>. Acesso em: 25 set. 2018.

Brasil. Sem dúvidas, representa um marco histórico das políticas de saúde, já que a atenção à saúde passou a ser assegurada, legalmente, como direito fundamental, cabendo ao Estado a obrigação de provê-la aos pouco mais de 140 milhões brasileiros e estrangeiros que viviam⁴ no Brasil, à época.

Fruto de luta e conquistas sociais, especialmente do Movimento Sanitarista em meio ao processo de redemocratização do Brasil, o SUS foi consagrado na CR/88 e pode-se dizer que é uma Política de Estado que se aproxima dos princípios do chamado Estado de Bem-Estar-social (Welfare State), contrapondo-se à perspectiva liberal e neoliberal que defendem a redução do papel do Estado. É, portanto, necessário compreender o significado, nesse contexto, da relação Estado, público e privado, em uma sociedade capitalista e periférica, como a brasileira.⁵

A sociedade fez opção por um sistema de saúde característico de um Estado de bem-estar e substituiu o sistema excludente e desigual, anterior à CR/88. Esta reconheceu e ofereceu status constitucional a princípios, pensamentos e valores defendidos pelo Movimento da Reforma Sanitária. As ações e os serviços de saúde, direcionados para a democratização, deixaram de ser restritos e passaram a ser universais, deixaram de ser centralizados e passaram a nortear-se pela descentralização.⁶

O Brasil, instituído como Estado Democrático de Direito, nos termos do Art. 3º da CR/88, objetiva construir uma sociedade livre, justa e solidária, bem como reduzir as desigualdades sociais e regionais. Políticas equitativas constituem um meio para se alcançar a igualdade e equivalem às ações de governo que regulam e organizam as funções públicas do Estado para o ordenamento setorial. Como resposta, apresenta-se a política pública como instrumento de extinção ou minimização de situação impeditiva de gozo do direito social à saúde.

Não há dúvida de que a consagração do direito à saúde e o nascimento do SUS pela CR/88, fruto de avanços e retrocessos, são conquistas inestimáveis para toda a sociedade brasileira que recebeu um sistema de saúde gratuito, pautado, especialmente, na universalidade, na equidade e na integralidade. Nesse sentido, propôs-se uma política social de Estado.

O Movimento da Reforma Sanitária, com base na crítica do sistema de saúde vigente, pretendia não apenas garantir direito à saúde a todos, mas também se apropriar da noção de equidade no tocante à distribuição mais ampla dos recursos da saúde, exigindo tanto organizar um sistema de saúde de maneira eficaz quanto atender às diversas necessidades da população frente aos escassos recursos.⁷

Assim destaca-se que, motivado pela noção de desigualdade, tal princípio diz respeito à necessidade de se “tratar desigualmente os desiguais”, de modo a se alcançar a igualdade de oportunidades de sobrevivência, de desenvolvimento pessoal e social entre os membros de uma dada sociedade.

Equidade é a ausência de diferenças sistemáticas e potencialmente remediáveis em um ou mais aspectos de saúde nos grupos ou subgrupos populacionais definidos socialmente, economicamente, demograficamente ou geograficamente.⁸

4 De acordo com o Instituto de Brasileiro de Geografia e Pesquisa (IBGE), em 1991, o Brasil contava com a população de 146.825.475. Em 30.08.2016, o IBGE publicou, no “Diário Oficial da União”, a estimativa da população brasileira como sendo de 206.081.432 habitantes.

5 TEIXEIRA, Carmen. *Os princípios do sistema único de saúde*. Texto de apoio elaborado para subsidiar o debate nas Conferências Municipal e Estadual de Saúde. Salvador, 2011. Disponível em: https://www.almg.gov.br/export/sites/default/acompanhe/eventos/hotsites/2016/encontro_internacional_saude/documentos/textos_referencia/07_principios_sistema_unico_saude.pdf. Acesso em: 10 jun. 2017.

6 BARROS, Fernando Passos Cupertino de; SOUSA, Maria Fátima de. Equidade: seus conceitos, significações e implicações para o SUS. *Saúde & Sociedade*, São Paulo, v. 25, n. 1, p. 9-18, mar. 2016. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12902016000100009&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 25 set. 2018.

7 VIANA, Ana Luiza d’A.; FAUSTO, Márcia C. R.; LIMA, Luciana D. Política de saúde e equidade. *São Paulo em Perspectiva*, p. 58-68, 2003.

8 INTERNATIONAL SOCIETY FOR EQUITY IN HEALTH. *Working definitions*, 2001.

Para tanto, ultrapassar as desigualdades em saúde implica redistribuição, inclusive, do perfil da oferta de ações e serviços. Enfim, é reconhecer que as desigualdades devem ser superadas. Em um contexto de desigualdades, a equidade permite o melhor atendimento, se observada a diversidade.

Um dos princípios fundamentais, norteadores do SUS no Brasil, a equidade, positivada no inciso VII, Art. 7º da lei 8.080/90, abarca o acesso universal e igualitário e a ação sobre os determinantes dos níveis de saúde. Na legislação, a “igualdade de assistência” é entendida como sinônimo de equidade. Torna-se, portanto, importante compreender qual a acepção de equidade adota-se, como princípio finalístico do SUS, já que, dependendo da definição, podem-se modificar muito as decisões, políticas e condutas para o Sistema.⁹

O termo equidade surge, pela primeira vez, em documento oficial, em 1993, na Norma Operacional Básica do SUS (NOB SUS 01/93). Vários são os conceitos para equidade e, no campo sanitário, não é diferente. Equidade é comumente definida como “igualdade de acesso”, “tratamentos iguais para mesmas necessidades”, “tratamento desigual para os desiguais” ou, ainda, “distribuição de recursos que é feita em função das necessidades de saúde de uma determinada população¹⁰”.

A variedade conceitual, de modo geral, leva ao consenso em relação à definição formulada por Margaret Whitehead, na obra *The concepts and principles of equity in health*¹¹ (1992). A autora conceitua iniquidades em saúde como “as diferenças desnecessárias e evitáveis e que são, ao mesmo tempo, consideradas injustas e indesejáveis. O termo iniquidade tem, assim, uma dimensão ética e social”.

Whitehead, sob a dimensão ética e social, resgata e lapida o conceito de justiça como equidade, conforme John Rawls, para aplicá-lo na saúde. Para Rawls (1992)¹², deve ser celebrado um contrato social no qual todos, em posição original, deliberam princípios normativos para se alcançar o justo. O autor esclarece que tais princípios, por ele denominados de “princípios de justiça”, devem ser instrumentalizados por políticas e instituições, estas como intermediadoras para o convívio social.

O pensador, em sua teoria, afirma que os princípios atribuem direitos e deveres às instituições e definem a distribuição adequada dos benefícios. Ou seja, as instituições e políticas devem ter por objetivo neutralizar as contingências sociais e culturais, assim como assegurar igualdade de oportunidades para que cada pessoa possa cultivar seus próprios talentos. Sob esse diapasão, é possível afirmar que uma política social e econômica eficiente proporciona maior cobertura, integração e qualidade dos serviços e políticas públicas.¹³

No que se refere à ideia de cooperação social, Rawls,¹⁴ em sua obra “Justiça como equidade: uma concepção política, não metafísica”, esclarece

A justiça como equidade parte da ideia de que a sociedade deve ser concebida como um sistema equitativo de cooperação, e adota uma concepção de pessoa adequada a essa ideia.

[...]

O senso de justiça é a capacidade de entender, de aplicar e de agir a partir da concepção pública de justiça que caracteriza os termos equitativos da cooperação social. A capacidade de concepção do bem é a capacidade da pessoa de formar, de revisar e racionalmente perseguir uma concepção da vantagem

9 DUARTE, Cristina Maria Rabelais. Equidade na legislação: um princípio do sistema de saúde brasileiro?. *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, p. 443-463, 2000. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232000000200016&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 10 jun. 2017.

10 BRASIL. Ministério da Saúde. *Equidade em saúde*: glossário temático economia da saúde. Brasília, 2009.

11 WHITEHEAD, Margareth. The concepts and principles of equity and health. *International Journal of Health Services*. p. 429-45, 1992.

12 RAWLS, John. Justiça como equidade: uma concepção política, não metafísica. *Revista de Cultura e Política*, p. 25-59, 1992. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.1590/S0102-64451992000100003>. Acesso em: 10 jun. 2017.

13 MACIEL-LIMA, Sandra; KFOURI NETO, Miguel. *O direito à saúde*: equidade versus alta complexidade. Direitos Sociais e Políticas Públicas II. Florianópolis: FUNJAB, 2013. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/unicuritiba/livro.php?gt=113>. Acesso em: 25 set. 2018.

14 RAWLS, John. Justiça como equidade: uma concepção política, não metafísica. *Revista de Cultura e Política*, p. 25-59, 1992. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.1590/S0102-64451992000100003>. Acesso em: 10 jun. 2017.

racional, ou do bem. No caso da cooperação social, esse bem não pode ser entendido estreitamente, mas como uma concepção do que é valioso na vida humana. Assim, a concepção do bem consiste normalmente num esquema mais ou menos determinado de fins últimos, isto é, fins que desejamos realizar por eles próprios, bem como ligações com outras pessoas e lealdades a vários grupos e associações.

[...]

Essa concepção de justiça fornece uma descrição das virtudes cooperativas adequadas a uma doutrina política em vista das condições e requisitos de um regime constitucional. Não deixa de ser uma concepção moral pelo fato de restringir-se à estrutura básica da sociedade, na medida em que essa restrição é o que permite que ela sirva como uma concepção política da justiça das nossas presentes circunstâncias. Assim, numa interface consensual (tal como entendida aqui), a concepção da justiça como equidade não é considerada meramente como um *modus vivendi*

Em termos práticos, pode-se inferir que, de acordo com essa teoria, é preciso que os ricos renunciem as vantagens das circunstâncias sociais e naturais que os beneficiam, salvo se tais benefícios sejam extensivos aos demais, a fim de aparar os feitos negativos da desigualdade. Para Rawls¹⁵, esse é o princípio da diferença

não importa o quanto a situação de cada pessoa seja melhorada; do ponto de vista do princípio da diferença, não há ganho algum a não ser que o outro também ganhe.

Martins¹⁶ conclui que a “igualdade democrática guarda relação com a realização da justiça distributiva e com a prioridade a ser garantida às necessidades dos menos favorecidos (princípio da diferença)”.

Sob essa égide, Whitehead¹⁷ trouxe o conceito de equidade em saúde, na perspectiva da justiça social. Entende-se, por essa perspectiva, que a injustiça se constitui de desigualdades que não beneficiam a todos sendo, portanto, necessário compensar os efeitos das desigualdades de condições, por meio de mecanismos de discriminação positiva.

A formulação de uma resposta política forte e adequada às iniquidades de saúde obriga a agir numa ampla variedade de campos: em primeiro lugar, devem ser estabelecidos os valores; a seguir, há que se descrever e analisar as causas; depois, devem ser erradicadas as causas profundas das iniquidades; e, por último, devem-se reduzir as consequências negativas das más condições de saúde.¹⁸

Assim, a equidade em saúde tem aceção distributiva considerando as diferentes necessidades dos cidadãos. Implicaria promover redistribuição de bens e serviços determinantes da saúde, de forma a minimizar diferenças. Para a autora, todos devem ter justa oportunidade para desenvolver pleno potencial de saúde, ou seja, ninguém deve estar em desvantagem. Reafirma, portanto, a ideia de redução das diferenças consideradas “desnecessárias, evitáveis e injustas”, o que implica igualdade de oportunidades: igualdade de acesso para iguais necessidades, uso igual dos serviços para necessidades iguais e igual qualidade de atenção para todos. O alcance da equidade, portanto,

é suficiente observar que, numa sociedade marcada por profundas divisões entre concepções opostas e incomensuráveis do bem, a justiça como equidade permite-nos pelo menos conceber como a unidade social pode ser possível e estável.¹⁹

Então, a equidade se concretizaria pela implementação de políticas equânimes — que reconhecem as diferenças (justas ou injustas) e pertinentes às necessidades, seja pela distribuição de recursos, oportunidades

15 RAWLS, John. Justiça como equidade: uma concepção política, não metafísica. *Revista de Cultura e Política*, p. 25-59, 1992. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.1590/S0102-64451992000100003>. Acesso em: 10 jun. 2017.

16 MARTINS, Urá Lobato. A judicialização das políticas públicas e o direito subjetivo individual à saúde, à luz da teoria da justiça distributiva de John Rawls. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 321, 2015.

17 WHITEHEAD, Margareth. *The concepts and principles of equity and health*. Copenhagen: WHO Regional Office for Europe, 1990.

18 WHITEHEAD, Margareth. The concepts and principles of equity and health. *International Journal of Health Services*. p. 429-45, 1992.

19 RAWLS, John. Justiça como equidade: uma concepção política, não metafísica. *Revista de Cultura e Política*, p. 25-59, 1992. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.1590/S0102-64451992000100003>. Acesso em: 10 jun. 2017.

de acesso, ou utilização dos serviços. A equidade coloca-se, portanto, como fio condutor para a formulação de políticas de saúde, mesmo que não tenha efeitos imediatos para a redução de iniquidades mais efetivas e com respostas a problemas específicos.

A iniquidade em saúde na sociedade brasileira se apresenta, portanto, no acesso desigual a medicamentos para igual necessidade, principalmente, se comparada a classe social mais pobre às demais. Por isso, deve ser preocupação permanente das políticas públicas, voltadas para a saúde, a disponibilidade de bens e serviços essenciais. Importa manifestar que a política pública de medicamento não se apresenta como instrumento de extinção, impedimento ou minimização de gozo do direito social à saúde e, sim, como instrumento de superação das desigualdades e alcance da equidade na garantia do direito à saúde.²⁰

3. A JUDICIALIZAÇÃO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS: O CASO DOS MEDICAMENTOS

Na construção das políticas de saúde, é imprescindível conhecer a realidade social, as instituições envolvidas, as barreiras existentes e os preceitos legais para que as decisões tomadas sejam efetivas ao que se pretende. Nessa conjuntura, questiona-se se os indivíduos têm acesso às ações e aos serviços de saúde necessários para a resolução de seus problemas, ou se existem restrições e barreiras importantes de acesso. Ou ainda, se ações e serviços de saúde estão sendo planejados e programados de acordo com as necessidades e realidade de local.²¹

Como estratégia de superar as desigualdades e alcançar a equidade, as políticas públicas se configuram como um importante meio de ação estatal, em prol do desenvolvimento social, para responder sobre o espaço e a definição da atuação, ou não atuação do Estado. Para Nunes et. al ²², as políticas públicas são desenvolvidas pelo Estado de que visam assegurar os direitos sociais constitucionalmente previstos.

Além disso, é imprescindível o conhecimento legal-institucional, habilidade para prever e antecipar possíveis efeitos das políticas públicas sobre comportamentos individuais e coletivos. Devem ser considerados, portanto, na tomada de decisão, diálogo e negociação entre os diferentes atores envolvidos e os fenômenos político-administrativos, a fim de se alcançar uma política pública que responda aos anseios da sociedade. Enfim, esse é o desafio para a construção de uma política pública eficaz. Ou seja, encontrar soluções dos problemas públicos que sejam tecnicamente eficientes e politicamente viáveis.

O setor da saúde é um ambiente complexo, diverso, variado e dinâmico. As decisões, ações ou não ações são capazes de atingir de formas e dimensões distintas indivíduos, atores (políticos ou não) e outros setores. É, portanto, desafiante agir, não agir ou definir prioridades quando o assunto é a saúde.

Inferese-se que a Reforma Sanitária apresentou ao Estado brasileiro a opção do direito à saúde como direito fundamental. Mas não apenas isso, pois apresentou o SUS como política social regida por princípios amplamente defendidos e pactuados. E, nesses moldes, a concretização do direito à saúde se daria “mediante políticas sociais e econômicas”. No âmbito da saúde, políticas públicas agregam o campo de ação social do Estado, orientado para a melhoria das condições de saúde da população e dos ambientes natural, social e do trabalho.²³

20 IPEA. Programas de assistência farmacêutica do governo federal: evolução recente das compras diretas de medicamentos e primeiras evidências de sua eficiência 2005 a 2008. *Nota técnica*, nº 74, 2010. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/comunicado/101216_comunicadoipea74.pdf. Acesso em: 10 jun. 2017.

21 LUCCHESI, Patrícia T. R.; AGUIAR, Dayse Santos; WARGAS, Tatiana; LIMA, Luciana Dias de; MAGALHÃES, Rosana; MONERAT, Giselle Lavinias (coord.). *Políticas públicas em saúde pública*. São Paulo: BIREME/OPAS/OMS, 2004.

22 NUNES, Ana Luisa Tarter; COUTINHO, Nilton Carlos; LAZARI, Rafael José Nadim de. Políticas públicas e ativismo judicial: o dilema entre efetividade e limites de atuação. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 208-222, 2015.

23 LUCCHESI, Patrícia T. R.; AGUIAR, Dayse Santos; WARGAS, Tatiana; LIMA, Luciana Dias de; MAGALHÃES, Rosana; MONERAT, Giselle Lavinias (coord.). *Políticas públicas em saúde pública*. São Paulo: BIREME/OPAS/OMS, 2004.

A formulação de uma política não pode estar distante da equidade. Especificamente, para a saúde, as políticas públicas deverão observar os princípios impostos na Lei orgânica do SUS. O artigo 196 da CR/88 dispõe que o direito à saúde será garantido mediante políticas sociais e econômicas. Em outras palavras, para alcançar os objetivos propostos no dispositivo legal mencionado, é preciso utilizar-se das políticas públicas, a fim de organizar as funções públicas governamentais para a promoção, proteção e recuperação da saúde dos indivíduos e da coletividade. Afinal, o dispositivo legal, por si só, não possibilita o gozo de tal direito e a execução das orientações propostas. A interpretação rápida e simplista do Art. 196 da CR/88 limita o direito à saúde em “direito de todos e dever do Estado”, independentemente da existência de políticas públicas, e afasta o entendimento de que o dever do Estado se efetiva mediante políticas sociais e econômicas.

O referido dispositivo constitucional apresenta um Estado Interventor, com ação estatal positiva na efetivação de um direito social da saúde. Nessa configuração, por meio das políticas públicas, estabelecem-se diretrizes, para o setor público e privado, da saúde, visando à garantia do direito constitucional.²⁴

De acordo com Vale²⁵, a saúde é um bem jurídico individual e social, requerido por meio de direitos sociais fundamentais. Nesse sentido, o direito à saúde permite exigir do Estado ação ou não ação, a fim de que não prejudique e, concomitantemente, promova a saúde, quer por meio de prevenção, quer por meio do tratamento.²⁶

Nesse contexto, o direito à assistência farmacêutica é dependente de políticas e de recursos públicos para ser garantido, sob a perspectiva de justiça distributiva, ou seja, “é preciso que essas necessidades individuais sejam contextualizadas dentro da política pública de medicamentos.”²⁷

A despeito disso, as concessões de medicamentos pelo Judiciário e com base em análise simplista do dispositivo constitucional não observam diretrizes, desviam recursos para atender tais decisões judiciais e inviabilizam a sustentabilidade financeira da política imprescindíveis para a concretização do direito à saúde.²⁸

De acordo com Sousa²⁹, “há judicialização da política sempre que os tribunais, no desempenho normal das suas funções, afectam de modo significativo as condições da ação política.”

Questiona-se, portanto, se a conduta judiciária na concessão de medicamento sem observar as políticas públicas pertinentes, bem como a sustentabilidade financeira e o planejamento orçamentário, em conformidade com a exigência legal da Lei de Responsabilidade Fiscal³⁰, embora imprescindível para a concretização do direito à saúde, não caracterizaria interferência no Poder Executivo, já que questões estão sendo decididas pelo Poder Judiciário “e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo” alterando, assim, a “linguagem na argumentação e, especialmente, no modo de participação da sociedade”³¹.

A Política Nacional de Medicamento (PNM), tida como o primeiro posicionamento formal e abrangente do Estado sobre medicamentos, no Brasil, com base na Reforma Sanitária e com base nas diretrizes da

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

25 VALE, L. A. M. M. *Racionamento e racionalização no acesso à saúde*: contributo para uma perspectiva jurídico-constitucional. Coimbra, 2007.

26 CANOTILHO, Joaquim J. G.; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

27 MARQUES, Sílvia B. A garantia do direito social à assistência farmacêutica: o papel do sistema jurídico e do sistema político. *Revista de Direito Sanitário*, v. 7, n. 1-3, p. 195-217, 2006. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v7i1-3p195-217>. Acesso em: 25 set. 2018.

28 SAVI, Luciane Anita; SANTOS, Elisa Silva dos. O papel do administrador público nas demandas judiciais no serviço de assistência farmacêutica. *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, Brasília, v. 2, n. 2, 2013. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.17566/ciads.v2i2.93>. Acesso em: 10 jun. 2017.

29 SOUSA, Boaventura Santos. *Para uma revolução democrática da justiça*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 20.

30 Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências.

31 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *THESIS*, v. 5, n. 1, 2012. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 25 set. 2018.

OMS para se garantir segurança, eficácia e qualidade, promoção do uso racional e o acesso da população aos medicamentos. A PNM reorientou a Assistência Farmacêutica de modo a refletir na qualidade de vida da população, ao orientar as ações para concretização dessas diretrizes. Pautou-se, também, no acesso a todos, fato que levou à extinção da CEME (Central de Medicamentos), em razão da ineficiência na distribuição de medicamentos.

Mais uma vez, destaca-se a importância da interpretação ampliada do Art. 196 da CR/88 que se opõe ao direito constitucional à saúde, que privilegia a materialização desse direito, em sua plenitude, somente mediante o acesso ao medicamento. Como propostos na PNM, Política Nacional de Assistência Farmacêutica (PNAF) e demais políticas e programas, a Assistência Farmacêutica não está limitada à aquisição e à distribuição de medicamentos, pelo contrário, o SUS requer Assistência Farmacêutica integral, de qualidade, eficaz e segura.

Torna-se, portanto, preocupante o deferimento de medicamentos pelo Judiciário, ignorando as informações técnicas. Todos os processos judiciais pertencentes à amostra considerada, em algum momento, foram analisados pelos membros da CTCS. Esta se constituiu para auxiliar o magistrado do JESP na realização de acordos pré-processuais, bem como municiar o juízo de informações técnicas, caso a caso.

4. METODOLOGIA

O presente trabalho utilizou-se de pesquisa bibliográfica e documental por meio do levantamento de amostra de processos judiciais. A pesquisa exploratória mostrou-se proveitosa, resultando na análise e na revisão da literatura de documentos, entre artigos científicos, manuais, legislação e documentos institucionais sobre o SUS, seu fundamento constitucional, princípios e políticas públicas, em especial, na área do medicamento no Brasil. Além disso, tornou-se possível descrever as características do fenômeno da Judicialização da saúde.³²

O resultado da análise desses documentos proporcionou maior familiaridade com o problema e auxiliou na construção dos conceitos apresentados. Iniciou-se a análise documental de fonte secundária sendo, portanto, dispensada a submissão ao Comitê de Ética em Pesquisa. Trata-se de estudo transversal, retrospectivo e descritivo de processos judiciais.

No período de março a abril de 2017, foram analisados 187 processos judiciais em tramitação no Juizado Especial Cível (JESP) do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), cujo objeto restringiu-se ao pedido de medicamentos em face do Município de Belo Horizonte (MBH).

O acesso aos processos se deu pelo Sistema CNJ PROJUDI, que é um software mantido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e utilizado na comarca de Belo Horizonte (BH), para o JESP e Vara de Registros Públicos, na tramitação de processos judiciais. O sistema substitui o papel por autos processuais digitais. Pelo sistema de busca do PROJUDI, é possível selecionar os critérios da pesquisa que atendem o objeto do presente estudo.

A seleção da amostra se deu pelas ações judiciais, sob tramitação nas varas de Fazenda Pública do JESP Cível, que passaram pela Câmara Técnica de Conciliação da Saúde (CTCS) do TJMG no período de 01.07.2016 a 03.03.2017. Dessa forma, os processos judiciais que não constavam de documentos oriundos da CTCS foram descartados da amostra restando apenas aqueles que continham parecer técnico.

A CTCS é o resultado do Termo de Cooperação Técnica, celebrado entre o TJMG e o MBH em 30.06.2016, que tem como objetivo estabelecer cooperação entre os órgãos envolvidos “[...] com vistas a

32 GERHARDT, Tatiana E.; SILVEIRA, Denise T. *Métodos de pesquisa*. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009.

proporcionar conciliação processual e pré-processual em situações de conflito envolvendo o Poder Público Municipal de Belo Horizonte, de reclamações relacionadas às questões de saúde pública [...]”.

Sobre o funcionamento da CTCS, é importante registrar que se situa, fisicamente, no edifício do JESP. No local, encontram-se disponíveis um profissional da SMSA (médico, farmacêutico ou enfermeiro) e um profissional da Secretária de Estado da Saúde de Minas Gerais (SES-MG) para prestar orientações e elaborar parecer técnico sob cada demanda.

Há dois caminhos para se acessar a CTCS. No primeiro, o indivíduo, comumente desacompanhado de advogado, dirige-se ao local e recebe orientações sobre a política existente e quais os fármacos disponíveis, ou alternativos à pretensão por ele apresentada. Nesse momento, o indivíduo poderá aceitar ingressar no programa ou na política, se existente, e ter sua demanda resolvida. Ou, caso contrário, será encaminhado para a atermção de seu pedido e distribuição da ação judicial, juntamente ao parecer técnico emitido pelo profissional técnico. O segundo caminho se perfaz pelas demandas judiciais, distribuídas por advogados particulares, defensores públicos ou autores, que não compareceram à CTCS antes de ajuizarem a ação. Desta forma, após distribuir a demanda judicial e, antes de se manifestar em relação ao pedido liminar, o juízo encaminha o processo à CTCS, para emissão de parecer técnico.

Os pareceres técnicos, elaborados por farmacêutico, enfermeiro ou médico pertencente ao quadro de profissionais da SMSA, relatam informações sobre o diagnóstico alegado pelo autor da ação, sobre a prescrição médica apresentada e sobre a pertinência ou alternativas ao fármaco solicitado em relação às políticas existentes. Destaca-se que há emissão de parecer pelo representante da SMSA, quando o MBH encontra-se como réu da ação. Do mesmo modo, junta-se o parecer técnico emitido pelo representante da SES-MG, quando o EMG localiza-se no polo passivo da demanda. Se ambos forem solidariamente demandados, serão juntados os respectivos pareceres técnicos.

Paralelamente ao levantamento dos dados das ações judiciais, buscaram-se informações sobre os impactos da Judicialização juntamente à GEASF/SMSA e à Gerência de Processamento, Documentação e Arquivo do Contencioso Geral (GEPCG) da Procuradoria Geral do Município (PGM). À GEASF/SMSA compete “gerir o desenvolvimento de ações na área de assistência farmacêutica” do município de Belo Horizonte nos termos do art.34, do Decreto Municipal nº 16.767/2017. E a PGM, nos termos do Art. 59, da Lei Municipal nº 11.065/2017, “tem como competência planejar, coordenar, controlar e executar as atividades jurídicas de interesse do Município”. Ambas as gerências disponibilizaram informações do banco de dados de suas respectivas competências.

Após o levantamento dos dados, planilhados em Excel, para o tratamento, utilizou-se o R Studio que é um software livre, de ambiente de desenvolvimento integrado para R, uma linguagem de programação para gráficos e cálculos estatísticos voltados para a realização de testes de frequência, de correlação e de hipóteses.

Foram levantadas as seguintes variáveis: valor da causa, faixa etária, sexo, fundamento do pedido, data de distribuição do processo, representante, juiz, data de apreciação da tutela antecipada, fundamento da decisão liminar, prazo para cumprimento da liminar, se há informação da Câmara Técnica de Conciliação, se o medicamento faz parte da política de medicamento, existência de alternativas terapêuticas no SUS e data de realização da primeira audiência.

Tratados os dados, passou-se para a interpretação e análise qualitativa da amostra. A análise restringiu-se aos documentos processuais constantes desde a distribuição da ação até o deferimento da antecipação de tutela pelo Poder Judiciário para o fornecimento de medicamento pelo Município de Belo Horizonte. Tal análise objetivou verificar se o Poder Judiciário está a condicionar o fornecimento de medicamentos às políticas públicas.

Este artigo é fruto da dissertação da primeira autora, sob a orientação da segunda, aprovada pelo Programa de Mestrado em Gestão e Economia da Saúde da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra.

5. PANORAMA OBSERVADO

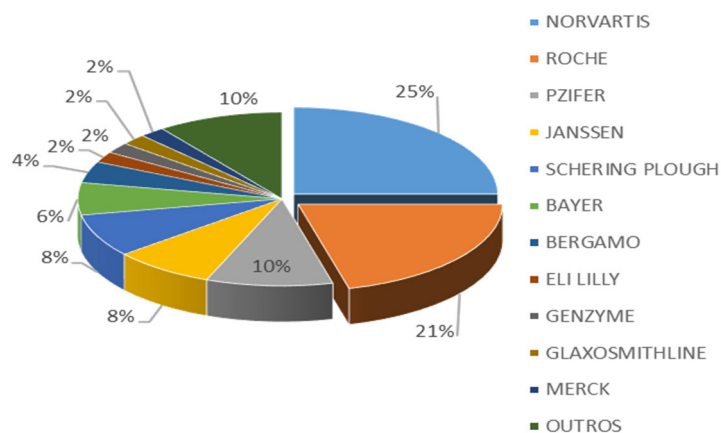
De acordo com os dados³³ da GEPCG/PGM, havia cadastradas 4.123 demandas judiciais, no período compreendido entre 16.05.2016 e 24.05.2017, dos ramos de direito civil e direito administrativo em face do MBH, das quais 43,4% tratam-se de pedidos envolvendo bens e serviços de saúde.

O crescimento das ações judiciais com pedidos de bens e serviços de saúde tem sido exponencial nos últimos anos. Em 2012, a GEASF/SMSA registrou³⁴ o atendimento de 322 itens por ordem judicial. Em 2016, o registro quase triplicou, sendo atendidos 955 itens. Ressalta-se que tais números referem-se aos itens atendidos e não ao número de ações judiciais. Cada ação judicial pode conter mais de um item e pode ter sido atendida pelo MBH, pelo Estado de Minas Gerais (EMG), ou ter sido procedido o bloqueio judicial para a aquisição pelo próprio autor da ação.

Em termos financeiros, em 2017, considerando-se as demandas cadastradas no órgão, a previsão de gasto mensal foi de R\$3.709.725,88 conforme dados disponibilizados pela GEASF/SMSA. Destaca-se que o orçamento previsto, no exercício de 2017, para a Assistência Farmacêutica, é de 81 milhões de reais conforme Lei Orçamentária Anual do município de Belo Horizonte. Pode-se inferir, portanto, que a previsão de gasto com o atendimento das demandas judiciais representa de 54,9% do orçamento total da Assistência Farmacêutica.

Ainda, de acordo com os dados da GEASF/SMSA, da previsão mensal de R\$3,7 milhões, para cumprimento de decisões judiciais, em 2017, apenas R\$ 549.538,74 referem-se a medicamentos padronizados no SUS. Destaca, também, que, do valor gasto com a Judicialização de medicamentos padronizados, R\$ 28.852,26 referem-se a medicamentos da REMUME.

Gráfico 01 - Proporção Financeira versus Laboratório Farmacêutico



Fonte: GEASF/SMSA.

Além disso, importa frisar que, de acordo com informações da GEASF/SMSA, em 2016, 46% dos medicamentos, atendidos pela SMSA, em razão de demanda judicial, concentraram-se em dois laboratórios farmacêuticos, em um universo de quase 60 empresas³⁵.

Em relação à amostra pesquisada no presente trabalho, observa-se que, nas ações judiciais analisadas, 62% dos autores eram do sexo feminino e que 52,7% eram idosos.

33 Os dados da GEPCG/PGM se originam de documentos de controle interno de tramitação das demandas do próprio órgão e disponibilizado aos pesquisadores.

34 Os registros disponibilizados aos pesquisadores originam-se de controle de dispensação de medicamentos e emissão de notas de empenho.

35 A Associação de Indústria Farmacêutica de Pesquisa (INTERFARMA) conta com 55 empresas associadas.

Além disso, 24,1% do total dos autores não demandavam, judicialmente, por meio de representação, 69% eram representados por defensor público e o restante, por advogado particular. Em todos os casos analisados, o pedido fundamentou-se no Art. 6º e no Art. 196 da CR/88. Os valores das causas dos 187 processos analisados somavam o montante de R\$ 2.561.389,09, sendo o valor mínimo R\$500,00, o máximo R\$ 54.981,36 e a média de R\$6.831,97.

Destaca-se, ainda, que, em 96% da amostra, o MBH e o EMG, solidariamente, compunham o polo passivo das demandas. E que, de acordo com os dados do processo judicial, 17,6% dos autores procuraram a CTCS, antes de ajuizar a ação judicial que solicitava o fornecimento de medicamento pelo Estado.

A distribuição, por sorteio, das ações judiciais foi realizada de forma equilibrada, entre os três juízes que compunham as varas da fazenda pública do Juizado Especial do TJMG. Para a presente pesquisa, os juízes foram nomeados de Juiz 1, Juiz 2 e Juiz 3 com, aproximadamente, 28%, 39% e 32%, respectivamente, do total dos processos analisados.

Destaca-se que todas as antecipações de tutela deferidas³⁶ se deram em sede de liminar, ou seja, antes da citação/intimação do réu sobre o processo. É importante frisar, também, que ações processadas no JESP possuem um rito sumaríssimo para que se consiga atender o seu objetivo, preenchendo os critérios elencados no Art. 2º da Lei 9.099/95.

Distribuída a ação, imediatamente, o autor é intimado da data de Audiência de Conciliação. Após, o processo é encaminhado ao juízo que apreciará o pedido de antecipação de tutela, se houver, e dará ciência da ação ao réu. Somente na audiência o réu terá oportunidade de apresentar defesa. A antecipação de tutela adianta os efeitos da decisão final, podendo ser revertida por recurso, ou na sentença final. Pode ser concedida, em sede de liminar, ou seja, antes do réu conhecer a ação.

Diante dessas considerações, merece destacar o prazo para que essas decisões liminares fossem concedidas e, conseqüentemente, cumpridas pelo Estado. De acordo com os dados, a mediana de 261 dias revela o período entre a propositura da ação e a realização da primeira audiência. Em outras palavras é de, aproximadamente, nove meses o período que o Estado permanecerá fornecendo o medicamento antes da primeira audiência.

As liminares são deferidas em 21 dias (moda), contados a partir da data de distribuição do processo, para que o Estado a cumpra em 10 dias. Merece destaque que a aquisição de medicamentos deve respeitar a legislação para compras públicas e que tal prazo não é razoável para o cumprimento da decisão nos termos da Lei nº 8.666/90, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, e a Lei nº 10.520/2002, que institui a modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns.

Além disso, quando a decisão é publicada, o Estado é obrigado ao cumprimento da ordem judicial até que seja proferida a sentença final do processo, o que não ocorre em prazo inferior a 213 dias, em média, lapso temporal entre a decisão liminar e a primeira audiência. É importante compreender que, não havendo conciliação na primeira audiência, poderá ser marcada Audiência de Instrução e Julgamento, ou os autos serão conclusos para decisão final. Salienta-se que não há prazo para que ocorra o final da ação que confirmará, ou revogará a decisão que antecipou a tutela pretendida pelo autor. Assim, durante todo esse período, o Estado permanecerá fornecendo o medicamento deferido por ordem judicial.

Sobre as decisões analisadas, observa-se que 93,6% da amostra possuíam pedido de tutela antecipada, sendo 80,7% delas deferidas, mesmo que parcialmente e, apenas 3,7% indeferidas, conforme demonstra a Tabela 01.

36 A amostra foi analisada até a antecipação de tutela. Cabe esclarecer, nos termos do Art. 300 do Código de Processo Civil vigente, a Lei nº 12.105/2016.

Tabela 01 - Resultado de pedido de antecipação de Tutela

	Frequência	Porcentagem
Deferida	151	80,7
Não apreciada*	27	14,4
Indeferida	7	3,7
Parcialmente deferida	2	1,1
TOTAL	187	100

*** Até a data da análise o pedido de tutela antecipada, ainda não tinha sido apreciada pelo Juízo.**

Fonte: Elaborado pelas autoras.

Ao analisar as decisões que antecipam a tutela (Tabela 02), observou-se que 94,4% dessas decisões fundamentaram-se no Art.196 da CR/88 para conceder o fornecimento, pelo Estado (EMG e MBH), e 4,3% delas foram indeferidas. Destaca-se que nenhuma das decisões que tiveram o pedido de tutela antecipada negado se baseou na CR/88. Importante ressaltar que 84% das ações judiciais analisadas, após serem distribuídas, foram encaminhadas à Câmara de Conciliação para a emissão de parecer técnico sobre a pertinência dos pedidos em relação à política de medicamento no município.

Em conformidade com os documentos emitidos pela Secretaria Municipal de Saúde e/ou Secretaria Estadual de Saúde e os documentos juntados pelo autor da ação à peça inicial do processo judicial, em 95,7% dos processos analisados, constatou-se que 57,2% dos fármacos solicitados não pertenciam à “Lista do SUS”. Ou seja, o medicamento solicitado não pertencia ao rol de medicamentos fornecidos pelo Estado (União, estado ou município), nas respectivas listas, ou não fazia parte em nenhum dos programas de assistência farmacêutica.

Desses medicamentos divorciados da “Lista do SUS”, possuíam alternativas terapêuticas 63,1% dos casos, e, em 14,4%, o medicamento não tinha indicação para a doença alegada pelo autor da ação judicial. Ao considerar os documentos produzidos no curso do processo judicial, o percentual de fármacos com opções terapêuticas fornecidas pelo SUS alcança 83,4% do total de ações.

A variável “Resultado da Liminar” mapeia as decisões deferidas, parcialmente deferidas, indeferidas e não apreciadas. Já a variável “Fundamento da Liminar” informa se a decisão baseou-se na CR/88, em políticas públicas, ou em outra legislação infraconstitucional.

Tabela 02 - Fundamento jurídico por resultado de antecipação de tutela

Fundamento da Antecipação de Tutela	Resultado da Antecipação de Tutela	Contagem	Porcentagem
Constituição	Deferida	151	94,4
	Indeferida	0	0
	Parcialmente deferida	2	1,2
Políticas Públicas	Deferida	0	0
	Indeferida	5	3,1
	Parcialmente deferida	0	0
Outra	Deferida	0	0
	Indeferida	2	1,2
	Parcialmente deferida	0	0

Fonte: Elaborado pelas autoras.

Garantir o direito à saúde, sobretudo na assistência farmacêutica, é um amplo desafio para o qual é preciso utilizar-se das políticas públicas, a fim de organizar as funções governamentais para a promoção, proteção e recuperação da saúde dos indivíduos e da coletividade. Afinal, o dispositivo legal por si só não possibilita o gozo de tal direito e a execução das orientações propostas. De modo diferente desse entendimento, observa-se uma alta correlação positiva (0,843) entre as variáveis “Resultado da Liminar” e “Fundamento da Liminar”, com significância $p < 0,001$. Isso permite dizer que as decisões que determinaram a concessão de medicamentos as quais foram analisadas na amostra não observaram as políticas públicas existentes, limitando-se à interpretação simplista do Art.196 da CR/88. Isso afasta todo o processo de construção do SUS, que o estabeleceu como política pública social de obrigatória observação para a efetivação do direito à saúde, de modo universal.

Observa-se que todos os processos judiciais que compõem a amostra receberam o tratamento da CTCS, em algum dos caminhos relatados, já que este é um dos critérios de seleção da amostra. Considerando-se essa realidade, destaca-se que o percentual de 57,2% dos fármacos solicitados não pertencerem à “Lista do SUS” e, destes, 83,4% da amostra, considerando-se os pareceres técnicos, possuíam opções terapêuticas fornecidas pelo SUS. E, além disso, ignorando-se os PCDT’s, 14,4% dos medicamentos pleiteados não tinham indicação para a doença alegada.

6. DISCUSSÃO: A JUDICIALIZAÇÃO E OS PODERES DO ESTADO

Considerando-se o conceito de equidade já explanado neste trabalho, é possível interpretar o deferimento de medicamentos que ignora as políticas, as instituições e toda a estrutura SUS como interferência do Poder Judiciário no Poder Executivo, uma vez que tais decisões judiciais produzem reflexos importantes.

Primeiramente, aponta-se para a interferência na gestão dos recursos financeiros e o consequente aumento do custo social. Como se viu anteriormente, o financiamento do SUS se dá por meio de Blocos de Financiamento. É importante destacar que os valores despendidos para cumprimento de ordem judicial não podem ser debitados na rubrica da Assistência Farmacêutica e, sim, do Fundo Municipal de Saúde. Dessa forma, haverá alteração da execução no planejamento dos demais bens e serviços destinados à população. A utilização dos componentes do Bloco da Assistência Farmacêutica, assim como os demais, não pode ser desviada e, para tanto, passa por planejamento, o denominado Ciclo Orçamentário.

O Ciclo Orçamentário compreende o período de vários anos. No Brasil, esse período é de, no mínimo, três anos, pois começa com a aprovação do Plano Plurianual (PPA), relativo a um período de um ano, que vai do segundo ano do mandato em curso à aprovação da Lei das Diretrizes Orçamentárias (LDO) e da Lei Orçamentária Anual (LOA), relativas aos três anos de mandato, e abrange a entrega de orçamento para vigorar no primeiro ano do mandato subsequente.³⁷

De tal modo, o planejamento e a execução do orçamento, pelo Poder Executivo, é precedido de um conjunto de procedimentos. Para a programação, são consideradas as políticas e os programas de saúde, indicadores epidemiológicos, bem como a sazonalidade de dispêndios e arrecadação. E essa programação é submetida aos mecanismos de controle interno e externo. Enfim, há organização dos recursos, antes de executá-los. Todo esse planejamento se dá com fim de executar ações e serviços. Se alterado o planejamento, inevitavelmente, será alterada a execução.

De acordo com a LOA, Lei nº 10.895, de 30.12.2015, do MBH, para o exercício de 2016, o orçamento da SMSA era de R\$3.636.045.904,00. Desse o valor, R\$25.927.588,69 estão destinados para a Atenção Básica.

37 MINAS GERAIS. Secretaria Estadual de Saúde de Minas Gerais. *Manual para o gestor municipal de saúde*. Belo Horizonte: SES-MG, 2013.

Da mesma forma, tantos outros valores estão destinados às diversas ações e serviços do SUS para o MBH. Ou seja, há limite de gastos, não apenas para todo o setor saúde, como também para as políticas, programas e ações do Sistema. Infringir ao Executivo, pela via judicial, o fornecimento de medicamentos leva ao desequilíbrio orçamentário planejado e com a previsão de despesas conectada a respectiva rubrica classificatória específica não podendo ser alterado em razão do princípio da especificação. Ou seja, decisões judiciais obrigam a realização de despesa não prevista na LOA. Sobre isso Pereira³⁸ apresenta a seguinte análise:

a situação do gestor público se agrava ainda mais pelo fato de que a ele só é permitido agir nos termos da lei, dado o princípio da legalidade que rege a atuação administrativa. Sendo o orçamento anual uma lei, assim como os demais instrumentos de planejamento da ação governamental, o administrador somente está autorizado a realizar os gastos consignados conforme a LOA.

Esse desarranjo orçamentário não se limita ao desvio ou às perdas de recursos financeiros. É ampliado à desorganização da efetivação do direito à assistência farmacêutica aos cidadãos, de forma integral e universal. Percebe-se que a sobreposição das decisões judiciais às opções políticas representa enfraquecimento, ameaça à própria democracia e à complexidade interna do SUS, já que ele atua alheio aos limites estruturais do sistema jurídico posto. Ou seja, o Poder Judiciário decide, analisando caso a caso, inobservando a lógica SUS, atento apenas à lógica da prática das decisões judiciais. E, ainda, sem a percepção de que está diante do contexto de recursos finitos.

Não se pode ignorar que há escassez e que seja preciso definir quem tem direito, como se dará o acesso e quanto cada indivíduo pode utilizar dos bens coletivos, já que não se pode conceder, indefinidamente, tudo para todos. E essa decisão se dá firmado em diretrizes e princípios, sob pena de serem discricionárias e por critério de quem detém o poder de decidir caso a caso: o juiz.³⁹

As decisões dos gestores, quando da formulação de política pública, baseiam-se nas principais necessidades de saúde da população e nos recursos disponíveis. E a usurpação de recurso destinado para a execução desse fim impede o atendimento equânime. Nesse contexto, o Estado, então, se vê obrigado a excluir, dentre as ofertas do SUS já pactuadas, bens e serviços para garantir o cumprimento de ordem judicial, já que “ordem judicial não se discute, se cumpre”.⁴⁰

E aqui se apresenta o segundo reflexo dos deferimentos de pedidos de medicamento por ordem judicial: o afastamento da equidade como instrumento de concretização da universalidade.

De acordo como relatório do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), ainda há desigualdade na aquisição de medicamentos pelas famílias brasileiras. Conforme dados coletados pela Pesquisa de Orçamentos Familiares (POF), referentes aos anos 2008-2009, do IBGE, as famílias mais pobres gastavam mensalmente, com cada indivíduo, em média, R\$ 6,55 na aquisição de medicamentos. Já as mais ricas gastavam em torno de R\$ 59,62, ou seja, aproximadamente nove vezes mais que as famílias mais pobres. Em termos absolutos, as famílias com menor poder aquisitivo comprometiam, em termos relativos, muito mais renda familiar na aquisição desses bens essenciais, ou seja, 12% de sua renda monetária. Já as famílias mais abastadas comprometiam somente 1,7%⁴¹.

É de suma importância garantir aos indivíduos o acesso ao serviço público de assistência farmacêutica, ofertado e padronizado pelo Estado sob a respectiva política pública, a fim de que o direito à saúde seja garantido de forma adequada para toda a coletividade. Enfim, é necessário que o Judiciário conheça os

38 PEREIRA, Fernanda Tercetti Nunes. Ativismo judicial e direito à saúde: a judicialização das políticas públicas de saúde e os impactos da postura ativista do Poder Judiciário. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 304, 2015.

39 MEDEIROS, Marcelo. *Texto para discussão*: princípios de justiça na alocação de recursos em saúde. IPEA, 1998.

40 MARQUES, Sílvia Badim; DALLARI, Sueli Gandolfi. Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. *Revista de Saúde Pública*, p. 101-7, 2007.

41 IPEA. Programas de assistência farmacêutica do governo federal: evolução recente das compras diretas de medicamentos e primeiras evidências de sua eficiência 2005 a 2008. *Nota técnica*, nº 74, 2010. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/comunicado/101216_comunicadoipea74.pdf. Acesso em: 10 jun. 2017.

elementos da política pública de medicamentos e exerça sua função jurisdicional “de corrigir as eventuais desigualdades ocorridas no campo sanitário, desde que provocado”.⁴²

Ao Judiciário, cabe limitar-se ao cumprimento de seu papel constitucional e evitar o enfraquecimento das políticas públicas que se colocam como instrumento garantidor da efetivação do direito à saúde. Não cabe a esse Poder “conceder vontades”, sob pena de torna-se manipulado, garantista e contramajoritário de direitos fundamentais aos jurisdicionados, já que suas decisões interferem, em certas vezes, de forma negativa e evitam a aplicação de decisões tecnicamente eficientes e politicamente viáveis, impulsionando, cada vez mais, a Judicialização da saúde no Brasil.⁴³

Sobre o conteúdo das decisões, os resultados da análise da amostra demonstram a alta correlação entre deferimento das liminares e o argumento constitucional, o que permite inferir o seguinte cenário: elevado número de deferimento, pelo Poder Judiciário, de pedido de medicamento, ocorre sob o fundamento de que a Constituição garante a saúde como “direito de todos e dever do Estado”.

Importa, mais uma vez, ressaltar que o SUS não nasceu, em 1988, de modo espontâneo e irrefletido, com inclusão de dispositivos constitucionais no ordenamento jurídico brasileiro. Como se demonstrou em capítulos anteriores, o SUS foi concebido pelo Movimento da Reforma Sanitária, face ao sistema campanhista e excludente posto à população brasileira. As décadas que antecederam a CR/88 foram marcadas por conquistas, avanços, retrocessos e, especialmente, na VIII Conferência Nacional de Saúde, pela expressiva participação popular. O relatório dessa Conferência que propunha um sistema caracterizado pela universalização inclusiva, nacional, com ações e serviços oferecidos, predominantemente, pela rede pública, com a participação complementar do setor privado, tornou-se “pré-constituente” decisiva para a elaboração do capítulo referente à saúde na CR/88.⁴⁴

O Art. 196 da CR/88, que fundamenta os 94,4% das decisões analisadas para o deferimento de medicamentos, merece a interpretação que o legislador constituinte objetivou alcançar. Diferentemente do que ocorre, o legislador constituinte não pretendeu um sistema, especialmente aos que acessam o Poder Judiciário, que “oferece tudo a todos”, sem a observância do contexto da gestão, dos princípios, das diretrizes e das políticas públicas vigentes. Ao contrário, pretendeu um sistema universal, pautado na equidade, na integralidade dos serviços, sob a gestão descentralizada, regionalizada, hierarquizada e com participação popular.

Sob esse diapasão, o SUS, desenhado na CR/88, é resultante da mudança de paradigma em relação ao direito à saúde no Brasil, no qual deixou de ser seguro social restrito a benefícios e serviços específicos, de caráter contratualista, e tornou-se um direito universal, no qual o papel do estatal é o de garantir o exercício universal desse direito.⁴⁵

O SUS, para concretização do direito à saúde, foi concebido como política pública social que contém princípios e diretrizes. O texto constitucional dispõe que a garantia do direito à saúde se dará por meio das políticas e dos mecanismos de efetivação, postos nos princípios e na legislação pertinentes. É, portanto, dever constitucional do Estado agir, ou não agir, e garantir a gestão equitativa dos recursos públicos destinados à saúde.

Diferentemente disso, a interpretação do dispositivo constitucional, dada pela academia e pelos manuais de direito constitucional, limita-se a formar operadores do direito com a visão histórica dos direitos sociais

42 MARQUES, Sílvia Badim; DALLARI, Sueli Gandolfi. Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. *Revista de Saúde Pública*, p. 101-7, 2007.

43 MOREIRA, Luiz. Judicialização da política no Brasil. *Le Monde Diplomatique Brasil*, fev. 2013. Disponível em: <https://diplomatique.org.br/judicializacao-da-politica-no-brasil/>. Acesso em: 25 set. 2018.

44 ROMERO, Luiz C. P. *O Sistema único de saúde: um capítulo à parte*. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-v-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-os-cidadaos-na-carta-cidada/seguridade-social-o-sistema-unico-de-saude-um-capitulo-a-parte/view>. Acesso em: 10 jun. 2017.

45 ROMERO, Luiz C. P. *O Sistema único de saúde: um capítulo à parte*. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-v-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-os-cidadaos-na-carta-cidada/seguridade-social-o-sistema-unico-de-saude-um-capitulo-a-parte/view>. Acesso em: 10 jun. 2017.

e afastada da inerente observância das políticas públicas para a concretização desses direitos. Assim, juízes, promotores, defensores públicos, advogados e demais operadores do direito restringem-se à análise do texto à doutrina constitucional que se constrói pautada na percepção filosófica sobre o Estado, a saúde e a vida.⁴⁶

Alguns desses doutrinadores tratam o Art. 196 da CR/88 como norma programática e comentam sobre a existência do SUS por meio de abordagem não desejável para o tema. E há, ainda, em manuais de direito constitucional, fonte do direito, a afirmação de que o referido artigo necessita de regulamentação ignorando, assim, o SUS como política social.⁴⁷

Essa realidade sinaliza que pensar o “direito à saúde”, da forma como tem ocorrido, está limitando a efetivação da assistência farmacêutica, ao impor ao Estado o dever de agir positivamente, como também compelir ao afastamento das políticas públicas existentes, historicamente construídas e pensadas, como uma maneira de se alcançar e se concretizar o bem-estar do indivíduo.⁴⁸

Conforme Macedo e Barbaerato-Filho⁴⁹, tal fundamentação para concessão de medicamentos pelo Poder Judiciário é passível de discussão sobre a eficácia do argumento jurídico em relação aos direitos sociais e a avaliação da saúde como bem econômico.

É imperiosa a necessidade de se prosseguir a leitura do Art. 196 da CR/88, “garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”, para que, realmente, seja concretizado o direito à saúde, visto como dever do Estado.

Infere-se o afastamento da compreensão de que o Estado brasileiro, mediante políticas públicas, deva reduzir o risco de doença e de outros agravos e garantir o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde, além de contribuir para o agravamento das desigualdades e ir de encontro às conquistas embasadas nas reivindicações do Movimento Sanitário, especialmente a universalidade e equidade, à medida que os pedidos são deferidos.

Enfim, toda a construção histórica, social, ideológica e legislativa do SUS torna-se ameaçada, à medida que o Poder Judiciário se manifesta de forma contrária e sob análise simplista do texto constitucional.

A título exemplificativo, destacam-se três decisões e os respectivos pareceres da amostra que se assemelham às demais analisadas, permitindo-se, portanto, demonstrar a ausência de análise das políticas públicas e a fundamentação simplista do Art. 196 da CR/88 para o deferimento do medicamento.

Sete dias antes da Decisão 1, em face ao EMG e ao MBH, que se fundamentou no seguinte argumento “o artigo 196 da CR dispõe que a saúde é direito de todos e dever do Estado, ora entendido como a Administração Pública em geral”, foi juntado parecer técnico aos autos. Nesse documento, o parecerista ponderou que o medicamento pretendido foi submetido à Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC) não sendo aprovado e não faz parte da REMUME. E, por fim, informou que há alternativas terapêuticas disponíveis para satisfação da demanda. A despeito disso, o medicamento foi deferido para

46 BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2000; BULLOS, Uadi L. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 2015.; CANOTILHO, Joaquim. J. G. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2007; FERNANDES, Bernardo G. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen, 2011; LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2015; MEDINA, José M. G. *Constituição federal comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014; NERY JUNIOR, Nelson. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

47 PADILHA, Rodrigo. *Direito Constitucional esquematizado*. Imprensa: São Paulo, 2014.

48 BITTENCOURT, Guaraci Bragança. O “estado da arte” da produção acadêmica sobre o fenômeno da judicialização da saúde no Brasil. *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, Brasília, v. 5, n. 1, p. 102-121, jan./mar. 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.17566/ciads.v5i1.261>. Acesso em: 25 set. 2018

49 MACEDO, Eloisa Israel de; LOPES, Luciane Cruz; BARBERATO-FILHO, Silvio. Análise técnica para a tomada de decisão do fornecimento de medicamentos pela via judicial. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 45, n. 4, p. 706-713, Aug. 2011. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102011000400010&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 10 jun. 2017.

que, solidariamente, estado e município arquem com os custos de duas ampolas por mês do medicamento, por prazo seis meses, em sede de decisão liminar, para cumprimento em 10 dias. De acordo com o orçamento apresentado pelo autor, o preço unitário é de R\$ 2.279,00, totalizando o valor de R\$ 54.696,00. Sobre isso, deve-se considerar que os recursos dispendidos para aquisição do medicamento poderão ser superiores ao valor da causa, não apenas pelos custos administrativos para a compra, mas em razão da venda urgente ao governo apresentar cotação de preços superior àquela apresentada pelas farmácias ao consumidor final. Além disso, a decisão ignorou a política existente, a deliberação de não incorporação do CONITEC, as opções terapêuticas alternativas e se limitou a atender a prescrição médica, alheia a toda estrutura do SUS.

Em relação à Decisão 2, sob igual fundamentação, foi deferido o pedido de medicamento, sem considerar a informação técnica, juntada aos autos, que informou que os registros do fármaco junto a ANVISA estariam vencidos e apresentou alternativa terapêutica. Tal decisão se contrapõe à PNM que tem como diretriz a regulamentação sanitária de medicamentos e a garantia da segurança, da eficácia e da qualidade dos medicamentos.

Na Decisão 3, sob os mesmos argumentos, foram deferidos medicamentos, a despeito de não serem padronizados e não apresentarem superioridade significativa em relação às alternativas ofertadas pelo SUS. Observa-se que o EMG e o MBH ficam obrigados a cumprir a determinação judicial, por tempo indeterminado, ignorando a diretriz da PNM, de Promoção do uso racional de medicamentos, tendo em vista que os pacientes que utilizam medicamentos para tratamentos psíquicos devem ser reavaliados a cada dois meses e ter sua receita renovada pelo mesmo período de acordo com as determinações da ANVISA.

Como contraponto destaca-se a decisão, denominada Decisão 4, pertencente a amostra revela-se acertada ao fazer cumprir a política pública existente e não observada pelo Estado ao advertir que o medicamento pleiteado “foi recomendado pelo CONITEC para incorporação na rede pública, em 2013, para tratamento de um tipo de câncer de pulmão, sendo aderido”. Sendo assim, de maneira coerente ao SUS, fez cumprir a política existente a despeito da manifestação técnica de que havia “impossibilidade de fornecimento porque o atendimento a pacientes com neoplasias malignas no SUS é realizada por meios de Centros/Unidades de Alta Complexidade em Oncologia” em que se pese ter fundamentado a decisão igualmente no Art.196 da CR/88.

Assim, é importante frisar que a Judicialização não é somente negativa. É um instrumento disponível para se exigir ação estatal na concretização do direito à saúde. Mas é preciso compreender esse instrumento e utilizá-lo de forma a promover o bem comum, assim como ocorreu no início da década de 1990. Consta que à época, além da participação de associações relacionadas aos portadores de HIV/AIDS, a Judicialização da Saúde ganhou força em relação as demandas judiciais para o fornecimento de medicamentos antiretrovirais tendo como objetivo maior incorporação de fármacos à política de assistência farmacêutica.⁵⁰ Este é um exemplo de atuação positiva da Judicialização. O Relatório da Unaid, *How AIDS Changed Everything*, aponta o Brasil como referência mundial e destaca o importante papel histórico do país no cenário global de combate à doença.⁵¹

O mapeamento das ações judiciais que compõem a amostra permite observar, mais uma vez, que, em termos práticos, a interpretação da saúde, limitada ao argumento de dever do Estado, enfraquece as políticas e os programas destinados ao acesso ao medicamento no Brasil.

As decisões analisadas deferiram medicamentos, considerando-se apenas as prescrições médicas que se descontextualizam dos PCDT's, programas e políticas públicas vigentes. Assim, observa-se a afronta ao

50 VENTURA, Miriam et al. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. *Physis*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 77-100, 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312010000100006&lng=en&nrm=iso. Acesso em 25 set. 2018.

51 UNAIDS. *How AIDS Changed Everything*. Geneva: Unaid, 2015. Disponível em: http://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/MDG6Report_en.pdf. Acesso em: 25 set. 2018.

Princípio da Equidade, tendo em vista a assistência por medicamentos não padronizados, ou não constantes em protocolos, para o atendimento de poucos.

Os dados da GESAF/SMSA reforçam essa contestação: em 2016, o quantitativo de itens não padronizados cadastrados pela SMSA, para o cumprimento de demanda judicial, foi de 955, no atendimento de, aproximadamente, mil pacientes, contrapondo-se à REMUME que contém 382 medicamentos padronizados para o atendimento da população dos pouco mais de 2,5 milhões habitantes do MBH.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito social à saúde, conforme prevê a CR/88, somente pode ser garantido mediante políticas públicas que, por seu caráter coletivo, exigem a ação ou não ação efetiva do Estado para sua concretização.

A construção histórica do SUS, especialmente a partir do Movimento Sanitário, resultou na ruptura de um sistema contratualista, excludente e de financiamento seletivo por um sistema que se quer universal, gratuito e equânime. Apesar de todas as dificuldades para a sua implementação, o SUS tem, hoje, um impacto social de grande importância, como sistema de proteção social, em razão dos resultados obtidos e da abrangência da cobertura alcançada.

O sistema de saúde brasileiro se apresenta como política pública social e instrumento de superação das desigualdades, por meio da equidade institucionalizada nas políticas públicas que são um importante meio de ação estatal em prol do desenvolvimento social, impulsionadas pelos conflitos e disputas.

As políticas são desenhadas e programadas para serem executadas, de acordo com as necessidades e a realidade da população. Quando o Judiciário não considera as políticas, conforme o contexto desafiante, apresenta-se o seguinte quadro: gestores tentando equilibrar orçamentos comprometidos por decisões judiciais e juízes tentando se inteirar do que é relativo à saúde, sem compreender o SUS como política para decidir as demandas por medicamentos. Assim, apresentam-se os dois Poderes, Executivo e Judiciário, separadamente, vivendo os dilemas de cumprir as decisões, conciliar as normativas do SUS e o financiamento insuficiente.

O Judiciário e seus operadores precisam apreciar as competências do SUS, compreender o financiamento do sistema e a finitude dos recursos. E, principalmente, voltar o olhar para as políticas públicas disponíveis e, na ausência delas, identificar um caminho adequado à realidade do SUS para que se proteja o direito individual e o coletivo, sob pena de emitir decisão divorciada de análise de fatores técnicos, ordinalmente externos à teoria jurídica. Deve-se conhecer a gestão, os procedimentos médicos e farmacológicos na análise de processo judicial. Assim, conhecer o SUS diz respeito a incluir, na análise prévia, a decisão judicial, a pactuação entre gestores, o processo de construção das políticas, os PCDT e os atos normativos primários (Lei Complementar; Lei Ordinária; Lei Delegada; Medida Provisória; Decreto Legislativo; Decreto Autônomo, entre outros) e secundários (Decretos; Regulamentos; Resoluções; Portarias; Instruções e outros). Não é uma tarefa fácil, mas que garantirá a equidade do SUS, tendo em vista que decisões judiciais modificam, irremediavelmente, os destinos sociais.

Cabe, portanto, ao judiciário agir para a garantia do acesso ao medicamento aos autores das 42,8% das ações judiciais, que compõem a amostra, cujo objeto são medicamentos padronizados. Importa a esse Poder fazer cumprir o direito à saúde, pactuado e, conseqüentemente, fortalecer as políticas vigentes. Deve o Judiciário e seus operadores exigirem a elaboração, implementação e efetiva execução de políticas públicas, em sintonia com os princípios, diretrizes e realidade do SUS e da população brasileira evitando, assim, ser objeto de manipulação e de alvo de pressões corporativas, industriais, mercantis e da sociedade.

A Judicialização não é o único desafio do Executivo. A este cabe manter atualizadas as listas de medicamentos disponibilizados pelo SUS e os respectivos protocolos. As incorporações tecnológicas compatíveis

com o custo-efetividade e com o seu uso racional, assim como regular, fiscalizar e normatizar são ações fundamentais para a sustentabilidade do sistema.

Não se alude um Estado negligente frente às necessidades individuais, mas isso não pode servir de argumento para que o direito à assistência farmacêutica se isole da política pública, construída sob a perspectiva da justiça distributiva para garantia de direitos. Não se pode confundir a defesa do direito à saúde com o direito à procedência do pedido judicial.⁵² As necessidades individuais devem ser contextualizadas dentro da política pública de medicamentos para o atendimento às necessidades terapêuticas individuais. E, para tanto, o sistema jurídico e os mecanismos de efetivação de direitos devem garanti-los de forma ininterrupta e pautados pela universalidade e equidade, que vise à assistência segura e eficaz à saúde para todos.⁵³

As políticas públicas são eficientes ferramentas técnicas na construção de uma adequada relação com o Poder Judiciário, especialmente, no que diz respeito às demandas judiciais relacionadas à Assistência Farmacêutica.

Especialmente, em tempos de vigência da Emenda Constitucional nº 95/2016, o Poder Judiciário e seus operadores devem permanecer atentos para a realidade de limitação e, mais especificamente, de redução de recursos destinados à saúde. A presente dinâmica de decisões judiciais fundamentadas no Art. 196 da CR/88, restritamente interpretado, e o conseqüente deferimento absoluto de medicamentos e outros serviços de saúde poderão conduzir à falência do SUS, idealizado e arduamente conquistado pelos sanitaristas.

Não se pretende, portanto, demonizar a Judicialização da saúde, ao contrário, a norma, o indivíduo e a sociedade são indissociáveis e a democracia admite que se busque o Judiciário sempre não haja satisfação de direito. No entanto, para a concretização do direito à saúde da maneira como o legislador constituinte propôs, é imprescindível a aproximação e o diálogo institucional entre Executivo e Judiciário sob pena de reforçar as iniquidades.

REFERÊNCIAS

BARROS, Fernando Passos Cupertino de; SOUSA, Maria Fátima de. Equidade: seus conceitos, significações e implicações para o SUS. *Saúde & Sociedade*, São Paulo, v. 25, n. 1, p. 9-18, mar. 2016. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12902016000100009&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 25 set. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *THESIS*, v. 5, n. 1, 2012. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 25 set. 2018.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BELO HORIZONTE. Lei nº 10.895/2015 de 30 de dezembro de 2015. Lei Orçamentária Anual. *Diário Oficial do Município*.

BITTENCOURT, Guaraci Bragança. O “estado da arte” da produção acadêmica sobre o fenômeno da judicialização da saúde no Brasil. *Cadernos Iberoamericanos de Direito Sanitário*, Brasília, v. 5, n. 1, p. 102-121, jan./mar. 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.17566/ciads.v5i1.261>. Acesso em: 25 set. 2018

52 DIAS, Maria Socorro de Araújo; GOMES, Diógenes Farias; DIAS, Thaís Araújo; SILVA, Lielma Carla Chagas da; BRITO, Maria da Conceição Coelho; NETO, Manoel de Castro Carneiro. Judicialização da saúde pública brasileira. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 6, n. 2, p. 132-145, 2016.

53 MARQUES, Sílvia Badim; DALLARI, Sueli Gandolfi. Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. *Revista de Saúde Pública*, p. 101-7, 2007.

BORGES, Danielle da Costa Leite; SCHUMACHER, Mercedes. O equilíbrio entre o individual e o coletivo na busca pela universalidade do Sistema Único de Saúde. *Cadernos Iber-Americanos de Direito Sanitário*, Brasília, v. 2, n. 2, jul./dez. 2013. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.17566/ciads.v2i2.66>. Acesso em: 25 set. 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 25 set. 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Emenda Constitucional nº 95 de 15 de dezembro de 2016. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc95.htm. Acesso em: 25 set. 2018.

BRASIL. Lei Complementar nº 141 de 13 de janeiro de 2012. Regulamenta o § 3o do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis nos 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp141.htm. Acesso em: 25 set. 2018.

BRASIL. Lei nº 10.520 de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10520.htm. Acesso em: 25 set. 2018.

BRASIL. Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm. Acesso em: 25 set. 2018.

BRASIL. Lei nº 8.666/90 de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm. Acesso em: 25 set. 2018.

BRASIL. Lei nº 9.099/1995 de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm. Acesso em: 25 set. 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Equidade em saúde: glossário temático economia da saúde*. Brasília, 2009.

BULOS, Uadi L. *Constituição federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CANOTILHO, Joaquim J. G.; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

CANOTILHO, Joaquim J. G. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2007.

COSTA, Fabricio Veiga; MOTTA, Ivan Dias da; ARAÚJO, Dalvaney Aparecida de. Judicialização da saúde: a dignidade da pessoa humana e a atuação do Supremo Tribunal Federal no caso dos medicamentos de alto custo. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, n. 3, p. 844-874, 2017.

DIAS, Maria Socorro de Araújo; GOMES, Diógenes Farias; DIAS, Thaís Araújo; SILVA, Lielma Carla Chagas da; BRITO, Maria da Conceição Coelho; NETO, Manoel de Castro Carneiro. Judicialização da saúde

- pública brasileira. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 6, n. 2, p. 132-145, 2016.
- DUARTE, Cristina Maria Rabelais. Equidade na legislação: um princípio do sistema de saúde brasileiro?. *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, p. 443-463, 2000. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-8123200000200016&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 10 jun. 2017.
- FERNANDES, Bernardo G. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen, 2011.
- GERHARDT, Tatiana E.; SILVEIRA, Denise T. *Métodos de pesquisa*. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009.
- INTERNATIONAL SOCIETY FOR EQUITY IN HEALTH. *Working definitions*, 2001.
- IPEA. Programas de assistência farmacêutica do governo federal: evolução recente das compras diretas de medicamentos e primeiras evidências de sua eficiência 2005 a 2008. *Nota técnica, nº 74*, 2010. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/comunicado/101216_comunicadoipea74.pdf. Acesso em: 10 jun. 2017.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- LUCHESE, Patrícia T. R.; AGUIAR, Dayse Santos; WARGAS, Tatiana; LIMA, Luciana Dias de; MAGALHÃES, Rosana; MONERAT, Giselle Lavinias (coord.). *Políticas públicas em saúde pública*. São Paulo: BIREME/OPAS/OMS, 2004.
- MACEDO, Eloisa Israel de; LOPES, Luciane Cruz; BARBERATO-FILHO, Silvio. Análise técnica para a tomada de decisão do fornecimento de medicamentos pela via judicial. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 45, n. 4, p. 706-713, Aug. 2011. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102011000400010&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 10 jun. 2017.
- MACIEL-LIMA, Sandra; KFOURI NETO, Miguel. O direito à saúde: equidade versus alta complexidade. *Direitos Sociais e Políticas Públicas II*. Florianópolis: FUNJAB, 2013. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/unicuritiba/livro.php?gt=113>. Acesso em: 25 set. 2018.
- MARQUES, Silvia B. A garantia do direito social à assistência farmacêutica: o papel do sistema jurídico e do sistema político. *Revista de Direito Sanitário*, v. 7, n. 1-3, p. 195-217, 2006. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v7i1-3p195-217>. Acesso em: 25 set. 2018.
- MARQUES, Silvia Badim; DALLARI, Sueli Gandolfi. Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. *Revista de Saúde Pública*, p. 101-7, 2007.
- MARTINS, Urá Lobato. A judicialização das políticas públicas e o direito subjetivo individual à saúde, à luz da teoria da justiça distributiva de John Rawls. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 309-328, 2015.
- MEDEIROS, Marcelo. *Texto para discussão: princípios de justiça na alocação de recursos em saúde*. IPEA, 1998
- MEDINA, José M. G. *Constituição federal comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MINAS GERAIS. Secretaria Estadual de Saúde de Minas Gerais. *Manual para o gestor municipal de saúde*. Belo Horizonte: SES-MG, 2013.
- MOREIRA, Luiz. Judicialização da política no Brasil. *Le Monde Diplomatique Brasil*, fev. 2013. Disponível em: <https://diplomatie.org.br/judicializacao-da-politica-no-brasil/>. Acesso em: 25 set. 2018.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- NUNES, Ana Luisa Tarter; COUTINHO, Nilton Carlos; LAZARI, Rafael José Nadim de. Políticas públicas e ativismo judicial: o dilema entre efetividade e limites de atuação. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília,

v. 5, Número Especial, p. 208-222, 2015.

PADILHA, Rodrigo. *Direito Constitucional esquematizado*. Imprensa: São Paulo, 2014.

PEREIRA, Fernanda Tercetti Nunes. Ativismo judicial e direito à saúde: a judicialização das políticas públicas de saúde e os impactos da postura ativista do Poder Judiciário. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 290-308, 2015.

RAWLS, John. Justiça como equidade: uma concepção política, não metafísica. *Revista de Cultura e Política*, p. 25-59, 1992. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.1590/S0102-64451992000100003>. Acesso em: 10 jun. 2017.

ROMERO, Luiz C. P. *O Sistema único de saúde: um capítulo à parte*. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-v-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-os-cidadaos-na-carta-cidada/seguridade-social-o-sistema-unico-de-saude-um-capitulo-a-parte/view>. Acesso em: 10 jun. 2017.

SANT'ANA, João Mauricio Brambati et al. Racionalidade terapêutica: elementos médico-sanitários nas demandas judiciais de medicamentos. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 45, n. 4, p. 714-721, ago. 2011. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102011000400011&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 25 set. 2018.

SAVI, Luciane Anita; SANTOS, Elisa Silva dos. O papel do administrador público nas demandas judiciais no serviço de assistência farmacêutica. *Cadernos Iberoamericanos de Direito Sanitário*, Brasília, v. 2, n. 2, 2013. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.17566/ciads.v2i2.93>. Acesso em: 10 jun. 2017.

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

SOUSA, Boaventura Santos. *Para uma revolução democrática da justiça*. Coimbra: Almedina, 2004.

TEIXEIRA, Carmen. *Os princípios do sistema único de saúde*. Texto de apoio elaborado para subsidiar o debate nas Conferências Municipal e Estadual de Saúde. Salvador, 2011. Disponível em: https://www.almg.gov.br/export/sites/default/acompanhe/eventos/hotsites/2016/encontro_internacional_saude/documentos/textos_referencia/07_principios_sistema_unico_saude.pdf. Acesso em: 10 jun. 2017.

UNAIDS. *How AIDS Changed Everything*. Geneva: Unaid, 2015. Disponível em: http://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/MDG6Report_en.pdf. Acesso em: 25 set. 2018.

VALE, L. A. M. M. *Racionamento e racionalização no acesso à saúde: contributo para uma perspectiva jurídico-constitucional*. Coimbra, 2007.

VENTURA, Miriam et al. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. *Physis*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 77-100, 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312010000100006&lng=en&nrm=iso. Acesso em 25 set. 2018.

VIANA, Ana Luiza d'A.; FAUSTO, Márcia C. R.; LIMA, Luciana D. Política de saúde e equidade. *São Paulo em Perspectiva*, p. 58-68, 2003.

WHITEHEAD, Margareth. The concepts and principles of equity and health. *International Journal of Health Services*. p. 429-45, 1992.

WHITEHEAD, Margareth. *The concepts and principles of equity and health*. Copenhagen: WHO Regional Office for Europe, 1990.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

The courts and the delivery of medicines by unified health system in Brazil: recent developments in a difficult relationship between judges and policy-makers

Os tribunais e o fornecimento de medicamentos pelo sistema único de saúde no Brasil: evolução recente de uma difícil relação entre juízes e formuladores de políticas públicas

Eduardo Rocha Dias

Gina Vidal Marcílio Pompeu

VOLUME 8 • Nº 3 • DEZ • 2018
DOSSIÊ ESPECIAL : POLÍTICAS PÚBLICAS
E O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

The courts and the delivery of medicines by unified health system in Brazil: recent developments in a difficult relationship between judges and policy-makers*

Os tribunais e o fornecimento de medicamentos pelo sistema único de saúde no Brasil: evolução recente de uma difícil relação entre juízes e formuladores de políticas públicas

Eduardo Rocha Dias**

Gina Vidal Marcílio Pompeu***

ABSTRACT

The aim of this study is to examine the dynamics in the relationship between the Legislative and the Judiciary in the implementation of the fundamental right to healthcare in Brazil, based on a documental and bibliographical analysis of lawsuits aimed at obtaining drugs not incorporated by the Unified Health System. The enshrinement by the Brazilian Constitution of 1988 of the right to healthcare as a duty of the State and a right of all, led to the modification of the performance of judges. From the position of self-restraint of the Judiciary on the subject, there was a growing intervention in public policies related to health. The Judiciary itself, from the Federal Supreme Court (public hearing) and the National Council of Justice (recommendations and resolutions), began to dictate guidelines aimed at rationalizing the performance of the judges. Nonetheless, the Legislative also triggered a reaction to the advancements of the Judiciary, through the editing of Law 12.401/2011 and the emphasis on the consensual solutions enshrined in the Code of Civil Proceedings of 2015 and Law 13.140/2015. Recent decisions issued by the Superior Court of Justice and the Federal Supreme Court point to the inflection in the position of the Judiciary. In this sense, it is necessary to emphasize the importance of recognizing the institutional limits for the actions of the Judiciary in the control of public policies related to health as well as the establishment of institutional dialogue between the Judiciary and the Administration to overcome mutual misunderstandings and incomprehension.

Key words: Fundamental right to healthcare; judicialization; medicines; relationship between Legislative and Judiciary.

* Recebido em 13/07/2018
Aprovado em 23/09/2018

** Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa, Professor do Programa de Pós Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza, Procurador Federal da AGU. Email: eduardordias@hotmail.com

*** Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza, Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Email: ginapompeu@unifor.br

RESUMO

Por meio deste estudo, pretende-se examinar a dinâmica na relação entre Poder Legislativo e Poder Judiciário na implementação do direito fundamental à saúde no Brasil, a partir de uma análise documental das ações judiciais que objetivam obter medicamentos não incorporados pelo Sistema Único de Saúde. A consagração, pela Constituição brasileira de 1988, do direito à saúde como dever do Estado e direito de todos, levou à modificação da atuação dos juízes no tocante a ações que visam determinar o fornecimento de medicamentos. Da posição de autocontenção do Judiciário no tocante ao tema, passou-se à crescente intervenção nas políticas públicas relacionadas à saúde, com impactos no orçamento destinado a atuações nesse campo. O próprio Poder Judiciário, a partir do Supremo Tribunal Federal (audiência pública) e do Conselho Nacional de Justiça (recomendações e resoluções), começou a ditar diretrizes visando racionalizar a atuação dos juízes. Não obstante, o Poder Legislativo também desencadeou uma reação ao avanço do Judiciário, por meio da edição da Lei 12.401/2011 e da ênfase às soluções consensuais consagradas pelo Código de Processo Civil de 2015 e pela Lei 13.140/2015. Recentes decisões do STJ e do STF apontam para a inflexão na posição do Judiciário, mais deferente em relação às disposições legislativas e, sobretudo, à atuação do Executivo. Nesse sentido, necessário destacar a importância do reconhecimento dos limites institucionais para a atuação do Judiciário no controle das políticas públicas relacionadas à saúde e do estabelecimento de diálogo institucional entre Judiciário e Administração para superar desconfiças e incompreensões recíprocas.

Palavras-chave: Direito fundamental à saúde. Judicialização. Medicamentos. Relacionamento entre Legislativo e Judiciário.

1. INTRODUCTION

The examination of the so-called judicialization of healthcare in Brazil, from the study of the evolution of judicial decisions concerning the delivery of medicines, allows interesting considerations regarding the relationship between Judiciary and Legislative, as well as the limits to the creative activity of the judge.

The right to healthcare, in spite of its terminological imprecision, as to the object and extent, was enshrined verbatim in arts. 6 and 196 of the Brazilian Constitution of 1988, which, over time, gives rise to different positions on the part of the subjects of subjective right, and on the functions of the State: executive, legislative and judicial.

At the outset, a more reticent position is identified regarding the granting of requests for the delivery of medicines; in a second moment, due to the constitutional order of immediate applicability of the constitutional precepts, the Judiciary, even through the action of the Federal Supreme Court, will intervene more vehemently, and in this bias determines the systematic granting of drugs, which generates greater impacts on the health budget in Brazil; the confrontation between the judiciary and the executive reveals itself and the resulting judicialization of politics. In the second decade of the 21st century, we identify the phase of rationality seeking in judicial intervention, a situation in which the courts seem to be at present.

This quest for greater rationality seems to be a result of factors of two orders, internal to the Judicial Branch itself, and to the Federal Supreme Court's actions, as well as external ones, materialized in the work of the Legislative. Among the first ones, reference should be made to the holding of a public hearing in 2009, in which the need to establish parameters for the Supreme Court's action in judicial actions involving the right to healthcare was discussed, as well as the work of the National Council of Justice, a Judiciary agency, chaired by the President of the Federal Supreme Court, issuing recommendations and resolutions on the subject.

On the other hand, the Legislative Branch has worked to establish criteria for the incorporation of new technologies, among which are inserted the medicines (Law 12401/04/2011), which undoubtedly becomes a matter that judges should consider in their decisions, and also in the search for dialogued and consensual solutions, which materialized mainly in the 2015 edition of the Code of Civil Proceedings and Law 13.140/06/2015. As will be seen, such diplomas favor the search for mediation and conciliation, among other fields, regarding the right to healthcare. The Judiciary, on the other hand, in the search for alternative solutions to conflict resolution, also favored this second group of measures.

To this end, this study initially deals with the right to healthcare, content and extent, and the evolution of judicial decisions regarding the granting of medicines, based on the way the Judiciary has positioned itself. It then examines the way in which the Legislature has reacted and how excesses identified in the work of the Judiciary have been subject to containment by legal measures. Finally, it seeks to assess the prospects for change in case law and what measures may contribute to more appropriate decisions. The constitutional parameters are analyzed in the field of the right to health, and if this discussion reveals the existence of fields where the Judiciary should be more deferential towards legislative and administrative choices, above all because it does not detain technical expertise and because its exaggerated intervention has the power to systemically affect public health by prioritizing individual interests to the detriment of collective interest.

2. RIGHT TO HEALTHCARE AND EVOLUTION OF JUDICIAL DECISIONS.

Defining what health is, and specifically the right to healthcare, its object and extent, is not an easy task. If it is decided to depart from the concept contained in the 1946 Constitution of the World Health Organization¹, a difficulty further amplified. In fact, such a “state of complete well-being” seems unreal. At most, there is an ideal to be achieved, but in practice it demands multiple stages and modalities of action by public authorities and society. Such imprecision undoubtedly contributed to greater intervention by the Judiciary in the fulfillment of its content, through the determination of the delivery of medicines.

The interpretation of art. 196 of the Constitution, therefore, should consider two aspects which are more objective²: one that considers health as the effect of social and economic policies that avoid risks of aggravation (protection in a broad sense) and another that imposes the universal and equal access to actions and services that promote, protect and recover health. The first part requires the adoption by the State of public policies³ that guarantee the conditions for a quality life (education, sanitation, transportation, among other dimensions); the second part covers access to services and actions that recover the health already affected by some disease and protect it in a strict sense, since in a broad sense protection is obtained through the conditions that ensure quality of life. One dimension is more preventive; the other, more curative.

Health protection and promotion translate, synthetically, the evolution of the legal protection of this legal asset from a phase in which one had health as an individual asset, involved in a doctor-patient relationship, to a phase in which one identifies in health a collective good. The public relevance of health as an asset was soon affirmed by the adoption of measures to combat epidemics, which had already arisen in the Roman Empire⁴, and which constitute the embryo of the future sanitary administrative police, nowadays characterized as sanitary surveillance. Industrialization and the urbanization of societies have created other risks and turned a new role for the State into a necessity, this time as a provider of health services, initially

1 “Health is a state of complete physical, mental and social well-being, and it does not consist only in the absence of disease or infirmity”.

2 SANTOS, Lenir. *Judicialização da saúde e a incompreensão do SUS*. Judicialização da saúde no Brasil. Campinas: Saberes, 2014. p. 130.

3 NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. *Os tribunais e o direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 79.

4 ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago. *Direito da saúde*. Lisbon: Universidade Católica, 2014. p. 10.

for workers who contributed to insurance or social security systems, or later, for the population as a whole, with the idea of universality.

Health as an integral care, inheriting such evolution, presupposes a set of services, goods and supplies that “have direct costs for the Unified Health System, with a network structure based in health regions, organized in levels of services of greater or lesser technological density built from primary health care”.⁵ Such a network imposes a division of competences and resources among the entities of the Federation, according to the needs and the economic and demographic conditions of each entity. The second part of the provision of art. 196 of the Constitution. That is, actions and services of promotion, protection (in the strict sense) and recovery of health. From the art. 6° of 8.080/09/1990, it can be affirmed that the scope of the Brazilian Unified Health System includes the so-called health surveillance (sanitary and epidemiological) and comprehensive therapeutic care, including pharmaceuticals. This does not neglect science and technology and the training of personnel⁶. Assistance is organized in a network, with different levels of complexity (primary, secondary and tertiary care).

This Unified Health System action is not exclusive, since art. 199 of the Constitution allows the participation of private initiative in the field of public health, by means of a contract or agreement (§1 of article 199), configuring complementary health, and also allowing the exploitation of health services for profit purposes (caption of article 199), being it, in this case, supplementary health. Even private (supplementary) health, however, has public relevance, in the form of art. 197 of the Constitution, and the State shall regulate, supervise and control it.

With respect to public health, which is the responsibility of the State, its organization is drawn in principle by art. 200 of the Constitution and implemented by legal instruments, such as Law 8.080/09/1990 and Complementary Law 141/01/2012. This last one, which deals with the minimum values to be applied annually, by the Federation, State, Federal District and Municipalities, with actions and health services, conceptuates, for financing purposes, such actions and services in its art. 3°. On the other hand, Decree 7.508/06/2011 defines health care as a set of services divided into increasing levels of attention and complexity, and also indicates the “entrance doors” in the Unified Health Systems, in the form of art. 9th: primary care, emergency and urgency care, psychosocial care, and special forms of open access.

In the form of art. 6, item I, paragraph “d”, of Law 8.080/09/1990, it is included in the Unified Health System field of action the execution of actions of “comprehensive therapeutic care, including pharmaceuticals”. This topic is where the judicialization is allowed with reference to the supply of medicines.

Health judicialization means the determination by judicial decisions of the provision of a particular benefit, of a particular treatment or medicine, by the public authorities and, in the case of supplementary health, by private health plans and health insurance.

Specifically with regard to the Ministry of Health’s spending on the acquisition of medicines by virtue of judicial decisions, that is, without considering the impact for States and Municipalities and for the Federal District, it has gone from R\$139.6million in 2010 to R\$838.4million in 2014⁷. In 2015 the amount went to R\$1.2 billion. By 2016, up to June, R\$ 686.4 million had already been spent⁸.

In the Brazilian case, the degree of intervention of the Judiciary leads to decisions that: a) do not, as a rule, consider the scientific efficacy of treatments and drugs sought in court⁹; b) do not analyze the cost-

5 SANTOS, Lenir. *Judicialização da saúde e a incompreensão do SUS*. Judicialização da saúde no Brasil. Campinas: Saberes, 2014. p. 132.

6 SANTOS, Lenir. *Judicialização da saúde e a incompreensão do SUS*. Judicialização da saúde no Brasil. Campinas: Saberes, 2014. p. 137.

7 According to the Ministry of Health as in a piece of News. Available at: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/principal/agencia-saude/20195-em-cinco-anos-mais-de-r-2-1-bilhoes-foram-gastos-com-aco-es-judiciais>>., Access on: 04 Dec. 2016.

8 Rare diseases affect 13 million Brazilians. Available at: <<http://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/estado/2016/06/13/doencas-raras-afetam-13-milhoes-de-brasileiros.htm>>. Access on: 11 Nov. 2016.

9 DIAS, Eduardo Rocha; SILVA JÚNIOR, Geraldo Bezerra da. Evidence-based medicine in judicial decisions concerning right

-effectiveness of the measures sought; c) result in purchases made without bidding, due to the urgency generated by the judicial determination, and entail excessive expenses for the treasury; d) subtract high volumes from the public budget; e) benefit people without considering criteria of distributive justice, but only the success in having access to justice and obtaining favorable decisions, and f) disregard priorities and public policies drawn up by the bodies that are legitimized for this purpose¹⁰.

The peculiarities of the Brazilian public health system, which is based on a division of competencies among the different federated entities, can also bring significant impacts to entities with smaller budgets, as is the case of Municipalities, given the recognition, through precedents, that plaintiffs can bring actions against any federated entity or against all of them, for being solidary¹¹.

It is true that there has been a change in judicial decisions, especially if considering the position of the Superior Court of Justice and the Federal Supreme Court¹². If, in the first instance, decisions tended to deny the granting of medicines, there was an increase in favorable decisions initially linked to access to medicines for the treatment of HIV infection. The reference to the constitutional character of the right to healthcare and to the dignity of the human person has become the basis for concessive decisions and for the attainment of indices of claims exceeding 80%¹³. The work of the Judiciary, under the pretext of effecting social rights, ends up transforming them into individual rights, disregarding the budget and the care of the community¹⁴.

It is worth remembering the hypothesis, referred to by José Augusto Dias de Castro¹⁵, of a decision based solely on journalistic news, determining the supply of medicine which was still in the testing phase¹⁶. The Federal Supreme Court itself came to recognize the right to treatment abroad for retinitis pigmentosa despite the lack of scientific evidence of the efficacy of the therapy sought¹⁷.

From 2009, the beginning of a trend alteration starts, motivated by factors of two orders.

Through the initiative of the Judiciary itself, the criteria for judicial intervention was discussed. It should

to healthcare. *Einstein*, São Paulo, v. 14, n. 1, Jan./Mar. 2016. p. 4.

10 WANG, Daniel. Courts as healthcare policy-makers: the problem, the responses to the problem and the problem in the responses. São Paulo Law School of Fundação Getúlio Vargas – Direito GV. Research Paper Series – Legal Studies. Paper n. 75, p. 3. In <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/11198/RPS_75_final.pdf?sequence=1>. Access on: 20 Apr. 2014.

11 In accordance with the precedents of the STF (SL 47 AgR, Tribunal Pleno, judged on 17-3-2010), of the STJ (*AgRg no REsp 1136549/RS*, judged on 8-6-2010) and the TNU (REQUEST 200481100052205, *DOU* 11-3-2011), the operation of the Unified Health System (SUS) is joint liability of the Union, the Member States and the Municipalities, so that any of these entities have legitimacy ad causam to appear in the passive demand pole that guarantees the access to the medication for people deprived of financial resources. This is because there is no constitutional provision that determines that a federated entity only has the duty to provide medicines, to the exclusion of others. Of all sorts of things, it can not be disregarded that the Constitution itself provides that it is for the law to dispose of the regulation and execution of health services (article 197) and that the respective actions and services are part of a regionalized, hierarchical and decentralized network (article 198 and its item I), which allows for the distribution of tasks among federated entities, including the supply of medicines.

12 BALESTRA NETO, Otávio. A jurisprudência dos tribunais superiores e o direito à saúde – evolução rumo à racionalidade. *Direito Sanitário magazine*, São Paulo, v. 16, n. 1, Mar./June 2015. p. 90-91.

13 WANG, Daniel. Courts as healthcare policy-makers: the problem, the responses to the problem and the problem in the responses. São Paulo Law School of Fundação Getúlio Vargas – Direito GV. Research Paper Series – Legal Studies. Paper n. 75, p. 20-21. In <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/11198/RPS_75_final.pdf?sequence=1>. Access on: 20 Apr. 2014.

14 SCAFF, Fernando Facury. *A efetivação dos direitos sociais no Brasil. Garantias constitucionais de financiamento e judicialização*. A Eficácia dos Direitos Sociais – I Jornada Internacional de Direito Constitucional Brasil/Espanha/Itália. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 29-30.

15 A questão do direito fundamental à saúde sob a ótica da análise econômica do direito. *Direito Público da Economia magazine*, year 6, n. 21, p. 149-158, jan./mar. 2008. p. 155.

16 In this case, it was ENBREL, which cost four thousand reais a box. Ordinance of the Ministry of Health recommended the use of another drug, Infiximab, whose effectiveness was best demonstrated. The case reached the Federal Supreme Court in Extraordinary Appeal 271.286, which, however, did not take into account the technical aspects, but only recognized the duty of the State to provide medicines to a person deprived of remedies when linking the right to health with the right to life.

17 RE 368564/DF, Rapporteur Ministro Marco Aurélio, 1ª Class, judged on 04/13/2011.

be highlighted the public hearing held in the Federal Supreme Court between April and May 2009, in which specialists from a wide range of areas were heard to obtain subsidies for the Court's actions in actions involving access to benefits in the health area.

As a result of the aforementioned public hearing, the National Council of Justice (CNJ) issued Recommendation 31 of March 30, 2010, urging State Courts of Justice and Federal Regional Courts to conclude agreements aimed at providing technical support from doctors and pharmacists to assist magistrates in the formation of a value judgment regarding the assessment of the clinical issues presented by the health action parties, observing the regional peculiarities. The courts were also requested, through their respective inspecting agencies, to direct the magistrates, among other measures, to seek to instruct the actions in which they act, as far as possible, with medical reports, with a description of the disease, including ICD, containing prescription of medicines, with generic name or active principle, products, orthoses, prostheses and supplies in general, with exact dosage, avoid authorizing the supply of medicines not yet registered by ANVISA, or in an experimental phase, excepting the ones expressly provided by law, listening, when possible, preferably by electronic means, the public managers, before the assessment of emergency measures.

It is curious to notice that many of such recommendations go as far as to urge judges to comply with the law, using prudence, dialogue between the parties involved, rationality, when determining the supply of a drug for example.

It is worth mentioning among the measures adopted by the CNJ that the National Forum of the Judiciary was set up to monitor and resolve demands for health care- the Health Forum, through Resolution 107 of April 6, 2010. The said Forum subsequently extended its area of operation to include supplementary health and legal actions involving consumer relations. Then, Recommendation 36, dated July 12, 2011, was issued specifically for the lawsuits involving supplementary health.

In the latter, it is also recommended that the Courts of Justice and the Federal Regional Courts conclude agreements aimed at providing technical support without burden to the Courts, composed of doctors and pharmacists, to assist magistrates “in forming a judgment on the value of assessment of the clinical issues presented by the parties “.

Secondly, in addition to the work of the Judiciary, it is worth recording the edition of Law 12.401/04/2011, which established criteria for the incorporation of new health technologies by the Unified Health System and clearer competences in this regard. It is to be hoped that such diploma will serve to instil greater deference from the Judiciary to administrative decisions, to help overcome the prevailing conception that the Judiciary may ignore the public policies drawn up by the legitimized bodies¹⁸.

3. THE ACTIONS OF THE LEGISLATIVE AND CURRENT TRENDS IN JUDICIAL DECISIONS

Law 12.401/04/2011 inserted Chapter VIII in Title II of Law 8.080/1990, which refers to the conditions for promotion, protection and recovery of health and the organization and functioning of the corresponding services. According to article 19-Q of the law, the attributions to incorporate, exclude or change new drugs by the Unified Health System were disciplined as follows:

Art. 19-Q. The incorporation, exclusion or modification by the Unified Health System of new medicines, products and procedures, as well as the constitution or modification of a clinical protocol or therapeutic guideline, are attributed by the Ministry of Health, assisted by the National Commission for

18 WANG, Daniel. Courts as healthcare policy-makers: the problem, the responses to the problem and the problem in the responses. São Paulo Law School of Fundação Getúlio Vargas – Direito GV. Research Paper Series – Legal Studies. *Paper* n. 75, p. 49-50. Available at: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/11198/RPS_75_final.pdf?sequence=1>. Access on: 20 Apr. 2014.

the Incorporation of Technologies in the Unified Health System.

The National Commission for the Incorporation of Technologies to the Unified Health System (CONITEC) is responsible for preparing a report and deciding on the basis of “scientific evidence on the efficacy, accuracy, effectiveness and safety of the drug, product or procedure subject to the process, accepted by the body responsible for registration or authorization of use “(item I of § 2 of article 19-Q of Law 8.080/1990). The Commission will also take into account the “comparative economic evaluation of benefits and costs in relation to technologies already incorporated, including in regard to home, outpatient or hospital care, when appropriate” (item II of § 2 of article 19- Q of Law 8.080/09/1990).

The arts. 19-M, 19-N and 19-O, added by Law 12.401/04/2011, deal with the dispensation of drugs and products of health interest, which must observe therapeutic guidelines defined in clinical protocol for the disease or injury to be treated. By clinical protocol and therapeutic guideline it is understood, as foreseen in item II of art. 19-N of Law 8.080/1990, the:

document which establishes criteria for the diagnosis of the disease or health problem; the recommended treatment, with medicines and other appropriate products, when appropriate; the recommended dosages; the mechanisms of clinical control; and the monitoring and verification of therapeutic results, to be followed by SUS managers.

As provided in art. 19-O of Law 8.080/1990, clinical protocols and therapeutic guidelines should:

establish the medicines or products necessary in the different evolutionary stages of the disease or of the health problem they treat, as well as those indicated in cases of loss of efficacy and the appearance of intolerance or relevant adverse reaction caused by the first product, product or procedure choice.

The sole paragraph of art. 19-O of Law 8.080/1990 establishes that “if needed, the medicines or products will be evaluated for their efficacy, safety, effectiveness and cost-effectiveness for the different evolutionary stages of the disease or the health protocol”.

In the absence of a clinical protocol or therapeutic guideline, dispensation will be performed, as provided in art. 19-P of Law 8.080/2011:

I - based on the relations of medicines instituted by the federal manager of the Unified Health System, observing the competencies established in Law 8.080/1990, and the responsibility for the supply will be agreed in the Tripartite Interagency Committee;

II - within the scope of each State and the Federal District, in a supplementary manner, based on the relations of medicines instituted by the state managers of the Unified Health System, and the responsibility for the supply will be agreed in the Bipartite Interagency Committee;

III - in the scope of each Municipality, on an additional basis, based on the relations of medicines instituted by the municipal managers of Unified Health System, and the responsibility for the supply will be agreed in the Municipal Health Council.

The provisions of the Code of Civil Proceedings of 2015 (Law 13.105/2015) and of Law 13.140/2015 seems to be of no minor importance, regarding the search for a consensual solution of conflicts, including in the scope of the public administration. It opens up a vast field to try to arrive at dialogued and consensual solutions, in which the administration can show the Judiciary its role and the alternatives available in the field of public health. It also allows the improvement of the state performance, informing the services and actions made available and allowing the citizen's service.

As Lenir Santos reminds us¹⁹, the responsibilities of each member of the Brazilian Federation in terms of the provision of health services are due to the complexity of such services and the compatibility with socioeconomic, demographic and geographical levels. They must, together with society, set guidelines that guide the choices of therapies, since “there isn't money for everything”. The Unified Health System can not

19 JUDICIALIZAÇÃO da saúde e a incompreensão do SUS. Judicialização da saúde no Brasil. Campinas: Saberes, 2014. p. 138.

be “a concession desk for procedures that are detached from guidelines essential to its systemic organization and sanitary security”²⁰. Hence the role of the National Agency of Sanitary Surveillance - ANVISA, acting in the field of efficacy and safety of medicines, products and procedures, and the National Commission for the Incorporation of Technologies in Health - CONITEC, which should evaluate which drugs will be incorporated, as seen above, based on evidence-based criteria on efficacy, accuracy and safety, as well as the costs and benefits of the available alternatives.

It should be emphasized that the Unified Health System guarantees to the population, in what concerns health care, procedures and services contained in RENASES - List of Health Actions and Services and RENAME – National List of Essential Medicines, disciplined by arts. 21 to 29 of Decree 7.508/06/2011.

A decision of the Supreme Federal Court, in which the role of ANVISA was recognized, is the one pronounced in the case of synthetic phosphoethanolamine, known as the “cancer pill”. This is ADI 5501, whereby the Brazilian Medical Association (AMB) questioned Law 13.269/04/2016, which authorized the dispensing of said substance without its efficacy and safety being certified by the entity authorized to do so, in the case the ANVISA. By a majority, the Supreme Federal Court understood that the legislative action violated the separation of powers, besides opening a dangerous precedent to the health protection of the population. The Rapporteur, Luís Roberto Barroso, alluded to the existence in the species of an “administrative reserve” and that the technical judgment of ANVISA was improperly replaced by a political judgment of the parliament.

In 2017, the Supreme Court of Justice, in deciding Special Appeal 1,663,141/SP, filed by a health plan operator in response to the decision that ordered the supply of imported medicine without registration with ANVISA, reversed prior ruling, deciding that there was a violation of both the Law 9,656/06/1998, whose art. 10, item V, makes it possible for health plans to exclude from their coverage the supply of imported non-nationalized drugs, as well as art. 12 of Law 6,360/1976, which establishes the need to register with the competent body of imported medicines. The decision is important because it may also reflect a change of understanding regarding the supply of medicines not registered in public health²¹, imposing law enforcement and greater deference to ANVISA’s actions.

Another important decision, issued in the judgment of Extraordinary Appeal 566471 and 657718, is related to the supply of high-cost medicines not registered in ANVISA nor made available by Unified Health System for the treatment or control of rare diseases. According to the World Health Organization (WHO), rare diseases are those that affect up to sixty-five per 100,000 people²². In Europe and the United States, studies indicate that between 6% and 8% of the population is affected by some rare disease. There are no comprehensive studies in Brazil²³. In a population like the Brazilian one, this implies considering a universe of between thirteen and fifteen million people.

The trial was suspended on September 28, 2016 after three votes were issued. Initially, Minister Marco Aurélio proposed the following thesis at the trial: “recognition of the individual right to the provision by the State of a high-cost drug not included in a National Drug Policy or an Exceptional Dispensing Drug Program, in exceptional character, a constant list of the approved ones, depends on the demonstration of the indispensability - adequacy and necessity -, the impossibility of replacing the drug and the financial incapacity of the patient, and the lack of spontaneity to help from the members of the family in solidarity, respected the dispositions about alimony of articles 1,694 to 1,710 of the Civil Code, and the right of recourse is guaranteed²⁴”.

20 JUDICIALIZAÇÃO da saúde e a incompreensão do SUS. Judicialização da saúde no Brasil. Campinas: Saberes, 2014. p. 139.

21 SCHULZE, Clenio Jair. *STJ inaugura nova posição na judicialização da saúde*. Available at: <<http://emporiiododireito.com.br/stj-inaugura-nova-posicao-na-judicializacao-da-saude-por-clenio-jair-schulze/>>. Access on: 4 Sept. 2017.

22 Ministry of Health launches clinical protocols for 12 rare diseases, Available at: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/principal/agencia-saude/18086-ministerio-da-saude-lanca-protocolos-clinicos-para-12-doencas-raras>>. Access on: 11 Nov. 2016.

23 Information available at: <<http://rederaras.org>>. Access on: 11 Nov. 2016.

24 REQUEST for examination of case dockets postponed trial on access to high cost drugs by judicial process” Available at: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326275>> Access on: 11 Nov. 2016.

Subsequently, Minister Luís Roberto Barroso, after stating that the discussion of the subject should be subtracted from the Judiciary, which is not responsible for defining public health policies, but only intervening in extreme situations, affirmed that, as a rule, in case of unincorporated drugs, including high cost, the State can not be obliged to provide them. “There is no health system that can withstand a model in which all medicines, regardless of their cost and financial impact, must be offered by the State to all people,” he added²⁵. After, he proposed five cumulative criteria that must be observed by the Judiciary so that certain health benefits can be inferred:

Financial inability to bear the corresponding cost; demonstration that the non-incorporation of the drug did not result from an express decision of the competent organs; inexistence of therapeutic substitute incorporated by the Unified Health System; evidence of efficacy of the medicinal product sought in the light of evidence-based medicine; since the responsibility for the final decision on the incorporation or non-incorporation of medicines is exclusive of this federative entity²⁶.

It must outlined that one unexpected consequence of excluding the rich from assistance is undermining the principle that Unified Health System should be universal. Although Constitution has that it is possible for the Legislative to be selective upon granting protection within the scope of social security rights, as can be seen in number 3 of the sole paragraph of article 194, denying access to category of persons may open the door to future exclusions of other categories thus affecting Unified Health System claim to universality.

Minister Luís Roberto Barroso also defended a dialogue between the Judiciary and people and organs endowed with knowledge in the area of health, either to verify, initially, the presence of the requirements for dispensing the drug, or, once determined its supply in the judicial process, in order to evaluate the possibility of its incorporation. Regarding medicines not registered with ANVISA, he proposed the following thesis with general repercussions:

The State can not be required to supply experimental medicines without proven efficacy and safety under any circumstances. Regarding medicines not registered with Anvisa, but with proof of efficacy and safety, the State can only be obliged to provide them in the event of unreasonable delay of the agency in assessing the application for registration (term longer than 365 days), when three requirements are met: 1) the existence of an application for registration of the drug in Brazil; 2) the existence of registration of the drug in renowned regulatory agencies abroad; and 3) the inexistence of a therapeutic substitute with registration in Brazil. The actions that demand the supply of medicines without registration in Anvisa must necessarily be proposed to the Union²⁷.

Finally, Minister Edson Fachin considered that there is a subjective right to public health care policies, and there is a violation of individual rights due to failure, omission or delay in the provision, then suggesting that it is preferable to take collective actions, not individual ones, in the fulfillment of the right to healthcare, and that the management of individual actions should be exceptional, in addition to requiring a large probative output regarding the inefficacy of the existing public policy, also proposing criteria for the Judiciary to impose the provision or costing of medicines or health treatments:

1) necessary to demonstrate prior administrative application to the public network; 2) preferential prescription by a physician connected to the public network; 3) preferred designation of the drug by the Common Brazilian Denomination (DCB) and, in the absence of the DCB, the IND (International Common Denomination); 4) justification of the inadequacy or lack of medication/treatment dispensed in the public network; 5), and in case of refusal of dispensing in the public network, it is necessary to carry out a medical report indicating the necessity of the treatment, its effects, studies of evidence-based medicine and advantages for the patient, and compare with eventual drugs provided by the Unified Health System”²⁸.

25 REQUEST for examination of case docket postponed trial on access to high cost drugs by judicial process” Available at: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326275>>. Access on: 11 Nov. 2016.

26 REQUEST for examination of case docket postponed trial on access to high cost drugs by judicial process” Available at: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326275>>. Acesso em: 11 Nov. 2016.

27 REQUEST for examination of case docket postponed trial on access to high cost drugs by judicial process” Available at: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326275>>. Acesso em: 11 Nov. 2016.

28 REQUEST for examination of case docket postponed trial on access to high cost drugs by judicial process” Available at:

The Minister also stressed that the Judiciary should take a more deferential stance regarding the technical and democratic choices of the competent bodies, which must also be accountable for their actions and be transparent regarding the criteria adopted.

A concern with the respect for public policies and the criteria established by law and Administration for the registration and incorporation of new technologies has been expressed in the votes of the Ministers which have pronounced themselves until now, especially in the vote of Minister Luís Roberto Barroso. There is still a possibility of judicial intervention and the proposed criteria may actually lead to a replication, in the judicial sphere, of procedures that should be adopted in the administrative sphere, which is not reasonable, except in exceptional cases. The Judiciary does not have the structure, the expertise, does not involve the participation of all those interested in the public policy in question and does not appreciate problems of equity regarding the access to budget funds²⁹.

It is interesting to observe that the discussion undertaken here approaches the identification of limits to the institutional capacities of the Judiciary. Cass Sunstein and Adrian Vermeule³⁰ argue that the issue of interpretation in law, in particular the greater or lesser deference to the textual meanings of legal norms, must take into account institutional aspects. Among these aspects, they point out the reliability of the judges, especially if they have specific knowledge regarding the legislation they intend to apply, and the systemic effects that their decisions may entail. That is, can generalist judges adopt broader interpretations of texts on unknown specific subjects, such as those related to health, for example? Or is it better to adopt narrower, more formal interpretations? Can judges assess the consequences of their decisions on the health system and the budget? The paths indicated by the votes given above point to a possible reversal in the tendency to grant everything in the field of health judicialization from institutional elements as well.

It is commendable, on the other hand, the concern about a transparency of administrative procedures for registering and incorporating new drugs. This may lead to a type of judicial intervention, of a collective nature and no longer individual, that questions the public policy itself and includes the possibility of demanding the presentation of the criteria for the decision, which eventually determines that the matter is reviewed in the administrative level and which is concerned with equity in the distribution of public resources and with the scientific effectiveness of medicines and treatments.

Brazilian legislation, as in Law 12.401/04/2011, may fulfill in this field a pedagogical role, of reminding judges that they can not do everything and that there are technical aspects to be considered and that their decisions inevitably hide. A reserve of administration or greater deference to legislative and administrative decisions is thus affirmed, which can only be dismissed by the Judiciary in exceptional situations. The so-called Chevron doctrine, elaborated by the US Supreme Court, can still be invoked in this sense.

The concrete case which led to the affirmation of the Chevron doctrine involved the questioning of the legality of norms issued by the environmental protection agency of that country³¹. According to this doctrine, the Judiciary must maintain the interpretation of a law made by the agencies, by means of regulations, for example, unless such interpretation is inconsistent with clearly expressed parliamentary intent. For this reason, the Chevron doctrine implies respect or judicial deference to administrative interpretations (judicial deference), about which it is important to define not whether they are correct, but whether they are admis-

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326275>>. Acesso em: 11 Nov. 2016.

29 WANG, Daniel. Courts as healthcare policy-makers: the problem, the responses to the problem and the problem in the responses. São Paulo Law School of Fundação Getúlio Vargas – Direito GV. Research Paper Series – Legal Studies. Paper n. 75, p. 50. Request for examination of case dockets postponed trial on access to high cost drugs by judicial process” Available at: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326275>>. Acesso em: 11 Nov. 2016. <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/11198/RPS_75_final.pdf?sequence=1>. Access on: 20 Apr. 2014.

30 SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and institutions*. University of Chicago Law School. Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics, 2002, p. 48. Available at: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1279&context=law_and_economics>. Access on: 4 Sept. 2017.

31 SCHWARTZ, Bernard. *Administrative law*. Boston: Little, Brown and Company, 1991. p. 701-702.

sible. That is, the Judiciary should not replace the interpretation adopted by the agency, unless it violates the law clearly. If it does not violate it, administrative interpretation must prevail.

Above all, it seems necessary to establish an institutional dialogue and affirmation of the powers of public officials, since sometimes not even the health professionals themselves seem to know the clinical protocols and the procedures they envisage, not demonstrating sensitivity to the aspect of cost and the effectiveness of treatments and impacts for the budget and society.

Such dialogue could take place in a consensual solution of litigation, such as mediation, transaction and other forms of amicable dispute settlement, encouraged by the 2015 Code of Civil Proceedings and Law 13.140/06/2015. Also through technical conciliation nuclei, which allow the intermediation between health plans or the Unified Health System and the Judiciary, already adopted in some Brazilian courts.

This bias reveals a mechanism whose study and application may prove interesting, for this purpose: the so-called meaningful engagement, developed by the Constitutional Court of South Africa³². It is a case law construction that seems to serve to respect the separation of powers and at the same time ensure the realization of fundamental rights that require allocation of resources from the budget. In the Olivia Road case of 2008, which resulted from a building eviction order issued by the city of Johannesburg to the detriment of more than 400 people for health and safety reasons, the Court determined that the city and the occupants should make a significant commitment to resolve the conflict in the light of the values of the Constitution, to guarantee living conditions for those living in the buildings, ensure health and safety, and report back to the Court later on the results of the compromise.

The main advantage in adopting such a commitment is the overcoming of a unilateral imposition by the Judiciary, which affects the budget, through a consensual and participatory solution, under the supervision of the Judiciary, with greater respect for the separation of powers³³. There is already a Brazilian Senate bill (PLS 736, 2015) that seeks to include a significant commitment to the country's constitutional control system³⁴.

4. CONCLUSION

The analysis of the evolution of judicial decisions related to the topic of health judicialization shows an interesting dynamic. From a phase of self-restraint, a maximization of the Judiciary's action followed, in the context of the Brazilian Constitution of 1988 and the affirmation of new rights and promises that it had set up.

However, the excesses of this phase were noticed, due to the lack of consideration, among other aspects, of legal forecasts, limits of budgets and the consequences for the public health system of judicial intervention. Not to mention problems of equity in the care and distribution of public resources.

The fundamental right to healthcare, based on the general prediction of art. 196 of the Constitution and the consideration of human dignity, can not lead to granting extremely expensive or untested drugs and unproven results to all applicants, without considering the competence established by the Legislative

32 VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araújo. Separação de poderes, estado de coisas inconstitucional e compromisso significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal. Senado Federal: Brasília, 2015, p. 29. Available at: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td186>>. Access on: 18 Dez. 2016.

33 VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araújo. Separação de poderes, estado de coisas inconstitucional e compromisso significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal. Senado Federal: Brasília, 2015, p. 50. Available at: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td186>>. Access on: 18 Dez. 2016.

34 VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araújo. Separação de poderes, estado de coisas inconstitucional e compromisso significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal. Senado Federal: Brasília, 2015, p. 34. Available at: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td186>>. Access on: 18 Dez. 2016.

for technical instances, the cost of incorporation of new drugs and the scientific evidence regarding its effectiveness.

The problems caused by the excesses of the judicial intervention were faced by the Judiciary itself, and also by the Legislative, as highlighted in this work. It can even be said that the edition of Law 12.401/04/2011 has fulfilled the scope of reaffirming the technical competencies of the Executive, for example, regarding the incorporation of new technologies in health and the definition of clinical protocols. The legislator, therefore, may play an important role in reaffirming the Executive's technical competencies, and in a pedagogical way, set limits for judicial intervention.

The pendulum must return to the position of greater balance between individual interests and rights and collective needs, and it is necessary to consider the greater institutional expertise of the entities to whom the legislation gives competence, for example, to decide on the effectiveness and safety of new drugs, as is the case in Brazil, of ANVISA, as well as from the bodies that design and implement public health policies and the incorporation of new technologies.

It is reaffirmed that the judicialization may take a new course, no longer purely individual, but to consider the way in which these policies are exercised and the actions of the institutions which have to decide. In this sense, it is essential to have a permanent dialogue between the Judiciary and these bodies, in order to clarify the limits of their institutional capacities and to find consensual solutions, to remove obstacles, incomprehensions and mutual distrust. Dialogue, mediation, partnership and advice from scientists and technicians seem to be a timely way forward, with a view to realizing the right to healthcare without affecting budgets and the implementation of public policies in this area.

REFERENCES

BALESTRA NETO, Otávio. A jurisprudência dos tribunais superiores e o direito à saúde – evolução rumo à racionalidade. *Direito Sanitário magazine*, São Paulo, v. 16, n. 1, p. 87-111, mar./june, 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pedido de vista adia julgamento sobre acesso a medicamentos de alto custo por via judicial*. Available at: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326275>>. Access on: 11 Nov. 2016.

CASTRO, José Augusto Dias de. A questão do direito fundamental à saúde sob a ótica da análise econômica do direito. *Direito Público da Economia magazine*, year 6, n. 21, p. 149-158, jan./mar. 2008.

DIAS, Eduardo Rocha; SILVA JÚNIOR, Geraldo Bezerra da. Evidence-based medicine in judicial decisions concerning right to healthcare. *Einstein*, São Paulo, v. 14, n. 1, p. 1-5, Jan./Mar. 2016.

DOENÇAS raras: Ministério da Saúde lança protocolos clínicos para 12 doenças raras. Available at: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/principal/agencia-saude/18086-ministerio-da-saude-lanca-protocolos-clinicos-para-12-doencas-raras>>. Access on: 11 Nov. 2016.

ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago. *Direito da saúde*. Lisbon: Universidade Católica, 2014.

JUDICIALIZAÇÃO: em cinco anos, mais de R\$ 2,1 bilhões foram gastos com ações judiciais. Available at: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/principal/agencia-saude/20195-em-cinco-anos-mais-de-r-2-1-bilhoes-foram-gastos-com-aco-es-judiciais>> Access on: 4 Dec. 2016.

NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. *Os tribunais e o direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

OBSERVATÓRIO de doenças raras da Universidade de Brasília. Available at: <<http://rederaras.org/>> Access on: 11 Nov. 2016.

SANTOS, Lenir. *Judicialização da saúde e a incompreensão do SUS: Judicialização da saúde no Brasil*. Campinas: Saberes, 2014.

SCAFF, Fernando Facury. *A efetivação dos direitos sociais no Brasil. Garantias constitucionais de financiamento e judicialização*. A Eficácia dos Direitos Sociais – I Jornada Internacional de Direito Constitucional Brasil/Espanha/Itália. São Paulo: Quartier Latin.

SCHULZE, Clenio Jair. *STJ inaugura nova posição na judicialização da saúde*. Available at: <<http://emporiododireito.com.br/stj-inaugura-nova-posicao-na-judicializacao-da-saude-por-clenio-jair-schulze/>>. Access on: 4 Sept. 2017.

SCHWARTZ, Bernard. *Administrative law*. Boston: Little, Brown and Company, 1991.

SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and institutions*. University of Chicago Law School. Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics, 2002, p. 1 – 48. Available at: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1279&context=law_and_economics>. Access on: 4 Sept. 2017.

VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araújo. *Separação de poderes, estado de coisas inconstitucional e compromisso significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal*. Senado Federal: Brasília, 2015, p. 1-38. Available at: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td186>>. Access on: 18 Dec. 2016.

WANG, Daniel. Courts as healthcare policy-makers: the problem, the responses to the problem and the problem in the responses. São Paulo Law School of Fundação Getúlio Vargas – Direito GV. Research Paper Series – Legal Studies. *Paper* n. 75. Available at: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/11198/RPS_75_final.pdf?sequence=1>. Access on: 20 Apr. 2014.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Direito, saúde e suicídio:
impactos das leis e decisões
judiciais na saúde dos jovens LGBT
Law, health and suicide: Impacts
of laws and judicial decisions on
the health of LGBT youth

Bruno Rafael Silva Nogueira Barbosa

Robson Antão de Medeiros

VOLUME 8 • Nº 3 • DEZ • 2018
DOSSIÊ ESPECIAL : POLÍTICAS PÚBLICAS
E O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

Direito, saúde e suicídio: impactos das leis e decisões judiciais na saúde dos jovens LGBT*

Law, health and suicide: Impacts of laws and judicial decisions on the health of LGBT youth

Bruno Rafael Silva Nogueira Barbosa**

Robson Antão de Medeiros***

Resumo

O suicídio tem sido considerado na atualidade um grande problema de saúde pública. Esse é um fenômeno complexo que tem crescido, significativamente, em todo o mundo, de modo mais acentuado em jovens. Diversos pesquisadores apontam uma maior vulnerabilidade a ideações, tentativas e suicídios da população de certos grupos sociais, como Lésbicas, Gays, Bissexuais e Transexuais (LGBT) se comparado aos seus pares cis-heterossexuais. Essa maior propensão a esse fenômeno é descrita por tais pesquisadores como resultante do estigma, violência e preconceito sofrido por esses sujeitos em razão da sua sexualidade/identidade de gênero. Assim, visando compreender a relação do Estado com esses fatores de riscos específicos ao suicídio da população LGBT, o objetivo deste artigo é analisar se a garantia de direitos promovida pelo Estado repercute na redução das ideações, tentativas e suicídios na população Jovem LGBT. Esse trabalho foi produzido com base em uma pesquisa de abordagem qualitativa. Quanto aos objetivos constitui pesquisa exploratória e, em relação aos procedimentos, é uma pesquisa bibliográfica e documental. Foi evidenciado, por meio da presente pesquisa, que o Estado, ao garantir/negar direitos a população LGBT, contribui para a diminuição/aumento do estigma social dirigido a tal população. Desse modo, tais leis/decisões judiciais de garantia/negação, podem influenciar, significativamente, nos índices de ideações, tentativas e suicídios na população jovem LGBT. Este trabalho se mostra importante em razão da escassez de estudos em Língua Portuguesa com essa perspectiva do direito como meio possível de produção de saúde para a população LGBT.

Palavras-chave: Suicídio. Lésbicas, Gays, Bissexuais e Transexuais (LGBT). Saúde mental. Saúde pública. Políticas públicas. Comportamentos autodestrutivos.

ABSTRACT

Suicide has long been considered a major public health problem. This is a complex phenomenon that has grown significantly all over the world, more markedly in young people. Several researchers point to a greater vulnerability to the ideations, attempts and suicides of the population of certain social groups, such as lesbian, gay, bisexual and transgender (LGBT) people compared to their cis-heterosexual peers. This higher propensity for this phenomenon is described by such researchers as resulting from the stigma,

* Recebido em 30/09/2018
Aprovado em 29/12/2018

** Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal da Paraíba. Mestrando em Direitos Humanos, Cidadania e Políticas Públicas pela Universidade Federal da Paraíba. E-mail : bruno-dj15@hotmail.com.

*** Professor Associado da Faculdade de Direito/UFPB. Professor do Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas/UFPB. Pós-Doutor em Direito/Universidade de Coimbra. Doutor em Ciências da Saúde/UFRN. Mestre em Ciências Jurídicas/UFPB. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais/UFPB. E-mail : robson.antao@gmail.com.

violence, and prejudice suffered by these subjects on account of their sexuality/ gender identity. The objective of this article is to analyze whether the State guarantee of rights has repercussions on the reduction of ideations, attempts and suicides in the LGBT Youth population, in order to understand the relationship of the State with these specific risk factors to the suicide of the LGBT population. This work was produced from a qualitative research, as far as the objectives was an exploratory research and in relation to the procedures is a bibliographical and documentary research. It was evidenced through the present research that the State in guaranteeing/denying rights to the LGBT population contributes to the decrease/increase of the social stigma directed to such population. Thus, such guarantee/denial laws/judgments can significantly influence the rates of ideation, trial and suicide in the LGBT youth population. This work is important because of the scarcity of studies in Portuguese with this perspective of law as a possible means of producing health for the LGBT population.

Keywords: Suicide. LGBT. Mental health. Public health. Public policy. Self-destructive behavior.

1. INTRODUÇÃO

O suicídio tem sido conceituado na literatura científica como um ato pelo qual a pessoa tem a intenção de pôr fim a própria vida. Fenômeno que possui diversos fatores envolvidos dentre eles sociais e individuais. O fenômeno do suicídio tem sido considerado na atualidade um grande problema de saúde pública. Esse entendimento decorre das altas taxas de mortalidade ocorridas anualmente em todo o mundo causadas pelo suicídio e ainda se deve tal compreensão também aos efeitos negativos que esses atos produzem. Além disso, esses elevados índices têm gerado maior atenção devido ao crescimento acentuado desse fenômeno em pessoas mais jovens, representando uma das maiores causas de mortalidade nessa população.

Mesmo com esse crescimento intensificado nessa parcela da população, ainda se evidencia subgrupos nessa juventude que apresentam maior vulnerabilidade ao suicídio. Os jovens Lésbicas, Gays Bissexuais e Transexuais (LGBT) têm sido apontados como um desses grupos que estão mais propensos a ideações, tentativas e suicídio do que por exemplo os seus pares cis-heterossexuais. Esse fato é associado a diferentes fatores como o preconceito, discriminação, violência e estigma social que essas pessoas sofrem nas diferentes instituições sociais (educacionais, saúde, religiosas, familiar etc.).

Assim, tal percepção leva à compreensão que o ambiente hostil em que as pessoas LGBT estão inseridas influencia, de modo substancial, os fatores de risco ao suicídio nessa população¹². Essa mesma realidade mundial se apresenta no Brasil, fenômeno que tem sido objeto de diversos estudos de pesquisadores em diferentes áreas em razão do impacto social desse fenômeno.

Esse é um fenômeno complexo que é abordado de diferentes perspectivas e por meio dos séculos por diversas ciências como a sociologia, filosofia, psicologia, antropologia e o direito. O filósofo francês Albert Camus³ em sua obra renomada “O Mito de Sísifo” considerou o suicídio como o único problema filosófico verdadeiramente sério.

As ciências jurídicas têm abordado o suicídio com base em distintos ramos do direito. Os estudos dessa área majoritariamente estão relacionados ao suicídio assistido e a eutanásia, tratando essas temáticas a partir de diferentes perspectivas: ética, filosófica, constitucional, religiosa etc. Entretanto, mesmo com a realização dessa gama de pesquisas relacionadas ao suicídio no âmbito do direito, poucas são elaboradas com o intuito

1 MEYER, Ilan H. Prejudice, social stress, and mental health in lesbian, gay, and bisexual populations: conceptual issues and research evidence. *Psychology of Sexual Orientation and Gender Diversity*, v. 1(S), p. 3-26, 2013.

2 BLOSNICH, John; BOSSARTE, Robert. Drivers of disparity: differences in socially based risk factors of self-injurious and suicidal behaviors among sexual minority college students. *Journal of American College Health*, v. 60, n. 2, p. 141-149, 2012.

3 CAMUS, Albert. *O mito de Sísifo*. Rio de Janeiro: Record, 2004.

de compreender os impactos na saúde que podem ser ocasionados em determinados grupos sociais devido à atuação do Estado na produção de leis, em decisões judiciais e políticas públicas de garantia, proteção e efetivação de direitos para grupos vulneráveis⁴.

Desse modo, como apontado, evidencia-se a baixa produção de estudos que abordem temáticas sobre ideias, tentativas e suicídios nas ciências jurídicas, assim como em grupos vulneráveis. Porém, tal objeto de estudo se apresenta substancialmente pertinente para a área em questão, já que é preciso compreender que esses fenômenos possuem diversos fatores de risco, assim como aponta inúmeras organizações nacionais e internacionais e pesquisadores de diferentes áreas. Nesse sentido, alguns desses fatores estão associados a causas que podem ser descritas como violações aos direitos humanos como a discriminação, preconceito e violência.

Assim, ao se estabelecer a relação entre essas temáticas e em resposta a escassez de estudos em Língua Portuguesa com essa perspectiva, apresentamos a seguinte problemática: a garantia de direitos promovida pelo Estado repercute na redução das ideias, tentativas e suicídios na população Jovem LGBT?

A hipótese à problemática anteriormente apresentada é que o Estado pode, por meio da garantia direitos, promover reduções significativas nos índices de ideias, tentativas e suicídios na população de jovens LGBT. Nesse público a violência e a discriminação sofrida e consequentemente o estigma social são fatores de fundamental relevância para se compreender a vulnerabilidade desse grupo a esse fenômeno podendo o Estado atuar por meio de diversas ações para diminuição desses fatores de risco levando em consideração as especificidades desses sujeitos.

Esse trabalho foi produzido com base em uma pesquisa de abordagem qualitativa, já quanto aos objetivos foi uma pesquisa exploratória e em relação aos procedimentos é uma pesquisa bibliográfica e documental. As pesquisas exploratórias possuem como objetivo proporcionar uma visão ampla, de tipo aproximativo, sobre um determinado fato. Essa pesquisa é desenvolvida especialmente quando o tema escolhido pelo pesquisador ainda é pouco explorado. Frequentemente, esse tipo de pesquisa envolvem levantamento bibliográfico e documental que é o caso da presente pesquisa⁵.

A pesquisa bibliográfica pode ser definida como a pesquisa que é produzida com base no levantamento de referências teóricas já publicadas, impressas e eletrônicas, a exemplo de livros e artigos científicos. As pesquisas científicas podem possuir como base unicamente a pesquisa bibliográfica, buscando referências teóricas já publicadas com o intuito de recolher informações ou conhecimentos já existentes sobre o problema analisado⁶.

Gil⁷ afirma que a pesquisa documental se assemelha muito à pesquisa bibliográfica se diferenciando pela natureza das fontes, pois esse método se vale de materiais ainda sem tratamento analítico ou que por ventura podem ser reelaborados de acordo com o objeto de pesquisa. Além dessa análise feita em primeira mão dos documentos, a exemplo de arquivos de sindicatos, instituições e outros, vale-se ainda de documentos já processados, mas que podem receber novas interpretações, como relatórios, tabelas etc.

Os referenciais teóricos usados nesse trabalho foram coletados em diversas bases científicas a exemplo da Scielo e do Google Acadêmico. Os critérios de busca utilizados foram termos chaves e suas variações, em Português e Inglês, como: suicídio, juventude e direito. Os idiomas dos trabalhos coletados foram: Português, Inglês, Espanhol e Francês. Os materiais utilizados consistiram em artigos, livros, relatórios e outros.

4 [...] um subgrupo ou subpopulação que, por causa de características sociais compartilhadas está em maior risco social. A noção de população vulnerável refere-se aos grupos que, devido a sua posição social, são comumente expostos a condições contextuais que os distinguem do resto da população. FROHLICH, Katherine L.; POTVIN, Louise. Transcending the known in public health practice: the inequality paradox: the population approach and vulnerable populations. *American journal of public health*, v. 98, n. 2, p. 216-221, 2008. p. 218. Tradução nossa.

5 GIL, Antônio Carlos. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

6 FONSECA, João José Soares da. *Metodologia da pesquisa científica*. Fortaleza: UEC, 2002.

7 GIL, Antônio Carlos. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

As áreas dessas referências teóricas foram, principalmente, das ciências da saúde e jurídicas e das suas áreas afins, a exemplo da sociologia, antropologia e psicologia.

2. SUICÍDIO E JUVENTUDE

O suicídio é um fenômeno presente em diversas sociedades e em distintos momentos históricos. A Organização Mundial da Saúde (OMS) compreende que os atos de suicídios são resultados de uma complexa interação de diferentes fatores biológicos, genéticos, psicológicos, sociológicos, culturais e ambientais⁸.

Os estudos científicos realizados sobre o comportamento suicida têm compreendido a existência de três distintas categorias desse fenômeno: Ideação suicida, tentativa de suicídio e suicídio consumado. Em um dos polos, encontra-se a ideação suicida e, no outro, o suicídio consumado, estando entre eles a tentativa de suicídio⁹.

Rigo¹⁰ conceitua o suicídio como “um fenômeno complexo e multifatorial no qual a interação de fatores individuais, sociais e culturais será determinante na decisão de tirar a própria vida”. Já Abasse *et al.*¹¹ corroboram com esse entendimento, compreendendo o suicídio como um fenômeno que

sofre a interferência de fatores individuais, ambientais, sociais. Seja na forma de tentativa ou do ato consumado, expressa uma dor emocional que o sujeito considera ser interminável, intolerável e com a qual acredita não ter capacidade de lidar.

O sociólogo Durkheim¹², em sua obra intitulada “o suicídio”, descreve o suicídio como “todo caso de morte que resulta direta ou indiretamente de um ato, positivo ou negativo, realizado pela própria vítima e que ela sabia que produziria esse resultado” e a tentativa de suicídio é definida por esse autor como o ato de suicídio que é interrompido antes que desse ato se resulte a morte. Já a ideação suicida é entendida como a completude de pensamentos autodestrutivos e ideias suicidas, englobando, ainda, os desejos, atitude e planos que o indivíduo avalia para pôr fim a sua própria vida¹³.

O suicídio adquiriu durante a história da humanidade diversos significados e valores, dependendo da civilização e do momento histórico¹⁴. A visão do direito, por exemplo, sobre o suicídio, já foi de condenar o suicida pelo ato praticado (*felo de se*), durante a idade média na Europa, baseado no direito canônico, fato que ocasionava o confisco dos bens do indivíduo para a Coroa e os familiares não recebiam a herança do falecido¹⁵. Nos dias atuais, no Brasil, não há atribuição de penalidade alguma ao sujeito que tenta ou aos familiares do que comete suicídio. O Código Penal – CP brasileiro em vigor tipifica em seu art. 122 o terceiro que induzir, instigar ou auxiliar ao suicídio com pena de reclusão “de dois a seis anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de um a três anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave”. Podendo a pena do caput ser aumentada se o crime for praticado por motivo egoístico ou se a vítima for menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência.

8 OMS. *Prevenção do suicídio um recurso para conselheiros*. Genebra, 2006. Disponível em: http://www.who.int/mental_health/media/counsellors_portuguese.pdf. Acesso em: 30 jan. 2018.

9 WERLANG, B. S. G.; BORGES, V. R.; FENSTERSEIFER, L. Fatores de risco ou proteção para a presença de ideação suicida na adolescência. *Revista Interamericana de Psicologia*, v. 39, n. 2, p. 259-266, 2005.

10 RIGO, Soraya Carvalho. Capítulo III. In: CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. *O Suicídio e os desafios para a psicologia*. Brasília: CFP, 2013. p. 31.

11 ABASSE, Maria Leonor Ferreira *et al.* Análise epidemiológica da morbimortalidade por suicídio entre adolescentes em Minas Gerais, Brasil. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 14, n. 2, p. 407-416, 2009. p. 414.

12 DURKHEIM, Émile. *O suicídio: estudo de sociologia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 14.

13 BORGES, Vivian Roxo; WERLANG, Blanca Susana Guevara. Estudo de ideação suicida em adolescentes de 13 e 19 anos. *Revista Psicologia, Saúde & Doenças*, v. 7, n. 2, p. 195-209, 2006.

14 RIGO, Soraya Carvalho. Capítulo III. In: CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. *O suicídio e os desafios para a psicologia*. Brasília: CFP, 2013.

15 BOTEGA, Neury José. *Crise suicida: avaliação e manejo*. Porto Alegre: Artmed, 2015.

Esse fenômeno ainda se encontra presente no art. 798 do Código Civil – CC brasileiro. Esse artigo define que, no caso de contratação de apólice de seguro de vida, se o segurado se suicida no prazo de 2 anos após a contratação ou a recondução, depois de suspenso, o beneficiário não terá direito ao capital estipulado em contrato. Ressalvada a hipótese prevista no caput desse artigo, o parágrafo único dessa disposição determina que são nulas as cláusulas estabelecidas em contrato que exclua o pagamento do capital por suicídio do segurado.

Esse fenômeno tem adquirido na contemporaneidade proporções assustadoras, ultrapassando um milhão de casos no mundo a cada ano¹⁶. Esse é um tema de fundamental relevância devido ao seu impacto social seja por seus altos índices ou por sua relação aos familiares, amigos ou conhecidos dessas pessoas que tentam ou cometem o suicídio. Esse fenômeno está entre as duas ou três maiores causas de morte entre adolescentes e jovens adultos¹⁷.

A Organização Pan-Americana da Saúde/Organização Mundial da Saúde (OPAS/OMS), em dados divulgados, demonstra que, a cada 40 segundos, ocorre uma morte por suicídio no mundo¹⁸. No Brasil o Centro de Valorização da Vida (CVV) aponta que, a cada 45 minutos, uma pessoa comete suicídio e, nesse mesmo espaço de tempo, se estima que ao menos o triplo de pessoas tenta e diversas outras pensam em cometer suicídio. O CVV destaca, ainda, que, em relação aos dados oficiais, há 32 mortes por suicídio por dia no país. Além disso, 9 em cada 10 casos poderiam ter sido prevenidos¹⁹. O aumento dos casos de suicídio tem ocorrido em diversos países, tanto nos países que já possuíam elevados índices quanto nos que até então o suicídio não se refletia como um problema mais grave²⁰. O Brasil tem apresentado crescimento na taxa de mortalidade por suicídio a cada 100 mil habitantes passando de 5,3 em 2011 para 5,6 em 2013 e para 5,7 em 2015²¹.

A OPAS/OMS²² revela que, a cada ano, mais de 800 mil pessoas morrem por suicídio e que um número muito maior de tentativas de suicídio ocorrem nesse mesmo período, sendo este, a tentativa prévia, o fator mais relevante para o suicídio da população geral. Há estimativa que o número de tentativas de suicídio supere ao menos 10 vezes o de suicídios²³.

O suicídio e a tentativa não afetam, apenas, os sujeitos, mas atinge, também, as pessoas próximas como os familiares e amigos^{24,25,26}. Oliveira²⁷, ao citar Who, afirma que, para cada pessoa que comete suicídio, se

16 RIGO, Soraya Carvalho. Capítulo III. In: CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. *O suicídio e os desafios para a psicologia*. Brasília: CFP, 2013.

17 WERLANG, Blanca. Capítulo II. In: CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. *O suicídio e os desafios para a psicologia*. Brasília: CFP, 2013.

18 OPAS/OMS. *Grave problema de saúde pública, suicídio é responsável por uma morte a cada 40 segundos no mundo*. 2016. Disponível em: http://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5221:grave-problema-de-saude-publica-suicidio-eresponsavel-por-uma-morte-a-cada-40-segundos-no-mundo&Itemid=839. Acesso em: 9 nov. 2017.

19 CVV. *Movimento mundial setembro amarelo estimula prevenção do suicídio*. 2016. Disponível em: <https://www.cvv.org.br/blog/movimento-mundial-setembro-amarelo-estimula-prevencao-do-suicidio/>. Acesso em: 31 jan. 2018

20 TANGERINO, Davi de Paiva Costa; CABRAL, Gabriel; OLIVE, Henrique. Políticas públicas em suicídio: do paternalismo clássico ao paternalismo libertário e *nudging*. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 2, 2018.

21 BRASIL. Ministério da Saúde. *Setembro Amarelo*. Ministério da Saúde lança agenda estratégica de prevenção do suicídio, 2017a. Disponível em: <http://portal.arquivos.saude.gov.br/images/pdf/2017/09/21/Coletiva-suicidio-21-09.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2017.

22 OPAS/OMS. *Grave problema de saúde pública, suicídio é responsável por uma morte a cada 40 segundos no mundo*. 2016. Disponível em: http://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5221:grave-problema-de-saude-publica-suicidio-eresponsavel-por-uma-morte-a-cada-40-segundos-no-mundo&Itemid=839. Acesso em: 9 nov. 2017

23 BOTEGA, Neury José. Suicídio: saindo da sombra em direção a um Plano Nacional de Prevenção. *Revista Brasileira de Psiquiatria*, v. 29, n. 1, p. 7-8, 2007.

24 OLIVEIRA, Verônica Miranda de. *Competência em saúde mental (Mental Health Literacy): do conceito às estratégias na questão do suicídio no Brasil*. Dissertação (Mestrado em Informação e Comunicação em Saúde) - Instituto de Comunicação e Informação Científica e Tecnológica em Saúde, Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2011.

25 SGOBIN, Sara Maria Teixeira. *“Custos diretos e indiretos de tentativas de suicídio de alta letalidade internadas em hospital geral”*. Dissertação (Mestrado em Ciências Médicas) - Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2013.

26 MELO, Brunna Stella da Silva Carvalho; BARROS, Jorge Fernando de Carvalho Leite. Consequências do suicídio para as relações sócioafetivas dos familiares na pós-venção. *Rev. FSA*, Teresina, v. 14, n. 2, p. 129-145, 2017.

27 WHO *apud* OLIVEIRA, Verônica Miranda de. *Competência em saúde mental (Mental Health Literacy): do conceito às estratégias*

afeta um número de seis pessoas da família de forma direta e, se ocorrer em um local da comunidade, esse número passa para centenas.

A mortalidade decorrente do suicídio tem crescido exponencialmente. Gonçalves, Gonçalves e Oliveira Júnior²⁸, em suas pesquisas, concluíram que, apenas nos últimos 45 anos, o número de mortes por suicídio cresceu 60%. Esse aumento ocorreu de modo mais acentuado em jovens adultos, estando dentre as causas de maior mortalidade no mundo²⁹.

Nesse mesmo lapso temporal, houve inversão de grupos etários referente aos maiores coeficientes de suicídio deixando de ser pertencente a parcela mais idosa da população e passando para as faixas mais jovens³⁰. Esses dados confirmam o entendimento do suicídio como uma importante questão de saúde pública, sobretudo no que tange ao aumento dos índices de suicídio na população jovem^{31,32,33}.

O relatório “Global Accelerated Action for the Health of Adolescents (AA-HA!): Guidance to Support Country Implementation” divulgado pela OMS em 2017 referente aos dados de 2015 revelou que, a cada dia, ocorre a morte de mais de 3 mil adolescentes que totaliza 1,2 milhão de adolescentes mortos por ano por causas amplamente evitáveis³⁴. A prática do suicídio resulta da interação de diferentes fatores sociais, psicológicos e culturais, sendo possível compreender que o seu desfecho final se trata de uma morte considerada evitável³⁵.

Em relação a essas causas, o suicídio e a morte acidental por autoagressão situam-se como a terceira causa de morte de adolescentes ocorridas em 2015, o que equivale a cerca de 67 mil óbitos³⁶. Botega³⁷ aponta que o suicídio se situa entre as 10 maiores causas de morte na maioria dos países e, se for considerado apenas a faixa etária de adolescentes e jovens adultos, o suicídio passa a ocupar o posto das duas ou três causas mais frequentes.

Segundo o boletim epidemiológico sobre suicídio no Brasil, divulgado pelo Ministério da Saúde, entre os anos de 2011 a 2016, foram notificados e registrados, no Sistema de Informação de Agravos de Notificação (SINAN), 176.226 casos de violência autoprovocada, 116.113 (65,9%) casos em mulheres, destas 74,4% estavam com idades entre 10 e 39 anos e 60.098 (34,1%) em homens, destes 70,1% se encontravam nessa mesma faixa etária (10 a 39 anos), representando um aumento de 209,4% e 194,7% respectivamente. Em relação a esse total, 27,4% (48.204) foram de casos de tentativas de suicídio, 33.269 (69,0%) em mulheres com 73,1% delas na faixa etária entre 10 e 39 anos e 14.931 (31,0%) em homens também houve concentração nas faixas etárias entre 10 e 39 anos com 71,1%³⁸.

na questão do suicídio no Brasil. Dissertação (Mestrado em Informação e Comunicação em Saúde) - Instituto de Comunicação e Informação Científica e Tecnológica em Saúde, Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2011.

28 GONÇALVES, Ludmilla R. C.; GONÇALVES, Eduardo; OLIVEIRA JÚNIOR, Lourival Batista de. Determinantes espaciais e socioeconômicos do suicídio no Brasil: uma abordagem regional. *Nova Economia*, Belo Horizonte, v. 21, n. 2, p. 281-316, 2011.

29 BARBOSA, Fabiana de Oliveira; MACEDO, Paula Costa Mosca; SILVEIRA, Rosa Maria Carvalho da. Depressão e o suicídio. *Rev. SBPH*, v. 14, n. 1, p. 233-243, 2011.

30 BOTEAGA, Neury José. Suicídio: saindo da sombra em direção a um Plano Nacional de Prevenção. *Revista Brasileira de Psiquiatria*, v. 29, n. 1, p. 7-8, 2007.

31 BOTEAGA, Neury José *et al.* Prevenção do comportamento suicida. *Psico*, v. 37, n. 3, p. 213-220, 2006.

32 BORGES, Vivian Roxo; WERLANG, Blanca Susana Guevara; COPATTI, Mônica. Ideação suicida em adolescentes de 13 a 17 anos. *Barbarói*, n. 28, p. 109-123, 2008.

33 LOVISI, Giovanni Marcos *et al.* Análise epidemiológica do suicídio no Brasil entre 1980 e 2006. *Rev Bras Psiquiatr.*, São Paulo, v. 31, n. (Supl II), p. S86-93, 2009.

34 OMS. *Global Accelerated Action for the Health of Adolescents (AA-HA!): guidance to support country implementation*. 2017. Disponível em: <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/255415/1/9789241512343-eng.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2018.

35 CANTÃO, Luiza; BOTTI, Nadja Cristiane Lappann. Suicídio na população de 10 a 19 anos em minas gerais (1997-2011). *R. Enferm. Cent. O. Min.*, v. 3, n. 4, p. 1262-1267, 2014.

36 OMS. *Global Accelerated Action for the Health of Adolescents (AA-HA!): guidance to support country implementation*. 2017. Disponível em: <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/255415/1/9789241512343-eng.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2018.

37 BOTEAGA, Neury José. Suicídio: saindo da sombra em direção a um Plano Nacional de Prevenção. *Revista Brasileira de Psiquiatria*, v. 29, n. 1, p. 7-8, 2007.

38 BRASIL. Suicídio: saber, agir e prevenir. *Boletim Epidemiológico, Secretaria de Vigilância em Saúde* – Ministério da Saúde, Brasília,

Diversos estudiosos trabalham em suas pesquisas a ocorrência do fenômeno do suicídio em grupos de adolescentes e jovens adultos^{39,40,41}. Essa fase, adolescência, tem sido considerada pelos pesquisadores como um período de vulnerabilidade para o comportamento suicida⁴².

Borges, Werlang e Copatti⁴³ em sua pesquisa “ideação suicida em adolescentes de 13 a 17 anos” objetivaram verificar a existência de ideação suicida em adolescentes e sua possível relação com a intensidade de depressão. Foram pesquisados 204 adolescentes da cidade de Erechim (RS) com idade entre 13 e 17 anos. Constatou-se que 65 dos adolescentes pesquisados apresentaram ideação suicida, número que representou 31,9%.

Araújo, Vieira e Coutinho⁴⁴ realizaram uma pesquisa com 90 estudantes do ensino médio de uma escola pública do município de João Pessoa (PB) com o objetivo de compreender as representações sociais referente a ideação suicida elaborada por esses estudantes. Observou-se nesse estudo que 22,2% dos adolescentes apresentaram ideação suicida, o que se caracteriza um índice bastante preocupante, pois seria a ideação suicida um dos fatores de risco para o suicídio consumado.

Braga e Dell’Aglío⁴⁵, em “Suicídio na adolescência: fatores de risco, depressão e gênero” discutem, com base em revisão da literatura, os fatores de risco associados ao suicídio na adolescência e as características epidemiológicas desse grupo que tentam ou cometem suicídio. Esse estudo expôs alguns fatores de risco ao suicídio mais relevantes na adolescência. Dentre eles encontram-se a exposição a diferentes tipos de violência, problemas familiares e o uso de drogas sejam elas lícitas e/ou ilícitas.

A população, quando vista de um prisma global, apresenta um grande número de ideias, tentativas e suicídios. Ao se restringir o foco de análise, tomando como parâmetro a população de adolescentes e jovens adultos, pode-se perceber um índice ainda mais preocupante, em comparação a outras faixas etárias, como constatado com os resultados das pesquisas anteriormente mencionadas. Entretanto, além dessa especificidade etária, ainda é possível analisar, com base em perspectiva voltada para aos grupos vulneráveis, o que evidencia taxas de ideias, tentativas e suicídios ainda maiores nessas parcelas da população, exigindo, assim, demandas específicas por parte do Estado.

A saúde pública possui como base o conhecimento de diferentes áreas como a psicologia, sociologia, a criminologia e a educação. Essa abordagem possui como ênfase a ação coletiva, em que se tem comprovado que os esforços de diferentes setores como saúde, educação, justiça e políticas são necessários para solucionar problemas que a princípio são considerados unicamente da medicina⁴⁶.

De acordo com a OPAS/OMS, esses grupos vulneráveis, que sofrem discriminação nos diferentes espaços de interação social, estão em risco a esse grave problema de saúde pública, apresentando elevadas taxas de suicídio como os refugiados e migrantes, indígenas, Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transgêneros e Interse-

v. 48, n. 30, 2017b. Não paginado.

39 BORGES, Vivian Roxo; WERLANG, Blanca Susana Guevara. Estudo de ideação suicida em adolescentes de 13 e 19 anos. *Revista Psicologia, Saúde & Doenças*, v. 7, n. 2, p. 195-209, 2006.

40 BORGES, Vivian Roxo; WERLANG, Blanca Susana Guevara; COPATTI, Mônica. Ideação suicida em adolescentes de 13 a 17 anos. *Barbarói*, n. 28, p. 109-123, 2008.

41 WERLANG, B. S. G.; BORGES, V. R.; FENSTERSEIFER, L. Fatores de risco ou proteção para a presença de ideação suicida na adolescência. *Revista Interamericana de Psicologia*, v. 39, n. 2, p. 259-266, 2005.

42 CANTÃO, Luiza; BOTTI, Nadja Cristiane Lappann. Suicídio na população de 10 a 19 anos em minas gerais (1997-2011). *R. Enferm. Cent. O. Min.*, v. 3, n. 4, p. 1262-1267, 2014.

43 BORGES, Vivian Roxo; WERLANG, Blanca Susana Guevara; COPATTI, Mônica. Ideação suicida em adolescentes de 13 a 17 anos. *Barbarói*, n. 28, p. 109-123, 2008.

44 ARAÚJO, Luciene da Costa; VIEIRA, Kay Francis Leal; COUTINHO, Maria da Penha de Lima. Ideação suicida na adolescência: um enfoque psicossociológico no contexto do ensino médio. *Psico-USF*, v.15, n.1, p. 47-57, 2010.

45 BRAGA, Luiza de Lima; DELL’AGLIO, Débora Dalbosco. Suicídio na adolescência: fatores de risco, depressão e gênero. *Contextos Clínic*, v. 6, n. 1, p. 2-14, 2013.

46 DAHLBERG, Linda L.; KRUG, Etienne G. Violência: um problema global de saúde pública. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 11, n. Suppl., p. 1163-1178, 2006.

xuais (LGBT) e pessoas privadas de liberdade⁴⁷.

Essas altas taxas de suicídio e tentativas na população LGBT é uma evidência do sofrimento psíquico associado à LGBTfobia^{48,49,50}. Essas evidências indicam que esse sofrimento psíquico ocasionado pelo preconceito, discriminação e violência gera uma vulnerabilidade dos integrantes LGBT para a adoção de comportamentos de risco⁵¹.

É notório que o ambiente em que as pessoas estão inseridas pode influenciar, de forma substancial, alguns fatores de risco ao suicídio. Dentre esses fatores presentes na comunidade e nas relações que estão associados ao risco de suicídio, estão os desastres, guerras e conflitos, estresse por aculturação, discriminação, traumas psicológicos ou abuso, sentido de isolamento e falta de apoio social⁵².

A OMS⁵³ aponta a importância das leis e políticas públicas para a proteção, promoção e garantia do direito à saúde dos adolescentes, devendo o arcabouço jurídico estar baseado nos princípios reconhecidos dos direitos humanos internacionais. Essas leis devem, dentre outras coisas, assegurar que os serviços que necessitem os adolescentes estejam disponíveis e acessíveis, sem nenhuma discriminação.

Em dados divulgados em 2014 pela OMS, o Brasil ocupava, em 2012, o oitavo lugar em números absolutos de suicídios no mundo com um total de 11821 por ano. A OMS destaca que alguns grupos são considerados mais vulneráveis⁵⁴, dentre estes encontra-se a população LGBT, devido à discriminação e violência sofrida em razão da orientação sexual e identidade de gênero. Além desses fatores de risco, a população jovem LGBT se destaca com um índice ainda maior de suicídios. Estando essa população inserida em dois contextos de vulnerabilidade no que tange ao fenômeno trabalhado neste artigo, ocorrendo uma “interseccionalidade de vulnerabilidades” tornando esse grupo ainda mais (hiper)vulnerável devido às suas especificidades. Presume-se, dessa forma, que adolescentes LGBT “configuram-se como população vulnerável, tanto pela condição adolescente, quanto pela violência e exclusão que estão expostos”⁵⁵.

Torna-se importante esclarecer, como defendido pelo professor Barrientos⁵⁶, que os efeitos das vulnerabilidades geradas pela presença de distintos marcadores de diferenças sociais são aditivos como classe, raça, gênero, faixa etária, situação de rua e outros. Alguns autores de trabalhos científicos já publicados buscam, em suas pesquisas, justamente essa “interseccionalidade de vulnerabilidades” desse fenômeno, ou seja, trabalham o suicídio em adolescentes LGBT. Barrientos⁵⁷ afirma, ainda, que a propensão ao suicídio é mais

47 OPAS/OMS. *Grave problema de saúde pública, suicídio é responsável por uma morte a cada 40 segundos no mundo*. 2016. Disponível em: http://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5221:grave-problema-de-saude-publica-suicidio-responsavel-por-uma-morte-a-cada-40-segundos-no-mundo&Itemid=839>. Acesso em: 09 nov. 2017.

48 LGBTfobia é um termo que trata do preconceito e discriminação dirigidos as pessoas Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais em razão de sua orientação sexual e/ou identidade de gênero.

49 DUARTE, Marco José de Oliveira. *Diversidade sexual e saúde mental*. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE ESTUDOS SOBRE A DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ESTUDOS DA HOMOCULTURA., 6. Salvador, 2012.

50 NARDI, Henrique Caetano; RIOS, Roger Raupp; MACHADO, Paula Sandrine. Diversidade sexual: políticas públicas e igualdade de direitos. *Athena Digital: Revista de pensamento e investigação social*, v. 12, n. 3, p. 255-266, 2012.

51 ALBUQUERQUE, Grayce Alencar; PARENTE, Jeanderson Soares; MOREIRA, Felice Teles Lira dos Santos. Violência como violação dos direitos humanos de minorias sexuais: impactos na saúde. *Rev. Saúde.Com*, v. 13, n. 4, p. 1034-1043, 2017.

52 WHO. *Preventing suicide: a global imperative*. 2014. Disponível em: http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/131056/9789241564779_eng.pdf?sequence=1. Acesso em: 16 mar. 2018.

53 OMS. *Global Accelerated Action for the Health of Adolescents (AA-HA!): guidance to support country implementation*. 2017. Disponível em: <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/255415/1/9789241512343-eng.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2018

54 WHO. *Preventing suicide: a global imperative*. 2014. Disponível em: http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/131056/9789241564779_eng.pdf?sequence=1. Acesso em: 16 mar. 2018.

55 NATARELLI, Taison Regis Penariol *et al.* O impacto da homofobia na saúde de adolescentes homossexuais. *Escola Anna Nery*, v. 19, n. 4, p. 664-670, 2015. p. 665.

56 BARRIENTOS, Jaime. Preconceito e ódio disparam o processo de suicídio na população LGBT. *Revista do Instituto Humanitas Unisinos – IHU*, n. 515, p. 52-53, 2017.

57 BARRIENTOS, Jaime. Preconceito e ódio disparam o processo de suicídio na população LGBT. *Revista do Instituto Humanitas Unisinos – IHU*, n. 515, p. 52-53, 2017.

acentuada em jovens LGBT de 15 a 29 anos devido ao fato de ser nessa faixa etária que as pessoas LGBT estão mais submetidas à violência LGBTfóbica, violência que afeta a saúde mental desses sujeitos.

Celorio⁵⁸ afirma que esses jovens LGBT possuem essa vulnerabilidade e fragilidade maior à tentativa de suicídio e ao suicídio devido à deterioração da saúde mental dessas pessoas ocasionada pela LGBTfobia. Tal compreensão está em consonância com o entendimento do conceito de saúde definido pela OMS, segundo o qual “um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença ou enfermidade”⁵⁹.

Gomes e Castelluccio⁶⁰ revelam que estudos produzidos nos Estados Unidos demonstraram que um terço dos adolescentes LGBT apresentam tendências suicidas antes dos 17 anos. Esses autores assinalam que o risco é sete vezes maior de um jovem LGB cometer suicídio do que um adolescente heterossexual. Kenagy⁶¹, em pesquisa realizada com 182 pessoas transexuais, apontou que, em relação a 176 que responderam ao quesito sobre suicídio, 30,1% já tentaram suicídio e, em relação às que relataram ter tentado suicídio, 67,3% de 49 pessoas afirmaram tentar o suicídio porque eram pessoas transexuais. Já em jovens transexuais o estudo de Grossman e D’Augelli⁶², realizado com 55 pessoas transexuais de 15 a 21 anos, apontou que 26% desses jovens já tentaram suicídio.

Natarelli et al.⁶³ buscaram compreender em “o impacto da homofobia na saúde do adolescente” quais tipos e os impactos da violência causam na saúde dos adolescentes com orientação sexual não heteronormativa. O estudo foi feito com 9 adolescentes de ambos os sexos entre 10 e 19 de um município do interior de São Paulo que se autodeclararam homossexuais. Os autores revelam e ilustram com alguns trechos das entrevistas que os adolescentes relataram “a presença de ideais e comportamentos homofóbicos dentro dos serviços de saúde e entre seus profissionais, tratados como elementos capazes de dificultar o acesso à saúde e a um atendimento integral”.

Rocha-Buelvas⁶⁴ ressalta que as pessoas LGBT são excluídas dos serviços de saúde pública devido à falta de formação dos profissionais que não estão educados e nem preparados para atender de maneira satisfatória esse público. Em pesquisa realizada em 2007, na 10ª parada LGBT da cidade de São Paulo, demonstrou-se que 67% dos participantes declararam já ter sido vítima de discriminação. Dentre os ambientes e situações em que os participantes passaram por discriminação, encontram-se os serviços de saúde e a doação de sangue, emprego, comércio, escola ou faculdade, ambiente familiar, entre amigos e vizinhos, ambiente religioso, em delegacias⁶⁵.

O Ministério da Saúde, com reconhecimento dos efeitos causados pela discriminação e exclusão, no que se refere ao processo de saúde-doença dessa população e dos princípios constitucionais da garantia da cidadania e da dignidade da pessoa humana, por meio da Portaria nº 2.836 de 1º de dezembro de 2011, instituiu

58 CELORIO, Mariana. Violencia biopolítica contra poblacions de la diversidad sexual: homofobia, derechos humanos y ciudadanía precaria. *El Cotidiano*, n. 202, p. 17-29, 2017.

59 OMS. Constitution of the world health organization. In: OMS. *Basic documents*, 47 ed. Switzerland, 2009. Disponível em: http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/44192/1/9789241650472_eng.pdf. Acesso em: 11 fev. 2018. p. 1. Tradução nossa.

60 GOMES, Ana Maria; CASTELLUCCIO, Mateus de Castro. Diversidade sexual e direitos LGBT. In: MOTTI, Antonio José Angelo; FARIA, Thais Dumêt. *Programa de Ações Integradas e Referenciais de Enfrentamento à Violência Sexual Infanto-Juvenil no Território Brasileiro (PAIR)*. Campo Grande: UFMS, 2009.

61 KENAGY, Gretchen P. Transgender health: findings from two needs assessment studies in Philadelphia. *Health & social work*, v. 30, n. 1, p. 19-26, 2005.

62 GROSSMAN, Arnold H.; D’AUGELLI, Anthony R. Transgender youth and life-threatening behaviors. *Suicide and life-threatening behavior*, v. 37, n. 5, p. 527-537, 2007.

63 NATARELLI, Taison Regis Penariol et al. O impacto da homofobia na saúde de adolescentes homossexuais. *Escola Anna Nery*, v. 19, n. 4, p. 664-670, 2015. p. 668.

64 ROCHA-BUELVAS, Anderson. El riesgo suicida y los significados de las minorías sexuales: un nuevo reto para la salud pública. *Revista de la Facultad de Medicina*, v. 63, n. 3, p. 537-544, 2015.

65 BRASIL. Ministério da Saúde. *Temático prevenção de violência e cultura de paz III*. Brasília: Organização Pan-Americana de Saúde, 2008.

a “Política Nacional de Saúde Integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (LGBT)”, que possui como objetivo a promoção da saúde integral da população LGBT, combatendo os estigmas relacionados a essa população⁶⁶.

Entretanto, é perceptível que a Política Nacional de Saúde Integral de LGBT ainda necessita ser efetivada na prática dos atendimentos diários, pois muito ainda se mantém apenas nos textos legais, devendo o Estado garantir real inclusão e equidade no SUS para esses sujeitos. Nesse sentido Borges, Estrela e Felix⁶⁷ apontam justamente a fragilidade dos serviços de saúde como um dos fatores da ocorrência de uma maior taxa de suicídio de pessoas LGBT na região nordeste brasileira, além de outros fatores como a não aceitação familiar e social e da dificuldade de acesso ao mercado de trabalho. Assim como aponta a pesquisa de Kenagy⁶⁸ realizada na Filadélfia, nos Estados Unidos, que evidenciou que as pessoas transexuais sofrem discriminação no sistema de saúde por causa da sua identidade de gênero. Nessa mesma pesquisa, Kenagy⁶⁹ aponta que um quarto das pessoas entrevistadas por ela tiveram negado o acesso a serviços médicos por serem transexuais.

Desse modo evidencia-se que o acesso à saúde das pessoas LGBT ainda apresenta grande fragilidade devido ao estigma social, preconceito e discriminação que impedem tais sujeitos de acessarem o sistema de saúde. Fato que pode ocasionar uma maior taxa de suicídio em regiões específicas em que tal acesso seja mais dificultado devido ao preconceito no atendimento de saúde.

3. VIOLÊNCIA, SAÚDE E POPULAÇÃO LGBT

A violência tem sido um tema importante na pauta dos movimentos LGBT desde 1980 e, de modo progressivo, para a mídia e o governo. Esses autores apontam que as denúncias dessas discriminações motivadas por orientação sexual se tornaram marco na trajetória desse movimento que caracterizou essa violência como “homofobia”⁷⁰. Araújo⁷¹ aponta que a violência simbólica/não física ou física traz impactos severos às vítimas tendo potencial de culminar em suicídio ou homicídio. Essa autora ainda afirma que essa experiência de ser vítima de violências LGBTfóbicas podem gerar diversos problemas de saúde, dentre esses, ela aponta a ansiedade, depressão e o suicídio.

[...] a violência é um fenômeno sociohistórico e acompanha toda a experiência da humanidade. Portanto, ela não é, em si, uma questão de saúde pública. Transforma-se em problema para a área, porém, porque afeta a saúde individual e coletiva e exige, para sua prevenção e tratamento, formulação de políticas específicas e organização de práticas e de serviços peculiares ao setor⁷².

O Ministério da Saúde apontou, no painel de indicadores do SUS nº 5, com a temática “prevenção de violências e cultura de paz”, publicado em 2008, que, no período compreendido de 1980 a 2005, foram assassinados no Brasil 2.511 pessoas LGBT. A maioria desses assassinatos ocorreram devido a crimes LGBTfóbicos. Dentre esse número, 72% eram gays, 3% lésbicas e 25% travestis. O Ministério da Saúde ainda

66 BRASIL. Ministério da saúde. *Política nacional de saúde integral de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais*. Brasília: MS, 2013.

67 BORGES, Adriana Teotonio; ESTRELA, Noábia Maria Freitas; FELIX, Maria Orlianni Santos Dantas. *Políticas de saúde para lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais no Brasil: em busca de universalidade, integralidade e equidade*. In: SEMINÁRIO NACIONAL DE SERVIÇO SOCIAL, TRABALHO E POLÍTICAS SOCIAIS.,2. Florianópolis, 2017.

68 KENAGY, Gretchen P. Transgender health: findings from two needs assessment studies in Philadelphia. *Health & social work*, v. 30, n. 1, p. 19-26, 2005.

69 KENAGY, Gretchen P. Transgender health: findings from two needs assessment studies in Philadelphia. *Health & social work*, v. 30, n. 1, p. 19-26, 2005.

70 RAMOS, Sílvia; CARRARA, Sérgio. A constituição da problemática da violência contra homossexuais: a articulação entre ativismo e academia na elaboração de políticas públicas. *Physis: revista de saúde coletiva*, v. 16, n. 2, p. 185-205, 2006.

71 ARAÚJO, Cátia Daniela. *Os discursos sociais sobre os crimes e a violência perpetrados contra pessoas LGBT nos media*. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais e do Comportamento) - Instituto Universitário da Maia, Cidade da Maia, 2014.

72 MINAYO, Maria Cecília de Souza. Violência: um problema para a saúde dos brasileiros. In: BRASIL. Impacto da violência na saúde dos brasileiros. Brasília: Ministério da Saúde, 2005.

aponta que no Brasil transexuais e travestis são proporcionalmente mais agredidas do que lésbicas e gays⁷³.

Já em pesquisa feita sobre o Disque Defesa Homossexual (DDH), da Secretaria de Segurança do Estado Rio de Janeiro, se constatou a ocorrência de 500 denúncias em que houve, além de uma porcentagem significativa de assassinatos (6.3%), denúncias de discriminação (20.2%), agressão física e também de extorsão (10.3%)⁷⁴. É importante atentar para essas violências sofridas pela população LGBT, pois elas implicam “profundo impacto sobre a saúde mental de integrantes LGBT”⁷⁵. Portanto, a violência constitui um dos espaços necessários de atuação do Estado em relação à busca pela efetivação da saúde da população LGBT.

A realidade da violência contra a população LGBT no Brasil é revelada também nos dados dos relatórios divulgados pelo GGB de 2010 a 2017. Nesse período houve um aumento de aproximadamente 71,15% no número de pessoas LGBT assassinadas no Brasil por ano. Houve, ainda, um crescimento de aproximadamente 29,73% desse número em apenas um ano, de 2016 a 2017. O ano de 2017 ficou marcado, como aponta o GGB, como o ano com mais assassinatos desde que esse grupo começou as suas pesquisas há cerca de 37 anos.

Já em relação à idade das vítimas do ano de 2017, o grupo apontou que 41,2% eram menores de 18 anos, 32,9% tinham idades entre 18 a 25 anos e 5,7% de 26 a 40 anos. Esses dados revelam que as pessoas LGBT assassinadas no Brasil são majoritariamente constituídas por jovens. 74,1% dos assassinatos ocorridos em 2017 de pessoas LGBT no Brasil possuíam 25 anos ou menos⁷⁶.

Essa “violência letal contra homossexuais — e mais especialmente contra travestis e transgêneros — é, sem dúvida, uma das faces mais trágicas da discriminação por orientação sexual ou homofobia no Brasil”⁷⁷.

A organização não governamental Transgender Europe (TGEU) apontou, em sua publicação resultante do projeto “Trans Murder Monitoring (TMM)”, que, entre o período de 01 de janeiro de 2008 a 30 de abril de 2016, foram assassinadas 2.115 pessoas trans e de gênero diverso em 65 países. O Brasil desponta como o país com maior número de assassinatos em números absolutos com um total de 845, ficando muito à frente do segundo colocado o México com 247 e em terceiro os Estados Unidos com 141 assassinatos. Em números proporcionais (número de assassinatos/milhão de habitantes) o Brasil ficou em quarto lugar atrás apenas de Honduras, Guiana e El Salvador. Esses números brasileiros representam 40% dos assassinatos desse período no mundo e 42% dos ocorridos em 2016⁷⁸.

Essa mesma organização publicou em 2017 uma atualização desses dados anteriormente apresentados. Foi demonstrado que, no período compreendido entre 01 de outubro de 2016 a 30 de setembro de 2017, ocorreram 325 assassinatos de pessoas trans e de gênero diverso no mundo, representando um aumento de 30 casos em relação ao mesmo período do ano anterior. Nesse período o Brasil ficou em primeiro lugar com 171 assassinatos, seguido pelo México com 56 e Estados Unidos com 25. De 01 de janeiro de 2008 a 30 de setembro de 2017, houve 2.609 casos reportados em 71 países, o Brasil permaneceu novamente em primeiro lugar nesse período em números absolutos com 1.071 assassinatos, seguido pelo México com 337 e Estados Unidos com 181. Já em números relativos, o Brasil passou da quarta posição para a terceira, ficando atrás, apenas, de Honduras e El Salvador. É importante mencionar que essa ONG salienta que esses números não

73 BRASIL. Ministério da Saúde. *Temático prevenção de violência e cultura de paz III*. Brasília: Organização Pan-Americana de Saúde, 2008.

74 BRASIL. Conselho Nacional de Combate à Discriminação. *Brasil Sem Homofobia*: programa de combate à violência e à discriminação contra GLTB e promoção da cidadania homossexual. Brasília: Ministério da Saúde, 2004.

75 RELAÇÃO, entre violência, consumo de drogas e tentativas de suicídio em lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros. [2018?]. p. 10. Disponível em: https://dokupdf.com/download/suicidio-lgbt_5a0313afd64ab2b9bdec6a07_pdf. Acesso em: 1 abr. 2018.

76 GRUPO GAY DA BAHIA – GGB. *Relatório de assassinatos de LGBT no Brasil*. 2017. Disponível em: <http://pt.calameo.com/read/004650218f3258a331907>. Acesso em: 1 mar. 2018.

77 BRASIL. Conselho Nacional de Combate à Discriminação. *Brasil Sem Homofobia*: programa de combate à violência e à discriminação contra GLTB e promoção da cidadania homossexual. Brasília: Ministério da Saúde, 2004. p. 16.

78 TRANSGENDER EUROPE. IDAHOT 2016: Trans Murders Monitoring Update, 2016. Disponível em: <http://transrespect.org/en/idahot-2016-tmm-update/>. Acesso em: 5 mar. 2018.

são produzidos sistematicamente, o que ocasiona subnotificações tornando-se impossível estimar o número real de assassinatos⁷⁹.

Nesse sentido, é evidente que a violência encontrasse presente na vida das pessoas transexuais ocasionada pelo estigma social impregnado na identidade desses sujeitos. Kenagy⁸⁰ comprovou, em sua pesquisa realizada com pessoas transexuais, que, em relação a 78 entrevistados, 53,7% relataram que foram forçados a fazer sexo. Em relação a 80 entrevistados, 56,3%, afirmaram já ter sofrido violência em casa e 51,3%, em relação a 80 entrevistados, apontaram já ter sofrido violência física.

Importante investigação foi produzida por Waiselfisz⁸¹, intitulada “Juventude, Violência e Cidadania” em Brasília que contou com a aplicação de 401 questionários a jovens de 14 a 20 anos de 30 de junho a 13 de julho de 1995, além de 87 jovens entrevistados por método de grupo focal. Foram ouvidos ainda 49 pais e 13 professores. Os questionários revelam que os jovens participantes consideravam como violentos os atos voltados para população de um modo geral, entretanto, julgavam ser menos grave o ato de matar um mendigo, uma prostituta e um homossexual. Foi demonstrado, ainda, uma diferença no que se refere a questões econômicas. 20,8% dos entrevistados de classe A consideraram o ato de humilhar homossexuais como comum, os de classe B e C possuíram maiores taxas de 28,0% e 27,3% respectivamente.

A pesquisa em questão realizada por Waiselfisz⁸² atestou que os jovens consideravam que os homossexuais deveriam permanecer distantes, os homens apresentaram uma maior aversão e as mulheres também tiveram alto índice de preconceito. Os homens apresentaram grande repulsa às “cantadas” de homossexuais os encarando como um atentado a sua masculinidade. O autor expõe algumas falas dos jovens das escolas públicas e privadas nesse sentido:

Gosto deles lá longe. Não mexendo comigo, não é nem mexendo, não olhando para mim; A pessoa é homossexual, eu sei que não vou procurar amizade”. “Viado tem que morrer. Existe o masculino e o feminino. Ou o cara gosta de mulher ou a mulher gosta de homem e pronto.” “(...) chegou um homossexual se oferecendo para ele, e ele bateu, bateu, até matar. Como era com um homossexual, um qualquer, ficou por isso mesmo, não levou à justiça, não levou a nada. Morreu, enterraram, acabou⁸³.

Infelizmente, esses relatos de desprezo à integridade física, psicológica e moral das pessoas LGBT no Brasil se apresentam ainda socialmente aceitos, legítimos e (re)produzidos. Waiselfisz⁸⁴ constatou, ainda, que esses jovens consideraram menos grave humilhar determinadas pessoas como travestis, prostitutas e homossexuais do que deprender orelhões, placas de sinalização e pichar. Sendo compreendido por tais jovens como um ato normal a ação de humilhar travestis (27,7%) e homossexuais (25,2%). Corroborando com os resultados dessa pesquisa, Lacerda, Pereira e Camino⁸⁵ revelaram, em sua investigação feita com 220 jovens universitários de uma universidade de João Pessoa (PB), com idade média de 21 anos, que mais de três quartos desses estudantes foram categorizados como preconceituosos (metade flagrante e metade sutil). Esses autores afirmam que esse resultado corrobora o “fato do Brasil ser, ao nível mundial, um dos líderes no ranking dos assassinatos de homossexuais”.

Pesquisa realizada no México por Ortiz-Hernández e Torres⁸⁶ contou com a participação de 506 pessoas LGB com idade média de 29 anos. Segundo a pesquisa, houve forte relação entre a discriminação e

79 TRANSGENDER EUROPE. TMM Update Trans Day of Remembrance 2017, 2017. Disponível em: <http://transrespect.org/en/tmm-update-trans-day-remembrance-2017/>. Acesso em: 5 mar. 2018.

80 KENAGY, Gretchen P. Transgender health: findings from two needs assessment studies in Philadelphia. *Health & social work*, v. 30, n. 1, p. 19-26, 2005.

81 WASELFISZ, Julio Jacobo. *Juventude, violência e cidadania: os jovens de Brasília*. São Paulo: Cortez, 1998.

82 WASELFISZ, Julio Jacobo. *Juventude, violência e cidadania: os jovens de Brasília*. São Paulo: Cortez, 1998.

83 WASELFISZ, Julio Jacobo. *Juventude, violência e cidadania: os jovens de Brasília*. São Paulo: Cortez, 1998. p. 119.

84 WASELFISZ, Julio Jacobo. *Juventude, violência e cidadania: os jovens de Brasília*. São Paulo: Cortez, 1998.

85 LACERDA, Marcos; PEREIRA, Cícero; CAMINO, Leoncio. Um estudo sobre as formas de preconceito contra homossexuais na perspectiva das representações sociais. *Psicologia: reflexão e crítica*, v. 15, n. 1, p. 165-178, 2002. p. 174.

86 ORTIZ-HERNÁNDEZ, Luis.; TORRES, María Isabel. Efectos de la violencia y la discriminación en la salud mental de bisexuales, lesbianas y homosexuales. *Cad. Saúde Pública*, v. 21, n. 3, p. 913-925, 2005.

tentativas de suicídio e transtornos mentais. A violência contra essas pessoas também foi associada como um fator de risco para ideação suicida, tentativas de suicídio e transtornos mentais. Houve a prevalência de ideação suicida (39%), tentativas de suicídio (15%) e transtornos mentais (27%) nos entrevistados. O estudo encontrou as seguintes prevalências: 39,0% ideação suicida, 15,0% tentativas de suicídio, 27,0% transtornos mentais e 18,0% alcoolismo. A prevalência de alcoolismo foi de 21,0% entre as mulheres bissexuais e lésbicas, que é maior do que em mulheres heterossexuais. A discriminação foi correlacionada à tentativas de suicídio e transtornos mentais, enquanto a violência foi fator de risco para ideação suicida, tentativas de suicídio, transtornos mentais e alcoolismo.

Estudo transversal realizado nas cidades de Crato e Juazeiro do Norte (CE) com 250 indivíduos constatou, com base em dados obtidos, uma associação entre as tentativas de suicídio das pessoas LGBT com violência física e sexual. A pesquisa apresentou, ainda, que esses entrevistados LGBT que já haviam tentado o suicídio em algum momento de suas vidas tiveram uma maior presença de vitimização e consumo de substâncias psicoativas no período de 30 dias anteriores a pesquisa⁸⁷.

Duncan e Hatzenbuehler⁸⁸ constataram que esse contexto de violência pode tornar os jovens LGBT mais propensos a ter ideias suicidas. A pesquisa realizada por esses pesquisadores contou com a participação de 1.292 alunos de escolas públicas de 9 a 12 anos da cidade de Boston dos quais 108 declararam possuir uma orientação não heterossexual. Aproximadamente, um terço dos não heterossexuais relataram ideação suicida e 17% tentativa no ano anterior e os adolescentes heterossexuais relataram 9,43% de ideação e 2,43% de tentativas em igual período. Nesse estudo os adolescentes de minorias sexuais que relataram ideias e tentativas de suicídio foram mais propensos a residirem em bairros com maiores índices de violência de ódio contra LGBT. Além disso os jovens LGBT moradores de bairros com um maior índice de crimes de ódio voltado a pessoas LGBT possuíam também maior propensão a ter ideias suicidas e a tentar o suicídio do que os seus pares de minorias sexuais que residiam em bairros com taxas de crimes menores.

Os dados demonstraram que os crimes de ódio contra pessoas LGBT são fatores de risco sociocontextual adicional a adolescentes LGBT no que tange a ideias e tentativas de suicídio. Os autores afirmam que a os resultados obtidos com a pesquisa estão de acordo com a literatura que demonstram

a influência de fatores de nível sociocontextual (por exemplo, políticas de casamento do mesmo sexo) sobre as disparidades de orientação sexual na saúde mental, bem como com teorias socioecológicas, que postulam que ambientes sociais moldam resultados adversos para a saúde⁸⁹.

Assim como também assinala os resultados da pesquisa de Hatzenbuehler⁹⁰, o ambiente social pode contribuir para os riscos de tentativas de suicídios em jovens LGB além dos riscos de nível individual. Importante contribuição desse estudo foi a demonstração de que as características do ambiente social em que vivem esses jovens podem aumentar o risco de tentativas de suicídio. Ele constatou que o risco de suicídio nos jovens LGB é 20% maior em um ambiente sem apoio se comparado a um ambiente mais favorável a esses sujeitos. Dentre os jovens não heterossexuais do estudo, 21,5% apresentaram tentativas de suicídio no ano anterior e nos heterossexuais o índice foi de 4,2%.

Nesse sentido, a OMS aponta o enfrentamento da homofobia como necessário, sendo assim:

é consenso a necessidade do enfrentamento à homofobia com base no conceito de saúde da OMS, para

87 RELAÇÃO, entre violência, consumo de drogas e tentativas de suicídio em lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros. [2018?]. Disponível em: https://dokupdf.com/download/suicidio-lgbt_5a0313afd64ab2b9bdec6a07_pdf. Acesso em: 1 abr. 2018.

88 DUNCAN, Dustin T.; HATZENBUEHLER, Mark L. Lesbian, gay, bisexual, and transgender hate crimes and suicidality among a population-based sample of sexual-minority adolescents in Boston. *American journal of public health*, v. 104, n. 2, p. 272-278, 2014.

89 DUNCAN, Dustin T.; HATZENBUEHLER, Mark L. Lesbian, gay, bisexual, and transgender hate crimes and suicidality among a population-based sample of sexual-minority adolescents in Boston. *American journal of public health*, v. 104, n. 2, p. 272-278, 2014. p. 276. Tradução nossa.

90 HATZENBUEHLER, Mark L. The social environment and suicide attempts in lesbian, gay, and bisexual youth. *Pediatrics*, v. 127, n. 5, p. 896-903, 2011.

a qual a proteção do direito à livre orientação sexual e identidade de gênero não é apenas uma questão de segurança pública mas também de saúde, de direitos humanos e de cidadania, e também envolve, de maneira significativa, a saúde mental e a atenção a outras vulnerabilidades próprias desses segmentos⁹¹.

A violência pode ser compreendida como uma grande violação cometida em face aos direitos humanos, sendo esse um importante problema de saúde pública a ser enfrentado a partir de ações intersetoriais⁹². A violência cometida contra as pessoas LGBT, seguindo esse mesmo sentido, é compreendida por Rocha-Buelvas⁹³ como um impedimento para o pleno exercício dos direitos sexuais e reprodutivos. Bem como aponta Rodríguez e Laguardia⁹⁴ que qualquer “ser humano que seja excluído por não responder às demandas de uma sociedade, exclusivamente heterossexista, em que não há lugar para a diversidade, estará dilacerando sua saúde sexual”.

O Estado deve atuar para garantir a efetividade desses direitos até então negados para que assim contribua para a diminuição de um estigma social e, conseqüentemente, para melhoria da saúde mental dessa parcela da população. Desse modo, Andrade, Cartaxo e Correia apontam como um dos modos possíveis de diminuição do preconceito social direcionado as pessoas LGBT a implementação e o desenvolvimento de políticas públicas⁹⁵.

Roa⁹⁶ compreende que “a legislação de um país pode ajudar a incorporar os grupos vulneráveis ao exercício de uma cidadania plena, que lhes garantisse o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos”. Ele cita como exemplo de legislações que podem ajudar nessa incorporação a aprovação em diversos países do casamento entre pessoas do mesmo sexo, da adoção de crianças e a promulgação da lei 1482 de 2011 na Colômbia que tipificou como crime qualquer tipo de discriminação com sanções penais e econômicas, estando incluídas as discriminações contra as pessoas LGBT. Esse tipo de lei de antidiscriminação é citada por Solazzo, Brown e Gorman⁹⁷ como significativa para a saúde das pessoas não heterossexuais dos Estados Unidos.

4. ESTIGMA, DISCRIMINAÇÃO E SUICÍDIO LGBT

O estigma gerado por essa discriminação é fator importante para a realidade que esses jovens LGBT se encontram no que se refere à situação de risco mais elevada em relação ao “uso de substâncias, doenças sexualmente transmissíveis (DST), cânceres, doenças cardiovasculares, obesidade, bullying, isolamento, rejeição, ansiedade, depressão e suicídio em comparação com a população em geral”⁹⁸. Esse fato ocorre segundo, esses estudiosos, dentre outros motivos, pelo mal atendimento a essas pessoas por motivos relacionados ao estigma social que elas sofrem e pela insensibilidade no reconhecimento de necessidades específicas dos jovens LGBT. É mencionado, ainda, a existência de uma diferença significativa entre a saúde mental e física

91 BRASIL. Ministério da Saúde. *Temático prevenção de violência e cultura de paz III*. Brasília: Organização Pan-Americana de Saúde, 2008. p. 23.

92 ALBUQUERQUE, Grayce Alencar; PARENTE, Jeanderson Soares; MOREIRA, Felice Teles Lira dos Santos. Violência como violação dos direitos humanos de minorias sexuais: impactos na saúde. *Rev. Saúde.Com*, v. 13, n. 4, p. 1034-1043, 2017.

93 ROCHA-BUELVAS, Anderson. El riesgo suicida y los significados de las minorías sexuales: un nuevo reto para la salud pública. *Revista de la Facultad de Medicina*, v. 63, n. 3, p. 537-544, 2015.

94 RODRÍGUEZ, Omar Frómata; LAGUARDIA, Tania Maité Ponce. Salud sexual y desarrollo de la sexualidad de mujeres lesbianas, en edad adulta. *Revista Sexología y Sociedad*, v. 19, n. 2, p. 102-115, 2013. p. 114. Tradução nossa.

95 ANDRADE, Mariana Dionísio de; CARTAXO, Marina Andrade; CORREIA, Daniel Camurça. Representações sociais no sistema de justiça criminal: proteção normativa e políticas públicas para o apenado LGBT. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 1, 2018.

96 ROA, Carlos Alejandro Pineda. Etiología social del riesgo de suicidio en adolescentes y jóvenes lesbianas, gay y bisexuales: una revisión. *Psicogente*, v. 16, n. 29, p. 218-234, 2013. p. 230. Tradução nossa.

97 SOLAZZO, Alexa; BROWN, Tony N. GORMAN, Bridget K. State-level climate, antidiscrimination law, and sexual minority health status: an ecological study. *Social Science & Medicine*, v. 196, p. 158-165, 2018.

98 HAFEEZ, Hudaisa et al. Health care disparities among lesbian, gay, bisexual, and transgender youth: a literature review. *Cureus*, v. 9, n. 4, p. 1-7, 2017. p. 1. Tradução nossa.

de jovens LGBT e dos jovens cis-heterossexuais. Esse fato é entendido como relacionado a questões como estigma, estresse social, vitimização e rejeição familiar. Nesse mesmo sentido, Russell e Fish⁹⁹ apontam a falta de apoio aos jovens LGBT pelas diversas instituições sociais a exemplo da escola e família como limitador dos direitos e proteção assim como também levam esses jovens a uma vulnerabilidade maior a eventos que podem afetar negativamente a saúde mental.

As discriminações fundamentadas na orientação sexual e identidade de gênero têm sido relacionadas a diversos resultados negativos de saúde física e psicológica em pessoas LGBT, estando incluso também um aumento de ideações suicidas. Esses autores mencionam que, dentro do espaço amostral da pesquisa, foi possível estabelecer, estatisticamente, relação entre a discriminação direcionada às pessoas LGBT e os problemas de saúde mental¹⁰⁰. Desse modo, o

estresse crônico associado à pertença a um grupo social minoritário, estigmatizado e vitimizado, eleva as chances para uso/abuso de drogas e desordens psicológicas no grupo LGBT e está condição pode incitar às tentativas de suicídio¹⁰¹.

Desse modo, é perceptível que a população LGBT possui especificidades no que tange aos fatores de risco ao suicídio na população de um modo geral, sendo definida como um grupo vulnerável¹⁰². A OMS¹⁰³ classifica a discriminação como um dos fatores de risco ao suicídio associado a comunidade em que o sujeito está inserido. Um dos grupos vulneráveis mencionados por essa organização é a população LGBT.

Almeida *et al.*¹⁰⁴ afirmam que há ampla gama de evidências que apontam que os adolescentes que se identificam como lésbica, gays ou bissexuais, além dos que se sentem atraídos ou já tiveram relações sexuais ou românticas com pessoas do mesmo sexo, são mais propensos do que adolescentes heterossexuais a apresentarem sofrimento emocional. Dentre estes estão incluídos sintomas depressivos, ideação suicida e tentativas de suicídio. Esses autores apontam, ainda, que as pessoas que se identificam enquanto transexuais também possuem aumento do sofrimento emocional. Já para Bostwick *et al.* (2014), a discriminação constitui um fator prejudicial da saúde mental das pessoas com orientação sexual não heteronormativa e contribui, ainda, para um aumento de transtornos de saúde mental.

Gomes, Reis e Kurashige¹⁰⁵ afirmam que o preconceito são juízos antecipados baseados em uma generalização deformada ou incompleta, “sendo uma atitude hostil e negativa para com determinada pessoa ou grupo”. Generalização esta que é denominada como estereótipo, em que:

o ato de estereotipar acaba assim criando uma categoria social, no caso dos homossexuais, altamente estigmatizada, reduzida a pessoas defeituosas e inferiores. A estigmatização dos homossexuais é assim resultado de um processo de classificar formas da sexualidade e categorizar as pessoas, criando marcas profundamente negativas e defeituosas, sendo uma das causas do preconceito e discriminação¹⁰⁶.

99 RUSSELL, Stephen T.; FISH, Jessica N. Mental health in lesbian, gay, bisexual, and transgender (LGBT) youth. *Annual review of clinical psychology*, v. 12, p. 465-487, 2016

100 SUTTER, Megan; PERRIN, Paul B. Discrimination, mental health, and suicidal ideation among LGBTQ people of color. *Journal of counseling psychology*, v. 63, n. 1, p. 98-105, 2016.

101 RELAÇÃO, entre violência, consumo de drogas e tentativas de suicídio em lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros. [2018?]. p. 13-14. Disponível em: https://dokupdf.com/download/suicidio-lgbt_5a0313afd64ab2b9bddec6a07_.pdf. Acesso em: 1 abr. 2018.

102 HAAS, A. P. *et al.* Suicide and suicide risk in lesbian, gay, bisexual, and transgender populations: review and recommendations. *Journal of Homosexuality*, v. 58, n. 1, p. 10-51, 2011.

103 WHO. Preventing suicide: a global imperative. 2014. Disponível em: http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/131056/9789241564779_eng.pdf?sequence=1. Acesso em: 16 mar. 2018.

104 ALMEIDA, Joanna *et al.* Emotional distress among LGBT youth: the influence of perceived discrimination based on sexual orientation. *Journal of youth and adolescence*, v. 38, n. 7, p. 1001-1014, 2009.

105 GOMES, Ana Maria; REIS, Aparecido Francisco dos; KURASHIGE, Keith Diego. Violência e homofobia: um estudo sobre o preconceito e a agressão contra a população LGBT em Mato Grosso do Sul. *Bagoas-Estudos Gays: gêneros e sexualidades*, v. 8, n. 11, p. 143-156, 2014. p. 147.

106 GOMES, Ana Maria; REIS, Aparecido Francisco dos; KURASHIGE, Keith Diego. Violência e homofobia: um estudo sobre o preconceito e a agressão contra a população LGBT em Mato Grosso do Sul. *Bagoas-Estudos gays: gêneros e sexualidades*, v. 8, n. 11, p. 143-156, 2014. p. 147.

Nessa concepção Ilan Meyer¹⁰⁷ construiu o conceito de “estresse minoritário” em que se baseia no princípio que as pessoas não heterossexuais, vivendo em uma sociedade heterossexista, estão submetidas ao estresse crônico em decorrência da sua estigmatização. Meyer¹⁰⁸ afirma que o estigma, preconceito e a discriminação constroem um ambiente socialmente hostil e estressante para os homossexuais sendo esse um fator que contribui na produção de problemas mentais nessa população. Portanto, esse sistema de “modelo de estresse minoritário”, proposto por ele, explica o fato de as pessoas não heterossexuais possuírem uma maior prevalência de transtorno mentais do que heterossexuais causados pelo “excesso de estressores sociais relacionados ao estigma e ao preconceito”. Esse entendimento foi seguido por Blosnich e Bossarte¹⁰⁹ ao concluírem, em sua pesquisa realizada com universitários de 18 a 24 anos, que os jovens não heterossexuais estavam em maior risco de comportamentos autolesivos e suicidas devido a uma maior exposição de estressores sociais.

Compreende-se, assim como Teixeira-Filho & Rondini¹¹⁰, que as ideias e tentativas de suicídio de pessoas não cis-heteronormativas podem estar associadas à efeitos dos processos LGBTfóbicos e não exclusivamente de processos patológicos individuais. Soliva¹¹¹ destaca, por exemplo, que a violência psicológica, a qual incluímos todas as outras formas de violência, preconceito e discriminação,

também contribui para uma percepção negativa da homossexualidade, levando esses jovens a uma sensação de não pertencimento e, por conseguinte, isolamento social que, em casos mais extremos, poderá encontrar como solução o suicídio.

Nesse mesmo sentido, Gomes e Castelluccio¹¹² esclarecem que o preconceito que atinge diferentes grupos como mulheres, homossexuais e indígenas causam “profundo sentimento de tristeza, vergonha e baixa autoestima, evoluindo para casos graves como depressão, isolamento social e até tentativas de suicídios”.

Diaz et al.¹¹³ Concluíram, em pesquisa realizada nos Estados Unidos com 912 homens latinos e com orientação sexual não heterossexual com idades entre 20 e 40 anos, que as dificuldades em saúde mental dessas pessoas estão diretamente relacionadas ao contexto de opressão social vivenciado que leva a uma alienação social, baixa autoestima e a diversos sintomas de sofrimento psicológico. Esse estudo demonstrou que, nos 6 meses que antecederam as entrevistas, registraram-se altas taxas de sintomas psicológicos de angústia que incluíam prevalência de 17% de ideiação suicida, 44% de ansiedade e 80% de humor deprimido. Os autores ainda afirmaram que as experiências de discriminação social vivenciada pelos entrevistados foram fortes fatores dos sintomas psicológicos.

Os resultados de uma pesquisa realizada com 515 pessoas transexuais demonstraram que 32% dessas pessoas entrevistadas já haviam tentado o suicídio. Foram apontados, ainda, os fatores que estavam relacionados, de modo independente, com as tentativas de suicídio. Dentre esses estavam fatores de risco individuais como idade inferior a 25 anos (pessoas mais jovens), depressão, histórico de sexo forçado e fatores de risco da sociedade como a discriminação e vitimização baseados na identidade de gênero¹¹⁴.

107 MEYER, Ilan H. Minority stress and mental health in gay men. *Journal of health and social behavior*, v. 36, n. 1, p. 38-56, 1995.

108 MEYER, Ilan H. Prejudice, social stress, and mental health in lesbian, gay, and bisexual populations: conceptual issues and research evidence. *Psychology of Sexual Orientation and Gender Diversity*, v. 1(S), p. 3-26, 2013. p. 20. Tradução nossa.

109 BLOSNIICH, John; BOSSARTE, Robert. Drivers of disparity: differences in socially based risk factors of self-injurious and suicidal behaviors among sexual minority college students. *Journal of American College Health*, v. 60, n. 2, p. 141-149, 2012.

110 TEIXEIRA-FILHO, Fernando Silva; RONDINI, Carina Alexandra. Ideações e tentativas de suicídio em adolescentes com práticas sexuais hetero e homoeróticas. *Saúde e Sociedade*, São Paulo, v. 21, n. 3, p. 651-667, 2012.

111 SOLIVA, Trelahiago Barcelos. Família e homossexualidade: uma análise da violência doméstica sofrida por jovens homossexuais. In: FAZENDO Gênero 9, 2010. p. 5.

112 GOMES, Ana Maria; CASTELLUCCIO, Mateus de Castro. Diversidade Sexual e Direitos LGBT. In: MOTTI, Antonio José Angelo; FARIA, Thais Dumêt. *Programa de Ações Integradas e Referenciais de Enfrentamento à Violência Sexual Infanto-Juvenil no Território Brasileiro (PAIR)*. Campo Grande: UFMS, 2009. p. 71.

113 DIAZ, Rafael M. et al. The impact of homophobia, poverty, and racism on the mental health of gay and bisexual Latino men: findings from 3 US cities. *American journal of public health*, v. 91, n. 6, p. 927-932, 2001.

114 CLEMENTS-NOLLE, Kristen; MARX, Rani; KATZ, Mitchell. Attempted suicide among transgender persons: the influence of gender-based discrimination and victimization. *Journal of homosexuality*, v. 51, n. 3, p. 53-69, 2006.

A pesquisa de Ryan et al.¹¹⁵ estabeleceu uma relação entre rejeição familiar de jovens LGB e impactos negativos na saúde desses sujeitos. Os resultados dessa pesquisa realizada com 224 jovens adultos latinos na faixa etária de 21 a 25 anos sinalizaram que os jovens que relataram maior taxa de rejeição familiar na adolescência estavam 8,4 vezes mais propensos a relatarem tentativas de suicídio, 5,9 vezes de relatarem níveis elevados de depressão, 3,4 mais chances de uso de drogas ilegais e 3,4 de envolvimento em relações sexuais sem proteção do que os seus pares que não relataram rejeição familiar ou baixos níveis. A vitimização sofrida na adolescência no ambiente escolar também foi destacada por Russell et al.¹¹⁶ como estando fortemente relacionada a saúde mental dos jovens LGBT. Eles realizaram um estudo com 245 jovens adultos LGBT com idades de 21 a 25 anos tendo constatado que desses jovens os que relataram alta vitimização na adolescência apresentaram 2,6 vezes mais chance de relatarem depressão e 5,6 vezes de tentar suicídio e de precisar de atenção médica nessas tentativas.

Essa pesquisa corrobora o que preconiza Caldas *et al.*,¹¹⁷ que expõe que os impactos da homofobia no bem-estar físico e mental desses adolescentes ultrapassam em diversos casos a juventude. Esses autores compreendem que tais impactos como a potencialização de uma “baixa autoestima, isolamento, ansiedade, fracasso escolar, depressão e ideias suicidas” são gerados pela vitimização que os adolescentes LGBT enfrentam nas escolas. Russell et al.¹¹⁸ compreendem que reduzir essa vitimização nas escolas poderá propiciar “ganhos significativos de saúde a longo prazo e reduzirá as disparidades de saúde para as pessoas LGBT”. Esses autores entendem que a redução dessa disparidade em saúde dos jovens LGBT deve ser “uma prioridade educacional e de saúde pública”.

Já Duncan e Hatzembuehler¹¹⁹ sugerem, em sua pesquisa, que adolescentes não heterossexuais que vivem em bairros com elevados índices de crimes de ódio contra pessoas LGBT podem compreender que a vitimização que os seus pares sofrem seria uma espécie de “sanção social”, o que acabaria enviando uma informação sobre a aceitabilidade desses sujeitos no espaço comunitário.

Borrillo¹²⁰ define a homofobia como a atitude de hostilidade direcionada aos homossexuais. No mesmo sentido que a homofobia, a LGBTfobia pode ser caracterizada como a hostilidade direcionada as pessoas LGBT. A LGBTfobia abarca os preconceitos e discriminações em razão da sexualidade e/ou da identidade de gênero desviantes da norma socialmente estabelecida. Diferenciando-se, portanto, do conceito de homofobia que abrange apenas os preconceitos e discriminações dirigidos às pessoas com sexualidades tidas enquanto desviantes da heterossexualidade compulsória. Lamontagne¹²¹ indica que essa homofobia [LGBTfobia] social vivenciada por esses sujeitos pode servir de base para uma internalização desse preconceito e discriminação.

Dessa forma o preconceito baseado em orientação sexual e identidade de gênero reforçam na vítima uma ideia de inferiorização, gerando conflitos ou internalizações da homofobia, lesbofobia, bifobia e/ou transfobia vivenciada. Há um processo de desintegralização do próprio sujeito, reforçando uma autoimagem

115 RYAN, Caitlin et al. Family rejection as a predictor of negative health outcomes in white and Latino lesbian, gay, and bisexual young adults. *Pediatrics*, v. 123, n. 1, p. 346-352, 2009.

116 RUSSELL, Stephen T. et al. Lesbian, gay, bisexual, and transgender adolescent school victimization: Implications for young adult health and adjustment. *Journal of School Health*, v. 81, n. 5, p. 223-230, 2011.

117 CALDAS, José Manuel Peixoto et al. Escuela y diversidad sexual: ¿que realidad?. *Educación em Revista*, v. 28, n. 3, p. 143-158, 2012. p. 150. Tradução nossa.

118 RUSSELL, Stephen T. et al. Lesbian, gay, bisexual, and transgender adolescent school victimization: Implications for young adult health and adjustment. *Journal of School Health*, v. 81, n. 5, p. 223-230, 2011. p. 223, tradução nossa.

119 DUNCAN, Dustin T.; HATZENBUEHLER, Mark L. Lesbian, gay, bisexual, and transgender hate crimes and suicidality among a population-based sample of sexual-minority adolescents in Boston. *American journal of public health*, v. 104, n. 2, p. 272-278, 2014.

120 BORRILLO, Daniel. A homofobia. In: LIONÇO, Tatiana; DINIZ, Debora (org.) Homofobia & educação: um desafio ao silêncio. Brasília: Letras Livres: EdUnB, 2009.

121 LAMONTAGNE, Erik et al. A socioecological measurement of homophobia for all countries and its public health impact. *European journal of public health*, 2018. [Epub ahead of print].

negativa a partir de tais valores normativos excludentes¹²².

Essa internalização da homofobia, lesbofobia, bifobia e/ou transfobia acaba gerando diversos sentimentos negativos aos sujeitos como:

Culpa, ansiedade, vergonha e depressão são as principais manifestações desses problemas. O estereótipo ainda disseminado do homossexual incapaz de ter uma vida afetiva plena, sem família e crianças, e tendo que terminar seus dias em uma solidão insuportável, aliviada frequentemente pelo suicídio, assombra o espírito de diversos homossexuais¹²³.

Nunan, citada por Cardoso e Ferro¹²⁴, afirma que são os fatores decorrentes da vulnerabilidade sofrida pela população LGBT, devido a sua estigmatização, que desencadeiam:

[...] episódios depressivos, sentimentos de culpa, medo, desconfiança, confusão, insegurança, ansiedade, vergonha, isolamento social, dificuldades de estabelecer e manter relacionamentos amorosos, disfunções sexuais, hostilidade, abuso de álcool e drogas, distúrbios alimentares e comportamento ou ideação suicida.

Nessa perspectiva diversos estudos evidenciaram que as pessoas LGBT possuem um risco consideravelmente maior de experiência ideações suicidas, de tentar ou de cometer suicídio do que pessoas cis-heteronormativas. Dentre essas pesquisas, foi realizada uma investigação na Universidade de Columbia, nos Estados Unidos, com um total de 32.000 participantes, com idades entre 12 e 17 anos, todos estudantes de escolas públicas. Esse estudo revelou que adolescentes gays são propensos a tentativa de suicídio cinco vezes mais do que adolescentes heterossexuais, já em relação aos locais onde estudam e aceitam melhor essa população, há 25% menos probabilidade de os adolescentes gays tentarem suicídio¹²⁵. Essa autora menciona, também, um estudo realizado por Fabrizio Marrasso, da entidade arco-íris Gay Center, com proximamente 4.000 adolescentes italianos que demonstrou que desse total mais de mil já pensaram em suicídio.

Em sua pesquisa, Huebner, Rebhook e Kegeles¹²⁶ aplicaram questionários auto-administrados a 1.248 homens gays e bissexuais com faixa etária entre 18 e 27 anos entre 1996 e 1997 nas cidades de Phoenix no Arizona, Albuquerque no Novo México e Austin no Texas. Desse total 83% se identificavam como homossexuais e 16% como bissexuais, sendo excluídos 15 participantes que não se identificaram como homossexual ou bissexual. O objetivo desse estudo era investigar o acúmulo de incidentes anti-homossexuais, assédio, discriminação e violência em 6 meses entre jovens homossexuais e documentar dessa forma a sua associação com a saúde mental. A pesquisa constatou que, em 6 meses, 37% relataram ter sofrido assédio verbal, 11,2% afirmaram ter sofrido discriminação e violência física foi relatado por 4,8%. Foi identificado que esses relatos de maus tratos estavam associados também a uma menor autoestima e ao aumento de ideações suicidas. Esses autores sustentam que o meio mais seguro de se prevenir a violência e a discriminação contra homossexuais é a implementação de políticas que proíbam e punam essas violências e as discriminações em razão de orientação sexual.

D'Augelli, Pilkington e Hershberger¹²⁷ realizaram uma pesquisa com uma amostra 350 jovens de 14 a 21 anos dos Estados Unidos, Canada e Nova Zelândia. Dentre esses 56% eram do sexo masculino, 83% des-

122 SILVA, Laionel Vieira da; BARBOSA, Bruno Rafael Silva Nogueira. Suicídio ou assassinato?: um outro crime por trás da prática homofóbica. *Revista Gênero e Direito*, João Pessoa, v. 3, n. 2, p. 58-78, 2014.

123 BORRILLO, Daniel. A homofobia. In: LIONÇO, Tatiana; DINIZ, Debora (org.) *Homofobia & educação: um desafio ao silêncio*. Brasília: Letras Livres: EdUnB, 2009. p. 42.

124 NUNAN, Adriana *apud* CARDOSO, Michelle Rodrigues; FERRO, Luís Felipe. Saúde e população LGBT: demandas e especificidades em questão. *Psicologia: ciência e profissão*, v. 32, n. 3, p. 552-563, 2012. p. 559.

125 ROSA, Wilzacler. *Pesquisa revela o risco de suicídio na comunidade LGBT. S.a.* Disponível em: <http://www.crp15.org.br/artigos/pesquisa-revela-o-risco-de-suicidio-na-comunidadeLgbt/>. Acesso em: 10 nov. 2017.

126 HUEBNER, David M.; REBHOOK, Gregory M.; KEGELES, Susan M. Experiences of harassment, discrimination, and physical violence among young gay and bisexual men. *American Journal of Public Health*, v. 94, n. 7, p. 1200-1203, 2004.

127 D'AUGELLI, Anthony R.; PILKINGTON, Neil W.; HERSHBERGER, Scott L. Incidence and mental health impact of sexual orientation victimization of lesbian, gay, and bisexual youths in high school. *School Psychology Quarterly*, v. 17, n. 2, p. 148-167, 2002.

ses se identificaram como homossexuais, 17% bissexuais (mais gay) e 1% (igualmente gay e heterossexual). Já o sexo feminino representou 44% onde 64% delas se identificaram como lésbica, 24% bissexuais (mais lésbicas) e 12% bissexuais (igualmente lésbica e heterossexual). Essa pesquisa demonstrou que 42% dos homens e 25% das mulheres afirmaram que já pensaram às vezes ou muitas vezes em suicídio. Aproximadamente 48% dos jovens pesquisados disseram que o pensamento suicida que tinham estava relacionado à sua orientação sexual e 22% afirmaram que a orientação estava muito relacionada aos pensamentos suicidas. Importante dado dessa pesquisa apontada por seus autores refere-se ao fato de que, em relação a esses 350 pesquisados, mais de um terço afirmou que já tentou cometer suicídio.

Almeida et al.¹²⁸, em estudo realizado com 1.032 estudantes com idades de 13 a 19 anos de 18 escolas da cidade de Boston nos Estados Unidos, demonstrou que jovens LGBT, em relação a essa amostra pesquisada, eram mais propensos do que os outros jovens cis-heterossexuais da pesquisa a possuírem sofrimento emocional devido aos altos índices de sintomas depressivos e também a uma maior probabilidade de ideação suicida.

A psicóloga Wilzacler Rosa, juntamente aos alunos do Curso de Serviço Social da Universidade Federal de Alagoas (UFAL), realizou uma pesquisa que possuía como objetivo investigar o risco de suicídio entre pessoas LGBT. A pesquisa contou com 1.600 participantes, entre os meses de agosto e novembro de 2013, com 59% de participantes do sexo masculino e 41% do sexo feminino, com idades entre 12 e 60 anos e 72% autoidentificados como homossexuais e 28% como Bissexuais¹²⁹. Os dados dessa pesquisa demonstraram que:

[...]53% Já pensou em não viver mais, 49% já verbalizou não querer mais viver, 78% afirmaram ter a sensação de querer “sumir”, 49% já desejou não viver mais, 15% afirmou ter coragem de tirar a própria vida e 10% acha que hoje em dia não teria coragem de tirar a vida mais já teve ou já tentou¹³⁰.

Já Daniela Ghorayeb¹³¹ investigou, em sua pesquisa de doutorado, a prevalência de transtornos mentais e a qualidade de vida de adolescentes homossexuais em comparação a adolescentes heterossexuais contando com um número de 80 participantes. Ela concluiu com os dados coletados que 40% dos adolescentes homossexuais possuíam uma grande prevalência de transtornos mentais enquanto os adolescentes heterossexuais eram de 20%. Somado a esse fato 35% dos sujeitos homossexuais apresentavam transtornos depressivo enquanto o número de heterossexuais era de 15%. A pesquisa revelou ainda o risco de suicídio de 10% em adolescentes homossexuais em algum período de suas vidas.

Em consonância com esses dados, Caputi, Smith e Ayers¹³², em pesquisa recentemente divulgado no *JAMA: The Journal of the American Medical Association*, constataram que os adolescentes com orientação sexual não heterossexual apresentaram uma maior probabilidade em considerar, planejar ou tentar o suicídio do que adolescentes heterossexuais. De acordo com os dados levantados, a porcentagem de adolescentes LGB (o estudo em questão não abordou o risco de suicídio em adolescentes transexuais) que consideraram, planejaram e tentaram o suicídio no ano anterior à pesquisa foi de 40%, 34,9% e 24,9% respectivamente, em contrapartida a 14,8%, 11,9% e 6,3% dos adolescentes heterossexuais que também apresentaram uma porcentagem alta. Porém, bastante reduzida se comparada aos seus pares de minorias sexuais.

Esse estudo sinalizou também que, mesmo após considerar o gênero dos sujeitos, essa prevalência de consideração, planejamento e tentativa de suicídio se manteve maior nas minorias sexuais. Nessa perspectiva

128 ALMEIDA, Joanna et al. Emotional distress among LGBT youth: the influence of perceived discrimination based on sexual orientation. *Journal of youth and adolescence*, v. 38, n. 7, p. 1001-1014, 2009.

129 ROSA, Wilzacler. *Pesquisa revela o risco de suicídio na comunidade LGBT. S.a.* Disponível em: <http://www.crp15.org.br/artigos/pesquisa-revela-o-risco-de-suicidio-na-comunidade-lgbt/>. Acesso em: 10 nov. 2017.

130 ROSA, Wilzacler. *Pesquisa revela o risco de suicídio na comunidade LGBT. S.a.* Disponível em: <http://www.crp15.org.br/artigos/pesquisa-revela-o-risco-de-suicidio-na-comunidade-lgbt/>. Acesso em: 10 nov. 2017. n. p.

131 GHORAYEB, Daniela Barbeta. *Homossexualidades na adolescência: aspectos de saúde mental, qualidade de vida, religiosidade e identidade psicossocial.* Tese (Doutorado em Ciências Médicas) - Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2012.

132 CAPUTI, Theodore L.; SMITH, Davey; AYERS, John W. Suicide risk behaviors among sexual minority adolescents in the United States, 2015. *Jama*, v. 318, n. 23, p. 2349-2351, 2017.

os autores apresentam que as mulheres lésbicas tiveram 40% de consideração de suicídio em comparação a 19,6% das mulheres heterossexuais. Em relação aos homens gays, a porcentagem foi de 25,5%, aos homens heterossexuais de 10,6%. As mulheres e homens bissexuais também demonstraram uma propensão mais elevada em relação à consideração do suicídio do que as mulheres e homens heterossexuais¹³³.

Já pesquisa publicada no periódico *Frontiers in Physiology* por Costa et al.¹³⁴ tinha como objetivo realizar uma análise da intersecção entre a experiência de estigma sexual, baixo nível econômico e as tentativas de suicídios em jovens brasileiros com idades entre 11 e 24 anos. A pesquisa contou com a participação de 9.919, com 7.185 e 2.734 coletados respectivamente entre 2004-2006 e 2010-2012. Os dados revelaram que, entre esses períodos pesquisados, houve um aumento de 60% no número de tentativas de suicídio nos jovens que experienciaram estigma sexual e uma diminuição de 20% nos que não experienciaram esse estigma.

Esses autores apontam que as pessoas que possuem uma sexualidade desviante da norma heterossexual imposta possuem suas condições sociais agravadas, se tornando mais propensos a enfrentar diversas dificuldades a mais do que as pessoas que não sofrem discriminação em relação a sua sexualidade. Eles afirmam que as consequências dessas dificuldades geradas pela discriminação sexual podem ser representadas pelo fato de um a cada quatro jovens que sofrem esse tipo de discriminação já ter tentado suicídio entre os anos de 2010 a 2012. Esses números apontam, ainda, que essa taxa equivale a um número quatro vezes maior das taxas de jovens heterossexuais e ainda mais do que o dobro das estimativas nacionais revelando, dessa forma, que essa condição se trata de uma epidemia que requer atenção imediata¹³⁵.

O GGB¹³⁶ afirma que, desde de 2016, começou a incluir os números de suicídios de pessoas LGBT em seus relatórios anuais de assassinatos de pessoas LGBT no Brasil. O grupo justifica essa inclusão em virtude de as pesquisas internacionais revelarem que a taxa de suicídios entre pessoas LGBT, especialmente jovens, são substancialmente mais elevadas do que entre pessoas cis-heterossexuais, citando um estudo que revelou que “jovens rejeitados por sua família por serem LGBT têm 8,4 vezes mais chances de tentarem suicídio” e ainda que “lésbicas, gays e bissexuais adolescentes têm até cinco vezes mais chances de se matarem do que seus colegas heterossexuais”¹³⁷.

No relatório de 2017 do GGB, foram incluídos os suicídios de 58 pessoas LGBT, número que representa um aumento de mais de 123% se comparado aos suicídios ocorridos em 2016, desse total foram 33 gays, 15 lésbicas, 7 trans e 3 bissexuais. Em relação à faixa etária, sete pessoas estavam nas faixas etárias compreendidas de 14-19 anos, 13 entre 20-29 anos e 6, de 30-36 anos, dados que demonstram ser uma população composta, marcadamente, por jovens¹³⁸.

Torna-se importante ainda atentar para os aumentos de suicídios ocorridos de 2016-2017 nos diferentes segmentos da população LGBT de acordo com os dados dos relatórios do GGB nesses anos. O maior aumento do número de suicídios ocorreu entre mulheres lésbicas contabilizando uma crescente de 400% em relação ao ano anterior, saltando de 3 para 15 casos. Em pessoas trans, o aumento foi de 250%, passando de 2 para 7 casos. Em homens gays, o crescimento foi de 57,14%, saindo de 21 casos para 33, e o número de bissexuais que cometeram suicídio saltou de 0 em 2016 para 3 em 2017.

133 CAPUTI, Theodore L.; SMITH, Davey; AYERS, John W. Suicide risk behaviors among sexual minority adolescents in the United States, 2015. *Jama*, v. 318, n. 23, p. 2349-2351, 2017.

134 COSTA, Angelo Brandelli *et al.* The experience of sexual stigma and the increased risk of attempted suicide in young Brazilian people from low socioeconomic group. *Frontiers in psychology*, v. 8, p. 1-12, 2017.

135 COSTA, Angelo Brandelli *et al.* The experience of sexual stigma and the increased risk of attempted suicide in young Brazilian people from low socioeconomic group. *Frontiers in psychology*, v. 8, p. 1-12, 2017

136 GRUPO GAY DA BAHIA – GGB. *Relatório de assassinatos de LGBT no Brasil*. 2017. Disponível em: <http://pt.calameo.com/read/004650218f3258a331907>. Acesso em: 1 mar. 2018. p. 16.

137 GRUPO GAY DA BAHIA – GGB. *Relatório de assassinatos de LGBT no Brasil*. 2017. Disponível em: <http://pt.calameo.com/read/004650218f3258a331907>. Acesso em: 1 mar. 2018. p. 16-17.

138 GRUPO GAY DA BAHIA – GGB. *Relatório de assassinatos de LGBT no Brasil*. 2017. Disponível em: <http://pt.calameo.com/read/004650218f3258a331907>. Acesso em: 1 mar. 2018.

Mesmo apresentando altas estatísticas e aumentos significativos nesses números, segundo o antropólogo Luiz Mott, esses índices representam, apenas, o que ele define como a “ponta de um iceberg de violência e sangue”, pois afirma que há uma subnotificação desses números por não existirem estatísticas governamentais sobre tais crimes, como ocorre nos Estados Unidos¹³⁹.

Durante pesquisa realizada nos relatórios publicados pelo GGB de 2010 a 2017, foi possível encontrar alguns casos de suicídios de pessoas LGBT incluídos nesses relatórios que antecedem o do ano de 2016 em que o grupo começou a contabilizar esses casos como sinalizado no relatório de 2017. Os relatórios que contabilizaram algum suicídio de pessoas LGBT são dos anos de 2013 a 2017 disponíveis para acesso no site do GGB. Os relatórios dos anos de 2010, 2011 e 2012 não contabilizaram nenhum suicídio em seus dados. Entretanto, esse fato não significa que nesses anos não houve suicídios de pessoas LGBT no Brasil, mas apenas que eles ainda não eram incluídos nos relatórios pelo GGB. É possível especular, dessa forma, que não havia até então uma compreensão clara do preconceito, discriminação e da violência como fatores relevantes para esses casos.

Os números de casos de suicídios de pessoas LGBT contabilizados nesses anos pelo GGB foram de 10 (2013), 5 (2014), 5 (2015), 26 (2016) e 56 (2017). Esses dados revelam uma realidade assustadora sobre esse grande problema de saúde pública na população LGBT. Entretanto, se tomam esses números presentes nesses relatórios de 2013 a 2017 nesse período, houve aumento de 480% no número de suicídios de pessoas LGBT no Brasil, saltando de 10 em 2013 para 58 em 2017. Entre os anos de 2015 a 2017, esse crescimento saltou para 1.060% em apenas dois anos.

O site “quem a homotransfobia matou hoje?” do GGB aponta que, entre os dias 01 de janeiro de 2018 a 10 de abril de 2018, ocorreram 126 assassinatos de pessoas LGBT no Brasil, representando uma morte a cada 19 horas. Situação similar ao ano de 2017, que ficou marcado como o ano que mais foram assassinadas pessoas LGBT no Brasil com um assassinato a cada 19 horas desde que os dados começaram a ser levantados pelo GGB. Nesse número incluem-se 40 suicídios ocorridos em um período de 100 dias (de 01/01/2018 a 10/04/2018), o que representa um suicídio a cada dois dias e meio. Em relação a causa mortis nesse período de 2018, o suicídio encontra-se em primeiro lugar com 40 casos, seguidos por tiros em segundo com 35 e arma branca em terceiro com 29 assassinatos.

5. DIREITO E SAÚDE DA POPULAÇÃO LGBT

Diferentes pesquisas têm relatado que as pessoas LGBT possuem muitas disparidades significativas no que se refere à saúde¹⁴⁰. Além disso a literatura revela que mulheres lésbicas e homens gays possuem relatos de piores resultados no tange ao estado de saúde e que estão mais longe do sistema formal de saúde¹⁴¹. A discrepância entre a saúde de pessoas homossexuais e as heterossexuais, principalmente sobre saúde mental, estão bem documentadas¹⁴². Esses últimos autores apresentam, ainda, que diversas pesquisas demonstraram maior prevalência de transtornos de depressão e ansiedade em LGB em comparação aos heterossexuais, salientando, ainda, que essa disparidade em termos de saúde é “resultado do estresse que o prejuízo e a percepção de discriminação podem causar”.

139 GRUPO GAY DA BAHIA – GGB. *Relatório de assassinatos de LGBT no Brasil*. 2017. Disponível em: <http://pt.calameo.com/read/004650218f3258a331907>. Acesso em: 1 mar. 2018.

140 TULLER, David. The health effects of legalizing same-sex marriage. *Health Affairs*, v. 36, n. 6, p. 978-981, 2017.

141 SOLAZZO, Alexa; BROWN, Tony N. GORMAN, Bridget K. State-level climate, antidiscrimination law, and sexual minority health status: an ecological study. *Social Science & Medicine*, v. 196, p. 158-165, 2018.

142 BOSTWICK, Wendy B. *et al.* Discrimination and mental health among lesbian, gay, and bisexual adults in the United States. *American Journal of Orthopsychiatry*, v. 84, n. 1, p. 35-45, 2014. p. 35, tradução nossa.

Hatzenbuehler e Keyes¹⁴³, ao notarem uma variação geográfica existente entre os números das tentativas de suicídio de jovens lésbicas e homossexuais, sugeriram que os fatores sociais e contextuais são elementos importantes para essa disparidade. Nessa acepção, Solazzo, Brown e Gorman¹⁴⁴ enfatizam que diversos pesquisadores da área da saúde consideram de extrema relevância as pesquisas sobre mudanças legais que afetem a sua visibilidade social e o seu reconhecimento.

Williams *et al.*¹⁴⁵ ressaltam que, para diminuir as disparidades de saúde, deve-se atentar para os determinantes sociais de saúde de modo geral e não apenas os que estejam dentro do sistema de saúde. Considera-se, dessa maneira, que as melhorias sociais podem influenciar na saúde das pessoas. Deve-se atentar para os diferentes determinantes de saúde como o acesso a recursos sociais e estrutura política e econômica. Raramente, a influência que as políticas podem ter na saúde da população LGB foi discutida na esfera pública. Mesmo os pesquisadores das ciências sociais demonstraram diferentes evidências que algumas políticas têm implicado no desenvolvimento da saúde mental desses sujeitos. Esse autor frisa ainda a necessidade de tais avaliações das consequências associadas às políticas para a saúde desses sujeitos¹⁴⁶.

Hatzenbuehler¹⁴⁷ evidencia que as pesquisas que têm sido produzidas sobre estigma e saúde mental (incluindo-se também aqui as pesquisas sobre suicídio) entre os jovens não heterossexuais são produzidas quase que totalmente nos níveis individual e interpessoal de análise. Porém, apesar da importância inegável desses estudos para a documentação das formas que o estigma social tem atuado no prejuízo da saúde mental das pessoas LGBT, o pesquisador compreende, também, que estudos mais amplos e estruturais sobre o estigma são necessários.

Nesse sentido esse mesmo autor, em trabalho anteriormente publicado com outro pesquisador, apresentou uma definição construída por eles de estigma estruturado como “condições de nível social, normas culturais e políticas institucionais que limitam as oportunidades, os recursos e o bem-estar dos estigmatizados”¹⁴⁸. Nessa perspectiva apontada de estigma estruturado, Hatzenbuehler¹⁴⁹ compreende que as leis constituem “um mecanismo importante através do qual o estigma é promulgado”.

Nesse sentido, a UNICEF sinalizou a existência de diversas evidências concretas que apontam que a discriminação a qual as crianças e jovens LGBT estão expostas fazem com que elas sejam mais propensas a considerar ou a tentar o suicídio do que crianças e jovens heterossexuais que não vivenciam esse estigma¹⁵⁰.

Em consonância com tais entendimentos, Morrison e L'heureux¹⁵¹ apresentaram alguns fatores individuais, do macro e microsistema de risco ao suicídio de jovens LGBT. Dentre os fatores do macrossistema, que influenciam também o microsistema, os autores apontamos insucessos da inclusão da orientação sexual [e identidade de gênero] nas políticas que proíbem a discriminação contra esses sujeitos que podem

143 HATZENBUEHLER, Mark L.; KEYES, Katherine M. Inclusive anti-bullying policies and reduced risk of suicide attempts in lesbian and gay youth. *Journal of Adolescent Health*, v. 53, n. 1, p. S21-S26, 2013.

144 SOLAZZO, Alexa; BROWN, Tony N. GORMAN, Bridget K. State-level climate, antidiscrimination law, and sexual minority health status: an ecological study. *Social Science & Medicine*, v. 196, p. 158-165, 2018.

145 WILLIAMS, David R. *et al.* Moving upstream: how interventions that address the social determinants of health can improve health and reduce disparities. *Journal of public health management and practice*, v. 14, n. Suppl, p. S8-17, 2008.

146 HATZENBUEHLER, Mark L. Social factors as determinants of mental health disparities in LGB populations: implications for public policy. *Social Issues and Policy Review*, v. 4, n. 1, p. 31—62, 2010.

147 HATZENBUEHLER, Mark L. The influence of state laws on the mental health of sexual minority youth. *JAMA pediatrics*, v. 171, n. 4, p. 322-324, 2017.

148 HATZENBUEHLER, Mark L.; LINK, Bruce G. Introduction to the special issue on structural stigma and health. *Social Science & Medicine*, v. 103, p. 1-6, 2014. p. 2. Tradução nossa.

149 HATZENBUEHLER, Mark L. The influence of state laws on the mental health of sexual minority youth. *JAMA pediatrics*, v. 171, n. 4, p. E1-E2, 2017. p. E1. Tradução nossa.

150 UNICEF. *Eliminating discrimination against children and parents based on sexual orientation and/or gender identity*. Current Issues n. 9, 2014. Disponível em: https://www.unicef.org/videoaudio/PDFs/Current_Issues_Paper_Sexual_Identity_Gender_Identity.pdf. Acesso em: 16 mar. 2018.

151 MORRISON, Linda L.; L'HEUREUX, Jeff. Suicide and gay/lesbian/bisexual youth: implications for clinicians. *Journal of adolescence*, v. 24, n. 1, p. 39-49, 2001. p. 45. Tradução nossa.

“ter um efeito indireto sobre o suicídio de jovens GLBQ aumentando a desesperança, o isolamento e depressão”. Outro fator mencionado é a pressão social que pressiona os jovens LGBT a permanecerem no “armário”. Esses pesquisadores defendem que a sociedade ao buscar esconder tais identidades desses jovens está negando a eles um direito de passagem: “o desenvolvimento de um eu coerente e autêntico” fator que pode diminuir a autoestima desses jovens e aumentar o risco de suicídio.

Assim Russell e Joyner¹⁵² afirmam que a orientação sexual dos adolescentes e os seus pensamentos e comportamentos suicidas estão intimamente ligados. Eles compreendem que esse efeito ocasionado é mediado “por fatores críticos de risco de suicídio juvenil, incluindo depressão, desesperança, abuso de álcool, tentativas de suicídio recentes por um par ou um membro da família e experiências de vitimização”. O Estudo de abrangência nacional feito nos Estados Unidos por esses autores contou com a participação de mais 12000 adolescentes de 7 a 12 anos e constatou que jovens com orientação sexual não heterossexual possuem 2 vezes mais probabilidade de tentar suicídio do que jovens heterossexuais.

Apesar de essa disparidade existente entre o risco de suicídio em jovens não heterossexuais estar perfeitamente documentada, há poucas pesquisas sobre os processos geradores desses riscos e os de proteção nessa população. Portanto, relacionar essas políticas sociais com a redução do risco de tentativas de suicídio nesses jovens pode proporcionar informações importantes sobre os fatores proteção social e os meios de intervenção da saúde pública em tal fenômeno¹⁵³.

Lamontagne *et al.*¹⁵⁴ destacam que as leis e políticas podem contribuir para essa estigmatização social e discriminação desses grupos minoritários. Assim, Marks¹⁵⁵ salienta que muito já se conhece a respeito da associação de interdependência entre saúde e direitos humanos. As pessoas LGBT possuem muitos dos seus direitos humanos negados, fato que é apontado por essa autora como primordial para que muitos países acabem colocando essas pessoas em risco de discriminação, abusos, falta de saúde e morte, essa última, caracterizada por ela como a violação máxima dos direitos humanos. Dessa forma, ela salienta que a negação do reconhecimento pleno dos direitos humanos de qualquer grupo social, como a população LGBT, é um verdadeiro ato de negação da própria humanidade, impactando diretamente a saúde dessas pessoas.

Estudo realizado por Hatzenbuehler *et al.*¹⁵⁶, com dados coletados da onda 1 de 2001 a 2002 e da onda 2 de 2004 a 2005 da Pesquisa Epidemiológica Nacional sobre Álcool e Condições Relacionadas, constatou um aumento significativo de transtornos psiquiátricos de uma onda para a outra em sujeitos LGB que residiam em estados em que o casamento entre pessoas do mesmo sexo eram proibidos por meio de emendas constitucionais que restringiam o conceito de casamento à relação de um homem e uma mulher. Esse aumento foi de 36,6% de qualquer transtorno de humor, de 248,2% de transtorno de ansiedade, de 41,9% de qualquer transtorno de uso de álcool e ainda um crescimento da morbidade psiquiátrica em 36,3%. Já nos estados onde não houve essa alteração, os pesquisados não tiveram alterações, apenas um aumento nos transtornos do uso de substância. Esses autores concluíram que viver em um desses estados com políticas que discriminem pessoas com orientação sexual não heterossexual pode gerar efeitos prejudiciais à saúde mental desses sujeitos.

Nesse mesmo sentido, pesquisa desenvolvida por Hatzenbuehler *et al.*¹⁵⁷ constatou que viver em um

152 RUSSELL, Stephen T.; JOYNER, Kara. Adolescent sexual orientation and suicide risk: Evidence from a national study. *American Journal of public health*, v. 91, n. 8, p. 1276-1281, 2001. p. 1276. Tradução nossa.

153 HATZENBUEHLER, Mark L.; KEYES, Katherine M. Inclusive anti-bullying policies and reduced risk of suicide attempts in lesbian and gay youth. *Journal of Adolescent Health*, v. 53, n. 1, p. S21-S26, 2013.

154 LAMONTAGNE, Erik *et al.* *A socioecological measurement of homophobia for all countries and its public health impact. European journal of public health*, 2018. [Epub ahead of print].

155 MARKS, Suzanne M. Global recognition of human rights for lesbian, gay, bisexual, and transgender people. *Health and human rights*, v. 9, n. 1, p. 33-42, 2006.

156 HATZENBUEHLER, Mark L. *et al.* The impact of institutional discrimination on psychiatric disorders in lesbian, gay, and bisexual populations: a prospective study. *American Journal of Public Health*, v. 100, n. 3, p. 452-459, 2010.

157 HATZENBUEHLER, Mark L. *et al.* State-level policies and psychiatric morbidity in lesbian, gay, and bisexual populations. *American Journal of Public Health*, v. 99, n. 12, p. 2275-2281, 2009.

estado sem que estejam presentes políticas de proteção contra crimes de ódio e discriminação no emprego baseados na orientação sexual do sujeito provoca um aumento na associação entre LGB e transtornos psiquiátricos, estando incluídos o transtorno de ansiedade generalizada, transtorno de estresse pós-traumáticos e distímia se comparado a outro estado em que estejam presentes tais políticas de proteção. Outro resultado apresentado foi a constatação de um aumento na associação de morbidade psiquiátrica com as pessoas LGB nos estados sem essas políticas. Demonstrando dessa forma uma associação direta entre saúde mental e a existência de legislação de proteção ou não dos sujeitos de minorias sexuais.

Corroborando os resultados anteriores Solazzo, Brown e Gorman¹⁵⁸ realizaram uma pesquisa baseada nos dados dos inquiridos do Sistema de Vigilância do Fator de Risco Comportamental (BRFSS) dos anos de 2011 a 2015 contando com uma amostra de 11.973 lésbicas e gays e 9.168 bissexuais totalizando 21.141 pessoas. Foi constatado por esses autores, a partir dos resultados obtidos nesse estudo, que “o estresse heteronormativo pode atuar como agente patogênico para populações de minorias sexuais, mas que a lei antidiscriminação pode melhorar os resultados do estado de saúde”.

Importante achado dessa pesquisa realizada foi a constatação apresentada pelos autores como “decepcionante” de que um clima mais receptivo a população com sexualidade não heterossexual pode ser menos impactante para a saúde desses indivíduos do que a existência simultânea dessa receptividade por meio de crenças mais progressistas e do fornecimento de proteção legal. A existência de um ou de outro não é suficiente, havendo interdependência entre esses dois fatores que melhoraria a saúde das minorias sexuais. Há uma ideia antiga mais subestimada, de que o sujeito não pode ser estudado de modo isolado dos “contextos que restringem suas experiências vivencias”¹⁵⁹.

Porém, é fundamental destacar que eles compreendem que a lei antidiscriminação possui uma grande significância para a saúde da população LGBT. Eles compreendem que essas leis vão além de apenas desencorajar a discriminação contra esses sujeitos, mas acaba aumentando a capacidade dessas pessoas de protegerem a sua saúde e buscarem os seus direitos. Demonstraram, ainda, que a lei antidiscriminação é mais efetiva quando a opinião pública tende a ter uma mentalidade aberta e igualitária sobre os direitos universais dos cidadãos, sejam eles ou não marginalizados e estigmatizados¹⁶⁰.

Jesdale e Zierler¹⁶¹ realizaram um estudo nos Estados Unidos, entre 1990 e 1999, que visava estimar a diminuição dos índices de suicídios em adolescentes com idade de 11 a 18 anos brancos não-hispânicos ocasionada pela promulgação de leis de direitos civis estaduais que oferecessem proteção legal contra discriminação direcionada a pessoas não heterossexuais. Foi constatado por esses pesquisadores que houve redução de 29,1 suicídios por milhão de meninos por ano nos estados que promulgaram essas leis em relação aos que não possuíam tal proteção legal. Já em comparação aos estados antes e após a promulgação dessa legislação, ocorreu uma redução de 19,7 suicídios por milhão de meninos por ano. Nos estados onde não aprovaram leis contra discriminação contra pessoas não heterossexuais, houve maior taxa de suicídio nesses sujeitos do que os que promulgaram tais legislações no período de 1990 a 1999. Em relação à idade, os estados que promulgaram essas leis apresentaram menores taxas de suicídio em todas as faixas etárias de 12 a 18 anos.

Tuller¹⁶², com uma visão sobre a realidade norte-americana, aponta que houve grandes mudanças sociais e legais desde a virada do século, o que parece ter implicado, positivamente, a saúde das pessoas LGBT. Ele cita, em relação a essas mudanças, o reconhecimento da união civil de pessoas do mesmo sexo em Vermont,

158 SOLAZZO, Alexa; BROWN, Tony N. GORMAN, Bridget K. State-level climate, antidiscrimination law, and sexual minority health status: an ecological study. *Social Science & Medicine*, v. 196, p. 158-165, 2018. p. 162, tradução nossa.

159 SOLAZZO, Alexa; BROWN, Tony N. GORMAN, Bridget K. State-level climate, antidiscrimination law, and sexual minority health status: an ecological study. *Social Science & Medicine*, v. 196, p. 158-165, 2018. p. 162, tradução nossa.

160 SOLAZZO, Alexa; BROWN, Tony N. GORMAN, Bridget K. State-level climate, antidiscrimination law, and sexual minority health status: an ecological study. *Social Science & Medicine*, v. 196, p. 158-165, 2018.

161 JESDALE, Bill M.; ZIERLER, Sally. Enactment of gay rights laws in US states and trends in adolescent suicide: an investigation of non-hispanic white boys. *Journal of the gay and lesbian medical association*, v. 6, n. 2, p. 61-69, 2002.

162 TULLER, David. The health effects of legalizing same-sex marriage. *Health Affairs*, v. 36, n. 6, p. 978-981, 2017.

em 2 de julho de 2000, Massachusetts, primeiro estado dos Estados Unidos a legalizar o casamento entre pessoas do mesmo sexo em 2003 e, posteriormente, a mesma legislação em âmbito nacional em 2015 após a decisão do Supremo Tribunal dos Estados Unidos.

Após a legalização do casamento igualitário em Massachusetts, Hatzenbuehler e Keyes¹⁶³ produziram um estudo cujo objetivo era averiguar se essa legalização ocasionou uma redução no uso de cuidados de saúde e despesas de homens com sexualidade não heterossexual. Foram utilizados dados de 1.211 pessoas nessa pesquisa, o que revelou que, após um ano da aprovação dessa lei, houve uma redução significativa nas visitas de atendimento médico, de cuidados e custos de saúde mental dos homens bissexuais e gays se comparado ao mesmo período anterior a lei. Por fim, os autores concluíram que as políticas que garantem uma proteção aos casais de pessoas do mesmo sexo podem reduzir, significativamente, o uso de cuidados e custos de saúde. Dessa forma, os resultados trouxeram novas provas para a literatura científica que a lei de garantia do casamento igualitário podem, além de proporcionar uma melhoria na saúde mental das pessoas não heterossexuais, reduzir o uso de cuidados em saúde nessa população.

Esse entendimento já se encontrava presente no “*El enigma del amor entre hombres ante el foro del Congreso de Juristas alemán*” de 1867, em que Ulrichs, diante do congresso de juristas alemães, buscando revogar o parágrafo 175 do código penal alemão que tipificava a homossexualidade e definia penalizações, postulo que fosse excluída a

perseguição de uma classe humana livre de culpa que está na base desta provisão criminal. [...] Trata, justifica Ulrichs, de fechar uma fonte de suicídios que até agora já fluía em abundância, e de suicídios do tipo mais assustador¹⁶⁴.

Desse modo, é evidente que tal jurista, já em 1867, compreendia plenamente que o contexto social e legal era responsável pelo sofrimento e, em alguns casos, pelo suicídio de seus companheiros uranistas¹⁶⁵. Uranista constitui termo desenvolvido por Ulrichs no ano de 1862 para se referir aos homossexuais, de acordo com o mito do simpósio de Platão¹⁶⁶. Esse autor ainda salienta que, nas palavras de Ulrichs, já era perceptível o conceito de LGBTfobia criado apenas um século após o seu falecimento.

Ramírez¹⁶⁷, citando Zubiaur, traz relato presente em uma carta de jovem suicida para o sociólogo alemão Hirschfeld que retrata as influências que as leis podem gerar na vida desses jovens. Ele descreve o temor que tinha de “sair do armário” para os seus familiares, tratando a sua sexualidade como uma maldição da natureza e a lei como uma outra maldição social imposta aos desviantes da heterossexualidade que acabaram tornando a vida desse jovem um verdadeiro martírio o levando a pôr fim a própria vida

Não tive forças para confessar a verdade aos meus pais, que há anos me instigaram, seu único filho, a se casar com uma jovem amiga [...]. Eles nunca teriam me entendido. [...] aceite. Este grito de um infeliz, a justificação do meu ato e, ao mesmo tempo, a salvação da honra de inúmeras pessoas que, como eu, arrastam suas vidas sob uma dupla maldição, a da natureza e a da lei¹⁶⁸.

163 HATZENBUEHLER, Mark L.; KEYES, Katherine M. Inclusive anti-bullying policies and reduced risk of suicide attempts in lesbian and gay youth. *Journal of Adolescent Health*, v. 53, n. 1, p. S21-S26, 2013.

164 ZUBIAUR, Ibon. *apud* RAMÍREZ, Víctor M. Lgtb-fobia y suicidio homosexual. Su influencia en los pioneros del movimiento lgtb. 2016. Disponível em: https://www.academia.edu/23118887/Lgtb-fobia_y_suicidio_homosexual._Influencia_en_los_pioneros_del_movimiento_lgtb. Acesso em: 28 mar. 2018. p. 2, tradução nossa.

165 RAMÍREZ, Víctor M. Lgtb-fobia y suicidio homosexual. Su influencia en los pioneros del movimiento lgtb. 2016. Disponível em: https://www.academia.edu/23118887/Lgtb-fobia_y_suicidio_homosexual._Influencia_en_los_pioneros_del_movimiento_lgtb. Acesso em: 28 mar. 2018.

166 RAMÍREZ, Víctor M. Lgtb-fobia y suicidio homosexual. Su influencia en los pioneros del movimiento lgtb. 2016. Disponível em: https://www.academia.edu/23118887/Lgtb-fobia_y_suicidio_homosexual._Influencia_en_los_pioneros_del_movimiento_lgtb. Acesso em: 28 mar.

167 ZUBIAUR, Ibon. *apud* RAMÍREZ, Víctor M. Lgtb-fobia y suicidio homosexual. Su influencia en los pioneros del movimiento lgtb. 2016. Disponível em: https://www.academia.edu/23118887/Lgtb-fobia_y_suicidio_homosexual._Influencia_en_los_pioneros_del_movimiento_lgtb. Acesso em: 28 mar. 2018.

168 ZUBIAUR, Ibon. *apud* RAMÍREZ, Víctor M. Lgtb-fobia y suicidio homosexual. Su influencia en los pioneros del movimiento lgtb. 2016. Disponível em: https://www.academia.edu/23118887/Lgtb-fobia_y_suicidio_homosexual._Influencia_en_los_pioneros_del_movimiento_lgtb.

Nesse sentido, visando observar tais impactos sociais das legislações na taxa de suicídios de jovens não hispânicos brancos, Jesdale e Zierler¹⁶⁹ acreditam que a promulgação de uma lei [inclui-se também decisões judiciais] de garantia de direitos a minorias sexuais [inclui-se também as pessoas transexuais] pode refletir “um grau de tolerância social”. Essa lei pode atuar como um “indicador do grau de preconceito heterossexista de um Estado”. Porém, tais legislações podem atuar não apenas como reflexo de tolerância social, mas também como um “reflexo do esforço consciente para reduzir o preconceito heterossexista”.

Esses autores concluíram, em sua pesquisa, que as reduções no índice de suicídios que foi constatada em seus resultados apontam que a promulgação das leis de garantia dos direitos a essa minoria pode ter atuado, em parte, por meio da redução do estigma social. Outro resultado importante feito por esses autores refere-se ao fato de que as suas descobertas corroboram a hipótese de que o clima social favorável à promulgação dos direitos dessa minoria pode “oferecer alguma proteção contra o suicídio em garotos adolescentes não hispânicos brancos, e que a promulgação de leis protetoras dos direitos gays promove esse clima”¹⁷⁰.

Reforçando esses entendimentos, os pesquisadores Hatzenbuehler e Keyes¹⁷¹ ressaltaram, baseados em pesquisas recentemente realizadas que políticas sociais negativas para gays e lésbicas, como a proibição do casamento igualitário constitui fator para maior morbidade psiquiátrica nesse público. Já sobre as políticas sociais positivas, eles afirmam que estas podem servir de proteção contra o aparecimento de problemas de saúde mental nessa população. Eles sustentam, ainda, que diferentes achados empíricos têm sido coerentes com as teorias ecossocial e dos sistemas ecológicos que sinalizam uma grande quantidade de influências sociais e contextuais como família e escola sobre a saúde.

Nessa mesma concepção, Williams *et al.*¹⁷² compreendem que a saúde não surge do vácuo, mas que ela está relacionada às condições de vida e trabalho. Devendo trabalhar a concepção de saúde ampliada levando em consideração o seu contexto social e não apenas o sujeito enquanto um conjunto de órgãos isoladamente. Portanto, esses autores afirmam, assim como também se demonstra nesse trabalho, que “as políticas em muitas áreas distantes dos serviços de saúde podem ter consequências decisivas para a saúde”.

Torna-se necessário ponderar, ainda nesse momento, que a efetivação dos direitos humanos, por meio de legislações ou decisões judiciais a grupos marginalizados socialmente, não é um ato inconstitucional, ao contrário disso, é justamente uma efetivação e garantia dos preceitos constitucionais. Bomfim¹⁷³ aponta que não é desnecessário e nem inconstitucional uma lei que visa corrigir injustiças históricas para com grupos minoritários como exemplo uma

lei que tenha por objetivo dar efetividade aos comandos expressos na Constituição, destinados a proibir a discriminação, o ódio, a incitação à violência, enfim, proibir quaisquer atos que extrapolem os limites da liberdade de expressão.

eros_del_movimiento_lgtb. Acesso em: 28 mar. 2018. p. 4. Tradução nossa.

169 JESDALE, Bill M.; ZIERLER, Sally. Enactment of gay rights laws in US states and trends in adolescent suicide: an investigation of non-hispanic white boys. *Journal of the gay and lesbian medical association*, v. 6, n. 2, p. 61-69, 2002. p. 62. Tradução nossa.

170 JESDALE, Bill M.; ZIERLER, Sally. Enactment of gay rights laws in US states and trends in adolescent suicide: an investigation of non-hispanic white boys. *Journal of the gay and lesbian medical association*, v. 6, n. 2, p. 61-69, 2002. p. 68. Tradução nossa.

171 HATZENBUEHLER, Mark L.; KEYES, Katherine M. Inclusive anti-bullying policies and reduced risk of suicide attempts in lesbian and gay youth. *Journal of Adolescent Health*, v. 53, n. 1, p. S21-S26, 2013.

172 WILLIAMS, David R. *et al.* Moving upstream: how interventions that address the social determinants of health can improve health and reduce disparities. *Journal of public health management and practice*, v. 14, n. Suppl, p. S8-17, 2008. p. S11, tradução nossa.

173 BOMFIM, Silvano Andrade do. Homossexualidade, direito e religião: da pena de morte à união estável: a criminalização da homofobia e seus reflexos na liberdade religiosa. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, v. 18, n. 1, p. 71-103, 2011. p. 102.

6. IMPLICAÇÕES DA GARANTIA/NEGAÇÃO DE DIREITOS NA SAÚDE DE PESSOAS LGBT

Diversas leis têm surgido ao longo das últimas duas décadas no mundo que influenciam diretamente a população LGBT. Dentre essas leis, está a proteção contra crimes de ódio, não discriminação no ambiente de trabalho e o casamento entre pessoas do mesmo sexo¹⁷⁴. O mesmo tem ocorrido no Brasil onde diversas decisões têm apontado a garantia de direitos a esses cidadãos.

Lavallée¹⁷⁵ afirma que as leis e políticas afetam, diretamente, o estado de saúde das pessoas não heterossexuais, em virtude de tais sujeitos não gozarem das mesmas proteções. Mesmo com o surgimento dessas legislações e o seu debate no discurso público, apenas há pouco tempo sugeriram pesquisas empíricas que abordem as consequências que tais leis podem trazer para a saúde dos jovens não heterossexuais¹⁷⁶.

No Brasil, porém, não foram encontrados, na literatura científica, trabalhos empíricos com esse intuito. Entretanto, têm emergido alguns estudos nesse sentido em diversos países como os Estados Unidos. Assim, importante pesquisa sobre o tema foi desenvolvida por Raifman et al.¹⁷⁷, que comparou as taxas de suicídios dos 32 estados norte-americanos que legalizaram o casamento entre pessoas do mesmo sexo em janeiro de 2015 com os 15 estados que só os autorizaram após decisão da suprema corte do país meses depois.

A pesquisa concluiu que a implementação do casamento entre pessoas do mesmo sexo reduziu, significativamente, as tentativas de suicídio entre adolescentes LGBT. com base nos dados coletados, os autores estimam que “[...] a cada ano, as políticas de casamento entre pessoas do mesmo sexo serão responsáveis por uma redução de mais de 134 000 casos de tentativas de suicídio de adolescentes”¹⁷⁸.

Os autores desta pesquisa ainda revelaram que as políticas de casamento entre pessoas do mesmo sexo podem reduzir o estigma experimentado por adolescentes LGBT¹⁷⁹. Os resultados demonstraram, ainda, uma redução importante no risco de mortalidade por suicídio em adolescentes LGBT¹⁸⁰. Skerrett e Mars¹⁸¹ nesse mesmo sentido compreendem que a aprovação em 2013 da “Lei da Emenda de Discriminação Sexual (Orientação Sexual, Identidade de Gênero e Status Intersexo)” na Austrália estabeleceu nesse país um marco significativo para a redução do estigma social dirigido às pessoas LGBT. As constatações desses autores corroboram a compreensão de que a promulgação de leis de garantia de direitos para grupos minoritários diminui, consideravelmente, o estigma ao qual essas pessoas vivenciam diariamente na sociedade.

Em um momento que antecedeu um plebiscito não vinculativo em que os cidadãos australianos deveriam votar se concordavam ou não com a legalização do casamento entre pessoas do mesmo sexo no país, cinco grupos de saúde mental australianos apontaram que a legalização geraria uma redução de até 3000 tentativas de suicídio em jovens LGBT do Ensino Médio por ano no país. Os grupos em questão o *the Black Dog Institute*, *headspace*, *ReachOut*, *Brain and Mind Centre* todos da Universidade de Sidney e o grupo *Orygen* lan-

174 HATZENBUEHLER, Mark L. The influence of state laws on the mental health of sexual minority youth. *JAMA pediatrics*, v. 171, n. 4, p. 322-324, 2017.

175 LAVALLÉE, Bernard. *Les déterminants du comportement alimentaire de jeunes hommes gais*. Dissertação (Mestrado em Nutrição) - Universidade de Montreal, Montreal, 2013. Disponível em: <http://docplayer.fr/19085700-Universite-de-montreal-lesdeterminants-du-comportement-alimentaire-dejeunes-hommes-gais-par-bernard-lavallee.html>. Acesso em: 22 mar. 2018.

176 HATZENBUEHLER, Mark L. The influence of state laws on the mental health of sexual minority youth. *JAMA pediatrics*, v. 171, n. 4, p. 322-324, 2017.

177 RAIFMAN, J. et al. Difference-in-differences analysis of the association between state same-sex marriage policies and adolescent suicide attempts. *JAMA Pediatr.*, [S.L.], v. 171, n. 4, p. 350-356, 2017.

178 RAIFMAN, J. et al. Difference-in-differences analysis of the association between state same-sex marriage policies and adolescent suicide attempts. *JAMA Pediatr.*, [S.L.], v. 171, n. 4, p. 350-356, 2017. p. 355. Tradução nossa.

179 RAIFMAN, J. et al. Difference-in-differences analysis of the association between state same-sex marriage policies and adolescent suicide attempts. *JAMA Pediatr.*, [S.L.], v. 171, n. 4, p. 350-356, 2017.

180 OWENS, D. et al *apud* RAIFMAN, J. et al. difference-in-differences analysis of the association between state same-sex marriage policies and adolescent suicide attempts. *JAMA Pediatr.*, [S.L.], v. 171, n. 4, p. 350-356, 2017.

181 SKERRETT, Delaney Michael; MARS, Michelle. Addressing the social determinants of suicidal behaviors and poor mental health in LGBTI populations in Australia. *LGBT health*, v. 1, n. 3, p. 212-217, 2014.

çaram uma campanha conjunta denominada *#mindthefacts* fundamentada em evidências de pesquisas sobre os impactos negativos na saúde das pessoas LGBT gerados como efeitos da discriminação direcionada a esses sujeitos. Esses grupos defenderam que o voto “sim” dos cidadãos australianos para a legalização do casamento igualitário poderia reduzir um número significativo de tentativas de suicídios entre jovens LGBT sendo calculado que essa legalização representaria uma redução de até 3000 tentativas de suicídio¹⁸².

Outro dado apontado por esses grupos de saúde mental foi o aumento da procura por jovens LGBT de serviços relacionados à saúde mental no período de ocorrência da votação. O CEO da *ReachOut* Jono Nicholas, em entrevista representando a colisão desses grupos, relatou que esse aumento da demanda “[...] destaca tanto os impactos humanos da atual discriminação contra as relações LGBTIQ quanto o futuro positivo que a igualdade matrimonial pode alcançar para a Austrália”¹⁸³.

Ao término dessa pesquisa, foi contabilizada a participação de 12,7 milhões votantes, que representa 79,5% do total dos que possuíam idade para votar no país, desse total 61,6% votaram, favoravelmente, ao casamento entre pessoas do mesmo sexo e 38,4% votaram contrário a essa legalização¹⁸⁴. O parlamento australiano já havia recusado 22 tentativas anteriores para a legalização do casamento igualitários desde o ano de 2004. Entretanto, três semanas após a pesquisa mencionada e uma semana após a aprovação no Senado, a Câmara dos deputados da Austrália aprovou o projeto de lei que ampliou uma legislação anterior que já garantia alguns direitos a casais de pessoas do mesmo sexo em algumas áreas, assim como também mudou o conceito de casamento de “união entre homem e mulher” para “a união de duas pessoas”¹⁸⁵.

É perceptível que em muitos países que legalizaram o casamento entre pessoas do mesmo sexo houveram diversos efeitos positivos propiciados por essas leis. Nesse sentido o fundador da *Freedom to Marry* Evan Wolfson expôs que inúmeras pesquisas realizadas nos Estados Unidos e na Espanha constataram que houve um aumento no apoio para com o casamento de pessoas do mesmo sexo nesses países que já haviam legalizado o casamento igualitário ao invés de diminuir esse apoio ao longo do tempo. Esse fato representa, para Evan, “um sinal dos efeitos positivos das leis”¹⁸⁶.

Esses efeitos positivos foram constatados também com a existência de políticas anti-bullying que incluíam a orientação sexual sendo relacionadas a redução do risco de tentativas de suicídio em jovens lésbicas e homossexuais. Essa constatação foi feita por Hatzenbuehler e Keyes¹⁸⁷ que ainda apontaram que tais políticas que não incluíam a orientação sexual não tiveram efeitos associados a redução dessas tentativas. Concluíram por fim que essas políticas anti-bullying podem atuar na geração de efeitos que protejam a saúde mental dos jovens não heterossexuais, incluindo uma diminuição no risco de tentativas de suicídio nessa população.

Diversas pesquisas já demonstraram que as faltas dessas leis provocam efeitos negativos para a saúde mental dos jovens LGBT. Importante levantamento visando mapear o cenário internacional sobre essas legislações, sejam elas de garantia ou negação de direitos, foi publicado pela Associação Internacional de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersexuais (ILGA) em maio de 2017 a 12ª edição do seu informe “*Homofobia*

182 BLACKWELL, Eoin. Same-sex marriage could prevent 3000 high school suicide attempts a year, mental health groups say. 2017. Disponível em: https://www.huffingtonpost.com.au/2017/09/20/same-sex-marriage-could-prevent-3000-high-school-suicideattempts-a-year-mental-health-groupssay_a_23_217145/. Acesso em: 15 mar. 2018.

183 BLACKWELL, Eoin. Same-sex marriage could prevent 3000 high school suicide attempts a year, mental health groups say. 2017. Disponível em: https://www.huffingtonpost.com.au/2017/09/20/same-sex-marriage-could-prevent-3000-high-school-suicideattempts-a-year-mental-health-groupssay_a_23_217145/. Acesso em: 15 mar. 2018. n.p. Tradução nossa.

184 BAIDAWI, Adam; CAVE, Damien. Australia votes for gay marriage, clearing path to legalization, 2017. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2017/11/14/world/australia/y-es-same-sex-marriage-gay.html>. Acesso em: 15 mar. 2018.

185 CAVE, Damien; WILLIAMS, Jacqueline. Australia Makes Same-Sex Marriage Legal, 2017. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2017/12/07/world/australia/gay-marriagesame-sex.html>. Acesso em: 15 mar. 2018.

186 CAVE, Damien; WILLIAMS, Jacqueline. Australia Makes Same-Sex Marriage Legal, 2017. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2017/12/07/world/australia/gay-marriagesame-sex.html>. Acesso em: 15 mar. 2018. n. p. Tradução nossa.

187 HATZENBUEHLER, Mark L.; KEYES, Katherine M. Inclusive anti-bullying policies and reduced risk of suicide attempts in lesbian and gay youth. *Journal of Adolescent Health*, v. 53, n. 1, p. S21-S26, 2013.

de Estado: estudio jurídico mundial sobre la orientación sexual en el derecho: criminalización, protección y reconocimiento” escrito por Aengus Carroll e Lucas Ramón Mendos. Esse informe trouxe dados importantes sobre a realidade mundial referente à situação jurídica que as pessoas homossexuais vivenciam em seus países. Esse informe constatou que, em 124 países, não há leis que criminalizam relações consensuais entre sujeitos adultos do mesmo sexo. Dentre esses 124 países, 108 estabeleceram uma idade única de consentimento para relações sexuais independentemente da orientação sexual do sujeito (homossexual ou heterossexual) e em 16 países foram estabelecidas idades distintas a depender da orientação sexual da pessoa ser heterossexual ou não¹⁸⁸.

Já em relação aos Estados que criminalizam as relações consensuais entre pessoas do mesmo sexo, a ILGA apontou 72 Estados, dentre estes, a associação observou que 42 Estados possuem normas que criminalizam tanto mulheres quanto homens não heterossexuais. Em relação à pena de morte aplicada, a relações consensuais entre pessoas adultas do mesmo sexo em espaço privado é aplicada em 8 países. Desses 8 países os autores apontam que

quatro (4) Estados soberanos aplicam a pena de morte em 2017, enquanto que em outros dois (2) Estados se aplicam em certas jurisdições de seu território sob a lei islâmica da Sharia. Por último, atores não estatais a aplicam em dois (2) Estados mais¹⁸⁹.

As cláusulas antidiscriminação por orientação sexual contidas expressamente na constituição estão presentes em 9 Estados. 72 Estados possuem leis que protegem seus cidadãos de discriminação com fundamento na orientação sexual, 62 possuem leis gerais de antidiscriminação ou específicas, 43 possuem leis de proteção contra crimes de ódio, 39 possuem leis de proteção a incitação de ódio, 3 proíbem as “terapias de conversão”, 22 reconhecem e celebram o casamento entre pessoas do mesmo sexo, 28 possuem outra proteções a casais homossexuais que diferem do casamento, 26 preveem a possibilidade legal de adoção conjunta de pessoas do mesmo sexo e 27 permitem a adoção do filho do companheiro¹⁹⁰.

A UNICEF destaca que esses países, que de algum modo criminalizam as relações entre pessoas do mesmo sexo, prejudicam, por meio dessas leis, os direitos humanos e podem, ainda, estimular tanto a discriminação e o estigma como também a violência contra essas pessoas. Esses prejuízos gerados por tais leis podem ser muito maiores para crianças e adolescentes que segundo esse órgão são notadamente mais vulneráveis ao bullying, violência e estigma. Portanto é evidente que tais leis aumentam os riscos de danos nas crianças e nos adolescentes, fato esse que para a UNICEF faz com que essas leis sejam contrárias “aos princípios estabelecidos na Convenção sobre o Direito da Criança e ao instinto humano universal para proteger as crianças”¹⁹¹.

Compreende-se as “leis que criminalizam” apontadas pela UNICEF de um modo ampliado do entendimento restritivo de uma criminalização expressa para assim compreender que esses resultados negativos não ocorrem apenas no que tange a leis que criminalizam as relações entre pessoas do mesmo sexo mais também as legislações que restringem direitos, sejam por omissão, inexistência ou expressamente, como por exemplo a não garantia do direito ao casamento igualitário e o conceito restritivo desse instituto jurídico como uma união entre “um homem e uma mulher”. Dessa maneira tais legislações mesmo que não criminalizem taxativamente essas relações encorajam mesmo que não almejando o crescimento da discriminação, do estigma e a violência contra a população LGBT. Essa constatação se evidencia por meio dos altos índices de assassinatos e suicídios de pessoas LGBT ocorridos no Brasil todos os anos e dos resultados de diversas pesquisas que apontam o adocimento metal muito maior em sujeitos LGBT do que os seus pares cis-heterossexuais.

188 CARROLL, Aengus; MENDÓS, Lucas Ramón. *Homofobia de Estado: estudio jurídico mundial sobre la orientación sexual en el derecho: criminalización, protección y reconocimiento*. 17. ed. Ginebra: ILGA, 2017.

189 CARROLL, Aengus; MENDÓS, Lucas Ramón. *Homofobia de Estado: estudio jurídico mundial sobre la orientación sexual en el derecho: criminalización, protección y reconocimiento*. 17. ed. Ginebra: ILGA, 2017. p. 8. Tradução nossa.

190 CARROLL, Aengus; MENDÓS, Lucas Ramón. *Homofobia de Estado: estudio jurídico mundial sobre la orientación sexual en el derecho: criminalización, protección y reconocimiento*. 17. ed. Ginebra: ILGA, 2017.

191 UNICEF. Eliminating discrimination against children and parents based on sexual orientation and/or gender identity. Current Issues n. 9, 2014. Disponível em: https://www.unicef.org/videoaudio/PDFs/Current_Issues_Paper_Sexual_Identity_Gender_Identity.pdf. Acesso em: 16 mar. 2018. p. 1. Tradução nossa.

Com conclusões semelhantes, em declaração sobre leis e políticas que discriminam pessoas LGBT a Sociedade de Doenças Infecciosas da América (IDSA), a Associação de Medicina do HIV (HIVMA) e a Sociedade de Doenças Infecciosas Pediátricas (PIDS) aprovaram, em outubro de 2016, o posicionamento que tais legislações produzem um efeito prejudicial aos esforços realizados para diminuição das disparidades em saúde da população LGBT, sinalizando que essas leis, ao serem promulgadas e postas em vigor, tanto produzem como agravam o estigma voltado às pessoas LGBT, sendo esse um fator relevantemente grave para diversas disparidades em saúde. Essas entidades compreendem que tais legislações discriminatórias devem ser revogadas no interesse da saúde pública, da justiça e igualdade¹⁹².

Os efeitos positivos de tais legislações de garantia de direitos a essa população também já foram evidenciados por diversos estudos científicos. A Unicef¹⁹³ ressalta que é preciso que se tomem medidas para a proteção dessas crianças e jovens com relação à discriminação fundamentada na orientação sexual e na identidade de gênero. Esse órgão entende que a legislação de um Estado que não é

discriminatória, uma mudança nas normas sociais e uma maior conscientização e acesso ao conhecimento sobre o assunto são componentes críticos de um ambiente favorável para proteger as crianças e pais LGBT de discriminação e apoiar a localização de seus direitos.

Dessa forma fica evidente a importância e os impactos que a garantia ou negação de direitos para a população LGBT podem ter na saúde dessas pessoas, especialmente na saúde mental. Legislações que, aparentemente, não estão diretamente ligadas à produção, melhoria ou equidade de saúde para a população LGBT como a efetivação do casamento entre pessoas do mesmo sexo, possibilidade de retificação do nome civil e sexo em procedimento simples e sem exigência de laudos médicos para pessoas transexuais, tipificação da LGBTfobia como crime e sua equiparação ao crime de racismo, e dentre outras, podem gerar efeitos importantes para a saúde mental.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O suicídio, tema abordado no presente trabalho, tem sido apontado por pesquisadores como um dos grandes problemas de saúde pública na atualidade. Esse fenômeno tem crescido de modo considerável, estipulando-se, ainda, que os números referentes às tentativas são consideravelmente maiores do que os casos de suicídio. Essa tentativa prévia é indicada pela literatura científica como um dos mais importantes fatores de risco ao suicídio.

Esse fenômeno não atinge igualmente todas as pessoas, possuindo grupos mais vulneráveis a pensar, tentar e consumir o suicídio. No que se refere à faixa etária, os mais jovens têm sido considerados mais vulneráveis a esse fenômeno, possuindo altas taxas de mortalidade por essa causa que aparece em diversos países como a segunda ou terceira maior causa de mortalidade nessa parcela da população. Dentro desse grupo, há os jovens LGBT, que possuem maiores probabilidades do que os seus pares cis-heterossexuais ao suicídio.

Os fatores que corroboram essa realidade comprovada por diversas pesquisas empíricas são a violência, discriminação, preconceito e o estigma social vivenciados pela juventude LGBT em razão de sua orientação sexual e/ou identidade de gênero em desacordo com a norma cis-heterossexual estabelecida socialmente.

192 IDSA; HIVMA; PIDS. Discriminatory Laws and Policies Affecting Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender Individuals and the HIV and STD Epidemics. 2016. Disponível em: http://www.hivma.org/uploadedFiles/HIVMA/Policy_and_Advocacy/IDSA%20HIVMA%20PIDS%20Policy%20Statement%20Opposing%20AntiLGBT%20Laws%20Oct%202016.pdf. Acesso em: 22 mar. 2018.

193 UNICEF. Eliminating discrimination against children and parents based on sexual orientation and/or gender identity. Current Issues No. 9, 2014. Disponível em: < https://www.unicef.org/videoaudio/PDFs/Current_Issues_Paper_Sexual_Identification_Gender_Identity.pdf >. Acesso em: 16 mar. 2018. p. 3, tradução nossa.

Esses fatores atuam e contribuem para essa disparidade entre jovens LGBT e cis-heterossexuais ao deteriorarem a saúde mental dos jovens que vivenciam essas violências. Assim, é evidente que esses agentes externos atuam, de modo significativo, no adoecimento mental desses jovens. Nesse sentido, as leis que protegem e garantem direitos a essa população marginalizada interferem nesses fatores de risco produzindo efeitos positivos no estado de saúde dessas pessoas.

Desse modo, torna-se perceptível, assim como demonstrado ao longo desse trabalho, que as políticas sociais também são políticas de saúde, ou seja, ainda que as políticas sociais direcionadas às pessoas LGBT (como casamento entre pessoas do mesmo sexo e adoção, retificação do nome civil e sexo) possam, “à primeira vista, parecerem não relacionadas à saúde, essas políticas, no entanto, têm consequências para a saúde mental dessa população”¹⁹⁴. Portanto, a criação de leis e políticas que protejam os direitos das pessoas não cis-heterossexuais pode acarretar impactos positivos na saúde das pessoas LGBT¹⁹⁵.

Assim, o presente trabalho demonstrou que o Estado deve intervir buscando diminuir o preconceito e a discriminação vivenciada pelas pessoas LGBT para que possa contribuir, positivamente, para a redução do estigma social dessa população. Diversas políticas se apresentam necessárias para que tal efeito se mostre efetivo, necessitando ações nos diferentes setores da sociedade como políticas que coibam a discriminação em razão de orientação sexual e identidade de gênero (assim como também em setores específicos como na educação, trabalho e nas instituições de saúde), que efetivem direitos (como o casamento entre pessoas do mesmo sexo, adoção e retificação do nome e sexo das pessoas transexuais e travestis nos documentos oficiais), políticas de inserção social (como ações afirmativas em universidades para pessoas transexuais, incentivos fiscais para empresas que contratem pessoas transexuais e subsídios para permanência nos diversos níveis educacionais) e outras inúmeras políticas necessárias para coibir a marginalização dessa população sejam elas em curto, médio e longo prazo.

Portanto, esse entendimento corrobora o da OPAS/OMS¹⁹⁶ que compreende que o suicídio por ser um fenômeno complexo, exige que “os esforços de prevenção necessitam de coordenação e colaboração entre os múltiplos setores da sociedade, incluindo saúde, educação, trabalho, agricultura, negócios, justiça, lei, defesa, política e mídia”. Desse modo, essa organização entende que tais “esforços devem ser abrangentes e integrados, pois apenas uma abordagem não pode impactar em um tema tão complexo quanto o suicídio”.

Assim, evidenciou-se, com a pesquisa de Sutter e Perrin¹⁹⁷, que os efeitos causados pela discriminação às pessoas LGBT pode ser uma “área chave para intervenções para reduzir a ideação suicida [tentativas e suicídios consumados]” nessa população. Portanto, de acordo com os achados dessa pesquisa, fica evidente a necessidade de produção de políticas públicas que visem diminuir tais efeitos gerados pelo estigma social. Essa consideração também foi sinalizada em pesquisa recentemente realizada no Brasil que apontou a necessidade de elaboração e implementação de políticas públicas que visem reduzir o estigma social e violência direcionada a população LGBT, ações estas que, em conjunto com outras, contribuirão, positivamente, para uma redução das taxas de tentativas de suicídio nas pessoas LGBT¹⁹⁸.

É fundamental salientar que tal produção de efeitos gerados por meio da garantia de direitos estão relacionados a diversos outros fatores que influenciarão no impacto que tal garantia produzirá sobre o estigma

194 HATZENBUEHLER, Mark L. Social Factors as Determinants of Mental Health Disparities in LGB Populations: Implications for Public Policy. *Social Issues and Policy Review*, v. 4, n. 1, p. 31—62, 2010. p. 34. Tradução nossa.

195 WOLITSKI, Stall et al *apud* LAVALLÉE, Bernard. *Les déterminants du comportement alimentaire de jeunes hommes gays*. Dissertação (Mestrado em Nutrição) - Universidade de Montreal, Montreal, 2013. Disponível em: <http://docplayer.fr/19085700-Universite-de-montreal-lesdeterminantsdu-comportement-alimentaire-dejeunes-hommes-gais-par-bernard-lavallee.html>. Acesso em: 22 mar. 2018.

196 OPAS/OMS. Grave problema de saúde pública, suicídio é responsável por uma morte a cada 40 segundos no mundo. 2016. n.p.

197 SUTTER, Megan; PERRIN, Paul B. Discrimination, mental health, and suicidal ideation among LGBTQ people of color. *Journal of counseling psychology*, v. 63, n. 1, p. 98-105, 2016. p. 98, tradução nossa.

198 RELAÇÃO, entre violência, consumo de drogas e tentativas de suicídio em lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros. [2018?]. No prelo. Disponível em: https://dokupdf.com/download/suicidio-lgbt-_5a0313afd64ab2b9bdec6a07_pdf. Acesso em: 1 abr. 2018.

social, na saúde mental e nos índices de ideações, tentativas e suicídios das pessoas LGBT. Nesse sentido, faz-se necessário o surgimento de novas pesquisas sobre esses impactos da garantia de direitos na saúde mental dos jovens LGBT no Brasil, analisando na realidade local esses impactos em conjunto com outros fatores como políticos, econômicos e culturais.

REFERÊNCIAS

- ABASSE, Maria Leonor Ferreira *et al.* Análise epidemiológica da morbimortalidade por suicídio entre adolescentes em Minas Gerais, Brasil. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 14, n. 2, p. 407-416, 2009.
- ALBUQUERQUE, Grayce Alencar; PARENTE, Jeanderson Soares; MOREIRA, Felice Teles Lira dos Santos. Violência como violação dos direitos humanos de minorias sexuais: impactos na saúde. *Rev. Saúde.Com*, v. 13, n. 4, p. 1034-1043, 2017.
- ALMEIDA, Joanna *et al.* Emotional distress among LGBT youth: the influence of perceived discrimination based on sexual orientation. *Journal of youth and adolescence*, v. 38, n. 7, p. 1001-1014, 2009.
- ANDRADE, Mariana Dionísio de; CARTAXO, Marina Andrade; CORREIA, Daniel Camurça. Representações sociais no sistema de justiça criminal: proteção normativa e políticas públicas para o apenado LGBT. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 1, 2018.
- ARAÚJO, Cátia Daniela. *Os discursos sociais sobre os crimes e a violência perpetrados contra pessoas LGBT nos media*. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais e do Comportamento) - Instituto Universitário da Maia, Cidade da Maia, 2014.
- ARAÚJO, Luciene da Costa; VIEIRA, Kay Francis Leal; COUTINHO, Maria da Penha de Lima. Ideação suicida na adolescência: um enfoque psicossociológico no contexto do ensino médio. *Psico-USF*, v.15, n.1, p. 47-57, 2010.
- BAIDAWI, Adam; CAVE, Damien. Australia votes for gay marriage, clearing path to legalization, 2017. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2017/11/14/world/australia/yes-same-sex-marriage-gay.html>. Acesso em: 15 mar. 2018.
- BARBOSA, Fabiana de Oliveira; MACEDO, Paula Costa Mosca; SILVEIRA, Rosa Maria Carvalho da. Depressão e o suicídio. *Rev. SBPH*, v. 14, n. 1, p. 233-243, 2011.
- BARRIENTOS, Jaime. Preconceito e ódio disparam o processo de suicídio na população LGBT. *Revista do Instituto Humanitas Unisinos – IHU*, n. 515, p. 52-53, 2017.
- BLACKWELL, Eoin. Same-sex marriage could prevent 3000 high school suicide attempts a year, mental health groups say. 2017. Disponível em: https://www.huffingtonpost.com.au/2017/09/20/same-sex-marriage-could-prevent-3000-high-school-suicideattempts-a-year-mental-health-groupssay_a_23217145/. Acesso em: 15 mar. 2018.
- BLOSNICH, John; BOSSARTE, Robert. Drivers of disparity: differences in socially based risk factors of self-injurious and suicidal behaviors among sexual minority college students. *Journal of American College Health*, v. 60, n. 2, p. 141-149, 2012.
- BOMFIM, Silvano Andrade do. Homossexualidade, direito e religião: da pena de morte à união estável: a criminalização da homofobia e seus reflexos na liberdade religiosa. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, v. 18, n. 1, p. 71-103, 2011.
- BORGES, Adriana Teotonio; ESTRELA, Noábia Maria Freitas; FELIX, Maria Orlianni Santos Dantas. *Políticas de saúde para lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais no Brasil: em busca de universalidade, integra-*

lidade e equidade. In: SEMINÁRIO NACIONAL DE SERVIÇO SOCIAL, TRABALHO E POLÍTICAS SOCIAIS., 2. Florianópolis, 2017.

BORGES, Vivian Roxo; WERLANG, Blanca Susana Guevara. Estudo de ideação suicida em adolescentes de 13 e 19 anos. *Revista Psicologia, Saúde & Doenças*, v. 7, n. 2, p. 195-209, 2006.

BORGES, Vivian Roxo; WERLANG, Blanca Susana Guevara; COPATTI, Mônica. Ideação suicida em adolescentes de 13 a 17 anos. *Barbarói*, n. 28, p. 109-123, 2008.

BORRILLO, Daniel. A homofobia. In: LIONÇO, Tatiana; DINIZ, Debora (org.) *Homofobia & educação: um desafio ao silêncio*. Brasília: Letras Livres: EdUnB, 2009.

BOSTWICK, Wendy B. *et al.* Discrimination and mental health among lesbian, gay, and bisexual adults in the United States. *American Journal of Orthopsychiatry*, v. 84, n. 1, p. 35-45, 2014.

BOTEGA, Neury José *et al.* Prevenção do comportamento suicida. *Psico*, v. 37, n. 3, p. 213-220, 2006.

BOTEGA, Neury José. *Crise suicida: Avaliação e manejo*. Porto Alegre: Artmed, 2015.

BOTEGA, Neury José. *Suicídio: saindo da sombra em direção a um Plano Nacional de Prevenção*. *Revista Brasileira de Psiquiatria*, v. 29, n. 1, p. 7-8, 2007.

BRAGA, Luiza de Lima; DELL'AGLIO, Débora Dalbosco. Suicídio na adolescência: fatores de risco, depressão e gênero. *Contextos Clínic*, v. 6, n. 1, p. 2-14, 2013.

BRASIL. Conselho Nacional de Combate à Discriminação. *Brasil Sem Homofobia: programa de combate à violência e à discriminação contra GLTB e promoção da cidadania homossexual*. Brasília: Ministério da Saúde, 2004.

BRASIL. Ministério da saúde. *Política nacional de saúde integral de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais*. Brasília: MS, 2013.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Setembro Amarelo: Ministério da Saúde lança agenda estratégica de prevenção do suicídio*, 2017a. Disponível em: <http://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2017/setembro/21/Coletiva-suicidio-21-09.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2017.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Temático prevenção de violência e cultura de paz III*. Brasília: Organização Pan-Americana de Saúde, 2008.

BRASIL. *Suicídio: saber, agir e prevenir. Boletim Epidemiológico, Secretaria de Vigilância em Saúde – Ministério da Saúde*, v. 48, n. 30, 2017b. Não paginado.

CALDAS, José Manuel Peixoto *et al.* Escuela y diversidad sexual: ¿que realidad?. *Educación em Revista*, v.28, n. 3, p. 143-158, 2012.

CAMUS, Albert. *O mito de Sísifo*. Rio de Janeiro: Record, 2004.

CANTÃO, Luiza; BOTTI, Nadja Cristiane Lappann. Suicídio na população de 10 a 19 anos em minas gerais (1997-2011). *R. Enferm. Cent. O. Min*, v. 3, n. 4, p. 1262-1267, 2014.

CAPUTI, Theodore L.; SMITH, Davey; AYERS, John W. Suicide risk behaviors among sexual minority adolescents in the United States, 2015. *Jama*, v. 318, n. 23, p. 2349-2351, 2017.

CARDOSO, Michelle Rodrigues; FERRO, Luís Felipe. Saúde e população LGBT: demandas e especificidades em questão. *Psicologia: ciência e profissão*, v. 32, n. 3, p. 552-563, 2012.

CARROLL, Aengus; MENDÓS, Lucas Ramón. *Homofobia de Estado: estudio jurídico mundial sobre la orientación sexual en el derecho: criminalización, protección y reconocimiento*. 17. ed. Genebra: ILGA, 2017.

CAVE, Damien; WILLIAMS, Jacqueline. Australia Makes Same-Sex Marriage Legal, 2017. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2017/12/07/world/australia/gay-marriagesame-sex.html>. Acesso em: 15 mar. 2018.

CELORIO, Mariana. Violência biopolítica contra populações de la diversidade sexual: homofobia, derechos humanos y ciudadanía precaria. *El Cotidiano*, n. 202, p. 17-29, 2017.

CLEMENTS-NOLLE, Kristen; MARX, Rani; KATZ, Mitchell. Attempted suicide among transgender persons: the influence of gender-based discrimination and victimization. *Journal of homosexuality*, v. 51, n. 3, p. 53-69, 2006.

COSTA, Angelo Brandelli *et al.* The experience of sexual stigma and the increased risk of attempted suicide in young Brazilian people from low socioeconomic group. *Frontiers in psychology*, v. 8, p. 1-12, 2017.

CVV. *Movimento mundial setembro amarelo estimula prevenção do suicídio*, 2016. Disponível em: <https://www.cvv.org.br/blog/movimento-mundial-setembro-amarelo-estimula-prevencao-do-suicidio/>. Acesso em: 31 jan. 2018

DAHLBERG, Linda L.; KRUG, Etienne G. Violência: um problema global de saúde pública. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 11, n. Suppl., p. 1163-1178, 2006.

D'AUGELLI, Anthony R.; PILKINGTON, Neil W.; HERSHBERGER, Scott L. Incidence and mental health impact of sexual orientation victimization of lesbian, gay, and bisexual youths in high school. *School Psychology Quarterly*, v. 17, n. 2, p. 148-167, 2002.

DIAZ, Rafael M. *et al.* The impact of homophobia, poverty, and racism on the mental health of gay and bisexual Latino men: findings from 3 US cities. *American journal of public health*, v. 91, n. 6, p. 927-932, 2001.

DUARTE, Marco José de Oliveira. *Diversidade sexual e saúde mental*. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE ESTUDOS SOBRE A DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ESTUDOS DA HOMOCULTURA., 6. Salvador, 2012.

DUNCAN, Dustin T.; HATZENBUEHLER, Mark L. Lesbian, gay, bisexual, and transgender hate crimes and suicidality among a population-based sample of sexual-minority adolescents in Boston. *American journal of public health*, v. 104, n. 2, p. 272-278, 2014.

DURKHEIM, Émile. *O suicídio: estudo de sociologia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FONSECA, João José Soares da. *Metodologia da pesquisa científica*. Fortaleza: UEC, 2002.

FROHLICH, Katherine L.; POTVIN, Louise. Transcending the known in public health practice: the inequality paradox: the population approach and vulnerable populations. *American journal of public health*, v. 98, n. 2, p. 216-221, 2008.

GHORAYEB, Daniela Barbeta. *Homossexualidades na adolescência: aspectos de saúde mental, qualidade de vida, religiosidade e identidade psicossocial*. Tese (Doutorado em Ciências Médicas) - Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2012.

GIL, Antônio Carlos. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES, Ana Maria; CASTELLUCCIO, Mateus de Castro. Diversidade Sexual e Direitos LGBTQT. In: MOTTI, Antonio José Angelo; FARIA, Thais Dumêt. *Programa de Ações Integradas e Referenciais de Enfrentamento à Violência Sexual Infanto-Juvenil no Território Brasileiro (PAIR)*. Campo Grande: UFMS, 2009.

GOMES, Ana Maria; REIS, Aparecido Francisco dos; KURASHIGE, Keith Diego. Violência e homofobia: um estudo sobre o preconceito e a agressão contra a população LGBTQT em Mato Grosso do Sul. *Bagoas-Estudos Gays: gêneros e sexualidades*, v. 8, n. 11, p. 143-156, 2014.

GONÇALVES, Ludmilla R. C.; GONÇALVES, Eduardo; OLIVEIRA JÚNIOR, Lourival Batista de. De-

terminantes espaciais e socioeconômicos do suicídio no Brasil: uma abordagem regional. *Nova Economia*, Belo Horizonte, v. 21, n. 2, p. 281-316, 2011.

GROSSMAN, Arnold H.; D'AUGELLI, Anthony R. Transgender youth and life-threatening behaviors. *Suicide and life-threatening behavior*, v. 37, n. 5, p. 527-537, 2007.

GRUPO GAY DA BAHIA – GGB. *Relatório de assassinatos de LGBT no Brasil*. 2017. Disponível em: <http://pt.calameo.com/read/004650218f3258a331907>. Acesso em: 1 mar. 2018.

HAAS, A. P. *et al.* Suicide and suicide risk in lesbian, gay, bisexual, and transgender populations: review and recommendations. *Journal of Homosexuality*, v. 58, n. 1, p. 10-51, 2011.

HAFEEZ, Hudaisa *et al.* Health care disparities among lesbian, gay, bisexual, and transgender youth: a literature review. *Cureus*, v. 9, n. 4, p. 1-7, 2017.

HATZENBUEHLER, Mark L. *et al.* State-level policies and psychiatric morbidity in lesbian, gay, and bisexual populations. *American Journal of Public Health*, v. 99, n. 12, p. 2275-2281, 2009.

HATZENBUEHLER, Mark L. *et al.* The impact of institutional discrimination on psychiatric disorders in lesbian, gay, and bisexual populations: a prospective study. *American Journal of Public Health*, v. 100, n. 3, p. 452-459, 2010.

HATZENBUEHLER, Mark L. Social factors as determinants of mental health disparities in LGB populations: implications for public policy. *Social Issues and Policy Review*, v. 4, n. 1, p. 31—62, 2010.

HATZENBUEHLER, Mark L. The influence of state laws on the mental health of sexual minority youth. *JAMA pediatrics*, v. 171, n. 4, p. E1-E2, 2017.

HATZENBUEHLER, Mark L. The social environment and suicide attempts in lesbian, gay, and bisexual youth. *Pediatrics*, v. 127, n. 5, p. 896-903, 2011.

HATZENBUEHLER, Mark L.; KEYES, Katherine M. Inclusive anti-bullying policies and reduced risk of suicide attempts in lesbian and gay youth. *Journal of Adolescent Health*, v. 53, n. 1, p. S21-S26, 2013.

HATZENBUEHLER, Mark L.; LINK, Bruce G. Introduction to the special issue on structural stigma and health. *Social Science & Medicine*, v. 103, p. 1-6, 2014.

HUEBNER, David M.; REBCHOOK, Gregory M.; KEGELES, Susan M. Experiences of harassment, discrimination, and physical violence among young gay and bisexual men. *American Journal of Public Health*, v. 94, n. 7, p. 1200-1203, 2004.

IDSAs; HIVMA; PIDS. Discriminatory Laws and Policies Affecting Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender Individuals and the HIV and STD Epidemics. 2016. Disponível em: http://www.hivma.org/uploadedFiles/HIVMA/Policy_and_Advocacy/IDSA%20HIVMA%20PIDS%20Policy%20Statement%20Opposing%20AntiLGBT%20Laws%20Oct%202016.pdf. Acesso em: 22 mar. 2018.

JESDALE, Bill M.; ZIERLER, Sally. Enactment of gay rights laws in US states and trends in adolescent suicide: an investigation of non-hispanic white boys. *Journal of the gay and lesbian medical association*, v. 6, n. 2, p. 61-69, 2002.

KENAGY, Gretchen P. Transgender health: findings from two needs assessment studies in Philadelphia. *Health & social work*, v. 30, n. 1, p. 19-26, 2005.

LACERDA, Marcos; PEREIRA, Cícero; CAMINO, Leoncio. Um estudo sobre as formas de preconceito contra homossexuais na perspectiva das representações sociais. *Psicologia: reflexão e crítica*, v. 15, n. 1, p. 165-178, 2002.

LAMONTAGNE, Erik *et al.* A socioecological measurement of homophobia for all countries and its public health impact. *European journal of public health*, 2018. [Epub ahead of print].

- LAVALLÉE, Bernard. *Les déterminants du comportement alimentaire de jeunes hommes gais*. Dissertação (Mestrado em Nutrição) - Universidade de Montreal, Montreal, 2013. Disponível em: <http://docplayer.fr/19085700-Universite-de-montreal-lesdeterminantsdu-comportement-alimentaire-dejeunes-hommes-gais-par-bernard-lavallee.html>. Acesso em: 22 mar. 2018.
- LOVISI, Giovanni Marcos *et al.* Análise epidemiológica do suicídio no Brasil entre 1980 e 2006. *Rev Bras Psiquiatr.*, São Paulo, v. 31, n. (Supl II), p. S86-93, 2009.
- MARKS, Suzanne M. Global recognition of human rights for lesbian, gay, bisexual, and transgender people. *Health and human rights*, v. 9, n. 1, p. 33-42, 2006.
- MELO, Brunna Stella da Silva Carvalho; BARROS, Jorge Fernando de Carvalho Leite. Consequências do Suicídio para as Relações Sócioafetivas dos Familiares na Posvenção. *Rev. FSA*, Teresina, v. 14, n. 2, p. 129-145, 2017.
- MEYER, Ilan H. Minority stress and mental health in gay men. *Journal of health and social behavior*, v. 36, n. 1, p. 38-56, 1995.
- MEYER, Ilan H. Prejudice, social stress, and mental health in lesbian, gay, and bisexual populations: conceptual issues and research evidence. *Psychology of Sexual Orientation and Gender Diversity*, v. 1(S), p. 3-26, 2013.
- MINAYO, Maria Cecília de Souza. *Violência: um problema para a saúde dos brasileiros*. In: BRASIL. Impacto da violência na saúde dos brasileiros. Brasília: Ministério da Saúde, 2005.
- MORRISON, Linda L.; L'HEUREUX, Jeff. Suicide and gay/lesbian/bisexual youth: implications for clinicians. *Journal of adolescence*, v. 24, n. 1, p. 39-49, 2001.
- NARDI, Henrique Caetano; RIOS, Roger Raupp; MACHADO, Paula Sandrine. Diversidade sexual: políticas públicas e igualdade de direitos. *Athenea Digital: Revista de pensamiento e investigación social*, v. 12, n. 3, p. 255-266, 2012.
- NATARELLI, Taison Regis Penariol *et al.* O impacto da homofobia na saúde de adolescentes homossexuais. *Escola Anna Nery*, v. 19, n. 4, p. 664-670, 2015.
- OLIVEIRA, Verônica Miranda de. *Competência em saúde mental (Mental Health Literacy): do conceito às estratégias na questão do suicídio no Brasil*. Dissertação (Mestrado em Informação e Comunicação em Saúde) - Instituto de Comunicação e Informação Científica e Tecnológica em Saúde, Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2011.
- OMS. Constitution of the world health organization. In: OMS. *Basic documents*, 47 ed. Switzerland, 2009. Disponível em: http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/44192/1/9789241650472_eng.pdf. Acesso em: 11 fev. 2018.
- OMS. *Global Accelerated Action for the Health of Adolescents (AA-HA!): Guidance to Support Country Implementation*. 2017. Disponível em: <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/255415/1/9789241512343-eng.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2018.
- OMS. *Prevenção do suicídio um recurso para conselheiros*. Genebra, 2006. Disponível em: http://www.who.int/mental_health/media/counsellors_portuguese.pdf. Acesso em: 30 jan. 2018
- OPAS/OMS. *Grave problema de saúde pública, suicídio é responsável por uma morte a cada 40 segundos no mundo*. 2016. Disponível em: http://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5221:grave-problema-de-saude-publica-suicidio-eresponsavel-por-uma-morte-a-cada-40-segundos-no-mundo&Itemid=839. Acesso em: 9 nov. 2017.
- ORTIZ-HERNÁNDEZ, Luis.; TORRES, María Isabel. Efectos de la violencia y la discriminación en la salud mental de bisexuales, lesbianas y homosexuales. *Cad. Saúde Pública*, v. 21, n. 3, p. 913-925, 2005.

- RAIFMAN, J. *et al.* Difference-in-differences analysis of the association between state same-sex marriage policies and adolescent suicide attempts. *JAMA Pediatr.*, [S.L.], v. 171, n. 4, p. 350-356, 2017.
- RAMÍREZ, Víctor M. Lgtb-fobia y suicidio homosexual. Su influencia en los pioneros del movimiento lgtb. 2016. Disponível em: https://www.academia.edu/23118887/Lgtb-fobia_y_suicidio_homosexual._Influencia_en_los_pioneros_del_movimiento_lgtb. Acesso em: 28 mar. 2018.
- RAMOS, Silvia; CARRARA, Sérgio. A constituição da problemática da violência contra homossexuais: a articulação entre ativismo e academia na elaboração de políticas públicas. *Physis: revista de saúde coletiva*, v. 16, n. 2, p. 185-205, 2006.
- RELAÇÃO, entre violência, consumo de drogas e tentativas de suicídio em lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros. [2018?]. p. 10. Disponível em: https://dokupdf.com/download/suicidio-lgbt_5a0313afd64ab2b9bdec6a07_pdf. Acesso em: 1 abr. 2018.
- RIGO, Soraya Carvalho. Capítulo III. In: CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. O suicídio e os desafios para a psicologia. Brasília: CFP, 2013.
- ROA, Carlos Alejandro Pineda. Etiología social del riesgo de suicidio en adolescentes y jóvenes lesbianas, gay y bissexuales: una revisión. *Psicogente*, v. 16, n. 29, p. 218-234, 2013.
- ROCHA-BUELVAS, Anderson. El riesgo suicida y los significados de las minorías sexuales: un nuevo reto para la salud pública. *Revista de la Facultad de Medicina*, v. 63, n. 3, p. 537-544, 2015.
- RODRÍGUEZ, Omar Frómeta; LAGUARDIA, Tania Maité Ponce. Salud sexual y desarrollo de la sexualidad de mujeres lesbianas, en edad adulta. *Revista Sexología y Sociedad*, v.19, n. 2, p. 102-115, 2013.
- ROSA, Wilzacler. *Pesquisa revela o risco de suicídio na comunidade LGBT. S.a.* Disponível em: <http://www.crp15.org.br/artigos/pesquisa-revela-o-risco-de-suicidio-na-comunidade-lgbt/>. Acesso em: 10 nov. 2017.
- RUSSELL, Stephen T. *et al.* Lesbian, gay, bisexual, and transgender adolescent school victimization: Implications for young adult health and adjustment. *Journal of School Health*, v. 81, n. 5, p. 223-230, 2011.
- RUSSELL, Stephen T.; FISH, Jessica N. Mental health in lesbian, gay, bisexual, and transgender (LGBT) youth. *Annual review of clinical psychology*, v. 12, p. 465-487, 2016.
- RUSSELL, Stephen T.; JOYNER, Kara. Adolescent sexual orientation and suicide risk: evidence from a national study. *American Journal of public health*, v. 91, n. 8, p. 1276-1281, 2001.
- RYAN, Caitlin et al. Family rejection as a predictor of negative health outcomes in white and Latino lesbian, gay, and bisexual young adults. *Pediatrics*, v. 123, n. 1, p. 346-352, 2009.
- SGOBIN, Sara Maria Teixeira. “*Custos diretos e indiretos de tentativas de suicídio de alta letalidade internadas em hospital geral*”. Dissertação (Mestrado em Ciências Médicas) - Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2013.
- SILVA, Laionel Vieira da; BARBOSA, Bruno Rafael Silva Nogueira. Suicídio ou assassinato?: um outro crime por trás da prática homofóbica. *Revista Gênero e Direito*, João Pessoa, v. 3, n. 2, p. 58-78, 2014.
- SKERRETT, Delaney Michael; MARS, Michelle. Addressing the social determinants of suicidal behaviors and poor mental health in LGBTI Populations in Australia. *LGBT health*, v. 1, n. 3, p. 212-217, 2014.
- SOLAZZO, Alexa; BROWN, Tony N. GORMAN, Bridget K. State-level climate, antidiscrimination law, and sexual minority health status: an ecological study. *Social Science & Medicine*, v. 196, p. 158-165, 2018.
- SOLIVA, Trelahiago Barcelos. *Família e homossexualidade: uma análise da violência doméstica sofrida por jovens homossexuais*. In: FAZENDO Gênero 9, 2010.
- SUTTER, Megan; PERRIN, Paul B. Discrimination, mental health, and suicidal ideation among LGBTQ

- people of color. *Journal of counseling psychology*, v. 63, n. 1, p. 98-105, 2016.
- TANGERINO, Davi de Paiva Costa; CABRAL, Gabriel; OLIVE, Henrique. Políticas públicas em suicídio: do paternalismo clássico ao paternalismo libertário e nudging. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 2, 2018.
- TEIXEIRA-FILHO, Fernando Silva; RONDINI, Carina Alexandra. Ideações e tentativas de suicídio em adolescentes com práticas sexuais hetero e homoeróticas. *Saúde e Sociedade*, São Paulo, v. 21, n. 3, p. 651667, 2012.
- TRANSGENDER EUROPE. IDAHOT 2016: Trans Murdes Monitoring Update, 2016. Disponível em: <http://transrespect.org/en/idahot-2016-tmm-update/>. Acesso em: 5 mar. 2018.
- TRANSGENDER EUROPE. TMM Update Trans Day of Remembrance 2017, 2017. Disponível em: <http://transrespect.org/en/tmm-update-trans-day-remembrance-2017/>. Acesso em: 5 mar. 2018.
- TULLER, David. The health effects of legalizing same-sex marriage. *Health Affairs*, v. 36, n. 6, p. 978-981, 2017.
- UNICEF. *Eliminating discrimination against children and parents based on sexual orientation and/or gender identity*. Current Issues n. 9, 2014. Disponível em: https://www.unicef.org/videoaudio/PDFs/Current_Issues_Paper_Sexual_Identification_Gender_Identity.pdf. Acesso em: 16 mar. 2018.
- WASELFISZ, Julio Jacobo. *Juventude, violência e cidadania: os jovens de Brasília*. São Paulo: Cortez, 1998.
- WERLANG, B. S. G.; BORGES, V. R.; FENSTERSEIFER, L. Fatores de risco ou proteção para a presença de ideação suicida na adolescência. *Revista Interamericana de Psicologia*, v. 39, n. 2, p. 259-266, 2005.
- WERLANG, Blanca. Capítulo II. In: CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. *O suicídio e os desafios para a psicologia*. Brasília: CFP, 2013.
- WHO. Preventing suicide: a global imperative. 2014. Disponível em: http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/131056/9789241564779_eng.pdf?sequence=1. Acesso em: 16 mar. 2018.
- WILLIAMS, David R. *et al.* Moving upstream: how interventions that address the social determinants of health can improve health and reduce disparities. *Journal of public health management and practice*, v. 14, n. Suppl, p. S8-17, 2008.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**A desproteção à saúde do
trabalhador e sua judicialização**
The deprotection to the
health of the worker and its
judicialization

Renata Salgado Leme
Luiz Pinto de Paula Filho

VOLUME 8 • Nº 3 • DEZ • 2018
DOSSIÊ ESPECIAL : POLÍTICAS PÚBLICAS
E O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

A desproteção à saúde do trabalhador e sua judicialização*

The deprotection to the health of the worker and its judicialization

Renata Salgado Leme**

Luiz Pinto de Paula Filho***

RESUMO

O presente artigo trata da desproteção da saúde do trabalhador e seus reflexos no âmbito judicial. Discute como o descumprimento da norma constitucional de proteção à saúde do trabalhador tem implicado excessivo número de ações judiciais que pleiteiam o direito a benefícios previdenciários acidentários e a direitos trabalhistas relativos à sua saúde, ações estas que ocorrem pela ausência de políticas públicas que garantam estes direitos. Apresenta dados referentes ao número de processos judiciais, previdenciários e trabalhistas relativos à saúde laboral e objetiva discutir a existência de uma “judicialização da saúde do trabalhador”. Para tanto, foi utilizado o método hipotético-dedutivo a fim de responder a seguinte pergunta: a saúde do trabalhador tem recebido a proteção prevista pela Constituição Federal, ou é exercível, apenas, mediante o ajuizamento de ações judiciais pleiteando esse direito previsto constitucionalmente? Ao final do trabalho, foi respondida à pergunta suscitada de maneira negativa. Evidenciou-se que a saúde do trabalhador tem sido desprotegida pelo Estado, sobredita desproteção tem gerado reflexos judiciais que prejudicam o obreiro e indicam haver a judicialização da saúde do trabalhador suscitada.

Palavras-chave: Constituição Federal. Saúde do trabalhador. Desproteção. Acidentes de trabalho. Ações judiciais.

ABSTRACT

This article deals with the lack of protection of workers' health and its consequences in the judicial sphere. It discusses how the disobedience of constitutional norm of protection to the worker's health has implied an excessive number of lawsuits that claim the right to accidental social security benefits and labor rights related to their health, lawsuits that occur due to the absence of public policies that guarantee these rights. It presents data referring to the number of social security and labor lawsuits and aims to discuss the existence of a “judicialization of worker's health”. For this purpose, the hypothetical-deductive method was used to answer the following question: has the worker's health received the protection provided by the Federal Constitution, or is it only exercisable through the filing of lawsuits claiming this constitutionally foreseen right? At the end of the paper, the question

* Recebido em 15/08/2018
Aprovado em 11/10/2018

** Advogada. Doutora em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Professora Doutora do Mestrado em Direito da Saúde: Dimensões Individuais e Coletivas da Universidade Santa Cecília - UNISANTA. E-mail: renataleme@aasp.org.br

*** Advogado. Mestrando em Direito da Saúde: Dimensões Individuais e Coletivas pela Universidade Santa Cecília - UNISANTA. Professor de Direito do Trabalho da Faculdade Bertoga - FABE. E-mail: depaulalaw@uol.com.br

raised was answered negatively. It was evidenced that the health of the worker has been unprotected by the State, overdated lack of protection has generated judicial reflexes that harm the worker and indicate that there is a judicialization of the health of the worker raised.

Keywords: Federal Constitution. Worker's health. Deprotection. Accidents at work. Lawsuits.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, em seu Título VIII, Capítulo II, trata sobre a Seguridade Social, dispondo a Seção I, em seu artigo 194, que “a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.”¹

Com base nessa definição, o legislador constituinte tratou de descrever cada um dos direitos assegurados pelo sistema de seguridade social, cuidando, na Seção II, em seus artigos 196 a 200, do direito à Saúde; na seção III, artigos 201 a 202, do direito à Previdência Social e, por fim, na Seção IV, artigos 203 e 204, da Assistência Social.

Dessa maneira, estava desenhado o Sistema de Seguridade Social no Brasil a despeito de algumas lutas ou discussões, pois se as legislações anteriores traziam apenas a previsão do direito à Previdência Social para os trabalhadores formais e o direito à Assistência Social para a população sem vínculos trabalhistas, a inserção da proteção à saúde a respeito do contexto da seguridade decorreu de “pressões que já se faziam sentir há mais de uma década”² e que fizeram emergir, como parte da luta pela democracia, o que se denominou de Reforma Sanitária.

Entre as reivindicações promovidas pelos defensores da Reforma Sanitária, estava a *proteção da saúde do trabalhador*, como reflexo das discussões que ocorriam na Europa, nos idos de 1950, onde surgiram “novos questionamentos sobre as condições de trabalho e reivindicações de mudanças capazes de garantir saúde e melhorar o ambiente e qualidade de vida das pessoas.”³

Outrossim, e visando atender ao reclamo da classe trabalhadora que também tinha interesse na melhoria das condições de trabalho defendida pela Reforma Sanitária, o legislador constituinte atribuiu ao Sistema Único de Saúde (SUS), entre suas competências, “executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador”, conforme prescreve o artigo 200, inciso II, da Carta Política de 1988.⁴

Desde então, cabe ao SUS executar ações de proteção à saúde do trabalhador, de modo a garantir melhores condições de trabalho que prestigiem a saúde e vida do obreiro, mediante a formulação de políticas públicas de proteção à saúde no trabalho, criação de órgãos de vigilância e fiscalização, e, ainda, implementação de uma rede de atendimento de saúde do trabalhador, efetivando o comando constitucional supracitado.

Contudo, não obstante a norma fundamental prever caber ao Estado, por meio do SUS, formular políticas e mecanismos de proteção à saúde do trabalhador, observa-se, hodiernamente, omissão estatal em sua obrigação constitucional de proteger a saúde dos trabalhadores e, muitas vezes, dificuldade de acesso

1 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 jul. 2018.

2 FLEURY, Sonia. Reforma sanitária brasileira: dilemas entre o instituinte e o instituído. *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 3, p. 743-752. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232009000300010&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 jul. 2018.

3 DIAS, Elizabeth Costa; HOEFEL, Maria da Graça. O desafio de implementar as ações de saúde do trabalhador no SUS: a estratégia da RENAST. *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 4, p. 817-827, dez. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232005000400007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 09 jul. 2018.

4 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 jul. 2018.

do obreiro acidentado a perceber o benefício previdenciário pago pelo Estado, oriundo da sua ineficácia obrigacional de proteger, fiscalizar, formular políticas públicas e mecanismos protetivos favoráveis a todos que laboram.

Isto posto, o presente artigo visa à questão atinente à omissão e ineficácia do Estado em proteger a saúde do trabalhador e a dificuldade que ele (Estado) impõe aos obreiros acidentados de auferir a indenização previdenciária devida. Além disso, busca responder à seguinte pergunta: a saúde do trabalhador tem recebido a proteção prevista pela Constituição Federal, mediante a devida implementação de políticas públicas protetivas e fiscalização destas políticas, ou só é exercível mediante o ajuizamento de ações judiciais pleiteando este direito — seja requerendo o pagamento de benefícios previdenciários decorrentes de acidentes de trabalho, seja requerendo a concretização de direitos trabalhistas atinentes à saúde do trabalhador —, previsto constitucionalmente?

Para responder a questão supramencionada, utilizou-se o método hipotético-dedutivo, pelo qual se discutirá a tese de que o Estado não tem sido eficaz no cumprimento do comando constitucional de proteção à saúde do trabalhador e, por consequência, essa desproteção tem acarretado reflexos judiciais derivados do ajuizamento de ações pleiteando direitos previdenciários e trabalhistas, gerando grande número de demandas judiciais que caracterizam aquilo que denominamos, neste artigo, de **judicialização da saúde do trabalhador**.

Utilizou-se, ainda, para fins de abordagem dos problemas levantados, pesquisa qualitativa, visando identificar os fatores que contribuem para a ocorrência dos fenômenos aqui investigados. Já os procedimentos técnicos utilizados para a pesquisa em questão foram pesquisa bibliográfica, normativa e documental, utilizando-se referenciais teóricos, legislativos e documentais publicados em meio escrito e eletrônico.

2. A SAÚDE DO TRABALHADOR E SUA JUDICIALIZAÇÃO

2.1. A importância da saúde do trabalhador para a reforma política sanitária e as dificuldades para sua implementação

Como observa Camilla Japiassu Dores⁵, *“no fim do regime militar, que perdurou entre as décadas de 1960 e 1980, teve início o movimento sanitário, que acabou por demonstrar anseios antagônicos à visão privatista que predominava no país”* e que trouxe, entre outros anseios, o desejo da classe trabalhadora de gozar de maior proteção de sua saúde no ambiente de trabalho.

A importância da saúde do trabalhador e sua configuração constitui-se com base em três vetores, como observa Lacaz:⁶ *“a produção acadêmica; a programação em saúde na rede pública e; o movimento dos trabalhadores, particularmente a partir dos anos 1980, quando seu discurso assumiu caráter mais propositivo junto ao Estado, deixando de apenas dizer não, para também indicarem soluções para os problemas sociais, políticos e econômicos”* — entre eles a saúde da classe trabalhadora.

Embora *“a preocupação governamental com o bem-estar dos trabalhadores não chega a ter dois séculos de existência”*,⁷

5 DORES, Camilla Japiassu. As bases da saúde lançadas pela Constituição Federal de 1988: um sistema de saúde para todos? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 3, n. 1, jan./jun. 2013. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/2159/pdf>>. Acesso em 03 out. 2018

6 LACAZ, Francisco Antonio de Castro. O campo saúde do trabalhador: resgatando conhecimentos e práticas sobre as relações trabalho-saúde. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 23, abr. 2007. p. 757-766. Disponível em <<https://www.scielosp.org/pdf/csp/2007.v23n4/757-766/pt>>. Acesso em: 06 out 2018.

7 WEINTRAUB, Arthur Bragança Vasconcellos. Direito à saúde intrínseco ao campo da seguridade social. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 6, n. 1-3, p. 62-72. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/85822>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

a proteção sanitária foi soerguida ao *status* de política governamental no limiar do século XX, na medida em que foi verificada uma interdependência entre as condições de saúde e trabalho⁸. Além disso, tornou-se notório não ser possível atender aos anseios dos interesses econômicos que permeavam o Estado do Bem-Estar Social em detrimento da saúde dos trabalhadores, restando evidente que o regular desenvolvimento da Revolução Industrial estava intrinsecamente ligado à melhoria da qualidade de vida e saúde dos operários

Nessa esteira, deu-se início a um movimento de Reforma Sanitária na Europa, onde surgiram novos questionamentos sobre as condições de trabalho e reivindicações pela melhoria da qualidade de vida das pessoas. Na Itália, destacam Dias e Hoefel⁹, o movimento pela Reforma Sanitária envolveu trabalhadores organizados, técnicos de serviços de saúde e instituições de ensino e pesquisa, trazendo à evidência condições de trabalho que geravam doenças nos operários e a necessidade de modificá-las.

Referido movimento ecoou no Brasil durante o período da reorganização social, fim da ditadura e redemocratização do país, contribuindo para a inserção da reforma sanitária na agenda de readequação democrática que estava sendo implementada, de modo que “*as novas bases da saúde lançadas na Constituição Federal de 1988 foram um momento ímpar para o desenvolvimento da saúde pública brasileira*”¹⁰ e, por consequência, para a inclusão da saúde do trabalhador dentro desta reforma, como explicam Dias e Hoefel:¹¹

[...] Com o apoio dos trabalhadores, em particular dos sindicatos sintonizados com as premissas do “novo sindicalismo” e as formulações teórico-conceituais produzidas pela epidemiologia social, a Reforma Sanitária Brasileira incluiu as questões de saúde do trabalhador.

Assim, o movimento de Saúde do Trabalhador, no Brasil, toma forma no final dos anos 70, tendo como eixos: a defesa do direito ao trabalho digno e saudável; a participação dos trabalhadores nas decisões sobre a organização e gestão dos processos produtivos e a busca da garantia de atenção integral à saúde.

Destarte, e com apoio da classe trabalhadora, a Constituição Federal de 1988 avança em relação às normas fundamentais anteriores, garantindo um conjunto de direitos sociais que até então não haviam sido tão amplamente garantidos. Daí Sonia Fleury¹² afirmar que:

[...] a inclusão da previdência, da saúde e da assistência como partes da seguridade social introduz a noção de direitos sociais universais como parte da condição de cidadania, sendo que antes eram restritos à população beneficiária da previdência.

Com isto, estava instaurada no Brasil a Reforma Política Sanitária (ou apenas Reforma Sanitária, como é reconhecida) e a inclusão das questões de saúde do trabalhador na Constituição Federal de 1988, incluindo entre seus determinantes as condições de alimentação, habitação, educação, renda, meio ambiente, trabalho, emprego, e atribuindo ao SUS a responsabilidade de coordenar as ações no país de proteção à saúde da classe operária.¹³

8 DALLARI, Sueli Gadolfi; VENTURA, Deisy de Freitas Lima. O princípio da precaução: dever do Estado ou protecionismo disfarçado? *São Paulo Perspec.*, São Paulo, v. 16, n. 2, p. 53-63. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392002000200007&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 11 jul. 2018.

9 DIAS, Elizabeth Costa; HOEFEL, Maria da Graça. O desafio de implementar as ações de saúde do trabalhador no SUS: a estratégia da RENAST. *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 4, p. 817-827, dez. 2005. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232005000400007&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 09 jul. 2018.

10 DORES, Camilla Japiassu. As bases da saúde lançadas pela Constituição Federal de 1988: um sistema de saúde para todos? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 3, n. 1, jan./jun. 2013. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/2159/pdf>. Acesso em: 03 out. 2018

11 DIAS, Elizabeth Costa; HOEFEL, Maria da Graça. O desafio de implementar as ações de saúde do trabalhador no SUS: a estratégia da RENAST. *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 4, p. 817-827, dez. 2005. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232005000400007&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 09 jul. 2018.

12 FLEURY, Sonia. Reforma sanitária brasileira: dilemas entre o instituinte e o instituído. *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 3, p. 743-752. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232009000300010&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 10 jul. 2018.

13 DIAS, Elizabeth Costa; HOEFEL, Maria da Graça. O desafio de implementar as ações de saúde do trabalhador no SUS: a estratégia da RENAST. *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 4, p. 817-827, dez. 2005. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232005000400007&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 09 jul. 2018.

Após a implementação da Lei Orgânica do SUS (Lei 8.080/1990)¹⁴ estava consolidado, nos planos legal e institucional, o campo “Saúde do Trabalhador”, atendendo ao anseio dessa classe e dando início a uma nova fase da proteção à saúde dos trabalhadores. A partir de então, não mais dependiam do trabalho formal e contribuição à Previdência Social para terem acesso à saúde oferecida pelo Estado: o registro em carteira de trabalho dava lugar a um acesso universal e igualitário, colocando, no mesmo nível, trabalhadores formais e informais, e protegendo-os da mesma maneira. Ao mesmo tempo, era inaugurado um sistema que tinha como um de seus deveres orientar as políticas de proteção à saúde do trabalhador, reconhecendo a importância do tema e alçando-o ao caráter de direito fundamental, exigindo que sejam envidados esforços e estabelecidos mecanismos de proteção contra discriminações, especialmente de desequilíbrios historicamente consolidados¹⁵.

Entretanto, não obstante a Reforma Sanitária no Brasil ter contado com amplo apoio dos trabalhadores e ter entre suas determinações a proteção à saúde do trabalhador, verificou-se, no decorrer dos anos, a diminuição dos direitos por ela defendidos e uma inefetividade da norma constitucional de proteção à saúde dos operários, o que gerou esvaziamento do regramento fundamental e a marginalização da saúde obreira, que não tem recebido a devida atenção do governo, empresários e mesmo da própria classe trabalhadora.

Referido esvaziamento pode decorrer da disputa ideológica que permeou a construção do SUS, favorecendo, amplamente, o projeto neoliberal ocorrido após a promulgação da CF/88, que reorganizou as relações entre Estado e sociedade em bases distintas daquelas propostas pelos formuladores do SUS¹⁶; por outro lado, é possível que esse “vazio” experimentado pelas políticas públicas de proteção à saúde do trabalhador decorra do afastamento desses como atores ativos no processo de construção e implementação de políticas de proteção à saúde dos operários, mediante participação mais ativa de sindicatos, associações de classe e outras entidades que atuam em defesa dos interesses dos trabalhadores.

Outro fator diagnosticado por Franco, Druck e Seligmann-Silva¹⁷, a respeito do “esvaziamento” das políticas públicas de saúde do trabalhador, refere-se à *precarização do trabalho* que, segundo elas, “*neutraliza e anula a ‘regulação social do trabalho’ (com a consequente perda de direitos conquistados pelos movimentos sociais anteriormente), naturalizando o trabalho precário, banalizando a injustiça social e a violência no trabalho (principalmente a violência psicológica).*”

Apontam Dias e Hoefel¹⁸ como fato inconteste que:

[...] 15 anos após a regulamentação da atribuição constitucional da atenção integral à saúde dos trabalhadores pela Lei Orgânica da Saúde 8.080/90 e das experiências implementadas na rede pública de serviços de saúde, pode-se dizer que o SUS ainda não incorporou, de forma efetiva, em suas concepções, paradigmas e ações, o lugar que o “trabalho” ocupa na vida dos indivíduos e suas relações com o espaço socioambiental.

Destarte e, em que pese o fato da reforma sanitária ter contado com amplo apoio de sindicatos de trabalhadores e operários dos mais variados segmentos, observa-se que o modelo inicialmente adotado e que

14 BRASIL. *Lei 8.080/1990*. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm>. Acesso em: 11 jul. 2018

15 MATIAS, João Luis Nogueira; MUNIZ, Águeda. O poder judiciário e a efetivação do direito à saúde. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. v. 5, n. 1, p. 194-206, jan./jun. 2015. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3377/2637>>. Acesso em: 03 out. 2018.

16 FLEURY, Sonia. Reforma sanitária brasileira: dilemas entre o instituinte e o instituído. *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 3, p. 743-752. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232009000300010&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 jul. 2018.

17 FRANCO, Tânia; DRUCK, Graça; SELIGMANN-SILVA, Edith. As novas relações de trabalho, o desgaste mental do trabalhador e os transtornos mentais no trabalho precarizado. *Rev. bras. saúde ocup.*, São Paulo, v. 35, n. 122, p. 229-248, dez. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0303-76572010000200006&lng=en&nrm=iso> Acesso em: 03 out. 2018.

18 DIAS, Elizabeth Costa; HOEFEL, Maria da Graça. O desafio de implementar as ações de saúde do trabalhador no SUS: a estratégia da RENAST. *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 4, p. 817-827, dez. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232005000400007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 09 jul. 2018.

visava ampliar a proteção à saúde do trabalhador tem encontrado dificuldades para se efetivar na prática, contribuindo para o escamoteamento do tema e relegando-o a um plano de somenos importância que não lhe pode ser atribuído, devido à saúde do trabalhador dizer respeito, atualmente, à saúde da quase totalidade dos indivíduos e cidadãos de um país.

Com efeito, ao se abrir mão da proteção à saúde de trabalhadores e trabalhadoras, está se abrindo mão do mecanismo propulsor de toda a economia de uma nação, pois, a ausência de mão de obra, por qualquer motivo que seja — e em especial por motivos de saúde —, impede o desenvolvimento de produtos, serviços, e de toda uma economia, contribuindo para a crise que assola o Brasil e o mundo, hodiernamente. Ademais, não enfrentar a questão da saúde dos trabalhadores com a urgência e importância que o tema reclama implica, indubitavelmente, os elevados números de acidentes de trabalho e óbitos por acidentes laborais que assolam a Previdência Social e o país como um todo.

Nesse sentido, os números de acidentes de trabalho no Brasil são alarmantes: segundo dados do Anuário Estatístico da Previdência Social (doravante denominado AEPS) do ano de 2016, foram registrados 578.935 acidentes de trabalho.¹⁹ Tal número, embora demonstre uma queda nos índices de acidentes de trabalho ocorrido nos dois anos anteriores (2015 e 2014), não significa grandes avanços no que se refere à proteção à saúde do trabalhador.

Embora os números constantes do AEPS/2016 representem pequeno avanço, não podem ser tomados como absolutos: enquanto o AEPS/2015 registrou o total de 612.632 acidentes de trabalho ocorridos naquele ano²⁰, o AEPS/2016 apontou, precisamente, a ocorrência de **622.379** acidentes de trabalho **durante o ano de 2015**; diferença considerável de 9.747 acidentes de trabalho havidos em 2015.

Da mesma maneira, os números apresentados pela Previdência Social também não podem ser considerados absolutos devido ao alto índice de desemprego que atinge os trabalhadores brasileiros, fazendo com que muitos trabalhem atualmente na informalidade, não dispondo de mecanismos de comunicação dos acidentes de trabalho sofridos e nem tendo acesso aos benefícios previdenciários oriundos de lesões incapacitantes, fazendo crer que o número de acidentes de trabalho ocorrido nos últimos anos seja maior que o apresentado.

Ainda, segundo os dados constantes do AEPS/2016, o número de mortes decorrentes de acidentes de trabalho não sofreu significativa redução, demonstrando que a saúde do trabalhador não tem estado nos primórdios da pauta de elaboração de políticas públicas de saúde do trabalho, embora dependa, para sua eficácia de uma ação concreta do Estado, e não simplesmente de uma possibilidade de agir em juízo.²¹

Isto posto, ainda que o AEPS/2016 indique diminuição nos números de acidentes de trabalho e óbitos decorrentes do labor no Brasil, estes números não podem ser tomados como irrefutáveis, como dito alhures e, também, não significam evolução ou melhora das políticas públicas de proteção à saúde dos trabalhadores. É que, ainda que se trate de empregadores cumprindo e fazendo cumprir as normas de medicina e segurança do trabalho²², vezes outras ocorrem acidentes de trabalho provocados por máquinas, equipamentos, serviços ou produtos utilizados no ambiente de trabalho sem haver os devidos esclarecimentos, informações sobre riscos ou observância das exigências mínimas de segurança, colocando em risco a saúde do trabalhador e ocasionando, eventualmente, aquilo que se condicionou denominar de “mortes por causas violentas”.²³

19 BRASIL. Ministério da Previdência Social. *Anuário Estatístico da Previdência Social 2016*. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2018/01/AEPS-2016.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2018.

20 BRASIL. Ministério da Previdência Social. *Anuário Estatístico da Previdência Social 2015*. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2015/08/AEPS-2015-FINAL.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2018.

21 LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado social de direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 130.

22 SILVA, Otávio Pinto e. Direito sanitário do trabalho no Brasil. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 31-36, jul. 2001. Disponível em: <<https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v2i2p31-36>>. Acesso em: 14 jul. 2018.

23 CAMPILONGO, Celso Fernandes. O trabalhador e o direito à saúde: a eficácia dos direitos sociais e o discurso neoliberal.

Da mesma forma, a segurança da saúde dos trabalhadores tem sido desprezada em nome da precarização de sua saúde, incidindo na saúde mental destes — o que contribui para o esgotamento físico e psíquico que favorece a ocorrência de acidentes de trabalho —, fragilizando os indivíduos pela organização do trabalho com intensificação de sua multiexposição e cuja fragilização, às vezes, ocorre por limitações impostas ao bom funcionamento dos Serviços de Engenharia e de Segurança e Medicina do Trabalho (SESMTs) em nome de uma equivocada contenção de custos.²⁴ Essa precarização das condições de trabalho, ainda, implica o aparecimento de outras doenças ocupacionais, como destacam Franco, Druck e Seligmann-Silva²⁵:

É necessário considerar, ainda, que os tempos sociais do trabalho (ritmos, intensidade, regimes de turnos, hora extra, banco de horas...) encontram-se em *contradição* com os biorritmos dos indivíduos, destacando-se, internacionalmente, o crescimento de dois grupos de patologias — o das LER/DORT e o dos transtornos mentais.

Com isto e, observado que a Reforma Sanitária e o desenvolvimento do SUS são tolhidos por uma orientação liberal que propugna por uma forte redução do Estado na economia e nas políticas sociais²⁶, é certo que, atualmente, a norma inserta no artigo 200, II, CF/88, que atribuiu ao SUS o desenvolvimento de políticas públicas de proteção à saúde do trabalhador, não tem alcançado a efetividade que lhe deve ser conferida, contribuindo para o elevado número de acidentes de trabalho ocorridos no Brasil, reclamando uma análise e resposta do Estado sobre este problema de Saúde Pública.

Este é o próximo ponto a ser enfrentado pelo presente trabalho: a desproteção à saúde do trabalhador protegida constitucionalmente e os reflexos judiciais que tal desproteção tem ensejado a trabalhadores e ao Estado.

2.2. A desproteção à saúde do trabalhador protegida pela Constituição Federal de 1988 e seus reflexos judiciais

Que a proteção à saúde do trabalhador foi erigida ao *status* de norma constitucional não há discussão, tendo em vista que os artigos 6º e 7º da Carta da República de 1988 erigiram a saúde e, em específico, a saúde do trabalhador ao status de *direito fundamental* e o artigo 200, II, da CF/88 previu expressamente ser atribuição do SUS executar ações de saúde do trabalho, o que compreende a formulação de políticas públicas que visem implementar tal proteção.

Contudo, muito embora a saúde do trabalhador tenha previsão constitucional, essa proteção ainda não alcançou a **efetividade** almejada por aqueles que preconizaram a Reforma Sanitária.

Muito embora, como observa Luis Roberto Barroso, “*as normas constitucionais têm sempre eficácia jurídica, são imperativas e sua inobservância espontânea enseja aplicação coativa*”²⁷, no plano da concretude a regra superior de proteção à saúde do trabalhador ainda não encontrou sua imperatividade ou aplicação coativa.

In: DI GIORGI, Beatriz; CAMPILONGO Celso Fernandes; PIOVESAN, Flávia (Coord.) *Direito, cidadania e justiça*: ensaios sobre lógica, interpretação, teoria, sociologia e filosofia jurídicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 130

24 FRANCO, Tânia; DRUCK, Graça; SELIGMANN-SILVA, Edith. As novas relações de trabalho, o desgaste mental do trabalhador e os transtornos mentais no trabalho precarizado. *Rev. Bras. Saúde Ocup.*, São Paulo, v. 35, n. 122, p. 229-248, dez. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0303-76572010000200006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 03 out. 2018.

25 FRANCO, Tânia; DRUCK, Graça; SELIGMANN-SILVA, Edith. As novas relações de trabalho, o desgaste mental do trabalhador e os transtornos mentais no trabalho precarizado. *Rev. bras. Saúde Ocup.*, São Paulo, v. 35, n. 122, p. 229-248, dez. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0303-76572010000200006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 03 out. 2018.

26 FLEURY, Sonia. Reforma sanitária brasileira: dilemas entre o instituinte e o instituído. *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 3, p. 743-752. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232009000300010&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 jul. 2018.

27 BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 86.

Mesmo a fúria legislante observada no Brasil não tem sido suficiente para a concretização da proteção à saúde do trabalhador, pois o número de leis que versam sobre esse tema é extremamente diminuto e evidência, indiscutivelmente, que, embora o assunto esteja previsto pela Norma Fundamental de 1988, ainda não encontrou seu âmbito de aplicação e observância por governantes e governados, como destacam Aguiar e Vasconcellos:²⁸

[...] a despeito da volúpia normativa que existe no Brasil e, muito fortemente, no SUS, são patentes a baixa frequência da ST nas normas existentes e uma escassez de normas específicas que tratam das relações saúde-trabalho.

Não se é possível identificar o motivo que leva o Poder Legislativo a não discutir temas relacionados à saúde do trabalhador, ou a relegar esse importante assunto a um caráter secundário ou de somenos importância. Talvez seja a “invisibilidade das doenças e acidentes do trabalho na sociedade atual”, fenômeno identificado por Márcia Cunha Teixeira²⁹:

[...] o adoecimento relacionado ao trabalho e os acidentes do trabalho, na realidade, não são problemas visíveis ou preocupantes na sociedade brasileira. Impõe-se questionar quais as razões dessa invisibilidade; mesmo diante de tanto dispêndio de dinheiro público, esse quadro trágico repete-se ao longo do tempo.

Por outro prisma, é possível que o descaso perpetrado pelo Estado com a proteção à saúde do trabalhador decorra da implementação — ou sua tentativa —, de criação de um organismo voltado para atender ao trabalhador e sua saúde, denominado RENAST – Rede de Atenção Integral à Saúde do Trabalhador.

Porém, o projeto, embora signifique avanço no campo da proteção à saúde do trabalhador, não alcançou as expectativas com ele advindas, pois “a Renast, como estratégia de articulação das ações de saúde do trabalhador no SUS, a par dos avanços, obteve resultados situados aquém das expectativas iniciais”³⁰.

Essas expectativas, abaixo do esperado, decorrem de uma fragmentação institucional no Ministério da Saúde, que reflete o próprio campo de saúde do trabalhador³¹; da dificuldade, derivada da compartimentalização das estruturas do SUS, de implementar uma atenção integral e integrada aos trabalhadores, e também de financiar as ações de saúde do trabalhador no SUS, que é questão complexa e ainda não resolvida³²; ainda, da inexistência de uma efetiva política nacional de saúde do trabalhador.³³

No mesmo diapasão, a dificuldade da implementação da proteção à saúde do trabalhador prevista constitucionalmente exige, pela interdisciplinaridade da área e o amplo leque de ações, a interveniência de setores públicos distintos, representados pelo Trabalho, pela Saúde e pela Previdência, que deveriam atuar de forma conjunta e complementar³⁴. Contudo, estes setores trabalham com lógicas distintas, fazendo com que a in-

28 AGUIAR, Luciene; VASCONCELLOS, Luiz Carlos Fadel de. A gestão do Sistema Único de Saúde e a Saúde do Trabalhador: o direito que se tem e o direito que se perde. *Saúde debate*, Rio de Janeiro, v. 39, n. 106, p. 830-840. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-11042015000300830&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 jul. 2018.

29 TEIXEIRA, Márcia Cunha. A invisibilidade das doenças e acidentes do trabalho na sociedade atual. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 13, n. 1, p. 102-131, jun. 2012. Disponível em: <<https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v13i1p102-131>>. Acesso em: 13 jul. 2018.

30 LEAO, Luís Henrique da Costa; VASCONCELLOS, Luiz Carlos Fadel de. Rede Nacional de Atenção Integral à Saúde do Trabalhador (Renast): reflexões sobre a estrutura de rede. *Epidemiol. Serv. Saúde*, Brasília, v. 20, n. 1, p. 85-100. Disponível em: <http://scielo.iec.gov.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-49742011000100010&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 12 jul. 2018.

31 LEAO, Luís Henrique da Costa; VASCONCELLOS, Luiz Carlos Fadel de. Rede Nacional de Atenção Integral à Saúde do Trabalhador (Renast): reflexões sobre a estrutura de rede. *Epidemiol. Serv. Saúde*, Brasília, v. 20, n. 1, p. 85-100. Disponível em: <http://scielo.iec.gov.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-49742011000100010&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 12 jul. 2018.

32 DIAS, Elizabeth Costa; HOEFEL, Maria da Graça. O desafio de implementar as ações de saúde do trabalhador no SUS: a estratégia da RENAST. *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 4, p. 817-827, dez.. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232005000400007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 09 jul. 2018.

33 TEIXEIRA, Márcia Cunha. A invisibilidade das doenças e acidentes do trabalho na sociedade atual. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 13, n. 1, p. 102-131, jun. 2012. Disponível em: <<https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v13i1p102-131>>. Acesso em: 13 jul. 2018.

34 CHIAVEGATTO, Claudia Vasques; ALGRANTI, Eduardo. Políticas públicas de saúde do trabalhador no Brasil: oportunidades e desafios. *Rev. Bras. Saúde Ocup.*, São Paulo, v. 38, n. 127, p. 25-27, jun. 2013. Disponível em: <<http://www.scielo.br/scielo>>.

tegração aconteça apenas em intenções e discursos, sem resultados práticos de expressão.

Por isso Chiavegatto e Algranti destacam, a respeito de todas as dificuldades para a implementação das políticas públicas de saúde do trabalhador, que:

[...] o tema Saúde e Trabalho é um exemplo típico: a área do Trabalho tem privilegiado a questão da formalização do vínculo de trabalhista em claro detrimento à inspeção de locais de trabalho por trazer visibilidade ao governo na forma de “novos postos de trabalho” e por aumentar a arrecadação. O setor Saúde criou a Rede Nacional de Atenção Integral à Saúde do Trabalhador (Renast) com sua rede de Centros de Referência em Saúde do Trabalhador (Cerets) de distintos níveis e, mais recentemente, editou a Política Nacional de Saúde dos Trabalhadores e Trabalhadoras (BRASIL, 2012), entretanto, a estruturação da rede enfrenta enormes obstáculos pela limitada importância desta área dentro da estrutura ministerial, aliada a interesses políticos que, com frequência, têm um grande impacto na constituição, nas atribuições e na autonomia dos Cerests.³⁵

Todas essas dificuldades refletem, diretamente, o número de acidentes de trabalho e doenças ocupacionais que, por sua vez, trazem reflexos previdenciários e, por conseguinte, judiciais, haja vista que, quanto aos primeiros — de acordo com o AEPS/2016 — houve aumento do número de benefícios acidentários concedidos em relação a 2015.

Deveras, conquanto o número de acidentes de trabalho registrado pelo AEPS/2016 tenha sofrido redução, isso não implicou **diminuição** do número de benefícios acidentários **concedidos**, pois, enquanto no ano de 2015 foi registrada a concessão de 222.450 benefícios relacionados a acidentes de trabalho, em 2016 esse número subiu para 251.911 benefícios concedidos por acidente de trabalho ocorrido.³⁶

Ainda conforme o referido documento, o número de aposentadorias por invalidez acidentárias concedidas no ano de 2016 ultrapassa a marca de mais de 25 (vinte e cinco) acidentes por dia; os acidentes de trabalho superaram a marca de mais 50 (cinquenta) acidentes diários, e as pensões por morte superaram concessão de 1 (uma) pensão por dia.

Tais números demonstram como a inefetividade da norma constitucional de proteção à saúde do trabalhador, a dificuldade de implementação de uma política de atenção à saúde dos trabalhadores e a diligente fiscalização das regras protetivas existentes geram reflexos no sistema previdenciário, e refletem no Poder Judiciário.

Análise do relatório Justiça em Números³⁷ do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), aponta existirem em trâmite no Brasil, atualmente, mais de 200.000 (duzentas mil) ações versando sobre benefícios previdenciários com caráter acidentário e ações trabalhistas relativas à saúde do trabalhador, como se verifica da Tabela 1 abaixo demonstrada:

php?script=sci_arttext&pid=S0303-76572013000100005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 03 out. 2018.

35 CHIAVEGATTO, Claudia Vasques; ALGRANTI, Eduardo. Políticas públicas de saúde do trabalhador no Brasil: oportunidades e desafios. *Rev. Bras. Saúde Ocup.*, São Paulo, v. 38, n. 127, p. 25-27, jun. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0303-76572013000100005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 03 out. 2018.

36 BRASIL. Ministério da Previdência Social. *Anuário Estatístico da Previdência Social 2016*. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2018/01/AEPS-2016.pdf>> Acesso em: 11 jul. 2018.

37 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em números. Disponível em: <https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/open-doc.htm?document=qvw_1%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT>. Acesso em: 12 jul. 2018.

Tabela 1 – ações judiciais referentes a benefícios previdenciários acidentários e benefícios trabalhistas relacionados à saúde

		Ano	2015	2016	2017
		Aposentadoria por invalidez acidentária	14.431	11.889	13.099
Processos previdenciários	Auxílio-acidente	Incapacidade laborativa parcial	6.649	4.881	7.953
		Incapacidade laborativa permanente	9.944	6.524	10.326
		Incapacidade laborativa temporária	1.046	926	1.350
		Movimentos repetitivos/LER/DORT	1.490	451	708
		Redução da capacidade auditiva	630	219	371
			66.852	60.622	71.863
	Auxílio-doença acidentário		34.831	31.044	35.245
	Subtotal		135.873	116.556	140.915
Processos trabalhistas	Plano de Saúde (benefícios)		16.250	19.502	19.978
	Estabilidade Acidentária		36.807	51.536	53.546
	Subtotal		53.057	71.038	73.524
TOTAL			188.930	187.594	214.439

Fonte: elaboração do autor com base em Justiça em Números (CNJ), 2015 a 2017)

Conforme se depreende da tabela acima, contendo dados dos anos de 2015, 2016 e 2017 de processos previdenciários relativos a ações acidentárias e processos trabalhistas relativos à saúde do trabalhador (benefício de planos de saúde e estabilidade acidentária), observa-se **aumento** do número de processos dessas espécies ao longo dos últimos anos, com um salto exponencial desses tipos de processos no ano de 2017 – últimos dados constantes do banco de dados do CNJ.

A tabela em apreço **não traz** os números referentes às aposentadorias por invalidez — muitas vezes **diretamente** relacionadas com questões de saúde do trabalhador —, tampouco às pensões por morte — que **comumente** estão ligadas a acidentes de trabalho. De outra sorte, Clenio Jair Schulze³⁸, com base na 13ª edição do Relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), informa haver o montante

38 SCHULZE, Clenio Jair. *Números atualizados da Judicialização da Saúde no Brasil*. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/leitura/numeros-atualizados-da-judicializacao-da-saude-no-brasil-por-clenio-jair-schulze>>. Acesso em: 13 out.2017

atual de 56.105 (cinquenta e seis mil, cento e cinco ações) relacionadas às questões de saúde do trabalhador.

Tanto os dados apresentados pela Tabela 1 quanto os descritos por Schulze a respeito da manutenção de planos de saúde como benefício trabalhista, apontam haver indícios de uma **judicialização da saúde do trabalhador**, pois, em cada um dos anos analisados (2015, 2016 e 2017), a discussão pleiteada judicialmente diz respeito a alguma espécie de direito relativo à saúde do trabalhador — seja enquanto benefício trabalhista, seja enquanto benefício previdenciário.

Ante os números acima apresentados, resta claro que a inefetividade das normas constitucionais de proteção à saúde do trabalhador — quer por uma inflação legislativa³⁹ que não trata de temas relacionados à saúde do trabalhador; quer pela invisibilidade das doenças do trabalho⁴⁰; quer, ainda, pela precarização do trabalho⁴¹ —, tem contribuído tanto para o aumento dos valores gastos com a Previdência Social (benefícios previdenciários acidentários) quanto para o acréscimo do número de ações ajuizadas juntamente ao Poder Judiciário para obter benefícios previdenciários decorrentes de acidentes de trabalho ou a manutenção do emprego (estabilidade acidentária) e benefícios trabalhistas (planos de saúde) — apontando para a judicialização da saúde do trabalhador aqui apresentada.

Essa judicialização já foi superficialmente observada por Franco, Druck e Seligmann-Silva, ao detectarem que sucessivas mudanças na legislação trabalhista, liberando empresas de contrapartidas sociais referentes aos direitos trabalhistas e enfraquecimento dos sindicatos têm levado a um processo de judicialização das questões sociais⁴². Da mesma maneira, Wünsch e Mendes⁴³ destacam que, embora a Previdência Social tenha fixado novas formas de estabelecimento denexo causal entre trabalho e doença ocupacional, o caráter de seguro social e a concepção de risco aceitável contribuem para manter elevado o número de doenças não reconhecidas como decorrentes do trabalho, implicando inefetividade do direito previdenciário e a crescente judicialização desse direito.

Em conclusão, e demonstrando como a ineficiência estatal tem dado lugar à judicialização da saúde do trabalhador, Chiavegatto e Algranti observam que:

[...] a alta ineficiência do Estado cria um vazio que, por uma simples lei física, acaba sendo ocupado pelo Ministério Público (MP) e pelos Tribunais Regionais de Trabalho simplesmente porque não há instâncias a recorrer. [...] Um tema de grande interesse a ser pesquisado é o custo envolvido na crescente judicialização das questões de saúde e trabalho. É provável que sejam muito superiores aos gastos envolvidos com a vigilância e a assistência à saúde, tanto para o Estado, quanto para as empresas.⁴⁴

Por todos os pontos acima destacados, resta claro estar ocorrendo uma judicialização da saúde do trabalhador, que não encontra guarida no Estado para a efetivação do comando constitucional que determinou aos agentes políticos e entes federativos implementarem mecanismos de proteção a essa classe social.

39 GRAU, Eros Roberto. *O Direito posto e o direito pressuposto*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 23.

40 TEIXEIRA, Márcia Cunha. *A invisibilidade das doenças e acidentes do trabalho na sociedade atual*. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 13, n. 1, p. 102-131, jun. 2012. Disponível em: <<https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v13i1p102-131>>. Acesso em: 13 jul. 2018.

41 FRANCO, Tânia; DRUCK, Graça; SELIGMANN-SILVA, Edith. As novas relações de trabalho, o desgaste mental do trabalhador e os transtornos mentais no trabalho precarizado. *Rev. Bras. Saúde Ocup.*, São Paulo, v. 35, n. 122, p. 229-248, dez. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0303-76572010000200006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 03 out. 2018.

42 FRANCO, Tânia; DRUCK, Graça; SELIGMANN-SILVA, Edith. As novas relações de trabalho, o desgaste mental do trabalhador e os transtornos mentais no trabalho precarizado. *Rev. Bras. Saúde Ocup.*, São Paulo, v. 35, n. 122, p. 229-248, dez. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0303-76572010000200006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 03 out. 2018.

43 WÜNSCH, Dolores Sanches; MENDES, Jussara Maria Rosa. Saúde do trabalhador e proteção social: as repercussões da precarização do trabalho no capitalismo contemporâneo. *Rev. da Rede de Estudos do Trabalho*. Ano v, n. 9, 2011. Disponível em: <<http://www.estudosdotrabalho.org/10revistaRET9.pdf>>. Acesso em: 03 out. 2018.

44 CHIAVEGATTO, Claudia Vasques; ALGRANTI, Eduardo. Políticas públicas de saúde do trabalhador no Brasil: oportunidades e desafios. *Rev. Bras. Saúde Ocup.*, São Paulo, v. 38, n. 127, p. 25-27, jun. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0303-76572013000100005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 03 out. 2018.

Em contrapartida, o grande número de benefícios previdenciários acidentários requeridos implica um aumento do indeferimento destes requerimentos na esfera administrativa, que reflete, diretamente, na esfera judiciária, onde são pleiteadas essas benesses negadas administrativamente e demonstra-se como o Estado atua de maneira repressiva, em vez de adotar postura preventiva, pois, como salienta Alexandre Barenco Ribeiro⁴⁵:

[...] muitas vezes de forma equivocada, a autarquia federal investe na manutenção da capacidade laborativa do empregado. Tal situação tem gerado algumas demandas judiciais e conflitos na área da saúde, pois, não são raros os casos onde o médico, perito do INSS, atesta a aptidão para o trabalho do empregado, enquanto outro médico (também do setor público) atesta a incapacidade laborativa do empregado, indicando sua aposentadoria por invalidez.

Observa-se, então, como o legislador infraconstitucional não tem efetivado o comando inserto na Carta Política de 1988, pois, se assim agisse, certamente, os números de acidentes de trabalho, de benefícios acidentários concedidos e de ações judiciais que discutem o direito a benefícios acidentários e direitos trabalhistas, relativos à saúde do trabalhador, seriam menores que os gastos públicos daí oriundos.

Significa dizer, consoante Aguiar e Vasconcellos⁴⁶, que, enquanto a questão da saúde do trabalhador não for transformada em um problema concreto de saúde pública, esses números continuarão aumentando e a despesa pública com essas demandas seguirá, anualmente, incrementada.

Novamente, observa-se como a falha na gestão pública gera efeito reverso que onera os cofres públicos e, como corolário, toda a população, pois em vez de o Estado se preocupar em implementar políticas preventivas — que atendam ao comando constitucional e tragam benefícios efetivos aos trabalhadores —, ocorre justamente o inverso: não se investe em prevenção, esvazia-se o conteúdo da regra constitucional e, depois, paga-se pela omissão estatal.

Lieber⁴⁷, citando Penrose, corrobora a afirmação aduzindo que:

[...] a triste história dessa exposição mostra, de forma exemplar, que a institucionalização das medidas de proteção no trabalho só ocorre na condição derradeira, depois que os efeitos à saúde foram evidenciados e cientificamente comprovados, em termos suficientes para refutar todos os argumentos em contrário.

De fato, atualmente, verifica-se que, em momento algum, aquilo que foi defendido pela classe trabalhadora e por todos aqueles que lutaram pela Reforma Sanitária se concretizou. Ao revés, como bem destaca Sonia Fleury⁴⁸:

[...] cultural e socialmente, houve uma transformação que acentuou valores como o individualismo e o consumismo, com as elites e setores das altas capas médias orientadas cada vez mais para um padrão norte-americano de sociedade de consumo, em detrimento de valores como a solidariedade, a igualdade e a participação cívica.

Todas as assertivas acima destacadas demonstram, apenas, uma parte do quanto a saúde do trabalhador tem estado desprotegida nos dias atuais, na medida em que, de um lado, a iniciativa Renast tem estado em crise e encontrado dificuldades de implementação e estruturação como rede de atenção, como observam

45 RIBEIRO, Alexandre Barenco. Direito sanitário e relações de trabalho. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 210-218, jul. 2009. Disponível em: <<https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v10i1p210-218>>. Acesso em: 13 jul. 2018.

46 AGUIAR, Luciene; VASCONCELLOS, Luiz Carlos Fadel de. A gestão do Sistema Único de Saúde e a Saúde do Trabalhador: o direito que se tem e o direito que se perde. *Saúde debate*, Rio de Janeiro, v. 39, n. 106, p. 830-840. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-11042015000300830&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 jul. 2018.

47 Penrose apud LIEBER, Renato Rocha. *O princípio da precaução e a saúde no trabalho*. *Saúde e Sociedade*, São Paulo, v. 17, n. 4, p. 124-134, dez. 2008. p. 129. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12902008000400013&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 12 jul. 2018.

48 FLEURY, Sonia. Reforma sanitária brasileira: dilemas entre o instituinte e o instituído. *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 3, p. 743-752. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232009000300010&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 jul. 2018.

Leão e Vasconcellos⁴⁹:

[...]a Renast, assim, encontra dificuldades em sua estruturação como rede. Para se chegar a essa conclusão, nossa reflexão se baseia nos seguintes pontos de crise da Renast: 1) a ausência de uma concepção de integralidade; 2) a ênfase desproporcional em uma das partes da atenção – o assistencialismo; 3) a ausência de mecanismos visceralmente mais sólidos e compulsórios de articulação e comunicação; 4) a heterogeneidade da inserção institucional dos centros de referência; 5) o reconhecimento impróprio dos membros do Cerest em relação a seu papel; e 6) a ausência de uma missão estruturante.

Por outro lado, se o processo de globalização contribuiu para uma dinamização do trabalho, o referido dinamismo tem ocorrido em detrimento da saúde do trabalhador, que não encontra no Estado o aparato ou proteção necessária à sua saúde e melhor qualidade de vida, como destaca Márcia Cunha Teixeira⁵⁰:

[...] Para alguns, as transformações havidas com o processo de globalização da economia e em especial as mudanças imprimidas pelas inovações tecnológicas significaram dinamização do trabalho, maior eficiência, “qualidade total”, por força de um senso comum de que tais alterações são frutos da modernidade e de que tudo o que é moderno é bom. Mais uma vez, cabe aos que se preocupam com o mundo do trabalho, não voltado somente à acumulação do capital, mas à qualidade de vida do trabalhador, questionar se tais inovações foram positivas para os trabalhadores.

Certamente, a evolução dos métodos e mecanismos de trabalho será bem-vinda e positiva, desde que não entre em conflito com aquilo que foi protegido pelo legislador e, em especial, com a Constituição Federal, que alçou a proteção à saúde do trabalhador como direito social fundamental e que deve ser protegida pelo Estado.

A omissão estatal em efetivar aquilo que foi originalmente protegido quando da promulgação de nossa Norma Fundamental deve ser denunciado, analisado, averiguado e combatido, a fim de que todos, indistintamente de posição, classe social, trabalhador formal ou informal, possam alcançar o direito à Saúde, assentado em uma das pedras fundamentais de nosso ordenamento jurídico.

2.3. Por uma efetivação do direito fundamental à saúde do trabalhador

Como foi dito alhures, o direito à saúde e o direito à saúde do trabalhador foram alçados à condição de direitos fundamentais, assim previstos expressamente pela CF/88 em seus artigos 6º e 7º, inciso XXII, respectivamente, a exigir do Estado a realização de esforços para concretizar este direito e efetivar o comando constitucional.

Nesse diapasão, o reclamo judicial do direito consagrado constitucionalmente — aqui denominado de judicialização da saúde do trabalhador —, além de ser um desdobramento da judicialização de políticas públicas, também é uma ferramenta utilizada pela sociedade e, em especial, pelo trabalhador, para obter do Poder Público a efetivação do direito que foi alcançado com muito esforço e custo.

Nos momentos em que as forças populares se mobilizam e chegam a pôr em jogo a hegemonia do Estado, há expansão das políticas assistenciais e nos momentos em que as forças dominadas estão desmobilizadas, desorganizadas, enfraquecidas, as políticas assistenciais são reduzidas.⁵¹

De outra sorte, a força normativa das normas constitucionais impõe que todos os esforços sejam empreendidos para a sua concretização, especialmente para a concretização dos direitos fundamentais⁵², entre

49 LEAO, Luís Henrique da Costa; VASCONCELLOS, Luiz Carlos Fadel de. Rede Nacional de Atenção Integral à Saúde do Trabalhador (Renast): reflexões sobre a estrutura de rede. *Epidemiol. Serv. Saúde*, Brasília, v. 20, n. 1, p. 85-100. Disponível em: <http://scielo.iec.gov.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-49742011000100010&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 12 jul. 2018.

50 TEIXEIRA, Márcia Cunha. A invisibilidade das doenças e acidentes do trabalho na sociedade atual. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 13, n. 1, p. 102-131, jun. 2012. Disponível em: <<https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v13i1p102-131>>. Acesso em: 13 jul. 2018.

51 BELFIORE, Mariângela et al. Prática assistencial no Brasil. *Serviço Social e Sociedade*, São Paulo: Cortez, v. 6, n. 17, p. 73-89, abr. 1985, apud OLIVEIRA Claudia Hochheim; PINTO, Maira Meira. *Política de assistência social e cidadania no Brasil hoje*: alguns elementos para discussão. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/katalysis/article/view/7019>> Acesso em: 25 set. 2018.

52 MATIAS, João Luis Nogueira; MUNIZ, Águeda. O poder judiciário e a efetivação do direito à saúde. *Revista Brasileira de Políti-*

os quais está a saúde do trabalhador, que não pode ser relegada a um plano secundário, seja porque o trabalhador não é um objeto⁵³ que pode ser desprezado como se nada fosse; seja para diminuir os gastos públicos decorrentes da judicialização de direitos.

Assim, é exigida uma nova postura do aplicador do direito e do Poder Judiciário, que não pode se omitir na concretização dos direitos fundamentais, devendo intervir na seara administrativa para impor a realização de políticas públicas, pois, se a Constituição Federal de 1988 prevê valores, estipula direitos fundamentais a serem efetivados e há omissão estatal na sua concretização, é dever do Poder Judiciário atuar no sentido de concretizar o direito fundamental constitucionalmente protegido.⁵⁴

Perfilhando do mesmo entendimento, destacam Lustre e Beltramelli Neto⁵⁵ que:

[...] em se tratando o direito à saúde de um direito humano consagrado pela Constituição Federal — fazendo-o, por isso, um direito fundamental —, a hipótese atrai para o Estado brasileiro o dever de proteção, concebido segundo os padrões consagrados nacional e internacionalmente.

E assim o é, pois a sociedade contemporânea exige novos parâmetros de repartição das funções do Estado, exigindo que, em caso de omissão de um dos Poderes da República, outro se manifeste exigindo o cumprimento da regra infringida/omissiva. Sendo o direito à saúde um direito fundamental, não efetivado pela Administração Pública, então cabe ao Poder Judiciário⁵⁶, mediante provocação do trabalhador aviltado em seu direito à saúde, tornar efetivo este direito. Apenas com o envolvimento de todos — Poder Público e sociedade —, é que será possível efetivar o comando constitucional protetivo que retira o trabalhador da situação de objeto e o recoloca na condição de ser humano, cuja dignidade, expressa em sua saúde, é um dos fundamentos da República brasileira (art. 1º, III, CF/88).

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo procurou responder à questão inicialmente proposta, qual seja: a saúde do trabalhador tem recebido a proteção prevista pela Constituição Federal, ou só é exercível mediante o ajuizamento de ações judiciais pleiteando este direito — seja requerendo o pagamento de benefícios oriundos de acidentes de trabalho ou direitos trabalhistas relativos à saúde do trabalhador; seja requerendo a implementação de políticas públicas de proteção à saúde do trabalhador -, previsto constitucionalmente?

A resposta encontrada, com base nos argumentos descritos ao longo do presente trabalho, demonstrou que a saúde do trabalhador não tem recebido a proteção prevista pela Constituição Federal, seja porque a norma constitucional não tem gozado de efetividade, esvaziando seu comando normativo; seja porque as estratégias aqui formuladas pelo Estado para atender ao trabalhador e sua saúde têm dificuldades para serem implementadas ou alcançar seus objetivos, prejudicando a proposta constitucional que norteou a Reforma

cas Públicas. v. 5, n. 1, jan./jun. p. 194-206, 2015. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3377/2637>>. Acesso em: 03 out. 2018.

53 FRANCO, Tânia; DRUCK, Graça; SELIGMANN-SILVA, Edith. As novas relações de trabalho, o desgaste mental do trabalhador e os transtornos mentais no trabalho precarizado. *Rev. Bras. Saúde Ocup.*, São Paulo, v. 35, n. 122, p. 229-248, dez. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0303-76572010000200006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 03 out. 2018.

54 MATIAS, João Luis Nogueira; MUNIZ, Águeda. O poder judiciário e a efetivação do direito à saúde. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. v. 5, n. 1, jan./jun. 2015, p. 194-206. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3377/2637>>. Acesso em: 03 out. 2018.

55 LUSTRE, Paola Stogali; BELTRAMELI NETO, Silvio. O direito fundamental à saúde e o acidente de trabalho: por uma investigação mais precisa do nexos causal. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, SP, n. 48, p. 223-248, jan./jun. 2016.

56 MATIAS, João Luis Nogueira; MUNIZ, Águeda. O poder judiciário e a efetivação do direito à saúde. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. v. 5, n. 1, jan./jun. p. 194-206, 2015. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3377/2637>>. Acesso em: 03 out. 2018.

Sanitária, de inserção da saúde e da saúde do trabalhador e melhoria de sua qualidade de vida, gerando uma série de reflexos judiciais, haja vista que o número de acidentes de trabalho e doenças ocupacionais continua excessivo, e sua negativa, na esferas administrativa e privada, reflete, diretamente, o ajuizamento de ações discutindo direitos previdenciários e trabalhistas.

Na mesma seara, a redução do número de acidentes de trabalho e doenças ocupacionais não significou redução do número de benefícios acidentários concedidos, pois, segundo o AEPS/2016, aumentou o número de benefícios dessa espécie concedidos, evidenciando a ausência e/ou ineficácia das políticas públicas de proteção à saúde do trabalhador até aqui elaboradas e parcamente implementadas.

Ainda, de acordo com o relatório Justiça em Números do CNJ, o número de ações judiciais que versam sobre o direito a benefícios acidentários e direitos trabalhistas relativos à saúde do trabalhador ultrapassa a marca de duzentos mil processos, deixando inequívoco que a desproteção à saúde do trabalhador também gera reflexos no campo do Poder Judiciário e enseja aquilo que denominamos de “judicialização da saúde do trabalhador”.

Portanto, a tese suscitada neste artigo, de que a inefetividade da norma constitucional de proteção da saúde obreira tem gerado uma judicialização da saúde do trabalhador se mostrou validada, devendo ser debatida com maior profundidade em momento ulterior, a fim de se encontrarem soluções para os problemas apresentados, pois, no campo do direito à Saúde, como de resto em todo o vasto espectro dos direitos sociais, os trinômios “validade-justiça-eficácia”/”norma-valor-fato” devem instaurar um intercâmbio entre seus elementos até que o mecanismo normativo encontre sua devida efetividade⁵⁷, deixando de ser algo existente, apenas, no plano abstrato para poder ser exercido, também e principalmente, no plano concreto.

É dever do Estado proteger a saúde do trabalhador que foi inserida, com muito custo, na órbita da Constituição Federal, não lhe sendo legítimo imiscuir-se ou omitir-se no seu dever de proteger direito humano fundamental. Toda vez que isso acontece, não somente o direito de um indivíduo é ofendido mas de toda a sociedade, afinal, a desproteção e a objetificação de um ser humano ecoa efeitos danosos de longo prazo em todas as esferas de convivência e relacionamento, por vezes irreparáveis ou, pelo menos, que deformam e maculam a história da humanidade.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Luciene; VASCONCELLOS, Luiz Carlos Fadel de. A gestão do Sistema Único de Saúde e a Saúde do Trabalhador: o direito que se tem e o direito que se perde. *Saúde debate*, Rio de Janeiro, v. 39, n. 106, p. 830-840. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-11042015000300830&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 jul. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

OLIVEIRA Claudia Hochheim; PINTO, Maira Meira. *Política de assistência social e cidadania no Brasil hoje: alguns elementos para discussão*. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/katalysis/article/view/7019>>. Acesso em: 25 set. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números*. Disponível em: <https://paineis.cnj.jus.br/QvA-JAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_1%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=t>

57 CAMPILONGO, Celso Fernandes. O trabalhador e o direito à saúde: a eficácia dos direitos sociais e o discurso neoliberal. In: DI GIORGIO, Beatriz; CAMPILONGO, Celso Fernandes; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Direito, cidadania e justiça: ensaios sobre lógica, interpretação, teoria, sociologia e filosofia jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 130. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0303-76572013000100005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 03 out. 2018.

ue&sheet=shResumoDespFT>. Acesso em: 12 jul. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 jul. 2018.

BRASIL. *Lei 8.080/1990*. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm>. Acesso em: 11 jul. 2018

BRASIL. Ministério da Previdência Social. *Anuário Estatístico da Previdência Social 2016*. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2018/01/AEPS-2016.pdf>> Acesso em: 11 jul. 2018.

BRASIL. Ministério da Previdência Social. *Anuário Estatístico da Previdência Social 2015*. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2015/08/AEPS-2015-FINAL.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2018.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. O trabalhador e o direito à saúde: a eficácia dos direitos sociais e o discurso neoliberal. In: DI GIORGI, Beatriz; CAMPILONGO, Celso Fernandes; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Direito, cidadania e justiça: ensaios sobre lógica, interpretação, teoria, sociologia e filosofia jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CHIAVEGATTO, Cláudia Vasques; ALGRANTI, Eduardo. Políticas públicas de saúde do trabalhador no Brasil: oportunidades e desafios. *Rev. Bras. Saúde Ocup.*, São Paulo, v. 38, n. 127, p. 25-27, jun. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0303-76572013000100005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 03 out. 2018.

DALLARI, Sueli Gadolf; VENTURA, Deisy de Freitas Lima. O princípio da precaução: dever do Estado ou protecionismo disfarçado? *São Paulo Perspec.*, São Paulo, v. 16, n. 2, p. 53-63. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392002000200007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 11 jul. 2018.

DIAS, Elizabeth Costa; HOEFEL, Maria da Graça. O desafio de implementar as ações de saúde do trabalhador no SUS: a estratégia da RENAST. *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 4, p. 817-827, dez. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232005000400007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 09 jul. 2018.

DORES, Camilla Japiassu. As bases da saúde lançadas pela Constituição Federal de 1988: um sistema de saúde para todos? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 3, n. 1, jan./jun. 2013. Disponível em <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/2159/pdf>>. Acesso em: 03 out. 2018

FLEURY, Sonia. Reforma sanitária brasileira: dilemas entre o instituinte e o instituído. *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 3, p. 743-752. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232009000300010&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 jul. 2018.

FRANCO, Tânia; DRUCK, Graça; SELIGMANN-SILVA, Edith. As novas relações de trabalho, o desgaste mental do trabalhador e os transtornos mentais no trabalho precarizado. *Rev. Bras. Saúde Ocup.*, São Paulo, v. 35, n. 122, p. 229-248, dez. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0303-76572010000200006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 03 out. 2018.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

LACAZ, Francisco Antonio de Castro. O campo saúde do trabalhador: resgatando conhecimentos e práticas sobre as relações trabalho-saúde. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 23, abr. 2007. p. 757-766. Disponível em: <<https://www.scielosp.org/pdf/csp/2007.v23n4/757-766/pt>>. Acesso em: 06 out 2018.

LEAO, Luís Henrique da Costa; VASCONCELLOS, Luiz Carlos Fadel de. Rede Nacional de Atenção In-

tegral à Saúde do Trabalhador (Renast): reflexões sobre a estrutura de rede. *Epidemiol. Serv. Saúde*, Brasília, v. 20, n. 1, p. 85-100. Disponível em: <http://scielo.iec.gov.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-49742011000100010&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 12 jul. 2018.

LIEBER, Renato Rocha. O princípio da precaução e a saúde no trabalho. *Saúde e Sociedade*, São Paulo, v. 17, n. 4, p. 124-134, dez. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12902008000400013&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 12 jul. 2018.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado social de direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994.

MATIAS, João Luis Nogueira; MUNIZ, Águeda. O poder judiciário e a efetivação do direito à saúde. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. v. 5, n. 1, jan./jun. 2015, p. 194-206. Disponível em: <<https://www.publicacoes-sacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3377/2637>>. Acesso em: 03 out. 2018.

SILVA, Otávio Pinto e. Direito sanitário do trabalho no Brasil. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 31-36, July 2001. ISSN 2316-9044. Disponível em: <<https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v2i2p31-36>>. Acesso em: 14 jul. 2018.

RIBEIRO, Alexandre Barenco. Direito sanitário e relações de trabalho. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 210-218, jul. 2009. Disponível em: <<https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v10i1p210-218>>. Acesso em: 13 jul. 2018.

SCHULZE, Clenio Jair. *Números atualizados da judicialização da saúde no Brasil*. Disponível em: <<http://em-periododireito.com.br/leitura/numeros-atualizados-da-judicializacao-da-saude-no-brasil-por-clenio-jair-schulze>>. Acesso em: 13 out.2017

TEIXEIRA, Márcia Cunha. *A invisibilidade das doenças e acidentes do trabalho na sociedade atual*. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 13, n. 1, p. 102-131, jun. 2012. Disponível em: <<https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v13i1p102-131>>. Acesso em: 13 jul. 2018.

WEINTRAUB, Arthur Bragança Vasconcellos. Direito à saúde intrínseco ao campo da seguridade social. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 6, n. 1-3, p. 62-72, out. 2005. Disponível em: Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/85822>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

WÜNSCH, Dolores Sanches; MENDES, Jussara Maria Rosa. Saúde do trabalhador e proteção social: as repercussões da precarização do trabalho no capitalismo contemporâneo. *Rev. da Rede de Estudos do Trabalho*. Ano 5, n. 9, 2011. Disponível em: <<http://www.estudosdotrabalho.org/10revistaRET9.pdf>>. Acesso em: 03 out. 2018.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

A judicialização da saúde sob o olhar da Análise Econômica do Direito: um exame dos incentivos ao ajuizamento e à solução extrajudicial de conflitos

Right to health litigation from the perspective of Economic Analysis of Law: a study of incentives to file a lawsuit and to use alternative methods of conflict resolution

Victor Aguiar de Carvalho

VOLUME 8 • Nº 3 • DEZ • 2018
DOSSIÊ ESPECIAL : POLÍTICAS PÚBLICAS
E O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

A judicialização da saúde sob o olhar da Análise Econômica do Direito: um exame dos incentivos ao ajuizamento e à solução extrajudicial de conflitos*

Right to health litigation from the perspective of Economic Analysis of Law: a study of incentives to file a lawsuit and to use alternative methods of conflict resolution

Victor Aguiar de Carvalho**

RESUMO

O Poder Judiciário recebe, diariamente, uma expressiva quantidade de demandas individuais em que se pleiteia, em face do Poder Público, o fornecimento das mais diversas prestações de saúde. A compreensão dos Magistrados em geral, quanto ao que estaria alcançado pelo direito constitucional à saúde, parece ser bastante abrangente, o que resulta em uma elevada probabilidade de êxito da demanda ajuizada. No presente artigo, em abordagem que não é usual na literatura, pretende-se analisar os incentivos atinentes à judicialização da saúde com base em dois diferentes aspectos. Em relação aos autores, argumenta-se que há diversos incentivos para o ajuizamento em massa de tais demandas, concluindo-se que, enquanto mantidos os mesmos incentivos, a propensão ao ajuizamento crescente permanecerá. No que tange à Administração Pública, aponta-se que há incentivos que deveriam levar à mais frequente busca pela solução extrajudicial de conflitos. Em conclusão, considerando-se a aparente pouca frequência de tais acordos extrajudiciais na prática da Administração, desenvolvem-se algumas possíveis hipóteses explicativas para tal quadro. A metodologia empregada envolve análise da literatura, pautada em bibliografia de autores do Direito e das ciências da saúde, além do emprego de instrumentos e raciocínios típicos da Análise Econômica do Direito para investigar o cenário examinado.

Palavras-chave: Judicialização da saúde. Incentivos. Análise econômica do direito.

* Recebido em 26/09/2018
Aprovado em 20/12/2018

** Doutorando e Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pós-graduado em Direito do Estado e da Regulação pela Fundação Getúlio Vargas (FGV-Rio). Possui graduação em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e em Ciências Econômicas pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Ex-Procurador do Estado do Espírito Santo. Advogado. E-mail: victoraguiar@pge.rj.gov.br.

ABSTRACT

The Brazilian Judiciary receives every day an expressive number of lawsuits in which the Public Administration is requested to provide the most varied health benefits. The general judicial understanding related to what is connected to the constitutional right to health seems to be quite broad, which results in a high probability of success of these lawsuits. In this article, adopting an approach that is not usual in the literature, it is intended to analyze the incentives related to the public health litigation under two different aspects. In relation to

the plaintiffs, it is argued that there are several incentives for the mass filing of such lawsuits, concluding that, while maintained the same incentives, the propensity for increasing the number of demands filled will remain stable. With regard to the Public Administration, it is highlighted that there are incentives that should lead to extrajudicial dispute resolutions more frequently. In conclusion, considering the apparent lack of such extrajudicial agreements, some possible explanatory hypotheses are developed. The methodology involves literature analysis, based on bibliography of the areas of Law and health sciences, as well as the use of tools and reasoning that are typical in the field of Economic Analysis of Law to investigate the scenario presented.

Keywords: Right to health litigation. Incentives. Economic analysis of law.

1. INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário brasileiro recebe, diariamente, um número expressivo de demandas individuais nas quais se pleiteia, em face do Poder Público, o fornecimento das mais diversas prestações em saúde. Tal fenômeno, usualmente batizado de judicialização da saúde, acaba por consumir parcela relevante dos recursos humanos dos órgãos vinculados às funções essenciais à justiça, além de acarretar para o Estado (em sentido amplo) diversos custos atinentes à tramitação dos processos e ao atendimento das decisões judiciais.

Embora com certo atraso, as ciências jurídicas brasileiras gradativamente passaram a reconhecer a importância de pesquisas interdisciplinares para a melhor compreensão de fenômenos que, anteriormente, restavam analisados apenas por meio dos instrumentos e raciocínios tipicamente jurídicos.

Uma das diversas possibilidades de estudos interdisciplinares refere-se à Análise Econômica do Direito¹. A associação entre Direito e Economia, cada vez mais usual em diversos ramos das ciências jurídicas, tem como um de seus méritos fazer com que os juristas concedam maior atenção aos “incentivos” gerados por normas, institutos ou fenômenos jurídicos. Por “incentivo”, que é um jargão tipicamente econômico, entende-se, grosso modo, qualquer circunstância que impulse ou motive uma pessoa a se comportar de uma determinada maneira².

Nessa toada, no presente trabalho, pretende-se analisar o sistema de incentivos relacionado à judicialização da saúde com base em dois diferentes enfoques: em primeiro lugar, serão examinados os incentivos que conduzem ao ajuizamento em massa de demandas da espécie. Posteriormente, analisar-se-á como tal realidade produz incentivos que podem ou poderiam influenciar o comportamento da Administração no sentido de buscar mais frequentemente a solução extrajudicial dos conflitos.

Para tanto, o artigo se dividirá em três seções, além da introdução e da conclusão. Na primeira se fará uma breve revisão acerca da realidade atual da judicialização em saúde e do entendimento dominante adotado pelo Judiciário. Em seguida, serão esmiuçados os incentivos relacionados ao frequente ajuizamento de feitos atinentes à pretensão de se obter prestações de saúde em face do Poder Público. Por fim, serão vistos os incentivos com os quais a Administração se depara e algumas hipóteses que, eventualmente, poderiam explicar o porquê de a solução extrajudicial dos conflitos ser incomum, apesar de, aparentemente, haver elementos que apontam para a racionalidade da composição amigável.

1 Segundo Nicholas Mercurio e Steven G. Medema, em obra introdutória sobre o tema, a denominada Análise Econômica do Direito como ramo interdisciplinar de estudo poderia ser brevemente definida como “a aplicação da teoria econômica – primariamente de microeconomia e dos conceitos básicos de economia do bem-estar – para examinar a formação, estrutura, processos e impacto econômico do Direito e das instituições legais”. MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law: from Posner to Postmodernism and beyond*. 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 2006. p. 1.

2 Para uma explanação ilustrativa sobre a importância do conceito de incentivos para o pensamento econômico e sobre as suas reflexões na organização social, ver o capítulo denominado “Os incentivos, sempre eles...”. GIAMBIAGI, Fabio. *Capitalismo: modo de usar – porque o Brasil precisa aprender a lidar com a melhor forma de organização econômica que o ser humano já inventou*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015. p. 211-232.

2. A REALIDADE ATUAL DA JUDICIALIZAÇÃO EM SAÚDE E O ENTENDIMENTO DOMINANTE ADOTADO PELO JUDICIÁRIO

É conhecido o quadro de vertiginoso crescimento na quantidade de processos em tramitação que versam sobre litígios relativos ao direito à saúde. Computando também os casos ajuizados em face de planos de saúde, que estão excluídos do escopo do presente trabalho, além das rotineiras demandas pelo fornecimento de medicamentos e de internações deduzidas em desfavor da Administração, apenas o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro recebeu, em 2017, 16.491 novas ações na área de saúde, que foram incorporadas a um acervo total de 566.229 feitos da espécie em tramitação naquele Tribunal³.

Não se trata de uma realidade exclusivamente fluminense. Segundo o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, no ano de 2011, tramitavam no Judiciário 240.980 processos judiciais na área de saúde⁴. Em 2016, foram recebidos, apenas pela primeira instância, 87.505 casos novos, grande parte relacionada ao fornecimento de medicamentos ou de tratamento médico-hospitalar⁵.

Especificamente quanto às demandas individuais para a obtenção do Poder Público de algum tipo de prestação de saúde, que são o escopo do presente estudo, os dados empíricos existentes indicam que tais pretensões são amplamente acolhidas pelo Judiciário. Em geral, a compreensão dos Magistrados quanto ao que estaria alcançado pelo direito à saúde constitucionalmente previsto parece ser bastante abrangente.

Com efeito, o Judiciário tende a conceder, usualmente, qualquer objeto demandado por um paciente que não apresente condições financeiras de arcar com aquele tratamento, desde que lhe seja devidamente prescrito por um médico, independentemente de esse profissional vincular-se à rede pública ou privada de saúde. O índice de êxito em ações da espécie já foi estimado em aproximadamente 90% dos casos⁶.

Pelo entendimento judicial dominante, a própria Constituição, por si só, já conferiria direta e imediatamente a todos o direito a qualquer prestação em saúde que lhes for prescrita, sendo certo que, na ausência do fornecimento do objeto pelo Poder Público, o bem poderia ser demandado judicialmente.

Nesse contexto, o volume de recursos públicos alocados para o cumprimento de decisões judiciais na matéria é cada vez mais expressivo. Em auditoria realizada pelo Tribunal de Contas da União, constatou-se que os gastos da União para aquisição de medicamentos ou insumos necessários para a satisfação de obrigações derivadas de processos judiciais foram de R\$ 1 bilhão no ano de 2015, enquanto, no ano de 2008, representavam apenas R\$ 70 milhões. Tal incremento financeiro corresponde a, aproximadamente, 1.300%^{7 8}.

A denominada judicialização da saúde não existe apenas em razão de eventuais falhas na execução de

3 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Processos na área de saúde atingem no TJRJ a marca de mais de meio milhão em 2017*. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/home/-/noticias/visualizar/55518>. Acesso em: 14 mar. 2018.

4 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Brasil tem mais de 240 mil processos na área de saúde*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/56636-brasil-tem-mais-de-240-mil-processos-na-area-de-saude>. Acesso em: 03 fev. 2018.

5 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números: demandas por classe e assunto – 2016*. Disponível em: http://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opedoc.htm?document=qvw_1%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&shcet=shResumoDespFT. Acesso em: 23 jan. 2018.

6 WANG, Daniel Wei Liang. Right to health litigation in Brazil: the problem and the Institutional Responses. *Human Rights Law Review*, v. 15, p. 617-641, 2015. p. 623; PRADO, Mariana Mota. The debatable role of courts in Brazil's health care system: does litigation harm or help? *Journal of Law, Medicine and Ethics*, v. 41, n. 1, p. 124-137, 2013. p. 125.

7 Tais valores referem-se apenas aos gastos contabilizados pelo Ministério da Saúde relativos ao cumprimento de decisões judiciais quando necessária a aquisição de medicamentos e insumos. Portanto, não incluem, por exemplo, montantes relativos a depósitos judiciais para satisfação das obrigações ou frete aéreo para a entrega dos medicamentos e insumos. Ou seja, o gasto total – de difícil contabilização final – é ainda maior. BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Aumentam os gastos públicos com judicialização da saúde*. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/aumentam-os-gastos-publicos-com-judicializacao-da-saude.htm>. Acesso em: 26 jan. 2018.

8 Tais valores referem-se apenas aos gastos contabilizados pelo Ministério da Saúde relativos ao cumprimento de decisões judiciais quando necessária a aquisição de medicamentos e insumos. Portanto, não incluem, por exemplo, montantes relativos a depósitos judiciais para satisfação das obrigações ou frete aéreo para a entrega dos medicamentos e insumos. Ou seja, o gasto total – de difícil contabilização final – é ainda maior.

políticas públicas, como são os casos de falta de medicamentos ou de insumos padronizados para a dispensação pelo SUS em hospitais ou postos de saúde. Na verdade, é bastante frequente o pleito pelo recebimento de medicamentos que jamais foram inseridos na política farmacêutica do SUS (ou seja, que não são incorporados para dispensação regular pelo Poder Público). Já se apurou que demandas desse tipo representavam 80,6% das ações sobre o tema no Estado do Rio de Janeiro e 92,5% na capital⁹.

Além disso, o pleito por prestações que não foram padronizadas pelo Poder Público não se resume a casos em relação aos quais o SUS haja falhado no estabelecimento de um protocolo clínico, diretriz terapêutica ou na organização de uma política de qualquer natureza para tratamento da enfermidade. Em pesquisas, já se identificaram percentuais de 73%¹⁰ ou 79%¹¹ quanto à parcela de medicamentos não padronizados cujo fornecimento fora determinado judicialmente, mas que apresentavam uma alternativa terapêutica ao seu uso disponível no SUS.

Apenas recentemente, já no ano de 2018, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça teve a oportunidade de enfrentar esse quadro quando do julgamento do recurso especial nº 1.657.156/RJ, afetado pela sistemática dos recursos repetitivos para a definição do tema nº 106, concernente à obrigatoriedade do Poder Público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS. Na oportunidade, o STJ decidiu que constitui obrigação do Poder Público o fornecimento de medicamentos, ainda que não incorporados pelo SUS, desde que presentes, cumulativamente, três requisitos: (i) comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii) incapacidade financeira do paciente de arcar com o custo do medicamento prescrito; e (iii) existência de registro do medicamento na Anvisa, observados os usos autorizados pela agência^{12 13}.

Considerando-se o pouco tempo decorrido desde o estabelecimento de novos parâmetros pelo STJ, bem como o fato de que, em razão da modulação¹⁴, não serem aplicados para processos já em curso, ainda não houve amadurecimento suficiente para se afirmar que o entendimento judicial passará a ser mais restritivo do que aquele que se assentava de maneira dominante até então e qual será o efetivo impacto do precedente do STJ na prática diária da judicialização em saúde.

Por outro lado, para os fins do presente trabalho, pelo teor do julgamento do recurso especial nº 1.657.156/RJ, é possível constatar que o Judiciário, inequivocamente, consolidou o entendimento de que seria obrigação do Poder Público o fornecimento de medicamentos, ainda que não incorporados pelo SUS, desde que respeitados determinados requisitos estabelecidos.

As críticas à atual realidade da judicialização e ao entendimento adotado majoritariamente pelo Judiciário já foram exaustivamente deduzidas em diversos trabalhos acadêmicos, tanto no campo do Direito¹⁵, como das

9 Os dados foram compilados e citados por Daniel Wang, fazendo referência a outros estudos acadêmicos. WANG, Daniel Wei Liang. Right to health litigation in Brazil: the problem and the Institutional Responses. *Human Rights Law Review*, v. 15, p. 617-641, 2015. p. 619.

10 VIEIRA, Fabiola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. *Revista Saúde Pública*, v. 41, n. 2, p. 214-222, 2007. p. 218.

11 MACHADO, Marina Amaral de Ávila et al. Judicialização do acesso a medicamentos no Estado de Minas Gerais, Brasil. *Revista de Saúde Pública*, v. 45, n. 3, p. 590-598, 2011. p. 593.

12 Afastou-se, assim, também, a obrigatoriedade de fornecimento de medicamentos para uso *off label*, conforme restou estabelecido após julgamento de embargos de declaração opostos pelo Estado do Rio de Janeiro.

13 Para críticas quanto aos parâmetros estabelecidos pelo STJ. CARVALHO, Victor Aguiar de. A política pública na caneta do médico: avanços e incertezas no julgamento sobre fornecimento de medicamentos não incorporados ao SUS. *Jota*, 18 maio 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-politica-publica-na-caneta-do-medico-18052018>. Acesso em: 15 set. 2018.

14 Estabeleceu-se a data de 4 de maio de 2018, quando houve a publicação do acórdão, como termo inicial da modulação dos efeitos.

15 BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens

ciências da saúde¹⁶. No presente estudo, não se almeja revisitar tais críticas, mas sim analisar os incentivos que conduzem à judicialização em massa e como tal realidade, somada a uma jurisprudência amplamente desfavorável à Fazenda Pública, poderia ou deveria ser interpretada pela Administração a partir dos incentivos que gera.

3. INCENTIVOS QUE CONDUZEM AO AJUIZAMENTO EM MASSA DE DEMANDAS POR PRESTAÇÕES DE SAÚDE

A decisão sobre o ajuizamento ou não de qualquer processo envolve um cálculo racional formulado pelo autor do pleito, ainda que de maneira meramente intuitiva. Uma demanda somente será levada ao Judiciário se o requerente considerar que o benefício por ele esperado com a lide superará os possíveis custos em que incorrerá para propô-la.

O proveito esperado pelo autor pode ser descrito como o benefício que pretende obter, ponderado pela probabilidade de que sua demanda seja julgada procedente. Se tal probabilidade é baixa, ainda que seja alto o benefício que em tese receberia na hipótese de acolhimento do pleito, o ajuizamento da pretensão não será uma estratégia atrativa.

Além disso, o autor há de considerar os custos nos quais incorrerá com o processo. Há custos de quatro diferentes ordens. Pode-se denominar o primeiro de custo pessoal. Estritamente relacionado com as circunstâncias pessoais de cada um, refere-se ao consumo de tempo próprio e às despesas nas quais se incorrerá para levar adiante a intenção de postular em juízo. Por hipótese, quem possua piores condições financeiras provavelmente terá um maior custo pessoal relativo, haja vista que terá de superar possíveis maiores dificuldades da vida, como a distância até uma localidade com melhores serviços, o preço do transporte até o local de atendimento, a despesa para reunir ou fotocopiar documentos, a impossibilidade de se ausentar do trabalho ainda que brevemente, dentre outros.

O segundo tipo de custo é o advocatício, seja em razão da necessidade de contratação de um profissional que detenha capacidade postulatória, seja pelo tempo despendido por aquele que litiga em causa própria. O terceiro se refere à antecipação das despesas concernentes ao ajuizamento da demanda e aos atos realizados ou requeridos no curso do processo¹⁷. Por fim, há os custos de sucumbência, como o pagamento de honorários advocatícios em benefício do patrono da parte contrária¹⁸ e o ressarcimento do vencedor quanto às despesas que antecipou.

coletiva e abstrata. *Revista da Defensoria Pública do Estado de São Paulo*, ano 1, n. 1, jul./dez. 2008; BARCELLOS, Ana Paula de. O direito constitucional à saúde: o caminho percorrido e algumas reflexões para o futuro. In: FERRARI, Sergio; MENDONÇA, José Vicente. *Direito em público: homenagem ao professor Paulo Braga Galvão*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016; BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à Saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude_-_judicializacao_-_Luis_Roberto_Barroso.pdf. Acesso em: 09 jan. 2018; FERRAZ, Octavio Luiz Motta. The right to health in the courts of Brazil: worsening health inequities? *Health and Human Rights Journal*, v. 11, n. 2, p. 33-45, 2009; TIMM, Luciano Benetti. Direito à saúde e a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais – uma perspectiva de direito e economia? In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013; SILVA, Virgílio Afonso da; TERRAZAS, Fernanda Vargas. *Claiming the right to health in Brazilian courts: the exclusion of the already excluded*. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1133620. Acesso em: 24 jan. 2018; WANG, Daniel Wei Liang. Right to health litigation in Brazil: the problem and the Institutional Responses. *Human Rights Law Review*, v. 15, p. 617-641, 2015.

16 VENTURA, Miriam et al. Judicialização da saúde, acesso à justiça e efetividade do direito à saúde. *Physis - Revista de Saúde Coletiva*, v. 20, n. 1, p. 77-100, 2010; VIEIRA, Fabiola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. *Revista Saúde Pública*, v. 41, n. 2, p. 214-222, 2007.

17 BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 15 set. 2018.

18 BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 15 set. 2018.

Há de se observar, nos dois últimos casos, que tais custos dependem da probabilidade de a demanda ser julgada procedente ou não, bem como de a parte ré ser beneficiária da gratuidade de justiça. Se for julgada procedente, a parte autora, naturalmente, não incorrerá em ônus sucumbenciais, zerando tal despesa potencial. No mais, na hipótese de procedência, a parte contrária deverá ressarcir a vencedora quanto às despesas que adiantou para o ajuizamento, processamento e julgamento da demanda, embora, caso o vencido seja beneficiário da justiça gratuita, tal obrigação restará sob condição suspensiva de exigibilidade, extinguindo-se em cinco anos, a não ser que haja a improvável alteração da situação de insuficiência de recursos¹⁹²⁰. Por outro lado, se a demanda for julgada improcedente, a parte autora arcará com as despesas que já antecipou, bem como com ônus sucumbenciais.

É natural que outros elementos subjetivos e inerentes às circunstâncias pessoais de um indivíduo também poderiam influenciar tal equação. Por exemplo, determinado autor pode auferir algum tipo de prazer apenas por litigar em juízo, no caso de acreditar, por hipótese, que assim está em busca da justiça como um valor por si só. Outros podem, o que não parece incomum, ter alguma satisfação por ajuizar uma demanda em face de uma pessoa específica. Todavia, por serem elementos imponderáveis, típicos das peculiaridades da condição humana, e por não se adequarem à racionalidade econômica estrita, tais questões serão aqui desconsideradas.

Termos matemáticos simples podem ajudar a melhor ilustrar o cálculo explicado. O valor esperado, para o autor, relativo ao ajuizamento de uma demanda ($E(\text{Ajuizamento})$), poderia ser definido como²¹:

$$E(\text{Ajuizamento}) = w.B - (1-w).Cs - q.Cd - Ca - Cp, \text{ em que:}$$

w – probabilidade de procedência da demanda;

B – benefício que pretende obter;

$(1-w)$ – probabilidade de improcedência da demanda;

Cs – custos de sucumbência;

Cd – custos relativos às despesas antecipadas;

q – probabilidade de o autor arcar com os custos relativos às despesas antecipadas (Cd), sendo que, caso o réu não seja beneficiário da gratuidade de justiça, $q = (1-w)$, uma vez que, se a pretensão autoral não for acolhida, deverá arcar com as despesas que antecipou; caso o réu seja beneficiário da gratuidade de justiça, $q = 1$, já que, ainda que a demanda seja julgada procedente, a obrigação do réu de ressarcir-lo em relação a tais despesas ficará sob condição suspensiva de exigibilidade, extinguindo-se na provável hipótese de não haver modificação do quadro;

Ca – custos com honorários contratuais do advogado ou com o próprio tempo, no caso de litigância em causa própria.

19 BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 15 set. 2018.

20 Nos termos do art. 98, § 3º, CPC, caso o beneficiário da gratuidade reste vencido, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos 5 (cinco) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário. BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 15 set. 2018.

21 Equações semelhantes podem ser vistas em: POSNER, Richard A. An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration. *The Journal of Legal Studies*, v. 2, n. 2, p. 399-458, jun. 1973. p. 419.; ARAKE, Henrique; GICO JUNIOR, Ivo. De graça, até injeção na testa: análise juseconômica da gratuidade de justiça. *Economic Analysis of Law Review*, v. 5, n. 1, p. 166-178, jan./jun., 2014. p. 5. No entanto, a aqui apresentada parece, salvo melhor juízo, incorporar elementos adicionais da realidade processual brasileira.

C_p – custos pessoais.

Assim, o ajuizamento de uma demanda judicial somente será buscado se o valor esperado relativo ao ajuizamento for maior ou igual a zero. Em outros termos:

$$w.B - (1-w).C_s - q.C_d - C_a - C_p \geq 0.$$

A equação acima modifica-se, consideravelmente, se o autor puder litigar sob o benefício da gratuidade de justiça. Em tal hipótese, nos termos do art. 98, CPC, o autor não arcará com os custos relativos às despesas antecipadas ou com os possíveis custos concernentes à potencial sucumbência. Em outros termos, C_s e C_d serão iguais a zero²².

Contextualizando a equação para o específico cenário do ajuizamento de demandas para obtenção de prestações sanitárias junto ao Poder Público, verifica-se que há diversos incentivos para a massificação desse tipo de pretensão.

A jurisprudência, conforme os dados já examinados, é amplamente favorável aos postulantes. Portanto, a probabilidade de procedência (w) é bastante alta, alcançando 90%, como acima exposto. Se o objeto da demanda não for uma hipótese extrema, como a pretensão de se obter um medicamento sem registro na Anvisa ou um tratamento experimental, é possível considerar que a probabilidade de êxito ainda supere esse número.

Adicionalmente, o benefício almejado é considerável. Como visto, uma importante parcela dos processos concerne a objetos que não são padronizados pelo SUS para dispensação. Assim, a única possibilidade de o autor ter acesso gratuitamente a tais prestações é por meio do ajuizamento de uma demanda em face do Poder Público, na esperança de que o Judiciário determine à Administração que entregue, apenas para si, uma prestação que não é fornecida pelo SUS regularmente a todos os cidadãos.

Portanto, o proveito esperado com a judicialização é significativo, dado que a chance de improcedência é pequena e a via judicial é a única alternativa para obtenção gratuita do benefício almejado.

Além disso, os custos para ajuizamento são usualmente baixos. A prática forense, corroborada por pesquisa empírica²³, indica que, em geral, os postulantes de prestações em saúde litigam sob o pálio da gratuidade de justiça²⁴. Desse modo, não antecipam despesas que seriam necessárias para o ajuizamento da demanda. Em adição, ainda que a demanda seja julgada improcedente, não suportarão qualquer ônus sucumbencial.

Além disso, os custos advocatícios também podem ser nulos se a parte autora for patrocinada pela Defensoria Pública, o que deve se tornar cada vez mais usual, ante o fortalecimento desses importantes órgãos viabilizadores do acesso à justiça. O mesmo ocorre quando se litiga com o auxílio de patronos custeados

22 Há literatura em Análise Econômica do Direito que versa sobre elementos que levam à litigância temerária, a exemplo de ROSENBERG, David; SHAVELL, Steven. A model in which suits are brought for their nuisance value. *Internacional Review of Law and Economics*, v. 5, p. 3-13, 1985. Tratando-se especificamente dos incentivos produzidos pelo sistema de gratuidade de justiça para a litigância por vezes frívola. ARAKE, Henrique; GICO JUNIOR, Ivo. De graça, até injeção na testa: análise juseconômica da gratuidade de justiça. *Economic Analysis of Law Review*, v. 5, n. 1, p. 166-178, jan./jun., 2014.

23 Já se apurou que 85,5% dos demandantes, em amostra de processos do estado do Paraná, obtiveram deferimento da gratuidade de justiça. PEREIRA, José Gilberto; PEPE, Vera Lúcia Edais. Acesso a medicamentos por via judicial no Paraná: aplicação de um modelo metodológico para análise e monitoramento das demandas judiciais. *Revista de Direito Sanitário*, v. 15, n. 2, p. 30-45, jul./out. 2014. p. 35.

24 Embora não sejam específicos para aqueles que litigam por prestações em saúde, os dados do CNJ demonstram a importância do benefício, inclusive em relação às despesas totais da Justiça. Desde o ano de 2011, nota-se a tendência de crescimento de tal participação, sendo que naquele ano representou 0,30% das despesas totais, frente a 0,45% em 2012, 0,52% em 2013 e 0,76% em 2014. No ano de 2015, identificou-se considerável redução, alcançando-se 0,51% das despesas, sendo que em 2016 houve novo incremento, atingindo-se 0,59%. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números: indicadores do Poder Judiciário em 2016 – Total*. Disponível em: http://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opedoc.htm?document=qvw_1%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT. Acesso em: 23 jan. 2018.

pelo Poder Público (como na hipótese da designação de defensores dativos) ou por meio de advogados indicados por entidades de ensino (como nos escritórios modelos, vinculados a diversas faculdades de Direito no país). É de se ver que, em estados como o Rio de Janeiro e o Rio Grande do Sul, a maior parte dos demandantes já são patrocinados pela Defensoria Pública²⁵.

Especificamente quanto às Defensorias Públicas, além da intenção de tutelar o direito fundamental à saúde de seus assistidos de acordo com a interpretação e extensão que lhe conferem, há, ainda, outros incentivos²⁶ que conduzem ao crescente ajuizamento de demandas. Em primeiro lugar, em relação aos custos suportados pelo órgão, os mais relevantes tendem a ser custos fixos, relacionados à estrutura física de atendimento e à remuneração de seu quadro de pessoal (Defensores, servidores, estagiários etc.). O ajuizamento de uma ação adicional representa um custo marginal que é diminuto em comparação aos custos fixos que serão inevitavelmente suportados, independentemente da quantidade de novas demandas propostas. Em outros termos, um processo a mais representa um custo muito pequeno para a instituição, que já está organizada para patrocinar milhares de causas.

Embora não se acredite que nenhum Defensor Público pense nesse aspecto quando toma a decisão de propor ou não uma pretensão em favor de um assistido seu, há de se observar, ainda, que a legislação vigente cria outro incentivo para o ajuizamento de demandas adicionais. Nos termos do art. 4º, XXI, da Lei Complementar nº 80/1994, caso o feito seja julgado procedente, o órgão fará jus a receber verbas sucumbenciais decorrentes de sua atuação, que devem ser repassadas a fundos destinados exclusivamente ao aparelhamento da Defensoria Pública e à capacitação profissional de seus membros e servidores. Por outro lado, considerando-se que os assistidos em geral litigarão sob o pálio da gratuidade de justiça, caso a demanda seja julgada improcedente, não haverá qualquer ônus sucumbencial a ser suportado pelo autor ou pelo órgão. Em outros termos, o assistido e o órgão podem auferir um proveito pelo êxito das demandas sem que a parte autora incorra no risco de suportar um prejuízo.

Assim, pelas circunstâncias aduzidas, quais sejam, baixos custos marginais relativos ao ajuizamento de uma nova demanda e nenhum risco de custo sucumbencial para o assistido, ao se identificar qualquer probabilidade de êxito da pretensão, mostra-se uma escolha racional levá-la ao Judiciário. Na hipótese de dúvida real entre propor ou não uma demanda em favor de um assistido, os incentivos presentes indicam que o caminho natural e esperado será o do ajuizamento de mais um processo.

Por todo o quadro acima exposto, são expressivos os incentivos para que um indivíduo recorra ao Judiciário em busca de uma prestação em saúde. É a única via para acesso a prestações que a Administração não fornece por meio do SUS; em razão da jurisprudência dominante, a probabilidade de êxito é bastante elevada; os custos advocatícios ou de antecipação de despesas podem ser nulos; e ainda que a sua demanda não seja acolhida, o autor em muitos casos não arcará com nenhum custo sucumbencial.

Por outro lado, os desestímulos enfrentados, ao fim, pelos autores, podem se limitar aos seus custos pessoais, relacionados às despesas e dissabores próprios do cotidiano que enfrentarão para conseguir levar adiante a intenção de iniciar um processo. Em especial por se tratarem de portadores de alguma enfermidade e em geral hipossuficientes economicamente, tais obstáculos de fato podem não ser pequenos.

Novamente em termos matemáticos, considerando-se que, como analisado, em relação às demandas por prestações em saúde Cs, Cd e Ca, podem, usualmente, ser iguais a zero, o valor esperado para o ajuizamento

25 Conforme apontado por Daniel Wei Liang Wang, essa não é uma realidade nacional. Segundo os dados por ele compilados, à exceção do que ocorre nos estados do Rio de Janeiro e do Rio Grande do Sul, a maior parte dos litigantes são representados por advogados privados. WANG, Daniel Wei Liang. *Courts as healthcare policy-makers: the problem, the responses to the problem and problems in the responses*. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/11198/RPS_75_final.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 23 jan. 2018.

26 É importante esclarecer que o termo “incentivo” aqui novamente é empregado em seu caráter técnico. Analisa-se uma circunstância que impulsiona alguém a se comportar de uma determinada maneira. Não se refere a uma circunstância desabonadora ou a um questionamento subjetivo sobre a conduta adotada, mas sim a elementos que contribuem para que o comportamento se dê de uma determinada maneira. Portanto, de modo algum se pretende aqui realizar qualquer juízo subjetivo sobre os elementos analisados.

de uma demanda no tema equivale a $E(\text{Ajuizamento}) = w.B - C_p$.

Ocorre que, como destacado, recorrer ao Judiciário será uma estratégia racional se o valor esperado relativo ao ajuizamento for maior ou igual a zero. No caso em exame, o ajuizamento deverá ser buscado se $w.B - C_p \geq 0$. Ou, em outros termos, se $w.B \geq C_p$.

Em que circunstâncias $w.B \geq C_p$? Sempre que se considerar que o benefício a ser auferido, ponderado pela probabilidade de êxito, supera os dissabores pessoais a serem suportados quando se propõe uma ação. Não é difícil conceber que os custos pessoais serão frequentemente superados pela alta chance de êxito e pelo fato de a judicialização ser a única via para acesso, gratuitamente, a prestações que não são ou não estão sendo fornecidas pelo SUS.

Está posto o quadro de incentivos para a crescente massificação das demandas por prestações sanitárias, cenário que apenas tende a se agravar enquanto os elementos atualmente presentes permanecerem estáveis.

4. INCENTIVOS ENFRENTADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Colocado o cenário enfrentado pela Administração Pública, formado, em síntese, por uma jurisprudência bastante desfavorável e por diversos elementos que apontam para a continuidade da judicialização em massa, passa-se a analisar como tais incentivos podem ou deveriam influenciar o comportamento adotado pelo Poder Público.

4.1. Racionalidade da busca pela solução extrajudicial dos conflitos

É legítimo que os entes públicos eventualmente discordem juridicamente do entendimento majoritariamente adotado pelo Judiciário quanto ao conteúdo do que se insere no direito fundamental à saúde. Todavia, ainda que possuam alguma aspiração de modificação futura da corrente interpretação judicial, no momento presente, a jurisprudência dos Tribunais pode ser encarada como um dado ou um fato posto que os entes réus precisam considerar quando da decisão por suas estratégias de conduta ou quando do desenho de suas organizações internas.

Reforçando a percepção de que a jurisprudência dominante é um fato posto, há de se observar que se encontram em julgamento os recursos extraordinários nos 566.471 e 657.718, com repercussão geral reconhecida pelo STF, por meio dos quais a Corte pretende fixar, em definitivo, eventualmente até modificando a leitura recentemente realizada pelo STJ quanto ao tema, teses sobre a obrigação de fornecimento, respectivamente, de medicamentos que não se encontrem padronizados para dispensação no SUS e de fármacos sem registro na Anvisa. Ao menos até que ocorra o julgamento definitivo de tais recursos paradigmas, que eventualmente poderá em definitivo alterar o entendimento dominante no Judiciário, a Administração precisará lidar com a jurisprudência como sedimentada no momento e, nesse quadro, adotar escolhas econômica e processualmente racionais²⁷.

Diversos elementos relacionados à judicialização da saúde indicam que a passiva aceitação do ajuizamento em massa de tais demandas não parece ser uma escolha eficiente para a Administração. Há vários incentivos que indicam que a mais frequente busca pela solução extrajudicial dos conflitos poderia ser uma estratégia racional e consentânea à economicidade

27 Por mais que o STJ, recentemente, haja estabelecido alguns parâmetros a serem observados quando do julgamento de demandas individuais em saúde, as questões jurídicas enfrentadas por aquela corte se sobrepõem às que ainda serão examinadas em definitivo pelo STF, razão pela qual se espera que apenas os precedentes em repercussão geral no Supremo Tribunal venham a consolidar o quadro jurídico. CARVALHO, Victor Aguiar de. A política pública na caneta do médico: avanços e incertezas no julgamento sobre fornecimento de medicamentos não incorporados ao SUS. *Jota*, 18 maio 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-politica-publica-na-caneta-do-medico-18052018>. Acesso em: 15 set. 2018.

Com efeito, a Análise Econômica do Direito apresenta raciocínios úteis para que se compreendam as hipóteses em que a celebração de um acordo, que é uma forma de solução cooperativa para o conflito, seria uma estratégia ótima para os envolvidos²⁸. Em linhas gerais, pode-se afirmar que as partes estariam dispostas a celebrar um acordo extrajudicial sempre que, por essa via, conseguissem obter um resultado ao menos igual ao que esperariam conquistar por meio do litígio em juízo, já se computando os custos envolvidos e a probabilidade de êxito de cada um. Sob outra ótica, mas em idêntico caminho, Richard Posner aponta que a condição necessária para um acordo é a de que a oferta mínima que o potencial autor esteja disposto a aceitar seja inferior ao máximo que o eventual réu estaria disposto a conceder para evitar a disputa²⁹.

Há ainda que se observar que, caso o possível réu pretenda solucionar extrajudicialmente seu conflito, também não restará livre de despesas. Afinal, no mínimo suportará os custos de transação inevitáveis para a pactuação de um acordo, quando não tiver que contar com a assistência profissional para tanto. Todavia, parece possível aceitar a hipótese de que os custos necessários para a pacificação de uma disputa extrajudicialmente são usualmente menores do que aqueles envolvidos em um litígio judicial, tanto que a maior parte dos conflitos sociais não deságuam no judiciário³⁰.

Nesse passo, o valor máximo que um potencial réu estaria disposto a conceder para evitar um litígio em juízo seria uma função do que despenderia no caso de êxito em juízo da parte contrária, ponderado pela probabilidade de que a eventual demanda fosse julgada procedente, acrescentando-se, ainda, por um lado, todos os custos que, potencialmente, suportaria para litigar em juízo e subtraindo-se, por outro lado, os custos que arcaria para entabular uma solução extrajudicial. Por simplificação, se consideram conjuntamente, em cada variável, todo e qualquer custo relacionado a estar em juízo, bem como todo e qualquer custo relativo a solucionar, extrajudicialmente, o conflito.

Em singela formulação matemática, tal montante máximo a ser potencialmente oferecido pelo réu em uma negociação seria³¹:

$$p \cdot D + C_L - C_e, \text{ em que:}$$

p – probabilidade de procedência da demanda a ser ajuizada pela parte contrária;

D – dispêndio que o réu terá no caso de procedência da demanda;

C_L – custos totais a serem suportados pelo potencial réu para litigar em juízo;

C_e – custos relacionados à solução extrajudicial do conflito.

28 COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 428-435.; SPIER, Kathryn E. Litigation. In: POLINSKY, Mitchell; SHAVELL, Steven. (ed.). *Handbook of law and economics*. Oxford: North-Holland, 2007. v. 1. p. 268-282; MACHADO, Marina Amaral de Ávila et al. Judicialização do acesso a medicamentos no Estado de Minas Gerais, Brasil. *Revista de Saúde Pública*, v. 45, n. 3, p. 590-598, 2011. p. 394-399; POSNER, Richard A. An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration. *The Journal of Legal Studies*, v. 2, n. 2, p. 399-458, jun. 1973. p. 417-429.

29 POSNER, Richard A. An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration. *The Journal of Legal Studies*, v. 2, n. 2, p. 399-458, jun. 1973. p. 417-418. Todavia, não se trata de uma condição suficiente, como bem ressalta o autor nas mesmas páginas anteriormente citadas, uma vez que é possível que as partes envolvidas não consigam chegar em um acordo acerca dos exatos termos e montantes envolvidos na negociação. Ou, utilizando-se a nomenclatura de Robert Cooter e Thomas Ulen, não consigam concordar sobre como dividir o excedente cooperativo. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 429.

30 A hipótese de que, em geral, os custos envolvidos em uma negociação extrajudicial são menores do que aqueles que devem ser suportados para se litigar em juízo é também adotada pela literatura que se debruça sobre o tema. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 429-430; POSNER, Richard A. An economic approach to legal procedure and judicial administration. *The Journal of Legal Studies*, v. 2, n. 2, p. 399-458, jun. 1973. p. 417

31 A equação apresentada neste artigo, com singelas modificações, baseia-se em: POSNER, Richard A. An economic approach to legal procedure and judicial administration. *The Journal of Legal Studies*, v. 2, n. 2, p. 399-458, jun. 1973. p. 419.

Especificamente em relação à judicialização da saúde, a equação acima merece algumas observações, que indicarão a existência de diversos incentivos para que os entes públicos busquem solucionar, extrajudicialmente, os conflitos com os particulares que manifestem a intenção de ajuizar uma demanda.

A probabilidade de que o processo a ser ajuizado seja julgado procedente é altíssima, conforme estudos empíricos a que já se fez referência. Com algum esforço estatístico, a Administração poderia identificar quais hipóteses são reiteradamente acolhidas e quais, em número minoritário, são rechaçadas pelo Judiciário, adotando estratégias de conciliação ou não, a depender do resultado histórico em juízo daquele tipo de feito.

O dispêndio, por sua vez, muito provavelmente ocorrerá efetivamente caso a pretensão autoral seja acolhida pelo Judiciário. Afinal, na hipótese de a Administração tardar a cumprir voluntariamente a decisão judicial, a jurisprudência admite a constrição patrimonial dos entes públicos para a imediata satisfação da obrigação, inclusive por meio do arresto de verbas públicas, mediante posterior prestação de contas a ser realizada pela parte beneficiada³².

Em relação aos custos para litigar em Juízo, os entes públicos arcam com as despesas associadas à manutenção, em seus quadros, de advogados públicos e do pessoal que os auxiliam, bem como com a estrutura física e material imprescindível para o desempenho de suas funções. É usual que, no corpo dos órgãos de representação judicial, existam advogados públicos que se dedicam, exclusivamente, à defesa do ente em ações concernentes ao direito à saúde. Naturalmente, a despesa pública necessária para a manutenção de tal estrutura não é desprezível.

Especificamente quanto aos Estados e à União, há outro fator a ser destacado no que tange aos custos dos litígios judiciais. De fato, o dispêndio de tais entes não se limita ao corpo de advogados públicos e à estrutura correlata. Também arcam com os custos advocatícios da parte contrária quando assistida pela Defensoria Pública. Custeiam, em adição, a atuação do Ministério Público, eventualmente necessária em tais feitos. Suportam, ainda, a maior parte das despesas concernentes à manutenção, em suas esferas, do Poder Judiciário, que processará e julgará, dentre outras causas, aquelas atinentes à judicialização da saúde, com a frequente concessão do benefício da gratuidade de justiça, como já examinado.

Convém ressaltar que o custo para o processamento e julgamento de uma demanda judicial é bastante expressivo. De acordo com a pesquisa denominada Índice de Desempenho da Justiça – IDJus, do Centro de Pesquisas sobre o Sistema de Justiça Brasileiro do Instituto Brasileiro de Direito Público, o custo médio de um processo no Brasil poderia ser estimado em R\$ 2.369,73³³. Tratando apenas de execuções fiscais, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA já apontou que o custo médio provável dos insumos diretamente empregados no processamento dos feitos em primeira instância seria de R\$ 1.854,23³⁴. Independentemente das críticas metodológicas que eventualmente possam ser tecidas a tais estudos, não será irrelevante o custo médio a ser suportado pelo Poder Público tão somente em razão da tramitação e julgamento de uma demanda judicial.

Portanto, diferentemente do que ocorre com os particulares ou até mesmo com os Municípios, uma demanda judicial acarreta, para Estado e União enquanto réus, custos que não se limitam àqueles atinentes

32 Em julgamento conforme procedimento previsto para recursos repetitivos, o STJ firmou a tese de que “tratando-se de fornecimento de medicamentos, cabe ao Juiz adotar medidas eficazes à efetivação de suas decisões, podendo, se necessário, determinar até mesmo o sequestro de valores do devedor (bloqueio), segundo o seu prudente arbítrio, e sempre com adequada fundamentação”. Nesse sentido, v. Resp nº 1069810, Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Data de Julgamento 23 out. 2013.

33 O dado se refere ao ano de 2013. O custo médio do processo foi definido e calculado dividindo-se a despesa total da Justiça pelo número total de processos baixados. Centro de Pesquisas sobre o Sistema de Justiça Brasileiro. *Índice de Desempenho da Justiça – IDJus 2013*. Disponível em: http://cpjus.idp.edu.br/wp-content/uploads/2015/03/IDJUSn4_relatorio_pesquisa_23_02.15.pdf. Acesso em: 09 mar. 2018.

34 O IPEA buscou diferenciar o custo médio total provável da execução fiscal, que seria de R\$ 4.685,39, do custo médio das movimentações do processo, no valor de R\$ 1.854,23, que excluiria os custos dos processos parados e da mão-de-obra empregada em atuações do Judiciário que não estão relacionadas às suas atividades-fim. INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA E APLICADA. *Comunicados do IPEA nº 83 – Custo unitário do processo de execução fiscal na Justiça Federal*. p. 9-10. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/110331_comunicadoipea83.pdf. Acesso em: 09 mar. 2018.

às suas próprias defesas em juízo. Tal circunstância precisa ser considerada quando do cálculo sobre a racionalidade, economicidade e eficiência de celebração de um acordo para a solução extrajudicial de um conflito.

Nesse cenário, é possível perceber de plano que, para os entes públicos, não parece razoável permitir o ajuizamento de uma demanda cuja pretensão seja a de obter um item em saúde que tenha custo menor do que o custo total que suportarão em razão do litígio, ponderado pela (alta) probabilidade de sucumbência da Administração.

Indo além, com algum esforço estatístico e eventual análise das prescrições médicas em poder dos pacientes dispostos a ajuizar uma demanda, os entes públicos poderiam tentar identificar as hipóteses em que a sucumbência em juízo é muito provável, quando não certa, uma vez que, nesses casos, alcançar uma solução extrajudicial para o conflito significaria ao menos economizar a diferença entre os custos atinentes à judicialização e os custos relacionados à solução extrajudicial, que são usualmente menores.

Por exemplo, é de duvidosa racionalidade que o ente público permita o ajuizamento em face de si de uma demanda atinente a uma prestação que já se encontra padronizada para dispensação pelo SUS, mas que, eventualmente, por irregularidade do estoque, não se encontre à disposição na ponta do sistema. Ora, nessas hipóteses, o próprio ente público já se obrigou a fornecer o item, não havendo, como regra, resistência jurídica pertinente ao cumprimento da obrigação, sendo a sucumbência muito provável, portanto. A solução extrajudicial do conflito, no caso, ao menos permitiria a economia dos custos de judicialização.

Reconduzindo-se o raciocínio à equação vista acima, para o ente público réu, seria vantajoso solucionar, extrajudicialmente, o conflito oferecendo um valor máximo equivalente a $p.D + CL - C_e$. No caso de altíssima probabilidade de procedência da demanda (p), um acordo para ofertar extrajudicialmente o tratamento demandado seria uma estratégia racional e amparada pela eficiência e economicidade, haja vista que provavelmente representaria um dispêndio menor do que o teto que a entidade deveria estar disposta a pagar para evitar a judicialização da questão, sendo suficientemente baixos os custos para solução extrajudicial (C_e) e suficientemente altos os custos de litígio (CL). Sob a ótica de Estados e União, a propensão ao acordo deveria ser ainda maior, haja vista que o custo para litígio (CL) envolve, também, os custos de processamento e julgamento do processo e, possivelmente, os custos advocatícios da parte contrária.

Talvez, seguindo esse caminho, no Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, publicou-se o Decreto nº 45.034/2014, que pretendia regulamentar o procedimento para a realização de acordos, no âmbito da Câmara de Resolução de Litígios em Saúde existente naquele ente público, visando ao fornecimento extrajudicial de medicamentos. O mencionado decreto previa diversos requisitos para a celebração da pactuação, dentre os quais figurava que as tratativas somente poderiam se dar sobre patologias e medicamentos, a serem indicados pela Secretaria de Saúde, relativos a hipóteses em que o Estado já houvesse sido condenado pelo Judiciário, em decisão de mérito confirmada em segundo grau de jurisdição, ao fornecimento da prestação. No mais, dentre outras exigências, os fármacos deveriam ser registrados pela Anvisa, os pacientes deveriam apresentar laudo e receita médica atualizados emitidos por profissional habilitado vinculado ao SUS que demonstrassem a necessidade de utilização do produto e deveria haver parecer elaborado por comitê técnico indicado pela Secretaria de Estado de Saúde que, após a avaliação dos documentos médicos do paciente, concluísse fundamentadamente pela necessidade de utilização do medicamento em razão da inexistência de alternativa terapêutica já incorporada ao SUS para o tratamento da patologia ou, quando houvesse, pela impossibilidade de sua utilização pelo interessado.

Todavia, a despeito do avanço que tal decreto poderia representar à solução extrajudicial de conflitos em saúde, até o momento da elaboração do presente artigo, o seu teor, ainda, não havia sido efetivamente implementado na rotina da Administração Pública, inexistindo, salvo equívoco, notícias de acordo celebrado sob seu fundamento.

4.2. Hipóteses explicativas para que a solução extrajudicial seja pouco frequente

Se os entes públicos se deparam com uma estrutura de incentivos que os deveria conduzir ao maior empenho na tentativa de obtenção de soluções extrajudiciais, por que tais acordos parecem ser pouco frequentes no dia a dia da Administração?

A literatura de Análise Econômica do Direito tradicionalmente indica algumas hipóteses explicativas para a não ocorrência de acordos mesmo quando há indícios de que seria a solução ótima para as partes. A primeira envolveria a noção de assimetria de informações, que se apresentaria, em apertadíssima síntese, sob duas formas: (i) viés cognitivo de excesso de otimismo, relativo à tendência humana de superestimar suas próprias capacidades e, em juízo, considerar que possui uma maior chance de vitória do que efetivamente possui; e (ii) desequilíbrio de informações, em que uma partes não consegue identificar, adequadamente, as chances de êxito de seu oponente e, por isso, recia em fazer um acordo desvantajoso³⁵.

Uma segunda hipótese diz respeito aos custos altos de transação e de celebração de acordo, que conduziriam à preferência pelo ajuizamento da demanda³⁶. Poder-se-ia, ainda, cogitar uma terceira hipótese, relacionada a um aspecto temporal, em que uma das partes gostaria de procrastinar a resolução do conflito, ou seja, de voluntariamente tardar a adimplir eventual obrigação.

Ocorre que tais hipóteses tradicionais não parecem suficientes para explicar o porquê da baixa frequência de conciliações na seara em exame. No que tange à assimetria informacional, os entes são assistidos por advogados públicos que, certamente, conhecem a probabilidade de resultado dos litígios, uma vez que lidam com o tema diariamente e não parecem ter qualquer razão pessoal para superestimar a chance de êxito para além do histórico de resultados que observam pela experiência. Quanto aos custos do acordo, levando-se em conta os altos custos de litígio que os entes públicos enfrentam, em especial Estados e União, como já examinado nesse trabalho, parece razoável presumir que dificilmente o custo transacional para um acordo seria significativo quando considerada a estrutura de custos do ente público como um todo. Por fim, quanto ao eventual desejo de procrastinação, tal hipótese não parece relevante especificamente para o caso da judicialização da saúde, uma vez que, além de serem frequentes decisões de antecipação de tutela determinado a imediata entrega da prestação sanitária, os tribunais superiores pacificaram o entendimento, como já destacado, quanto à possibilidade de arrestos nas contas dos entes públicos para cumprimento imediato das decisões. Assim, o dispêndio — caso acolhida a pretensão autoral, ainda que apenas em cognição sumária — torna-se célere e inevitável, de modo que não se justificaria uma indevida tentativa de voluntária procrastinação por meio do encaminhamento do litígio ao Judiciário.

Assim, considerando-se que as teorias explicativas tradicionais não parecem ser suficientes, há de se buscar outras mais adequadas ao caso em tela. Apresentam-se, abaixo, seis novas hipóteses. Como se verá, tais fatores podem ou dificultar a correta percepção dos incentivos que são postos à Administração ou de fato os modificar, tornando menos óbvia a opção pela conciliação, ao menos para todas as entidades federativas que frequentemente figuram no polo passivo das demandas em tela.

4.2.1. Diferença entre custos marginais e custos médios

O custo médio de litígio relativo a cada demanda judicial pode ser significativo, nos termos acima expostos. Todavia, o custo marginal, ou seja, o custo para atuar em um processo judicial a mais pode não ser tão expressivo.

35 KLEIN, Benjamin; PRIEST, George L. The selection of disputes for litigation. *The Journal of Legal Studies*, v. 13, n. 1, p. 1-55, jan. 1984; BEBCHUK, Lucian Arye. Litigation and settlement under imperfect information. *The RAND Journal of Economics*, v. 15, n. 3, p. 404-415, 1984.

36 Como exemplo de texto que caminha nessa direção argumentativa, trabalhando, ainda, a distribuição do poder de barganha. ANDERLINI, Luca; FELLI, Leonardo; IMMORDINO, Giovanni. *Costly Pretrial Agreements*. Disponível em: <http://faculty.georgetown.edu/la2/Pretrial.pdf>. Acesso em: 15 set. 2018.

Com efeito, a estrutura administrativa e o corpo burocrático da advocacia pública, do Poder Judiciário, do Ministério Público e das Defensorias Públicas já se encontram montados e em operação, razão pela qual o incremento de uma demanda a mais, por si só, não representa um impacto financeiro considerável.

Assim, somente soluções sistêmicas — que evitem uma quantidade expressiva de demandas — impactariam a estrutura de custos totais suportados pelos entes públicos e permitiriam a reorganização dos agentes públicos envolvidos para o desempenho de outras atividades dentro de seus órgãos.

4.2.2. Inexistência de dados objetivos para a tomada de decisões racionais

A Administração Pública brasileira não está habituada a coletar dados úteis para subsidiar a sua tomada de decisão. Informações objetivas, atinentes a custos de suas estruturas administrativas ou a resultados obtidos nos litígios em que se insere, possivelmente, não estão disponíveis na maior parte dos entes federativos. Nesse cenário, o emprego de métodos quantitativos não faz parte da rotina da Administração de boa parte dos entes federativos.

Assim, é provável que, em regra, o Poder Público, no momento presente, sequer tenha as informações necessárias para verificar, matematicamente, se a celebração de um acordo extrajudicial, além de eventualmente auxiliar a promover o direito fundamental de um particular de modo mais imediato, poderia também ser uma medida eficiente e de acordo com a economicidade para a Fazenda.

Sem a presença de dados objetivos e confiáveis e inexistindo cálculo de custos envolvidos, a opção pela solução extrajudicial pode se tornar pouco intuitiva para o gestor público.

4.2.3. Litigância em litisconsórcio passivo e ausência de regras objetivas quanto a quem suportará os ônus financeiros em cada hipótese

As demandas judiciais nas quais se pleiteiam prestações de saúde são, rotineiramente, ajuizadas mediante a constituição de litisconsórcio passivo entre os entes públicos envolvidos, em especial entre o Estado e a municipalidade em que o autor reside.

Segundo o entendimento jurisprudencial consolidado pelo STF, reafirmando quando do julgamento do recurso extraordinário nº 855.178, os entes federados teriam responsabilidade solidária quanto ao fornecimento de tratamento médico adequado. O entendimento merece críticas doutrinárias sob diversos aspectos³⁷, mas aqui cabe observar os incentivos que acaba por produzir.

Quando o objeto da controvérsia judicial se refere a uma prestação que não está padronizada no SUS, ou seja, em relação à qual nenhum ente público obrigou-se ao fornecimento, não há um critério inequívoco para a definição de qual pessoa jurídica teria o primário dever de cumprir o comando judicial. Em se tratando de uma responsabilidade solidária, qualquer um deles pode ser demandado, independentemente da espécie de prestação, para o cumprimento imediato, o que leva alguns Magistrados a, por vezes, direcionar a determinação em um primeiro momento a apenas um dos entes, que lhes pareça estar em melhor posição para arcar com o comando. Embora compensações financeiras ou outras medidas de cooperação pudessem ocorrer entre as entidades federadas que restaram solidariamente condenadas, na prática tais mecanismos nem sempre existem de fato.

Nesse passo, pode-se imaginar um Município que suporta ônus muito além daqueles previstos na repartição de competências do SUS ou um Estado que, em razão da judicialização, rotineiramente, assuma atribuições que, tipicamente, deveriam ser dos Municípios ou da União.

37 SARMENTO, Daniel; TELLES, Cristina. Judicialização da saúde e responsabilidade federativa: solidariedade ou subsidiariedade? In: ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (org.) *Direito sanitário*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

Assim, a depender de como se posiciona quanto ao atendimento dos comandos judiciais em seu desfavor, um ente público pode enfrentar maiores ou menores incentivos à conciliação prévia, uma vez que, na realidade da judicialização e das práticas administrativas de um determinado lugar, algumas entidades federativas podem suportar maiores ou menores ônus financeiros do que outras para atender aos comandos judiciais.

4.2.4. Potes orçamentários diversos

Não são apenas os diferentes entes públicos que lidam com incentivos diversos entre si. Mesmo dentro de uma mesma pessoa jurídica, seus diferentes órgãos podem observar incentivos distintos, que justificarão diferentes comportamentos sobre um mesmo tema.

Observou-se, anteriormente, que União e Estados se deparam com custos de litígios significativos. Além disso, caso restem derrotadas judicialmente, deverão ainda, naturalmente, arcar com a prestação requerida.

Ocorre que, embora todos os custos devam ser suportados pela pessoa jurídica, os órgãos que arcarão com tais despesas, possivelmente, serão distintos. Com efeito, no caso de sucumbência do ente, a obrigação de direito material atinente ao objeto da demanda será cumprida pelo Ministério ou Secretaria de Saúde. Já os custos concernentes, por exemplo, ao funcionamento adequado do Judiciário não possuem relação com os órgãos especializados em saúde. Em outros termos, para o Ministério ou para as Secretarias de Saúde, o custo relativo à existência, por si só, de uma demanda judicial a mais (ou seja, o custo atinente à movimentação da máquina judiciária e dos demais órgãos a ela relacionados) será zero ou praticamente zero. Tal despesa estará relacionada a outro órgão daquela entidade administrativa, como, hipoteticamente, ao Ministério ou Secretaria da Fazenda ou do Planejamento, responsável por repassar o orçamento devido ao Judiciário. Para o Ministério ou a Secretaria de Saúde, o único custo relevante será aquele atinente ao efetivo cumprimento da obrigação.

Assim, as diferentes espécies de custos atinentes à judicialização incidem sobre potes orçamentários diversos entre si. Como cada órgão é afetado apenas por uma parcela dos custos que recaem sobre o ente público, restam incentivados a considerar em suas estratégias tão somente os custos suportados por si, e não pela pessoa jurídica como um todo. Caberia, assim, ao ente público envolvido computar e somar as diferentes despesas suportadas por seus órgãos, o que exigiria adequada coordenação entre as suas diferentes unidades de poder.

4.2.5. Pouca coordenação entre diferentes órgãos e entes

Os diferentes órgãos que suportam distintos custos atinentes à judicialização integram uma única pessoa jurídica. Portanto, as decisões estratégicas da Administração Pública deveriam, idealmente, considerar os custos integrais suportados pelo ente, e não os incentivos com os quais cada um dos seus órgãos se depara.

Igualmente, ainda que o comando judicial seja, em um primeiro momento, cumprido integralmente apenas por um dos entes que figura no litisconsórcio passivo, os demais poderiam compartilhar da responsabilidade, nos termos pactuados entre os diferentes entes públicos envolvidos.

Todavia, às vezes, a coordenação entre diferentes órgãos e a ainda mais complexa coordenação entre diferentes entes públicos não ocorre como se poderia idealmente imaginar, razão pela qual as diferentes esferas podem adotar estratégias e comportamentos de acordo com as escolhas que sejam racionais para melhor atenderem seus interesses individuais.

4.2.6. Resistência ao entendimento dominante adotado pelos Tribunais

Por fim, como última hipótese a buscar explicar a pouca frequência das soluções extrajudiciais para os conflitos, poder-se-ia cogitar da eventual tentativa, por parte dos entes públicos, de modificar o entendimento jurisprudencial dominante adotado acerca do tema pelos Tribunais, buscando revertê-lo, em juízo, mediante a apresentação de resposta e o manejo dos recursos cabíveis. De fato, sendo verdadeira tal hipótese, a propensão à solução extrajudicial do conflito seria menor.

Ocorre que, como já exposto, os principais pontos jurídicos controvertidos acerca da judicialização em saúde já se encontram afetados para decisão pelo STF, com repercussão geral reconhecida. Portanto, a resistência em todas as hipóteses não parece ser uma estratégia economicamente racional, uma vez que, como visto, a judicialização por si só já representa um custo. Ao menos, até o julgamento definitivo de tais recursos paradigmas por parte do STF, a jurisprudência atualmente firmada será uma realidade com a qual a Administração terá que conviver e que precisará considerar quando da decisão por suas estratégias processuais.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente trabalho, buscou-se examinar os incentivos que conduzem à judicialização em massa, bem como de que modo tal realidade posta acarreta ou deveria acarretar incentivos para que a Administração busque a solução extrajudicial de conflitos.

As principais conclusões expostas, obtidas com base nos dados e argumentos deduzidos, podem ser sintetizadas nos seguintes termos:

1. A judicialização da saúde é um fenômeno que, pela quantidade de demandas judiciais envolvidas, consome uma quantidade expressiva de recursos – humanos e financeiros – do Poder Público;
2. As demandas por prestações de saúde são amplamente acolhidas pelo Judiciário, que apresenta, em geral, uma compreensão bastante abrangente quanto ao que estaria contido no direito à saúde constitucionalmente previsto;
3. A estrutura de incentivos posta aponta para a tendência de incremento na quantidade de demandas da espécie;
4. Considerando o entendimento judicial majoritário como um dado ou fato posto – que tende a não se alterar ao menos até o julgamento definitivo dos pontos juridicamente controvertidos pelos Tribunais Superiores – a Administração Pública se depara com incentivos para a busca por soluções extrajudiciais dos conflitos em diversas hipóteses;
5. Especialmente para União e Estados, a propensão ao acordo deveria ser maior, haja vista que os seus custos para litígio judicial englobam também aqueles relativos ao processamento e julgamento das demandas e, possivelmente, os custos advocatícios da parte contrária, quando os pacientes-autores são assistidos pela Defensoria Pública;
6. Todavia, apesar do cenário que aponta para a racionalidade da mais efetiva busca pela solução judicial dos conflitos, tais acordos, na prática, não parecem ser frequentes. Apresentam-se, assim, seis hipóteses explicativas para essa realidade, quais sejam, a diferença entre os custos marginais e os custos médios suportados pelo Poder Público, a inexistência de dados objetivos para a tomada de decisões racionais, a litigância em litisconsórcio passivo somada à ausência de regras objetivas quanto a quem suportará os ônus financeiros em cada hipótese, o fracionamento

orçamentário entre os diferentes órgãos, a pouca coordenação entre diferentes órgãos e entes e a intenção de resistir ao entendimento dominante adotado pelos Tribunais. Tais hipóteses, se verdadeiras, podem de fato dificultar a correta compreensão dos incentivos que se colocam para a Administração ou mesmo os modificar, talvez tornando a opção pela conciliação menos atraente para algumas das entidades federativas.

REFERÊNCIAS

- ANDERLINI, Luca; FELLI, Leonardo; IMMORDINO, Giovanni. *Costly Pretrial Agreements*. Disponível em: <http://faculty.georgetown.edu/la2/Pretrial.pdf>. Acesso em: 15 set. 2018.
- ARAKE, Henrique; GICO JUNIOR, Ivo. De graça, até injeção na testa: análise juseconômica da gratuidade de justiça. *Economic Analysis of Law Review*, v. 5, n. 1, p. 166-178, jan./jun., 2014.
- BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. *Revista da Defensoria Pública do Estado de São Paulo*, ano 1, n. 1, jul./dez. 2008.
- BARCELLOS, Ana Paula de. O direito constitucional à saúde: o caminho percorrido e algumas reflexões para o futuro. In: FERRARI, Sergio; MENDONÇA, José Vicente. *Direito em público: homenagem ao professor Paulo Braga Galvão*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva*: Direito à Saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: http://pfdc.pgr.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude_-_judicializacao_-_Luis_Roberto_Barroso.pdf. Acesso em: 09 jan. 2018.
- BEBCHUK, Lucian Arye. Litigation and settlement under imperfect information. *The RAND Journal of Economics*, v. 15, n. 3, p. 404-415, 1984.
- BRASIL. Advocacia-Geral da União. *Intervenção judicial na saúde pública: panorama no âmbito da Justiça Federal e apontamentos na seara das Justiças Estaduais*. Disponível em: <http://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2014/maio/29/Panorama-da-judicializa----o---2012---modificado-em-junho-de-2013.pdf>. Acesso em: 03 fev. 2018.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Brasil tem mais de 240 mil processos na área de saúde*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/56636-brasil-tem-mais-de-240-mil-processos-na-area-de-saude>. Acesso em: 03 fev. 2018.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números: demandas por classe e assunto – 2016*. Disponível em: http://painis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT. Acesso em: 23 jan. 2018.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números: indicadores do Poder Judiciário em 2016 – Total*. Disponível em: http://painis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT. Acesso em: 23 jan. 2018.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Aumentam os gastos públicos com judicialização da saúde*. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/aumentam-os-gastos-publicos-com-judicializacao-da-saude.htm>. Acesso em: 26 jan. 2018.
- CARVALHO, Victor Aguiar de. A política pública na caneta do médico: avanços e incertezas no julgamento sobre fornecimento de medicamentos não incorporados ao SUS. *Jota*, 18 maio 2018. Disponível em:

<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-politica-publica-na-caneta-do-medico-18052018>. Acesso em: 15 set. 2018.

Centro de Pesquisas sobre o Sistema de Justiça Brasileiro. *Índice de Desempenho da Justiça – IDJus 2013*. Disponível em: http://cpjus.idp.edu.br/wp-content/uploads/2015/03/IDJUSn4_relatorio_pesquisa_23_02.15.pdf. Acesso em: 09 mar. 2018.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

FERRAZ, Octavio Luiz Motta. The right to health in the courts of Brazil: worsening health inequities? *Health and Human Rights Journal*, v. 11, n. 2, p. 33-45, 2009.

GIAMBIAGI, Fabio. *Capitalismo: modo de usar – porque o Brasil precisa aprender a lidar com a melhor forma de organização econômica que o ser humano já inventou*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA E APLICADA. *Comunicados do IPEA nº 83 – Custo unitário do processo de execução fiscal na Justiça Federal*. p. 9-10. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/110331_comunicadoipea83.pdf. Acesso em: 09 mar. 2018.

INTERFARMA. *Por que o brasileiro recorre à justiça para adquirir medicamentos?* Entenda o que é a judicialização da saúde. Disponível em: <https://www.interfarma.org.br/public/files/biblioteca/101-por-que-o-brasileiro-vai-a-justiaa-em-busca-de-medicamentos-site.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2018.

KLEIN, Benjamin; PRIEST, George L. The selection of disputes for litigation. *The Journal of Legal Studies*, v. 13, n. 1, p. 1-55, jan. 1984.

MACHADO, Marina Amaral de Ávila et al. Judicialização do acesso a medicamentos no Estado de Minas Gerais, Brasil. *Revista de Saúde Pública*, v. 45, n. 3, p. 590-598, 2011.

MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law: from Posner to Postmodernism and beyond*. 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 2006.

PEREIRA, José Gilberto; PEPE, Vera Lúcia Edais. Acesso a medicamentos por via judicial no Paraná: aplicação de um modelo metodológico para análise e monitoramento das demandas judiciais. *Revista de Direito Sanitário*, v. 15, n. 2, p. 30-45, jul./out. 2014.

POSNER, Richard A. An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration. *The Journal of Legal Studies*, v. 2, n. 2, p. 399-458, jun. 1973.

PRADO, Mariana Mota. The Debatable Role of Courts in Brazil's Health Care System: Does Litigation Harm or Help? *Journal of Law, Medicine and Ethics*, v. 41, n. 1, p. 124-137, 2013.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Processos na área de saúde atingem no TJRJ a marca de mais de meio milhão em 2017*. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/home/-/noticias/visualizar/55518>. Acesso em: 14 mar. 2018.

ROSENBERG, David; SHAVELL, Steven. A model in which suits are brought for their nuisance value. *Internacional Review of Law and Economics*, v. 5, p. 3-13, 1985.

SARMENTO, Daniel; TELLES, Cristina. Judicialização da saúde e responsabilidade federativa: solidariedade ou subsidiariedade? In: ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (org.) *Direito sanitário*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da; TERRAZAS, Fernanda Vargas. *Claiming the right to health in Brazilian courts: the exclusion of the already excluded*. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1133620. Acesso em: 24 jan. 2018.

SPIER, Kathryn E. Litigation. In: POLINSKY, Mitchell; SHAVELL, Steven. (ed.). *Handbook of law and economics*. Oxford: North-Holland, 2007. v. 1. p. 268-282.

TIMM, Luciano Benetti. Direito à saúde e a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais – uma perspectiva de direito e economia? *In*: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

VENTURA, Miriam et al. Judicialização da saúde, acesso à justiça e efetividade do direito à saúde. *Physis - Revista de Saúde Coletiva*, v. 20, n. 1, p. 77-100, 2010.

VIEIRA, Fabiola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. *Revista Saúde Pública*, v. 41, n. 2, p. 214-222, 2007.

WANG, Daniel Wei Liang. *Courts as healthcare policy-makers: the problem, the responses to the problem and problems in the responses*. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/11198/RPS_75_final.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 23 jan. 2018.

WANG, Daniel Wei Liang. Right to health litigation in Brazil: the problem and the Institutional Responses. *Human Rights Law Review*, v. 15, p. 617-641, 2015.

Revisado pela biblioteca em: 24/01/2019

Informações incompletas em vermelho

III. DIREITO À SAÚDE E AS INSTITUIÇÕES DE REGULAÇÃO

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**A regulação da saúde
suplementar no Brasil:**
perspectivas e ameaças

**The adjustment of
supplementary health in Brazil:**
perspectives and threats

Carlos Marden Cabral Coutinho

Taís Vasconcelos Cidrão

VOLUME 8 • Nº 3 • DEZ • 2018
DOSSIÊ ESPECIAL : POLÍTICAS PÚBLICAS
E O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

A regulação da saúde suplementar no Brasil: perspectivas e ameaças*

The adjustment of supplementary health in Brazil: perspectives and threats

Carlos Marden Cabral Coutinho**

Taís Vasconcelos Cidrão***

RESUMO

O presente trabalho, por meio de pesquisa bibliográfica e, principalmente, documental. Este artigo teve como objetivo a investigação e o estímulo ao debate acerca da intervenção estatal (mais especificamente da regulamentação) na(da) Saúde Suplementar no Brasil, importante setor da economia privada que beneficiou mais de 70 milhões de pessoas em 2017. Para tanto, foram coletados dados específicos fornecidos por órgãos públicos, agências, bem como instituições privadas especializadas na temática. Por se tratar de um setor extremamente complexo, dinâmico e com muitas assimetrias informacionais, muito há de ser discutido acerca dos desafios e novas propostas sobre a regulação do sistema privado de saúde que garantam para os próximos anos a preservação da qualidade prestacional bem como a sua sustentabilidade (inclusive financeira). Portanto, foram apurados os custos gerados pela intervenção para as instituições privadas, chegando-se à conclusão de que a intensa regulação pode vir a tornar o mercado de planos de saúde não atrativo (para as operadoras, consumidores e também para a população SUS-dependente).

Palavras-chave: Saúde. Saúde suplementar. Brasil. Eficiência de mercado. Lei nº 9.656/98.

ABSTRACT

The present work, through bibliographical and mainly documentary research (through specific data provided by public agencies, agencies, as well as private and specialized institutions), aims to investigate as well as stimulate the debate about state intervention (more specifically of regulation) in Supplementary Health in Brazil, an important sector of the private economy that has benefited more than 70 million people in 2017. Because it is an extremely complex and dynamic sector with many informational asymmetries, there will be a lot to be discussed about the challenges and new proposals about the regulation of the private health system that will ensure the preservation of quality of service as well as its sustainability (including financial) for the coming years. Therefore, the costs generated by the intervention for private institutions were calculated, and it was concluded that intense regulation may make the health insurance market unattractive (for operators, consumers and also for the SUS dependent population).

* Recebido em 01/09/2018
Aprovado em 30/09/2018

** Procurador Federal. Especialista em Direito Processual Civil e Mestre em Ordem Jurídica Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Doutor em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-doutorando em Estado, Constituição e Democracia pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. E-mail : carlosmardenc@hotmai.com

*** Mestranda em Direito pelo Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS). Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Especialista em Direito e Processo Constitucionais pela UNIFOR. E-mail: taisvcidrao@hotmail.com

Keywords: Health. Supplementary health. Brazil. Market efficiency. Law nº 9.656/98.

1. INTRODUÇÃO

A atenção dada à saúde no Brasil foi profundamente redimensionada com o advento da Constituição de 1988. O art. 196 da Constituição teve a pretensão de dar maior visibilidade à saúde, tendo, inclusive, a previsto como um direito de todos e, ao mesmo tempo, um dever do Estado, devendo ser garantido mediante políticas sociais e econômicas. A criação do Sistema Único de Saúde (SUS) no ano de 1990 e a regulamentação dos planos de saúde em 1998 também foram marcos importantes sobre a temática. Ainda, o texto constitucional também estatuiu, em seu artigo 199, a assistência à saúde como de livre iniciativa privada. Isso significa que instituições privadas também poderão participar, de forma complementar ao SUS e segundo as diretrizes deste, da prestação do serviço de saúde no país.

A Saúde Suplementar no Brasil é o nome dado à atividade que envolve o mercado de planos de saúde de assistência médica de saúde no país. Segundo a Agência Nacional de Saúde Suplementar¹, esse setor da economia é responsável pela cobertura de 47,6 milhões de brasileiros beneficiários da assistência médica com ou sem odontologia e 22,4 milhões de beneficiários de planos exclusivamente odontológicos, totalizando 70 milhões de brasileiros beneficiados, o que representa uma média de 33,48% da população brasileira². Em contrapartida, essa cobertura, no ano 2000, era de apenas 32 milhões de beneficiários³.

Não há consenso em relação à economia da saúde sobre quais serviços deveriam ser acobertados pelo sistema público de saúde e quais deveriam ser destinados à área privada. Mesmo em países marcados pelo intenso destaque dos sistemas públicos, o crescimento do mercado privado da saúde é progressivo, de forma que a interação entre os setores público e privado é vantajosa na medida em que apoia as políticas de saúde, cada qual com suas respectivas tarefas. As várias experiências ao redor do mundo garantem que não exista um conjunto típico de cobertura ideal para cada setor (público ou privado), muito embora exista certo “padrão” para delegar ao setor público a cobertura dos indivíduos de alto custo (como idosos e/ou pessoas com deficiências crônicas)⁴.

Nesse cenário, a discussão sobre a (des)regulamentação do mercado consiste em um dos temas mais relevantes da atualidade, pois afeta grande proporção da população; não somente a brasileira, mas de outras nacionalidades. O Brasil é amplamente reconhecido (inclusive internacionalmente) pela sua alta regulação dos mercados de serviços e planos de saúde, e pela burocracia. Por essa razão, uma investigação mais acurada sobre o papel da regulação se faz premente. Será mesmo que a acentuada regulação é um fator positivo? Será que existe um ponto de equilíbrio entre a regulação e eficiência de mercado no que diz respeito à saúde no Brasil? É por meio de pesquisa bibliográfica e principalmente documental (por intermédio de dados específicos fornecidos por órgãos públicos, agências, bem como instituições privadas especializadas na temática) que se pretende investigar as peculiaridades da Saúde Suplementar no país.

Como será demonstrado no decorrer do trabalho, o setor privado de saúde é de grande relevância para uma parcela significativa da população (famílias e também empresas), sendo responsável por mais da metade do gasto com saúde no país. É um setor da economia responsável por enorme produção de renda, empregos e também desenvolvimento tecnológico, logo, as vantagens econômicas não devem ocultar, completamente, a sua relevância social.

1 AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *Caderno de Informação da Saúde Suplementar*. 2017. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-e-indicadores-do-setor>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

2 BANCO MUNDIAL. *Population*. 2017. Disponível em: <<https://data.worldbank.org/indicator/SP.POP.TOTL?locations=BR>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

3 AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *Caderno de Informação da Saúde Suplementar*. 2017. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-e-indicadores-do-setor>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

4 ALVES, Sandro Leal. *Fundamentos, regulação e desafios da saúde suplementar no Brasil*. Rio de Janeiro: Funenseg, 2015. p. 35.

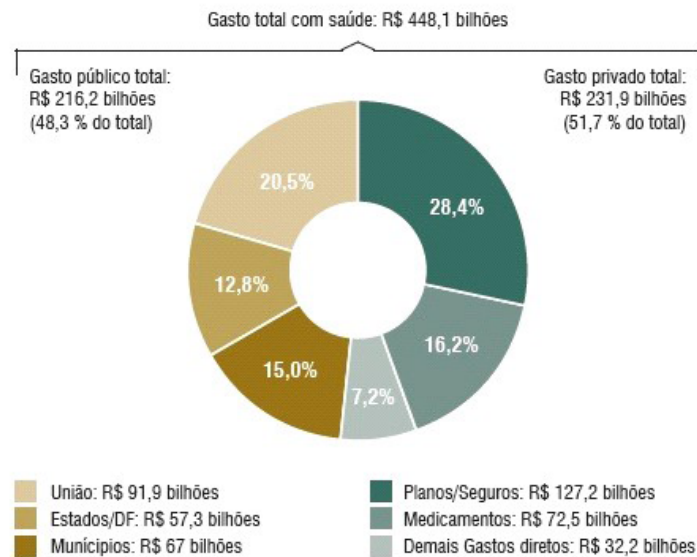
2. A IMPORTÂNCIA DA SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL

Em virtude da regulamentação da Saúde Suplementar ser ainda relativamente nova no Brasil, considerando-se que a própria Agência Nacional de Saúde Suplementar dispõe de apenas 18 anos de existência, é natural que o processo regulatório sofra constantes alterações até conseguir se ajustar em um ponto que proporcione bons resultados. É interessante perceber que a expressão “bons resultados” dizem respeito a interesses concorrentes dos beneficiários e das operadoras de planos de saúde.

Se faz necessário enfatizar o fato de que a saúde no Brasil exerce um papel importantíssimo dentro da seara econômica (muitas vezes esquecido em detrimento da sua importância social). Em julho de 2011, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publicou a Recomendação nº 36 (inspirada na Recomendação nº 31), que trouxe regramentos para os julgamentos das demandas de saúde que envolvem a saúde suplementar, tais como a inclusão nos Comitês Executivos Estaduais de “um representante dos planos de saúde suplementar no intuito de fomentar o debate com as operadoras diante dos dados constantes em seus arquivos”⁵. Segundo cartilha publicada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) acerca da Judicialização da Saúde no Brasil, foram detectados 26.838 processos relacionados à saúde, dos quais 10.940 foram relacionados à saúde pública, enquanto 9.485 processos dizem respeito à saúde suplementar (a diferença na somatória possivelmente diz respeito a processos que correm em segredo de justiça — que, em alguns casos, são contabilizados, porém, não exibidos — e à existência de processos listados repetidamente, o que influencia o número total de processos filtrados)⁶.

A saúde no Brasil é uma temática sensível, os números não representam sistemática sustentável. Os gastos totais com saúde têm crescido nos últimos anos. Em 2015 alcançou 9,7% do Produto Interno Bruto (PIB) do país, 51,8% deste advém do setor privado⁷. Muito embora os gastos sejam colossais, eles não são suficientes para cumprir as previsões materiais constitucionais.

Gráfico 1: Gasto total com saúde no Brasil e sua divisão entre público e privado (% em bilhões) – 2014.



Fonte: ALVES, Sandro Leal. *Fundamentos, regulação e desafios da saúde suplementar no Brasil*. Rio de Janeiro: Funenseg, 2015.

5 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Recomendação N° 36 de 12 de julho de 2011*. Publicada no DJ-e nº 129/2011 em 14 de julho de 2011, p. 3-4. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1227>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

6 ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (Coords.). *Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

7 ALVES, Sandro Leal. *Fundamentos, regulação e desafios da saúde suplementar no Brasil*. Rio de Janeiro: Funenseg, 2015.

O Gráfico 1 demonstra, claramente, a importância do setor privado para o financiamento da despesa com saúde no Brasil. Segundo Alves⁸, o setor de saúde complementar contribui para a economia e para o bem-estar da população, sem prejuízo de outras, das seguintes maneiras: a) melhoria do capital humano (saúde e produtividade da população). A relação saúde-desenvolvimento deve ser tida como interrelacionada (recíproca). Sob essa perspectiva, o enfoque da saúde é compreendido como parte integrante do capital humano, assim como a educação. Isso significa dizer que, quanto mais investimentos em capital humano (como educação e saúde), mais efeitos positivos refletirão em cima da renda e produtividade. Quanto mais eficientes (e inteligentes) forem os investimentos, maiores serão os ganhos que repercutem na seara econômica (*spill over effects*). Em outras palavras, “pessoas saudáveis produzem mais e melhor e esse efeito se estende ao desenvolvimento do país”⁹; b) Estímulo à geração de renda ao longo da cadeia produtiva. O atendimento dos beneficiários dos planos de saúde representa a principal receita dos hospitais privados.

Segundo pesquisa da Associação Nacional dos Hospitais Privados (ANAHP)¹⁰, 93,3% do total da receita dos hospitais filiados em 2016 originaram-se das operadoras de planos de saúde, enquanto esse percentual era de 91,5% em 2014 e 92,4% em 2015. A contribuição do setor privado também reflete na geração de empregos; c) Melhoria da eficiência econômica. A saúde suplementar, tanto quanto o setor de seguros, é responsável pela diluição dos riscos inerentes à vida humana. Sem os seguros, cada indivíduo teria de se responsabilizar por sua própria proteção. Com o surgimento do setor securitário, cada atividade pode se concentrar na sua respectiva atividade econômica (indústria, comércio, serviços etc.), deixando para o setor de seguros a sua especialidade: a administração de riscos. Dessa forma, os benefícios advindos da especialização e divisão do trabalho suportam e justificam a existência de seguros.

3. A INTERVENÇÃO ESTATAL NA SAÚDE

A discussão acerca do que se deve permanecer (ou se deve permanecer alguma coisa) em relação à gestão estatal constitui debate latente, seja nos países europeus em que o fornecimento público é bastante presente, seja nos Estados Unidos da América (principalmente após a reforma conhecida como ObamaCare, que levou o assunto “saúde” para o centro das discussões políticas e debates partidários) ou até mesmo no Brasil. É claro que o volume total de gastos varia no tempo e no espaço de acordo com as preferências de utilização/escolha de cada economia/Estado, fazendo com que cada decisão seja tomada em razão da escolha de Administradores/Governantes para melhor prover o serviço de saúde de saúde para a população.

O fato de o Brasil ser reconhecido como um país com elevada carga tributária, bem como por ter um Estado “grande” em termos de intervenção estatal, dá subsídios para a criação de uma imagem típica dos dogmas ideológicos do Século XIX de que o país não consegue extrair todo o potencial produtivo do setor privado, pois a livre iniciativa ainda é vista com reservas¹¹.

A regulamentação se mostra, portanto, uma questão técnico-econômica. A temática é amplamente discutida por especialistas nos mais diversos aspectos da vida social, a saber: como deve ser a regulação realizada pelo Estado? Quais as formas possíveis e, dentre elas, qual melhor se propõe a resolver as problemáticas da área da saúde especificamente? A melhor solução encontrada por outros países pode ser importada para o Brasil? Em que intensidade ela deve se dar?

Segundo análise de Sandro Leal Alves¹², as decisões acerca das regulamentações no Brasil (não exclusi-

8 ALVES, Sandro Leal. *Fundamentos, regulação e desafios da saúde suplementar no Brasil*. Rio de Janeiro: Funenseg, 2015.

9 ALVES, Sandro Leal. *Fundamentos, regulação e desafios da saúde suplementar no Brasil*. Rio de Janeiro: Funenseg, 2015.

10 ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS HOSPITAIS PRIVADOS (ANAHP). *Observatório 2017*. 9. ed. 2017. p. 139. Disponível em: <<http://anahp.com.br/produtos-anahp/observatorio/observatorio-2017>>. Acesso em: 14 jul. 2018.

11 ALVES, Sandro Leal. *Fundamentos, regulação e desafios da saúde suplementar no Brasil*. Rio de Janeiro: Funenseg, 2015.

12 ALVES, Sandro Leal. *Fundamentos, regulação e desafios da saúde suplementar no Brasil*. Rio de Janeiro: Funenseg, 2015.

vamente no setor da saúde suplementar) são emanadas sem que haja um estudo prévio que consiga, efetivamente, mensurar os custos e benefícios inerentes à regulação ou sem identificar as reais falhas que se procuram corrigir com as políticas de saúde no país. Isto sugere a falta de prudência dos chamados *policy-makers*. No que diz respeito à saúde, alguma intervenção estatal pode ser justificada levando-se em consideração o alto valor intrínseco relacionado a esse princípio específico.

Um estudo realizado por Philip Musgrove¹³ reconhece cinco formas de intervenção estatal no setor da saúde, quais sejam:

1) A disseminação da informação. Essa perspectiva inclui a publicização dos riscos do tabagismo à população, bem como a criação de uma disciplina de “higiene pessoal” nas escolas públicas, por exemplo. A informação, no entanto, não necessariamente será direcionada aos consumidores, o Governo também poderá investir na informação para distribuidores e planos de saúde na medida em que conduz pesquisas e fornece informações sobre novos padrões de doenças e/ou riscos de novos procedimentos.

2) Regulação da atividade propriamente dita. Essa regulação pode se dar desde a profissão médica (e outras áreas da saúde), inclusive por meio de licenças e criação de Conselhos, até a regulamentação de funcionamento de hospitais privados, seus requisitos mínimos de funcionamento etc., passando pela regulação, é claro, dos planos de saúde.

3) Obrigatoriedades. O Governo obriga agentes a fazer algo e quase sempre a pagar por isso. A conformidade com a lei (ou, para usar um termo mais atual, *compliance*) também gera custos substanciais ao setor privado, o qual deve, em algumas situações, inclusive, pagar seguros de saúde para seus empregados.

4) Financiamento do serviço de saúde. Essa quarta forma de intervenção normalmente se dá por meio da criação de taxas ou impostos (tributação em geral). Pode-se incluir nessa forma de “financiamento da saúde pública” a maior tributação em produtos como álcool e tabaco. Taxar essas mercadorias reduziria, de uma forma geral, o seu consumo, o que traria efeitos positivos para a saúde em médio e em longo prazo.

5) Produção de serviços de saúde pelo Estado propriamente dito. Em países não tão desenvolvidos, essa tarefa normalmente é de responsabilidade dos Ministérios da Saúde. Em outros países, entretanto, a atividade, apesar de financiada pelo poder público, poderá ser fornecida tanto pelo setor privado, segundo regras estabelecidas em acordos anteriormente firmados (contratos), como pelo setor público.

Percebe-se, portanto, que a intervenção estatal poderá se dar de diferentes maneiras, desde a mais “*soft*” até a mais intervencionista. Às operadoras de plano de saúde cabe se adequarem à realidade do país, mesmo que isso ofereça riscos à atividade. A exposição aos diferentes riscos de mercado é um custo inerente da atividade privada. As incertezas causadas pela dinâmica social são fatores que contribuem para a geração de utilidades e inutilidades para os indivíduos. Isso significa dizer que, no caso de materialização, podem gerar ganhos (utilidades) e perdas (inutilidades) físicas e monetárias. Há muito tempo, as sociedades vêm se ajustando e criando novas formas de diminuir os riscos das atividades, mitigá-los ou até mesmo transferi-los para terceiros. Esse terceiro é justamente o mercado securitário, um instrumento desenvolvido para atender uma demanda específica, qual seja, a redução de riscos.

Entretanto, para que um determinado seguro seja viável, pelo menos do ponto de vista econômico-financeiro, é necessário que o risco a ser coberto seja segurável. Alves¹⁴ entende por risco segurável aquele que atenda exigências mínimas, como: o risco deve ser bem definido e mensurável, o fato do risco ser acidental, (o sinistro deve se dar de forma aleatória¹⁵), os segurados não podem intencionalmente concorrer

13 MUSGROVE, Philip. Public and Private Roles in Health: Theory and Financing Patterns. In Health. *Health, Nutrition and Population (HNP) Discussion Paper*. World Bank. Jul. 1996. p. 6-7. Disponível em: <<https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/13656/292900Musgrove0public1private1whole.pdf;sequence=1>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

14 ALVES, Sandro Leal. *Fundamentos, regulação e desafios da saúde suplementar no Brasil*. Rio de Janeiro: Funenseg, 2015.

15 A respeito dessa questão, cabe, de forma excepcional, o entendimento da súmula 610 do Superior Tribunal de Justiça, que entende: “O suicídio não é coberto nos dois primeiros anos de vigência do contrato de seguro de vida, ressalvado o direito do ben-

para a ocorrência do sinistro, a possibilidade dos segurados de serem afetados pelo sinistro simultaneamente deve ser mínima, bem como a ocorrência de um infortúnio sobre um segurado não deve impactar a probabilidade de ocorrência para outros segurados (ficando claro que o mútuo de riscos não alcança os riscos catastróficos), o valor da indenização deve ter um valor máximo previamente estabelecido, dentre outros.

Pode-se dizer que os planos de saúde fazem parte do mercado securitário na medida em que há a transferência do risco mediante pagamento. No dinâmico mercado da saúde, as práticas concorrenciais (e também anticoncorrenciais), a crescente judicialização juntamente à variação dos custos médico-hospitalares obrigam as operadoras de saúde a absorverem os novos desafios, o que implica que elas devem, constantemente, estar se reinventando e se adequando às novas circunstâncias mercadológicas. Só assim se pode fazer uma avaliação econômico-financeira sensata que envolva, por um lado, eficiência, e de outro, a relação risco-retorno.

O problema de assimetria de informação é uma das falhas de mercado. Talvez (apenas) isso seja motivo suficiente para se demandar alguma intervenção estatal (seja por regulamentação ou outra forma). Porém, deve-se ressaltar, também, que a doutrina dá ênfase às falhas de governo. Isso significa que, não raro, as consequências da regulamentação, mesmo com o intuito de corrigir as falhas de mercado, acabam piorando o cenário inicial. A título de exemplo de incertezas de mercado, as distorções do processo de envelhecimento populacional e seus reflexos no âmbito da saúde suplementar no Brasil foram consideradas. É o que se passa a investigar.

3.1. Regulamentação da faixa etária e seus custos para operadoras

Antigamente, isto é, anteriormente à Lei nº 9.656/1998, não havia regulação própria no que diz respeito ao estabelecimento de faixas etárias com sua respectiva regulação. Portanto, tudo aquilo que porventura viesse a ser acordado e previsto no contrato era válido. Entre o período de janeiro de 1999 e janeiro de 2004, ficaram estabelecidas pela Resolução CONSU 06/98 sete faixas etárias, quais sejam: 0 a 17 anos, 18 a 29 anos, 30 a 39 anos, 40 a 49 anos, 50 a 59 anos, 60 a 69 anos, 70 anos ou mais. Além disso, a resolução ainda determinava que o preço referente à última faixa poderia ser até o limite de seis vezes maior que o preço da faixa inicial.

Com o advento do Estatuto do Idoso em 2004, por meio da Lei nº 10.741/2003, ficou estabelecido que idosos são “pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos”¹⁶. Também foi prevista, em seu art. 15, § 3º, a proibição de caráter discriminatório pelos planos de saúde em razão da idade. *Verbis*:

Art. 15. É assegurada a atenção integral à saúde do idoso, por intermédio do Sistema Único de Saúde – SUS, garantindo-lhe o acesso universal e igualitário, em conjunto articulado e contínuo das ações e serviços, para a prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde, incluindo a atenção especial às doenças que afetam preferencialmente os idosos.

§ 3º É vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade.¹⁷

Em 2003, a Agência Nacional de Saúde redefiniu, por meio Resolução Normativa nº 63, em seu artigo 2º, 10 faixas etárias (0 a 18 anos, 19 a 23 anos, 24 a 28 anos, 29 a 33 anos, 34 a 38 anos, 39 a 43 anos, 44 a 48 anos, 49 a 53 anos, 54 a 58 anos e 59 anos ou mais). Ainda, em consonância à Resolução CONSU 06/98, o valor fixado para a última faixa etária não pode ser superior a seis vezes o valor da primeira faixa.

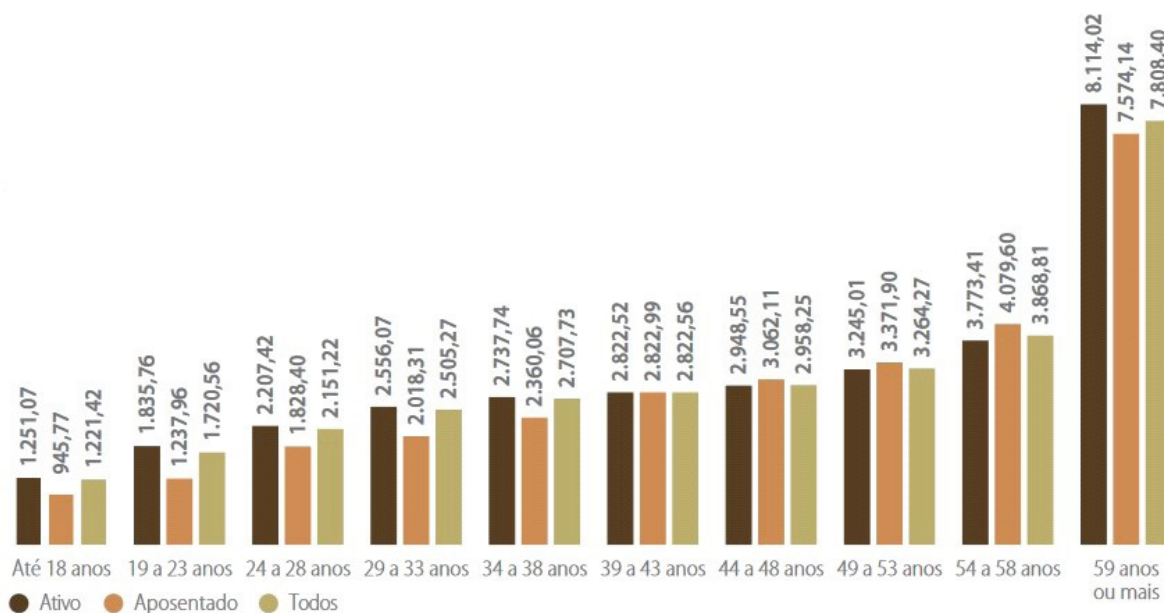
eficiário à devolução do montante da reserva técnica formada”.

16 BRASIL. *Lei nº 10.741 de 1º de outubro de 2003*. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 5 jul. 2018.

17 BRASIL. *Lei nº 10.741 de 1º de outubro de 2003*. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 5 jul. 2018.

É interessante perceber que uma pesquisa realizada pela União Nacional das Instituições das de Auto-gestão em Saúde (UNIDAS) (entidade associativa sem fins lucrativos que retrata o segmento de autogestão no Brasil, que representa em média 5 milhões de beneficiários atendidos por planos de assistência à saúde) e publicada em 2016 informa, conforme Gráfico 2, que a variação do custo das contribuições entre a primeira e a última faixa etária foi de 6,4 vezes para os ativos. Apesar de próximo ao valor estipulado em lei, ainda assim o percentual está em desconformidade com a legislação emitida pela Agência Nacional de Saúde. Essa diferença, entretanto, no que diz respeito aos aposentados, alcançou uma variação de custos de 8 vezes.

Gráfico 2: Despesa anual per capita (R\$) – média por categoria de beneficiário e faixa etária



Fonte: UNIÃO NACIONAL DAS INSTITUIÇÕES DE AUTOGESTÃO EM SAÚDE. *Pesquisa UNIDAS 2016*. p. 60. Disponível em: <<https://www.unidas.org.br/uploads/381282c1e3907d8430d669d4b1582f66.pdf>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

Casos que envolvem informação assimétrica entre compradores e vendedores, ou seja, quando as partes não possuem o mesmo acesso a informações de mercado, podem gerar resultados não desejáveis, tais casos são conhecidos como “seleções adversas”. Como explica Alves:

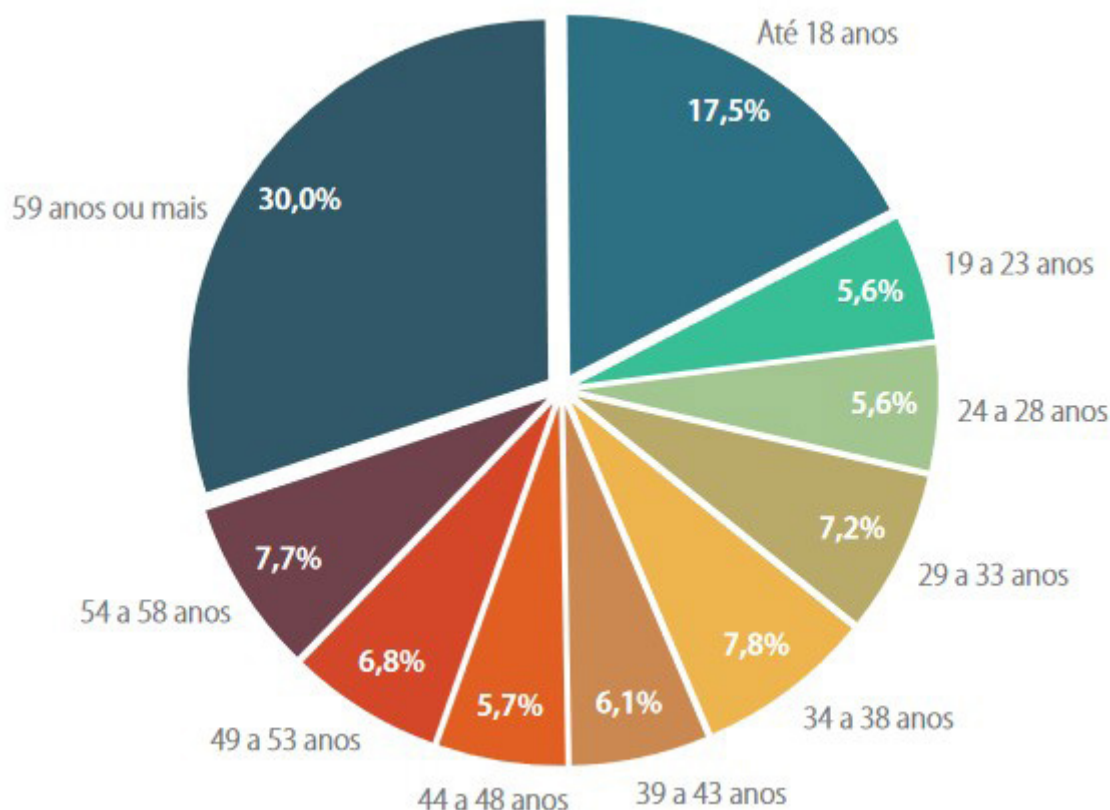
No caso dos planos de saúde, por exemplo, se a operadora não consegue distinguir *a priori* a condição de saúde dos consumidores e estabelecer um preço baseado na condição de saúde média da população, aqueles com boa condição de saúde possivelmente não comprarão o plano por acharem que o preço é alto em comparação ao que poderiam utilizar. Por outro lado, para as pessoas com condição de saúde ruim, o preço pode ser baixo, considerando que eles têm grandes chances de utilizarem o plano. Ao final, os consumidores de baixo risco desistirão de comprar o plano de saúde enquanto os de alto risco comprarão. Para equilibrar financeiramente o plano, a operadora deve reajustar para cima os preços, pois mais indivíduos de alto risco passam a contratar. Em consequência, cria-se uma espiral inflacionária nos preços, expulsando os indivíduos de baixo risco e atraindo os de alto risco. O limite, o plano de saúde é inviabilizado. (grifos no original).¹⁸

Uma das formas de lidar com essa adversidade ocorre por meio da seleção de riscos (*cream skimming*) a fim de diminuir a assimetria da informação. Segundo o art. 14 da Lei nº 9.656/1998, ninguém poderá ser impedido de participar de planos privados de assistência à saúde em razão da idade ou da condição de deficiente físico, as operadoras encontraram uma solução (legal) que é a diferenciação dos preços por idade por meio do estabelecimento de faixas etárias, o que reduz os riscos do estabelecimento de um preço médio

18 ALVES, Sandro Leal. *Fundamentos, regulação e desafios da saúde suplementar no Brasil*. Rio de Janeiro: Funenseg, 2015.

para todos. Como dito por Alves, a proporção deve ser mantida no limite de que deve permanecer atrativa para os jovens ao mesmo tempo que consiga se ajustar aos riscos advindos de se ter muitos beneficiários com faixa etária mais elevada. Essa proporção (ponto ótimo) deve ser constantemente revista para garantir a sustentabilidade do sistema. Isso significa que os reajustes de faixas etárias iguais ou superiores a 60 anos de idade criados antes do Estatuto do Idoso foram diluídos entre os 10 reajustes hoje previstos em lei de tal forma que os prejuízos causados pelos avanços de idade dos beneficiários sejam pagos “com antecedência”.

Gráfico 3: Distribuição dos beneficiários por faixa etária



Fonte: UNIÃO NACIONAL DAS INSTITUIÇÕES DE AUTOGESTÃO EM SAÚDE. *Pesquisa UNIDAS 2016*. p. 22. Disponível em: <<https://www.unidas.org.br/uploads/381282c1e3907d8430d669d4b1582f66.pdf>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

A proporção entre o número de jovens e o número de idosos deve sempre se manter atrativa para o plano de saúde sob pena de inviabilizar completamente sua atividade. No Brasil, as perspectivas para a saúde suplementar não são amistosas¹⁹, tendo em vista previsões demográficas que chegaram à conclusão de que “em 1960, o Brasil tinha pouco mais de 3 milhões de idosos. Em 2010, já eram quase 20 milhões. Nesses 50 anos, ao mesmo tempo em que a população se urbanizou, na taxa de fecundidade houve redução de mais de seis filhos, em média, por mulher, pra menos de dois”²⁰.

Poderá ocorrer o que se denomina de seleção adversa em casos nos quais a operadora não consegue distinguir o real estado de saúde do beneficiado a respeito da contratação e conseqüentemente as suas probabilidades de uso do plano. Este é um risco que as operadoras correm principalmente quando da contratação de planos individuais (e esse é um dos fatores que elevam seu preço, muito mais do que planos coletivos). O

19 Considerando-se que a tendência demográfica da população é envelhecer e, que, conseqüentemente, haverá mais idosos, considerados a faixa etária “mais cara” para as operadoras de planos de saúde.

20 G1. *Brasil envelhece e é preciso se preparar cada vez mais cedo*. 2 jan. 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2017/01/brasil-envelhece-e-e-preciso-se-preparar-cada-vez-mais-cedo.html>>. Acesso em: 2 ago. 2018.

estabelecimento de um preço médio (baseado na média do risco da população) naturalmente atrairá aqueles com maior probabilidade de utilizarem o plano, enquanto, para os que possuem “baixo risco”, simplesmente não valeria a pena contratar o mesmo plano pelo fato de ser muito oneroso. Ao final, se se contratassem mais beneficiários de alto risco, essa atividade inviabilizaria o mercado privado tendo em vista a impossibilidade de diluição dos riscos.

Apesar de a lei permitir a diferenciação por idade, ela é completamente silente no que diz respeito a outros aspectos que refletem no risco, tais como: gênero, local de residência, profissão, entre outros. Se houvesse o estabelecimento de uma mensalidade única para todos, isso significaria que os jovens estariam pagando, de forma geral, mensalidade muito maior do que efetivamente estariam usufruindo, tendo em vista que a utilização dos planos de saúde nessa faixa etária é baixa. Portanto, poucos jovens estariam dispostos a contratar o plano de saúde, diferentemente dos idosos, que sairiam beneficiados. Nesse caso, “o ‘prêmio nivelado’ traz como consequência a seleção adversa não sendo possível, em um mercado privado, seu oferecimento”²¹.

Feitas essas considerações gerais acerca da intervenção do Estado na saúde, com ênfase em sua regulamentação e que custos esta última poderia gerar para as operadoras de plano de saúde, cumpre-se verticalizar um pouco mais o estudo, delimitando o tema para uma investigação a nível de Brasil.

4. PERSPECTIVAS PARA A SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL

Não raro, as regulamentações expedidas pelos governos, a respeito da busca da proteção do indivíduo — especialmente, para esse caso, do idoso —, cria falhas de mercado (ou, simplesmente, externalidades negativas), que podem ser definidas como consequências de segunda (terceira, quarta...) ordem que não foram intencionalmente planejadas, mas que podem influenciar o mercado de maneira geral.

A criação das faixas etárias é uma delas, pois onera, demasiadamente, o custo de planos de saúde dos mais jovens a respeito da busca pela compensação (diluição) do custo. O financiamento da saúde de um indivíduo com idade mais avançada é, por óbvio, mais caro. Esse custo “extra” é pago também pelas contribuições dos mais jovens que, possivelmente, não permanecerão na carteira de clientes daquele determinado plano de saúde até que atinja uma idade tal ou situação de saúde específica que “compense” o seu investimento *a priori* realizado. Esse tipo de postura adotada pelas operadoras como forma de sobrevivência, apesar de respeitar a equidade intergeracional, pode inibir (ou dificultar o acesso) (d)a clientela jovem mais saudável, que, como dito anteriormente, poderá levar os planos de saúde à falência.

Esse somente foi um exemplo de como a regulamentação da saúde complementar pode influenciar o mercado negativamente. Porém, existem outras regulamentações, tais como o artigo 8º da Lei nº 9.656/98 que estabelece “alguns” requisitos para o funcionamento das operadoras de planos privados de assistência à saúde (sem prejuízos de outros posteriores que poderão vir a ser determinados pela Agência Nacional de Saúde), são eles: a) registro nos Conselhos Regionais de Medicina e Odontologia, b) descrição pormenorizada dos serviços de saúde próprios oferecidos e daqueles a serem prestados por terceiros, c) descrição de suas instalações e equipamentos destinados a prestação de serviços, d) especificação dos recursos humanos qualificados e habilitados, e) com responsabilidade técnica de acordo com as leis que regem a matéria, f) demonstração da capacidade de atendimento em razão dos serviços a serem prestados, g) demonstração da viabilidade econômico-financeira dos planos privados de assistência à saúde oferecidos, respeitadas as peculiaridades operacionais de cada uma das respectivas operadoras, dentre outros. Esses critérios, ainda, são revisados e reavaliados a cada quatro anos²². Há, também, critérios a serem obedecidos caso a operadora

21 ALVES, Sandro Leal. *Fundamentos, regulação e desafios da saúde suplementar no Brasil*. Rio de Janeiro: Funenseg, 2015. p. 53.

22 ALVES, Sandro Leal. *Entre a proteção e a eficiência: evidências de seleção adversa no mercado brasileiro de saúde suplementar*

decida encerrar suas atividades, caso em que deverá requerer autorização para tanto, mediante, é claro, o cumprimento de outros requisitos previstos no §3º do art. 8.

Percebe-se, então, que as operadoras tentam se adaptar às exigências regulatórias emitidas pelas entidades de saúde competentes para se manter atrativas para o mercado. Dentre os planos que possivelmente podem ser ofertados estão os individuais, familiares, coletivos por adesão ou empresarial, planos com cobertura ambulatorial, hospitalar com ou sem obstetria e odontológica.

A regulamentação, especialmente dos planos de saúde, procura proteger (muitas vezes sem sucesso) o cidadão contra ações fraudulentas e/ou abusivas das operadoras com a justificativa de nivelar a informação assimétrica e, em última instância, com a utilização do caráter “quase absoluto” do Direito à saúde. Essa forma de intervenção, muitas vezes, como demonstrado no exemplo da divisão por faixas etárias, não são medidas satisfatórias em longo prazo.

Talvez soluções menos agressivas ao sistema privado conseguissem atingir melhores resultados, a exemplo da implantação da coparticipação. A saber, existe um instituto dentro do mercado de seguros chamado “risco moral” (ou *moral hazard*), que é justamente a possibilidade do indivíduo de, após contratar o seguro de saúde, adquirir hábitos menos saudáveis e menos prudentes aumentando, assim, a sua probabilidade de utilização do plano, ou seja, aumentar o risco. “A sobreutilização, ou utilização desnecessária, motivada pela presença de um contrato de seguro de saúde a materialização do risco moral”²³.

Na saúde, uma possível solução para a diminuição do efeito do risco moral é o estabelecimento da coparticipação, que fomenta o compartilhamento de risco. Ao se cobrar uma quantia quando da ocorrência do sinistro, o indivíduo incorre no custo, o que muito provavelmente gera uma postura mais conservadora por parte dele. Em outras palavras:

A utilização de sistemas de *Bonus Males* e em outros segmentos de seguro serve para reduzir o componente de risco moral do comportamento dos segurados. Em suma, agrava-se o prêmio de segurados de intensa utilização (*malus*) e bonifica-se aqueles de menor utilização concedendo descontos (*bonus*)²⁴.

A Agência Nacional de Saúde, em junho deste ano, publicou, no Diário oficial, a Resolução Normativa nº 433²⁵, que atualizava as regras para aplicação da coparticipação e franquia no que diz respeito aos planos de saúde. A norma previa um percentual máximo a ser cobrado do contribuinte para a realização de procedimentos, além de isentar a sua incidência (de coparticipação e franquia) em mais de 250 procedimentos (tais como exames preventivos, tratamento de doenças crônicas etc.). Para além desses benefícios, a supracitada regulamentação traria a possibilidade de “descontos” ou “bônus” para aqueles consumidores que mantivessem bons hábitos de saúde. Esse tipo de norma supriria algumas lacunas e conseguiria oferecer mínimo de previsibilidade, clareza e segurança jurídica aos consumidores. Entretanto, em setembro desse mesmo ano, a Resolução Normativa 434²⁶ revogou, na íntegra, a Resolução Normativa 433.

O *trade-off*, em relação ao serviço público de saúde, ou seja, aquele que envolve a população SUS-dependente, é relativamente controlado por outro fator a não ser o de compartilhamento de custos. Isto é, a população somente não usa mais o sistema público de saúde devido às deficiências inerentes a ele, ou seja, atendimento custoso em decorrência do excesso de demanda, falta de medicamentos, falta de leitos, longa

após a regulamentação. II Prêmio SEAE de monografias em defesa da concorrência e regulação econômica. Brasília: SEAE/Ministério da Fazenda, 2007. p. 07. Disponível em: <<https://escholarship.org/uc/item/5448c57k>>. Acesso em: 26 jul 2018.

23 ALVES, Sandro Leal. *Fundamentos, regulação e desafios da saúde suplementar no Brasil*. Rio de Janeiro: Funenseg, 2015. p. 61.

24 ALVES, Sandro Leal. *Fundamentos, regulação e desafios da saúde suplementar no Brasil*. Rio de Janeiro: Funenseg, 2015. p. 62.

25 AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE. *Resolução Normativa – RN nº 433*, de 27 de junho de 2018. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=PDFAtualizado&format=raw&id=MzU5NA==>>. Acesso em: 1 out. 2018.

26 AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE. *Resolução Normativa – RN nº 434*, de 3 de setembro de 2018. Revoga a Resolução Normativa – RN nº 433, de 27 de junho de 2018. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MzYxMg==>>. Acesso em: 1 out. 2018.

espera em filas, dentre outros²⁷. Ou seja, o sistema acaba filtrando, naturalmente, a sobreutilização. Mas, ainda assim, o sistema público de saúde não consegue ser efetivo. Outro fator que poderá ser levado em consideração para essa assertiva é o fato de que, segundo a OMS, apenas 3,6% do orçamento federal brasileiro foi utilizado na Saúde no ano de 2018, enquanto a média mundial é de 11,7%. Esse mesmo estudo aponta que o gasto com saúde no Brasil é cerca de 4 a 7 vezes menos do que outros países que adotam o sistema universal de saúde, como o Reino Unido e França²⁸.

Atualmente, com a política de custo monetário marginal igual a zero nos planos de saúde, o indivíduo não tem incentivos o bastante para racionalizar a sua demanda, gerando, assim, o risco moral, ou seja, a utilização desmedida do plano de saúde. Ao fazer isso, ou seja, alterando as probabilidades de utilização, ele (o indivíduo) está alterando características essenciais do risco que o torna indenizável. O compartilhamento de riscos é uma alternativa para atenuar os efeitos do “risco moral”. Pesquisas recentes no âmbito da *behavioral economics* demonstram que esses mecanismos são eficazes para a redução dos prejuízos causados aos planos de saúde. Quanto maior a carta de cobertura (do setor público tanto quanto do setor privado), maior será o estímulo ao risco moral e as suas perdas relacionadas. “Para ampliar coberturas e benefícios, a seguradora ou o governo sacrifica controle sobre os efeitos do risco moral sobre os custos”²⁹.

Tendo isso em vista, percebe-se que a regulamentação da saúde no Brasil, mesmo que intensa (ou talvez justamente por causa disso), não consegue solucionar os problemas da saúde no país. A regulamentação pode ser, então, considerada como uma faca de dois gumes, na qual de um lado tem-se os interesses do mercado e, do outro, os interesses sociais envolvidos na problemática.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A saúde suplementar ocupa um papel de destaque para a economia e para o desenvolvimento da sociedade brasileira como um todo, representando mais da metade dos gastos com saúde no país. Portanto, propôs-se, no presente artigo, avaliar e ao mesmo tempo questionar a regulação dos planos de saúde no Brasil. Será que realmente é efetiva? O grande objetivo consistiu em colocar em destaque a ânsia regulatória sobre o mercado dos planos de saúde (em nome da proteção do consumidor) em detrimento da eficiência do mercado.

Espera-se, portanto, que visões ultrapassadas, segundo as quais a iniciativa privada não é vista com bons olhos, evoluam e consiga possibilitar que o mercado possa trazer de fato os melhores benefícios para a população brasileira sem que para isso precise estar sujeita a regulamentações intensas. O mercado da saúde suplementar no Brasil enfrenta grande dilema regulatório com o crescimento, cada vez maior, da proteção ao consumidor, o que pode acabar com a sustentabilidade do sistema.

A proteção do consumidor brasileiro, por meio da regulação de mercado, poderá causar consequências mediatas e não previstas (externalidades negativas), como no caso estudado acerca da criação das faixas etárias dentro do plano de saúde. Consumidores diante de um cenário de incertezas e de possível ineficiência mercadológica (mercado pouco atrativo) se sentem desincentivados e também se veem obrigados a pagar por planos de saúde caros (caros porque essa foi uma das saídas encontradas pelos próprios planos de sobreviver à regulação estatal). Um mercado ineficiente não tem condições de atender às necessidades da

27 PREITE SOBRINHO, Wanderley. *Falta de médicos e de remédios: 10 grandes problemas da saúde brasileira*. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/saude/listas/falta-medico-e-dinheiro-10-grandes-problemas-da-saude-no-brasil.htm>>. Acesso em: 1 out. 2018.

28 PREITE SOBRINHO, Wanderley. *Falta de médicos e de remédios: 10 grandes problemas da saúde brasileira*. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/saude/listas/falta-medico-e-dinheiro-10-grandes-problemas-da-saude-no-brasil.htm>>. Acesso em: 1 out. 2018.

29 ALVES, Sandro Leal. *Fundamentos, regulação e desafios da saúde suplementar no Brasil*. Rio de Janeiro: Funenseg, 2015. p. 70.

população tanto em termos de qualidade de serviço prestado como em termos de preço ofertado.

O legislador tem justificado sua atuação sobre o mercado sob o argumento de que o direito à saúde é um “direito de todos e um dever do estado”. Por ser um direito social muito sensível, tem grande apelo por parte da população. Com a regulação crescente envolvendo as operadoras de saúde, o mercado poderá se tornar ineficiente na medida em que todos os envolvidos no processo da saúde complementar (operadora e consumidor) sairiam perdendo, inclusive a população SUS-dependente. Isso porque, com a diminuição significativa da oferta privada da saúde, a demanda pelo âmbito público conseqüentemente aumentaria, e, é claro, não suportaria a nova demanda “extra”.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *Caderno de Informação da Saúde Suplementar*. 2017. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-e-indicadores-do-setor>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE. *Resolução Normativa nº 63 de 22 de dezembro de 2003*. Define os limites a serem observados para adoção de variação de preço por faixa etária nos planos privados de assistência à saúde contratados a partir de 1º de janeiro de 2004. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=NzQ4>>. Acesso em: 16 jul. 2018.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE. *Resolução Normativa – RN nº 433*, de 27 de Junho de 2018. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=PDFAtualizado&format=raw&id=MzU5NA==>>. Acesso em: 1 out. 2018.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE. *Resolução Normativa – RN nº 434*, de 3 de setembro de 2018. Revoga a Resolução Normativa – RN nº 433, de 27 de junho de 2018. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MzYxMg==>>. Acesso em: 1 out. 2018.

ALVES, Sandro Leal. *Entre a proteção e a eficiência: evidências de seleção adversa no mercado brasileiro de saúde suplementar após a regulamentação*. II Prêmio SEAE de monografias em defesa da concorrência e regulação econômica. Brasília: SEAE/Ministério da Fazenda, 2007. Disponível em: <<https://escholarship.org/uc/item/5448c57k>>. Acesso em: 26 jul. 2018.

ALVES, Sandro Leal. *Fundamentos, regulação e desafios da saúde suplementar no Brasil*. Rio de Janeiro: Funenseg, 2015.

ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (Coords.). *Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS HOSPITAIS PRIVADOS (ANAHP). *Observatório 2017*. 9. ed. 2017. Disponível em: <<http://anahp.com.br/produtos-anahp/observatorio/observatorio-2017>>. Acesso em: 14 jul. 2018.

BANCO MUNDIAL. *Population*. 2017. Disponível em: <<https://data.worldbank.org/indicator/SP.POP.TOTL?locations=BR>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

BORELLI, Elizabeth et al. Evolução do Mercado Segurador e Crescimento Econômico no Brasil. *Redeva*, v. 2, n. 2, p. 21-36, jul./dez. 2015.

BRASIL. *Lei nº 10.741 de 1º de outubro de 2003*. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 5 jul. 2018.

BRASIL. *Lei nº 9.656 de 03 de junho de 1998*. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9656.htm>. Acesso em: 31 jul. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 610*. O suicídio não é coberto nos dois primeiros anos de vigência do contrato de seguro de vida, ressalvado o direito do beneficiário à devolução do montante da reserva técnica formada. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=suic%EDdio+seguro+de+vida&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 30 ago. 2018.

CONSELHO DE SAÚDE SUPLEMENTAR (CONSU). *Resolução nº 06 de 3 de novembro de 1998*. Dispõe sobre critérios e parâmetros de variação das faixas etárias dos consumidores para efeito de cobrança diferenciada, bem como de limite máximo de variação de valores entre as faixas etárias definidas para planos e seguros de assistência à saúde. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MzEy>>. Acesso em: 1 jul. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Recomendação Nº 36 de 12 de julho de 2011*. Publicada no DJ-e nº 129/2011 em 14 de julho de 2011, p. 3-4. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1227>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

G1. *Brasil envelhece e é preciso se preparar cada vez mais cedo*. 2 jan. 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2017/01/brasil-envelhece-e-e-preciso-se-preparar-cada-vez-mais-cedo.html>>. Acesso em: 2 ago. 2018.

MUSGROVE, Philip. Public and Private Roles in Health: Theory and Financing Patterns In Health. *Health, Nutrition and Population (HNP) Discussion Paper*. World Bank. Julho 1996. Disponível em: <<https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/13656/292900Musgrove0public1private1whole.pdf;sequence=1>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

PREITE SOBRINHO, Wanderley. *Falta de médicos e de remédios: 10 grandes problemas da saúde brasileira*. UOL notícias. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/saude/listas/falta-medico-e-dinheiro-10-grandes-problemas-da-saude-no-brasil.htm>>. Acesso em: 1 out. 2018.

UNIÃO NACIONAL DAS INSTITUIÇÕES DE AUTOGESTÃO EM SAÚDE. *Pesquisa UNIDAS 2016*. Disponível em: <<https://www.unidas.org.br/uploads/381282c1e3907d8430d669d4b1582f66.pdf>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Os Mecanismos de Participação
da Agência Nacional de Saúde
Suplementar (ANS)**

**Participation Mechanisms at the
National Regulatory Agency for
Private Health Insurance and
Plans ("ANS")**

Natasha Schmitt Caccia Salinas

Fernanda Martins

**VOLUME 8 • Nº 3 • DEZ • 2018
DOSSIÊ ESPECIAL : POLÍTICAS PÚBLICAS
E O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL**

Os Mecanismos de Participação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS)*

Participation Mechanisms at the National Regulatory Agency for Private Health Insurance and Plans (“ANS”)

Natasha Schmitt Caccia Salinas**

Fernanda Martins ***

RESUMO

Este artigo pretende descrever o uso e analisar a efetividade dos mecanismos de participação adotados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) para a sua tomada de decisão. Os mecanismos de participação se traduzem em consultas à população, presenciais ou por meio da internet, sobre normas, programas e políticas regulatórias que a agência pretende adotar. Neste artigo, parte-se do pressuposto de que a introdução dos mecanismos de participação na ANS não supre o déficit democrático das decisões tomadas por essa agência. O objetivo deste artigo é demonstrar porque esse fenômeno ocorre. A análise dos mecanismos de participação da ANS foi possível com base na construção de um banco de dados que permitiu a coleta, classificação e mensuração de informações sobre todos os mecanismos de participação da ANS, realizados entre janeiro de 2001 e julho de 2018. O estudo empírico-descritivo realizado neste artigo, não obstante seu caráter exploratório, permitiu a identificação de três padrões no uso dos mecanismos de participação pela ANS. Em primeiro lugar, foi possível identificar um uso modesto dos mecanismos de participação nos processos de produção normativa da ANS. Apenas um número restrito de normas produzidas pela agência é precedido de mecanismos de participação. O estudo também identificou uma concentração da participação nos grupos de interesse mais poderosos, com destaque para as entidades representativas das operadoras e dos prestadores de serviço. Por fim, foram identificadas deficiências na transparência da gestão dos processos participativos da agência, com destaque para a indisponibilidade de documentos e falta de clareza e precisão das informações disponibilizadas.

* Recebido em 15/10/2018
Aprovado em 03/12/2018

** Professora do Programa de Mestrado em Direito da Regulação da FGV Direito Rio. Doutora e Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo. Master of Laws (LL.M.) pela Yale University. Email: natasha.salinas@fgv.br

*** Mestranda em Direito da Regulação na FGV DIREITO RIO. Bolsista CAPES. Email: fernanda.mmartins@fgv.br

ABSTRACT

This article describes the use and analyzes the effectiveness of participation mechanisms at the National Regulatory Agency for Private Health Insurance and Plans (“ANS”). Participation mechanisms involve population consultation, through notice-and-comment processes or public hearings, on agency proposals for regulations, programs and regulatory policies. It is assumed that the introduction of participation mechanisms at ANS does

not overcome the democratic deficit of the agency's decision-making and the purpose of this article is to explain why this occurs. The study presented in this article, although descriptive and exploratory, enabled the finding of three patterns in the use of participation mechanisms at ANS. First, it was possible to identify a modest use of participation mechanisms in the agency's rulemaking processes. The study also identified the concentration of participation on the most powerful interest groups, which include organizations that represent the interests of health insurance companies and health service providers. Finally, the study identified problems regarding the transparency of information about the agency's participation mechanisms. Information is frequently not provided, and when provided it is commonly not complete, clear or precise.

Keywords; National Regulatory Agency for Private Health Insurance and Plans (“ANS”); Participation Mechanisms; Rulemaking.

1. INTRODUÇÃO

As agências reguladoras são entidades da Administração Pública indireta que ingressaram no cenário brasileiro no contexto da reforma do Estado empreendida ao longo dos anos 1990. Embasando-se em um modelo de Estado pluricêntrico e na possível distinção entre políticas de Estado e de governo, às agências reguladoras foram outorgados poderes de normatização e fiscalização sobre setores variados da economia. No âmbito federal, foram criadas agências para regular o comportamento de agentes econômicos inseridos em setores variados como infraestrutura, gestão de recursos naturais, produção audiovisual, planos de saúde e vigilância sanitária.

Em pouco mais de vinte anos da instituição da primeira agência reguladora no Brasil,¹ construiu-se um ambiente regulatório no qual as agências federais assumiram papel de destaque. Ao longo dos últimos vinte anos, inclusive, as agências reguladoras editaram atos normativos em número superior ao das leis editadas pelo Congresso Nacional.² A produção dessas normas é acompanhada da realização de milhares de audiências e consultas públicas,³ garantindo-se à população o direito de participar do processo de construção destas normas.

No decorrer das últimas duas décadas, a consolidação dos mecanismos de participação como instrumentos obrigatórios e necessários para conferir legitimidade aos processos decisórios das agências reguladoras federais propiciou o surgimento de pesquisas empíricas neste campo. Dentre as questões endereçadas por essas pesquisas, especialmente na área de Direito, destaca-se a análise da efetividade da participação em setores regulados específicos⁴ e transversalmente a todos os órgãos da administração pública.⁵

A Agência Nacional de Saúde Suplementar (“ANS”), assim como as demais agências reguladoras federais

1 A Agência Nacional de Energia Elétrica foi a primeira agência instituída no país, por meio da edição da Lei n. 9.427/1996.

2 Nos últimos 20 anos, ANATEL e ANEEL produziram, sozinhas, 1523 atos normativos. Dados extraídos de <http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/> e <http://biblioteca.aneel.gov.br/index.html>.

3 Até a presente data, tem-se registro da realização de 5.140 audiências/consultas públicas realizadas pelas agências reguladoras federais, número este obtido por contagem manual nos sites das agências reguladoras federais.

4 MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O novo Estado regulador no Brasil: eficiência e legitimidade*. São Paulo: Singular, 2006; SILVA, Mariana Batista da. Mecanismos de participação e atuação de grupos de interesse no processo regulatório brasileiro: o caso da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL). *Rev. Adm. Pública*, v. 46, n. 4, p. 969-992, 2012; FRANCO, Maria Salles Coelho de Mello. *Política Regulatória e Participação: um estudo sobre as Audiências Públicas na ANA e ANEEL* (Dissertação de Mestrado). Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18144/Dissertac%CC%A7a%CC%83o%20Final%20biblioteca21.03%20pdf.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

5 IPEA. *Audiências Públicas no âmbito do Governo Federal: Análise preliminar e bases para avaliação*. Brasília, 2012. p. 1-78. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/relatorio_audiencias_publicas.pdf. Acesso em: 02.02.2017; IPEA. *Potencial de Efetividade das Audiências Públicas do Governo Federal*. Brasília: 2013. p. 1-144. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/participacao/relatorio_potencial_efetividade.pdf. Acesso em: 02.02.2017

instituídas a partir da década de 1990 no contexto da reforma do Estado brasileiro, preveem mecanismos de participação no desenho institucional de seus processos decisórios.

Este artigo pretende descrever o uso e analisar a efetividade dos mecanismos de participação adotados pela ANS para a sua tomada de decisão. Parte-se do pressuposto de que os mecanismos de participação da ANS são inefetivos para suprir o déficit democrático das decisões tomadas por essa agência. O objetivo deste artigo é demonstrar, empiricamente, por que esse fenômeno ocorre.

Há dezenas de *benchmarkings* para se medir efetividade da participação em processos decisórios do poder público. Carr e Halvorsen⁶ identificaram, na literatura, 30 (trinta) diferentes *benchmarkings* para avaliação de efetividade de participação. Esses *benchmarkings* apresentam de um a treze critérios para avaliar efetividade, critérios que medem a efetividade nas perspectivas restritiva, ampliada ou integrada. É possível, no entanto, classificar os diversos indicadores possíveis para participação efetiva em duas dimensões — uma mais restritiva e outra mais ampla.

“Efetividade”, em sua acepção mais restritiva, significa o real engajamento de pessoas pertencentes a diversos estratos da sociedade no curso de processos decisórios. Não há a necessidade, a respeito dessa perspectiva, de que a Administração Pública atenda às demandas da população que participa, mas simplesmente que as ouça. A efetividade da participação pode ser analisada, portanto, apenas com foco em quem participa, no conteúdo de suas manifestações e nos interesses representados pelos participantes. Como será visto, este artigo analisa a efetividade dos mecanismos de participação da ANS com base na perspectiva dos atores que mais participam dos processos decisórios.

Há, no entanto, uma perspectiva mais abrangente de participação, que a condiciona ao resultado do processo decisório. Participação efetiva seria, nessa perspectiva, aquela que não apenas viabiliza que diferentes segmentos da população se manifestem, mas sobretudo que influenciem o resultado da tomada de decisão. Participação efetiva seria, portanto, aquela capaz de mudar o curso de uma determinada ação administrativa.

A afiliação a uma dessas duas perspectivas, vinculadas e desvinculadas, respectivamente, dos resultados dos processos decisórios, não encerram os problemas teórico/conceituais e, conseqüentemente, metodológicos, dos estudos empíricos sobre mecanismos de participação adotados pelas agências reguladoras.

Ambas as dimensões de efetividade possuem problemas. Enquanto a primeira é considerada restritiva demais, já que nada informa sobre a real influência da participação da população nas decisões e ações políticas, a segunda é considerada ambiciosa demais e de difícil aferição.

A adoção de uma acepção mais restritiva de participação, desvinculada da análise dos resultados dos processos decisórios, demandará, de qualquer modo, um esforço de classificação dos diversos grupos sociais que participam dos mecanismos de participação adotados pelas agências reguladoras. A depender da classificação adotada, será produzido um retrato mais ou menos fiel dos interesses representados por aqueles que participam dos processos decisórios das agências.

Na perspectiva ampliada de participação, que a vincula ao resultado do processo decisório, problemas surgem quanto à definição de um *proxy* adequado para medir o impacto das participações. Uma forma, por exemplo, de verificar se a participação de um determinado segmento da população (e.g., consumidores) afetou o resultado do processo decisório da agência reguladora consiste em analisar se a contribuição desse grupo de participantes foi, de fato, acolhida pela agência reguladora.⁷ Esse parâmetro, no entanto, nada informa sobre a qualidade do conteúdo da contribuição acatada, ou de sua importância em relação às contribuições

6 CARR, Deborah S; HALVORSEN, Kathleen. *An Evaluation of Three Democratic, Community-Based Approaches to Citizen Participation: Surveys, Conversations with Community Groups, and Community Dinners*. Society and Natural Resources, vol. 14, n. 1, p. 107-126, 2001

7 SILVA, Mariana Batista da. Mecanismos de participação e atuação de grupos de interesse no processo regulatório brasileiro: o caso da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL). *Rev. Adm. Pública*, v. 46, n. 4, p. 969-992, 2012.

de participantes com interesses antagônicos aos seus.

Alguns estudos empíricos, mais do que outros, têm enfrentado os problemas teóricos/metodológicos mencionados acima, que exemplificam, mas não exaurem, as dificuldades envolvendo estudos sobre participação no exercício da atividade regulatória.

Apesar dessas iniciativas, a pesquisa empírica sobre os mecanismos de participação adotados pelas agências reguladoras federais ainda se revela incipiente. Conseqüentemente, embora algumas agências já acumulem vinte anos de experiência no uso de mecanismos de participação, pouco se sabe sobre sua adoção na prática.

Este artigo pretende avançar na produção de conhecimento empírico sobre o uso dos mecanismos de participação pela Agência Nacional de Saúde Suplementar. Neste artigo, será dada ênfase a três questões principais: (i) as circunstâncias nas quais a ANS utiliza-se de mecanismos de participação para legitimar seu processo decisório; (ii) a transparência dos mecanismos de participação; (iii) o engajamento dos segmentos populacionais nos mecanismos de participação conduzidos pela ANS.

A análise destas três dimensões foi possível a partir da construção de um banco de dados que permitiu a coleta, classificação e mensuração de informações sobre todos os mecanismos de participação da ANS, realizados entre janeiro de 2001 e julho de 2018. Como será visto no decorrer deste artigo, deficiências nessas três dimensões contribuem para a inefetividade dos mecanismos de participação da ANS.

Este artigo está subdividido em três partes. Na primeira, apresenta-se o arcabouço teórico-institucional sobre o qual os mecanismos de participação foram introduzidos no modelo brasileiro das agências reguladoras. Serão, também, apontadas algumas das dificuldades enfrentadas no processo de institucionalização destes mecanismos decorrentes sobretudo da falta de clareza do que se pretende com sua adoção. A segunda parte descreve brevemente o desenho institucional dos mecanismos de participação no âmbito da ANS, destacando suas regras basilares. A terceira e última parte apresenta análise empírica dos mecanismos de participação adotados pela ANS, acompanhados de uma breve descrição sobre a metodologia adotada na pesquisa.

2. MECANISMOS DE PARTICIPAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL

A adoção de processos de mecanismos de participação no desenho institucional das agências reguladoras surge, no Brasil e nos países que lhe serviram de inspiração, como resposta ao suposto *déficit* democrático decorrente da delegação de poderes decisórios às agências.

O processo de delegação implica a transferência de poderes de agentes políticos (eleitos) para burocratas (não eleitos) que passam a decidir, isoladamente, questões fundamentais sobre o curso das políticas públicas. Os burocratas, ao não se restringirem a cumprir ordens dos representantes do povo politicamente eleitos e de seus mandatários, definem, por si próprios, o conteúdo das normas que deverão aplicar. Diferentemente, portanto, dos agentes políticos, os burocratas acumulam poderes legislativos e executivos, na medida em que elaboram e aplicam, em menor ou maior grau, as normas a que deverão se sujeitar.⁸

Mas o problema da delegação de poderes normativos para órgãos da administração pública não é apenas um problema de legitimidade democrática. O problema da concentração de funções e poderes para órgãos administrativos com função regulatória reside sobretudo em um risco principal: ao delegarem poder normativo aos burocratas, agentes políticos perdem a garantia de que os resultados das políticas públicas atendam aos seus interesses e aos interesses de seus constituintes.⁹

8 Weber foi um dos primeiros autores a denunciar os problemas de *déficit* democrático das organizações burocráticas. Ver WEBER, Max. *Ensaio de Sociologia*. Tradução de Waltensir Dutra. 2.ed. São Paulo: Zahar Editor, 1971.

9 HUBER, John D.; SHIPAN, Charles R. Rational Delegation or Helpless Abdication? The Relationship between Bureaucrats

Isto ocorre devido a diversos fatores. Burocratas, geralmente, possuem maior treinamento técnico do que os governantes eleitos. Exigências para ingresso na carreira, alto nível de especialização funcional, bem como acúmulo de experiência proporcionado por tempo de serviço impulsionam este fenômeno. Desse modo, parlamentares e governantes eleitos muitas vezes não dispõem de conhecimento suficiente para avaliar se as ações dos burocratas estão em concordância com os objetivos das políticas públicas a que devem servir.¹⁰

As políticas públicas desempenhadas por agências reguladoras possuem peculiaridades que tornam os riscos da delegação de poderes ainda mais evidentes. Essas políticas possuem um caráter marcadamente híbrido, já que regulam comportamentos privados de caráter econômico ao mesmo tempo em que visam promover interesses e direitos sociais. O exemplo da política de saúde suplementar ilustra bem a questão. A ANS, ao mesmo tempo em que está encarregada de exercer a regulação do mercado privado de saúde suplementar, deve, também, regular a assistência à saúde ofertada pelas operadoras de planos de saúde. Do ponto de vista econômico-financeiro, cabe à ANS regular as condições de entrada, permanência e saída das operadoras de planos de saúde neste mercado (e.g. definição dos ativos garantidores das operadoras). Do ponto de vista assistencial, compete à agência estabelecer parâmetros substantivos para a oferta de serviços de saúde suplementar (e.g. definição dos procedimentos que devem obrigatoriamente estar cobertos pelos planos de saúde). Desse modo, diversas das decisões tomadas pela ANS poderão ou não atender de forma equilibrada aos interesses dos agentes econômicos e dos beneficiários da assistência de saúde suplementar. É possível que a ANS regule em prol de determinados atores em detrimento de outros (e.g. operadoras em detrimento dos consumidores), ou mesmo que atue de modo a atender interesses próprios ou organizacionais distantes dos interesses dos demais grupos¹¹, sem que isto seja percebido pelos demais atores e instituições envolvidos no espaço regulatório.

Para mitigar esses riscos inerentes à delegação de poderes para as agências, que contribuem para o surgimento de um verdadeiro “Estado Administrativo”, são instituídos mecanismos de participação como forma de suprir o *déficit* democrático¹² e os riscos de captura destes órgãos reguladores. A institucionalização de mecanismos de participação, não apenas no Brasil, mas também entre os maiores difusores do modelo de agências reguladoras independentes, os EUA, justifica-se por essa função legitimadora.¹³

A introdução de mecanismos de participação nos processos decisórios das agências significa incluir a sociedade no processo regulatório. Os mecanismos de participação consistem, portanto, em arenas formais nas quais é dada a oportunidade aos membros da sociedade de influenciar uma ação regulatória específica adotada pela agência.

Sobre a influência efetivamente exercida nos mecanismos de participação, cabe observar que nenhuma agência reguladora está obrigada a aceitar uma contribuição que receba no transcorrer de seus mecanismos participativos. Esta deve tão somente motivar sua decisão, manifestando se acata ou não a contribuição recebida. No caso brasileiro, o ônus argumentativo das decisões das agências em seus mecanismos de participação é fraco. Embora a Lei de Processo Administrativo estabeleça o dever da Administração de motivar suas decisões, não há sanções previstas no caso de ausência de motivação. Na prática há significativa variação no modo como as agências motivam, quando o fazem, suas decisões no curso dos mecanismos de participação. Por essa razão, os processos administrativos são considerados instrumentos de controle procedimental, e não substantivo, da tomada de decisão das agências.

and Politicians. In: *Deliberate Discretion? the Institutional Foundations of Bureaucratic Autonomy*. Cambridge University Press, 2002.

10 Idem.

11 SELZKICK, Philipp. *TVA and the Grasso Roots: a Study in the Sociology of Formal Organization*. Berkeley: University of California, 1949.

12 São vários os trabalhos que abordam o papel dos mecanismos de participação como instrumentos de legitimação decisória das agências reguladoras federais. Foge do propósito deste artigo rever aqui esta literatura. Cf. à título ilustrativo, JUSTEN FILHO (2003); BRUNA (2003); ARAGÃO (2006); FIDALGO (2013); GUERRA (2013).

13 MENDEL, op. cit..

A consulta¹⁴ à população deve observar certos ritos e procedimentos que podem ser estabelecidos em uma lei geral aplicada transversalmente a todas as agências reguladoras — caso do modelo norte-americano — quanto podem ser tratados de forma específica, por meio da legislação que rege uma determinada agência — modelo brasileiro. Além disso, os processos dos mecanismos de participação podem tanto ser definidos em lei (e.g. lei instituidora da agência) quanto em normas internas que a própria agência reguladora adota.

Essas diferenças no arranjo institucional das normas processuais dos mecanismos de participação não são meramente conceituais, já que podem afetar o grau de racionalidade, previsibilidade e transparência dos processos decisórios. Além disso, essas normas também podem impactar o controle político das decisões administrativas.¹⁵

A realidade brasileira mostra que não há uma padronização entre as normas que regem os processos relativos aos mecanismos de participação das agências reguladoras. A lei federal de processo administrativo, embora vincule toda e qualquer tomada de decisão da Administração Pública a certas exigências (e.g., publicidade e transparência), silencia quanto aos procedimentos a serem adotados em processos decisórios específicos, como os processos normativos conduzidos pelas agências reguladoras federais. De caráter notadamente principiológico, a Lei Federal de Processo Administrativo Brasileira destoa, portanto, do *Administrative Procedure Act* norte-americano, na medida em que não estabelece regras processuais para os processos normativos adotados pelas agências reguladoras.

As “leis-quadro” que estabelecem as competências regulatórias das agências tampouco preveem esses critérios. Essas leis se restringem a prever a adoção, em vários casos facultativa, dos mecanismos de participação no curso dos processos decisórios das agências.¹⁶ Na prática, cada agência reguladora federal define, por meio de normas regimentais, o *modus operandi* dos seus mecanismos de participação.

Até o presente momento, tem-se tolerado que os órgãos reguladores com poderes normativos estabeleçam as “regras do jogo” do seu processo decisório. Permite-se, assim, que os órgãos reguladores disciplinem, vagamente, as regras procedimentais que deverão ser observadas na formulação de atos normativos. Uma possível explicação para o descaso dos diversos atores envolvidos na formulação de políticas públicas com o disciplinamento de regras procedimentais do processo decisório, talvez, resida no fato de que essas normas não são percebidas como instrumentos potencialmente capazes de afetar os resultados das políticas. Regras sobre estrutura, organização e funcionamento interno da Administração são frequentemente percebidas como questões de menor importância, as quais podem ser disciplinadas por normas de hierarquia inferior, ou até mesmo nem ser disciplinadas. Uma outra possível explicação, em sentido oposto, pode residir no fato de que regras estruturais e procedimentais são formuladas de modo displicentemente vago como uma atitude racional da Administração Pública de não limitar a si mesma, bem como de não publicar e democratizar suas práticas decisórias, a menos que seja constringida a tanto.

Na tabela 1, verifica-se que a definição da obrigatoriedade de adoção dos mecanismos de participação varia conforme a agência. Além disso, os processos dos mecanismos de participação adotados pelas agências estão previstos em normas internas ou regimentais.

14 Aqui, e em outras partes do texto, a expressão “consulta” está sendo utilizada em sua acepção usual — compartilhamento de informações e pedidos de sugestões — e não técnica.

15 McCUBBINS, M. D.; NOLL, Roger G.; WEINGAST, B. R. Administrative Procedures as Instruments of Political Control. *Journal of Law, Economics and Organization*, vol. 3, n. 2, p. 243-277, 1987. Disponível em: < https://www.jstor.org/stable/764829?seq=1#metadata_info_tab_contents>. Acesso em: 10 jul. 2018.

16 As agências não estão restritas a adotarem mecanismos de participação apenas quando as decisões afetarem direitos de particulares. É possível, e de fato ocorre, que as agências utilizem mecanismos de participação para submeter à apreciação da população normas de organização interna ou de planejamento de suas atividades. Cf., neste sentido, Consulta Pública n. 57/2015 da ANS, que dispõe sobre a Agenda Regulatória 2015/17. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/participacao-da-sociedade/consultas-e-participacoes-publicas/consultas-publicas-encerradas/consulta-publica-57-agenda-regulatoria-2015-17>>. Acesso em: 20 set. 2018.

Tabela 1

Agência	Mecanismos adotados	Obrigatoriedade	Previsão Normativa
ANA	Audiência Pública	Facultativa	RN n. 567/2009 RN n. 52/2011
ANAC	Audiência Pública Consulta Pública	Obrigatória para atos normativos que afetam direitos dos agentes regulados e dos usuários (Art. 27 da Lei n. 11.182/2005)	RN n. 381/2016
ANATEL	Audiência Pública Consulta Pública	Obrigatória para atos normativos (Art. 42 da Lei n. 9.472/97)	RN n. 612/2013
ANCINE	Audiência Pública Consulta Pública	Facultativa	RDC n. 40/2011
ANEEL	Audiência Pública Consulta Pública	Obrigatória para atos normativos que afetam direitos dos agentes regulados e dos usuários (Art. 4, § 3º da Lei n. 9.427/1996)	RN n. 273/2007
ANS	Audiência Pública Consulta Pública	Facultativa	RN n. 242/2010
ANTAQ	Audiência Pública Consulta Pública	Obrigatória para atos normativos que afetam direitos dos agentes regulados e dos usuários (Art. 68 da Lei n. 10.233/01)	RN 3.585/2012 RN n. 2448
ANTT	Audiência Pública Consulta Pública	Obrigatória para atos normativos que afetam direitos dos agentes regulados e dos usuários (Art. 68 da Lei n. 10.233/01)	RN 3.585/2012 RN n. 2448
ANVISA	Audiência Pública Consulta Pública	Facultativa Decreto n. 3.020/99	Decreto n. 3.020/1999
ANP	Audiência Pública Consulta Pública	Obrigatória para atos normativos que afetam direitos dos agentes regulados e dos usuários (Art. 19 da Lei n. 9.478/97)	Portaria n. 69/2011

No Brasil, cada agência reguladora possui autonomia para estabelecer as regras basilares dos processos subjacentes aos seus mecanismos de participação. Na prática, isto resulta numa variedade de processos que seguem ritos e procedimentos não uniformes entre si. As nomenclaturas adotadas pelas agências para se referir a mecanismos de participação equivalentes também variam. Embora a expressão “audiência pública” seja a mais usual para se referir a mecanismos de participação, tanto presenciais quanto não presenciais, algumas agências utilizam outras expressões, como consulta pública, para se referir a processos da mesma natureza.

Algumas agências adotam mecanismos de participação informais para a produção exploratória de conhecimento sobre uma determinada ação regulatória (e.g. Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT). Todas as agências, com maior ou menor frequência, adotam mecanismos de participação para subsidiar a formulação de atos normativos que afetam diretamente agentes econômicos regulados e consumidores. Algumas agências também submetem à consulta da população sua agenda regulatória (e.g. ANS, Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, Agência Nacional de Cinema – ANCINE).

É comum, inclusive, identificar essa variedade em uma mesma agência reguladora, que explicita suas decisões de modo distinto ao longo do tempo, ou até mesmo entre a condução de um mecanismo de participação e outro (e.g. ANS).

A quantidade e a qualidade das informações disponibilizadas por cada agência para retratar as diferentes etapas dos mecanismos de participação que adota também variam significativamente.

Há informações disponibilizadas por determinadas agências que não o são por outras. A qualidade das informações disponibilizadas pelas agências varia significativamente. Como visto, algumas agências restringem-se a aceitar ou rejeitar as contribuições recebidas, sem expor as razões de suas decisões. Outras, por sua vez, oferecem justificativas, porém, não decidem de modo claro, não sendo possível identificar se a contribuição foi de fato acatada ou rejeitada (e.g. ANS).

Como será visto, o desenho institucional dos mecanismos de participação da ANS permite o seu uso discricionário e apresenta alguns dos problemas de transparência acima citados. Conhecê-los constitui um primeiro passo para que sua efetividade possa ser medida.

3. Os MECANISMOS DE PARTICIPAÇÃO DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (ANS)

3.1 A ANS

A ANS é uma autarquia constituída em regime especial,¹⁷ vinculada ao Ministério da Saúde, com competência para regular, normatizar, controlar e fiscalizar a assistência suplementar à saúde.¹⁸

O sistema de saúde suplementar, diferentemente dos sistemas público e complementar, caracteriza-se pela oferta privada de serviços de saúde intermediada por operadoras que comercializam planos e seguros privados de assistência à saúde. Os serviços de saúde regulados pela ANS não se confundem, portanto, com serviços integrados ao sistema público de saúde, embora eventual compartilhamento de serviços entre ambos os sistemas seja alvo da regulação da agência.

O sistema de saúde suplementar é composto de três atores principais: operadoras, prestadores de serviços e beneficiários. Apenas as operadoras, no entanto, são diretamente reguladas pela ANS.¹⁹

No entanto, a ANS possui competência para disciplinar e fiscalizar as relações contratuais que as operadoras estabelecem com os prestadores de serviços (e.g. regras e procedimentos para remuneração dos prestadores), na medida em que estas impactam diretamente na gestão do sistema de saúde suplementar.²⁰

Mas o foco principal de atuação da ANS incide sobre as operadoras. Compete à ANS, dentre outras fun-

17 A ANS diferencia-se de autarquias comuns por ser dotada de autonomia financeira, administrativa, patrimonial e decisória (BRASIL, 2000). Na prática, diversos fatores limitam o exercício desta autonomia. A autonomia financeira da ANS, por exemplo, é limitada pelo fato de que seu orçamento, indissociado do orçamento dos demais órgãos e poderes estatais, é contingenciado para atingir metas de *superávit* primário (GUERRA; SAMPAIO, 2016).

18 BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Resolução de Diretoria Colegiada n. 39, de 27 de outubro de 2000. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=Mzgw>. Acesso em: 20 set. 2018.

19 Há autores que apontam esta limitação de competências da ANS como uma das principais deficiências deste sistema regulatório. Programas de fomento à qualificação de prestadores de serviços têm sido uma das medidas impulsionadas pela ANS para atenuar os problemas decorrentes desta omissão regulatória (BRASIL, 2016).

20 ALMEIDA, C. *O mercado privado de serviços de saúde no Brasil: panorama atual e tendências de assistência médica suplementar*. IPEA, Texto para Discussão n. 599, 1998. Disponível em: < http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/TDs/td_0599.pdf>. Acesso em: 20 set. 2018.

ções, (i) controlar as condições de ingresso, operação e saída das operadoras do mercado, mediante autorização para funcionamento e encerramento de suas atividades, bem como registro e monitoramento de seus produtos; (ii) estabelecer as condições materiais dos produtos ofertados pelas operadoras aos beneficiários, tais como cobertura, prazo de carência, portabilidade etc.; (iii) definir as condições pelas quais serviços do sistema único de saúde poderão ser ofertados a usuários do serviço de saúde suplementar, os quais implicam reembolso; (iv) exercer controle sobre o reajuste de preços dos planos de saúde individuais, bem como estabelecer as condições para o reajuste de preços de planos coletivos.²¹

Diferentemente do sistema público de saúde, que possui conselhos deliberativos intersetoriais, com representantes do setor regulado, da sociedade civil e do estado, a ANS é um agência que exerce a regulação do setor de saúde suplementar de forma “apolítica”.²² Seu desenho institucional permite a blindagem institucional de seus diretores²³ para que estes possam exercer as funções executivas, normativas e judicantes autorizadas pela lei que a instituiu.

A diretoria colegiada é o órgão deliberativo máximo da agência, responsável pela edição de normas e pela definição de sua agenda regulatória. Cabe à diretoria colegiada definir os casos em que propostas de atos normativos deverão ser precedidos de mecanismos de participação. O uso de mecanismos de participação da ANS é, portanto, facultativo e determinado por decisão da diretoria colegiada da ANS. As normas de funcionamento destes mecanismos são apresentadas a seguir.

3.2 Modalidades de mecanismos de participação na ANS

As normas regulatórias da ANS são elaboradas sob a coordenação de uma das cinco diretorias que compõem a diretoria colegiada da ANS.²⁴ A Diretoria de Normas e Habilitação de Produtos (Dipro), por exemplo, responsabiliza-se pela produção de normas sobre as condições de oferta dos planos de saúde,²⁵ ao passo que a Diretoria de Normas e Habilitação de Operadoras (Diope) coordena a produção de normas de caráter econômico-financeiro incidentes sobre as operadoras.²⁶

Como regra geral, o processo normativo da ANS não é precedido de nenhum mecanismo participativo. O uso de mecanismo é a exceção, e não a regra. Não há, na lei instituidora da ANS, qualquer menção a mecanismos de participação para instruir seu processo normativo. A previsão destes mecanismos foi introduzida por norma interna.²⁷ Essa norma estabelece que as câmaras técnicas, consultas públicas e audiências públicas são os mecanismos de participação que poderão ser incorporados no processo de produção normativa. Fica, no entanto, a critério da agência, por meio de aprovação de sua Diretoria Colegiada, utilizá-los ou não antes da edição de uma norma.²⁸

21 BRASIL (1998). Lei n. 9.656, de 03 de junho de 1998. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9656.htm > Acesso em: 20 set. 2018

22 A Câmara de Saúde Suplementar é um órgão deliberativo intersetorial do qual participam representantes do poder público, do setor regulado e da sociedade civil. Esse órgão, no entanto, não possui competências regulatórias exercidas pela Diretoria Colegiada da ANS.

23 A ANS possui uma diretoria colegiada, composta de 5 membros, indicados e nomeados pelo Presidente da República após aprovação pelo Senado Federal, para cumprimento de mandato de 03 (três anos), para o qual admite-se uma única recondução. A blindagem institucional se traduz na impossibilidade de exonerar diretores sem processo sancionatório prévio.

24 Além da Dipro e da Diope, a diretoria colegiada da ANS é composta pela Diretoria de Fiscalização (Difis), responsável por fiscalizar as atividades das operadoras e zelar pelo cumprimento das normas do setor; pela Diretoria de Desenvolvimento Setorial (Diges), responsável por disciplinar as relações entre operadoras e prestadores, inclusive os prestadores do SUS e a Diges, responsável por gerir administrativamente a agência.

25 As normas propostas pela Dipro tratam de assuntos como registro de produtos, elaboração do rol de procedimentos a ser coberto pelos planos de saúde e definição do reajuste anual de preços dos planos individuais.

26 Normas sobre autorização de funcionamento, registro e monitoramento de empresas, definição de parâmetros de capital, autorização para cisão, fusão e transferência de controle societário e liquidação extrajudicial são produzidas e propostas pela Diope.

27 Resolução Normativa n. 242, de 7 de dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTYxNg>. Acesso em: 20 set. 2018.

28 Idem.

As câmaras técnicas diferenciam-se das consultas e audiências na medida que envolvem apenas a participação de pessoas convidadas pela agência.²⁹ Estas são constituídas sobretudo para a produção de conhecimento técnico ainda não desenvolvido pelo órgão regulador, com o objetivo de subsidiar a regulamentação de temas específicos no futuro.

Já as consultas públicas e audiências públicas estão diretamente relacionadas à instrução do processo decisório normativo da ANS. Consultas públicas são mecanismos que permitem à população apresentar contribuições por escrito, por meio de sítio da internet, para o aperfeiçoamento de proposta de ato normativo elaborado pela agência.³⁰ Já a audiência pública consiste em uma reunião presencial na qual interessados poderão manifestar-se, oralmente, em sessão presencial realizada pela agência com o objetivo de discutir determinado assunto regulatório.

Os resultados apresentados a seguir descrevem e analisam a prática das audiências e consultas públicas no âmbito da ANS.

4. A EFETIVIDADE DOS MECANISMOS DE PARTICIPAÇÃO DA ANS

Os dados apresentados a seguir sobre mecanismos de participação adotados pela ANS foram coletados³¹, categorizados e sistematizados em banco de dados próprio.

A unidade de análise do banco de dados é o processo do mecanismo de participação realizado pela agência reguladora. Como visto, estes processos possuem modalidades distintas — presencial e por escrito — e podem ser realizados para atender objetivos e temas variados.

Nesse sentido, planejou-se a construção do banco de dados que propiciasse análises sobre: (i) quantidade (número) e frequência (percentual) de mecanismos de participação realizados pela ANS ao longo do tempo; (ii) temas e objetivos dos mecanismos de participação realizados pela ANS distribuídos ao longo do tempo.

Além de fornecer respostas sobre o uso e funções dos mecanismos de participação, o banco foi construído de modo a permitir análises sobre a participação propriamente dita. A esse respeito, cabe observar que não foi necessária uma tomada de posição acerca da dimensão — mais restritiva ou expandida — de efetividade da participação, tal como explicitada na introdução. O banco foi construído de modo tal que os dados relativos a ambas dimensões de efetividade pudessem ser analisados separada ou conjuntamente.³²

Desse modo, o banco de dados utilizado neste artigo foi construído de modo a possibilitar a mensuração de: (i) quantidade e frequência da participação dos contribuintes³³ nos mecanismos de participação ao longo do tempo; (ii) quantidade e frequência da participação dos contribuintes conforme o tema e objetivo do mecanismo de participação, ao longo do tempo; (iii) impacto da participação dos contribuintes ao longo do tempo.

29 Por esse motivo, as câmaras técnicas não serão objeto do estudo empírico apresentado na seção seguinte.

30 A consulta pública inicia-se sete dias após publicação em diário oficial e se encerra em até 30 dias, caso não haja prorrogação autorizada pela diretoria colegiada. Nesse prazo, qualquer interessado poderá manifestar-se por meio de um formulário online sobre os dispositivos da norma proposta (BRASIL, 2010).

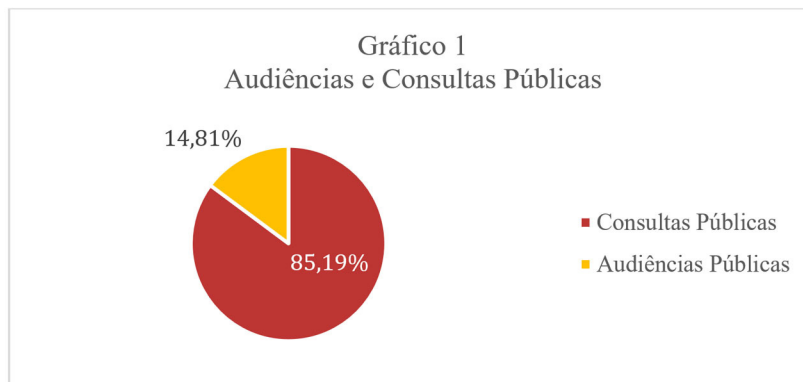
31 As informações utilizadas na construção do banco de dados foram acessadas pública e abertamente pelo site da ANS nas seguintes páginas: <http://www.ans.gov.br/participacao-da-sociedade/consultas-e-participacoes-publicas> e <http://www.ans.gov.br/participacao-da-sociedade/audiencias-publicas>. Diversas informações, no entanto, não estavam disponíveis no site, de modo que se recorreu ao Sistema Eletrônico do Serviço de Informação (<https://esic.cgu.gov.br/sistema/site/index.aspx>) para obtê-las. As respostas a essa solicitação serão analisadas ainda nesta seção deste artigo.

32 Como será visto, a análise da efetividade em sua concepção expandida, que requer a análise do impacto das contribuições dos participantes no produto do processo decisório da ANS, restou prejudicada por falta de transparência do órgão regulador.

33 Os participantes foram classificados nas categorias explicitadas na seção anterior.

4.1. Uso dos mecanismos de participação

A ANS iniciou a realização de mecanismos de participação em 2001. Deste então, a agência realizou oitenta e um mecanismos de participação. A consulta pública, que consiste na participação por escrito por meio da internet, foi o principal mecanismo de participação adotado, correspondendo a 85% dos casos.



Fonte: elaboração própria.

As consultas e audiências públicas foram realizadas sobretudo para subsidiar a produção de normas. Em apenas três situações, a agência realizou consultas públicas para finalidades diferentes da produção de normas. Em duas delas, a ANS realizou consultas sobre sua agenda regulatória para os biênios 2013/2014 e 2015/2017,³⁴ na terceira realizou consulta pública para a introdução de um programa de saída voluntária de operadoras.

Quanto aos mecanismos de participação adotados para subsidiar a produção normativa, foi possível agrupá-los em seis temas principais³⁵: (i) Administração e planejamento; (ii) Processo administrativo; (iii) Operadoras; (iv) Plano de saúde; (v) Beneficiários; e (vi) Prestadores.

As normas sobre administração e planejamento são aquelas que versam sobre a organização e funcionamento interno da ANS, bem como sobre a gestão propriamente dita da política de saúde suplementar. Essas normas são, portanto, direcionadas às diretorias e servidores da ANS, o que talvez explique o número reduzido de mecanismos de participação sobre o tema. A ANS realizou, apenas, duas consultas públicas (4,5% do total geral) para a produção de normas de administração e planejamento. Essas duas normas foram submetidas à consulta pública porque envolviam indiretamente os atores principais do sistema de saúde suplementar. Uma dessas normas visava alterar o regimento interno da ANS quanto à participação de entidades de defesa do consumidor na Câmara de Saúde Suplementar, a segunda tratava de normas para troca de informações entre ANS e operadoras.

A ANS também submeteu à consulta pública duas normas sobre processo administrativo. Uma delas dizia respeito ao próprio processo das consultas e audiências públicas, o outro tratava de processo administrativo sancionador no âmbito da agência.

Operadoras e planos de saúde, são, respectivamente, o primeiro e segundo temas mais tratados nas consultas públicas da ANS, conforme gráfico 2. Estes, também, são os únicos temas abordados nas doze audiências públicas que o órgão regulador já realizou (gráfico 3).

As normas sobre operadoras submetidas à consulta pública tratam de temas variados, como gestão

34 A agenda regulatória consiste no planejamento de atividades do órgão reguladora para o ano ou biênio subsequente. A prática de submissão da agenda regulatória para consulta pública já vinha sendo adotada por outras agências antes da ANS também aderir a esta prática.

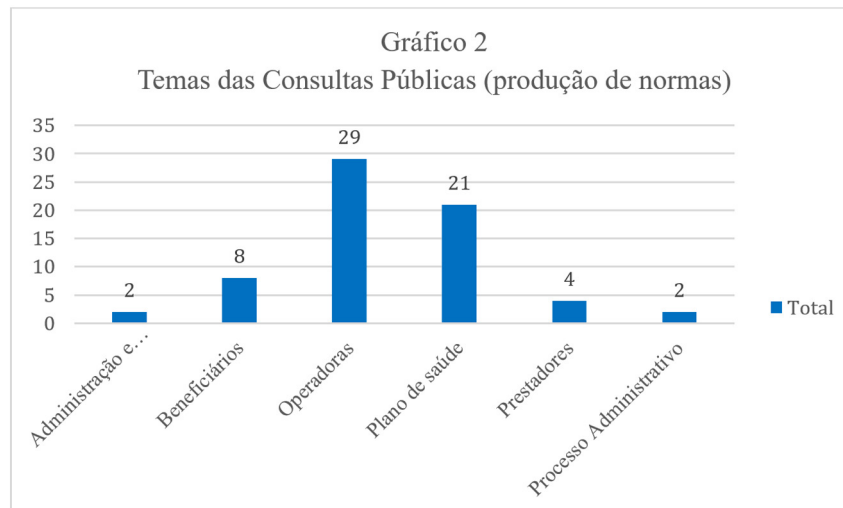
35 Esta classificação temática é de elaboração própria e foi construída a partir da leitura dos atos convocatórios de todos os mecanismos de participação realizados.

econômico-financeira destas entidades, relacionamento entre operadoras e prestadores de serviços e entre operadoras e beneficiários, certificação e acreditação de operadoras, deveres de transparência, registro de produtos, administração de carteiras, dentre outros. As sete audiências públicas realizadas sobre operadoras, por sua vez, concentraram-se na gestão econômico-financeira das entidades.

As normas sobre plano de saúde submetidas à consulta pública tratam das modalidades de planos, cobertura, limites de variação de preço por faixa etária, mobilidade, portabilidade, carência, dentre outros. A produção das normas que definem e atualizam o rol de procedimentos médicos e odontológicos cobertos pelos planos de saúde costumam ser precedidas de consulta pública.³⁶ Foram apenas três as normas sobre planos de saúde submetidas à audiência pública, duas delas para tratar de franquia e coparticipação de segurados e outra para tratar da política de reajuste de preços dos planos de saúde.

Diferentemente das consultas públicas, que vêm sendo realizadas desde 2001, as audiências públicas passaram a ser adotadas, apenas, em anos recentes, a partir de 2014. Oito das doze audiências públicas foram realizadas nos últimos dois anos, o que indica tendência da agência de utilizar este mecanismo de participação para tratar de temas polêmicos, como reajuste de preços dos planos de saúde, por exemplo.

A ANS também submeteu à consulta pública normas sobre beneficiários e prestadores. Foram oito as consultas públicas sobre normas envolvendo beneficiários. Essas normas versam sobre direitos e deveres dos beneficiários (e.g. regras de atendimento), bem como sobre instrumentos de mediação de conflitos entre operadoras e beneficiários a serem geridos pela ANS (e.g. procedimento de Notificação de Investigação Preliminar). A ANS não regula, diretamente, os prestadores, mas tem editado normas para estimular comportamentos destes atores, por meio de programas de qualificação e avaliação de desempenho, por exemplo. Além disso, a ANS regula indiretamente os prestadores ao estabelecer condições às operadoras para a contratação de prestadores. Foram quatro as consultas públicas sobre prestadores realizadas até o presente momento.



36 A adoção de consultas públicas previamente à adoção de normas que atualizam os procedimentos é objeto de insatisfação das operadoras, já que isto as afeta economicamente (BAIRD, 2017, p. 122).



Apesar da ANS adotar mecanismos de participação na produção de atos normativos, esta prática foi adotada em um número reduzido de casos. A ANS, desde a sua criação, editou 529 atos normativos. Desse número, no entanto, apenas 51 (equivalente a 9,64%) foram precedidos de mecanismos de participação.³⁷

Como já observado, a adoção de mecanismos de participação para subsidiar o processo normativo é facultativo. A Diretoria Colegiada da ANS possui discricionariedade para determinar quais normas deverão ser submetidas à consulta pública ou audiência pública antes de serem editadas.

Ao classificar as normas por temas, verifica-se que 49,26% de todas as normas produzidas pela ANS tratavam de questões regulatórias das operadoras. Esse percentual se mantém semelhante entre as normas que foram precedidas de mecanismos de participação.

A concentração de normas nesse tema se explica porque as operadoras são os únicos agentes econômicos diretamente regulados pelo sistema de saúde suplementar. No entanto, o gráfico 7 mostra que apenas 7,14% de todas as normas editadas pela ANS foram precedidas de consultas ou audiências públicas. Em números absolutos, a ANS produziu 266 normas no total, apenas 38³⁸ delas foram precedidas de mecanismos de participação.

O percentual de normas precedidas por mecanismos de participação mantém-se baixo para o tema planos de saúde, terceiro tema mais normatizado pela ANS. Aproximadamente um quinto da produção de normas da ANS sobre planos de saúde foi precedida por mecanismos de consulta pública.

Não foi possível identificar, neste trabalho, se a ANS adota algum critério (extranormativo) para escolher as normas que serão precedidas de mecanismos de participação. A ANS estabelece, por meio de normas, o rol de procedimentos médicos e odontológicos que deverão ser cobertos pelos planos de saúde. Algumas destas normas foram precedidas de consulta pública, outras não foram. Já as normas que definem critérios para reajuste dos planos de saúde nunca foram precedidas de mecanismos de participação, exceto no ano de 2018 em que foi realizada audiência pública sobre o tema. Foge ao escopo deste trabalho, no entanto, analisar o conteúdo dessas normas para identificar eventuais padrões nas decisões sobre uso de mecanismos de participação pela ANS.

37 A ANS realizou, ao todo, 81 mecanismos de participação, dos quais 79 tinham por objetivo a produção de normas. A ANS não disponibilizou, no entanto, informação sobre o produto final gerado ao término dos processos de parte destes mecanismos de participação. É possível, deste modo, que parte das propostas normativas submetidas à consulta ou audiência pública não tenham sido aprovadas.

38 Foram vinte e nove normas precedidas de consulta pública e nove precedidas de audiência pública, conforme se visualiza nos gráficos 2 e 3.

Gráfico 4
Normas precedidas de mecanismos de participação

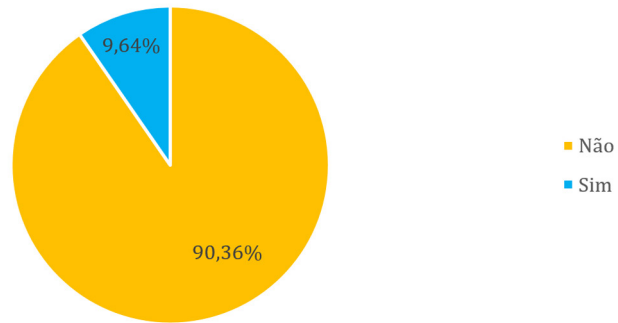


Gráfico 5
Temas das normas precedidas de Mecanismos de Participação (percentual geral)

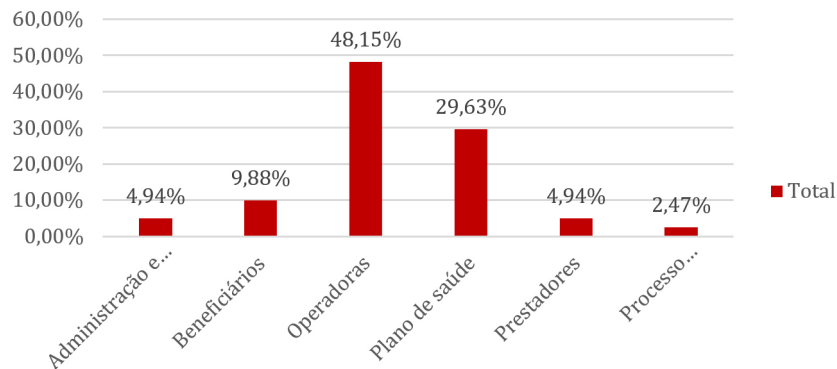
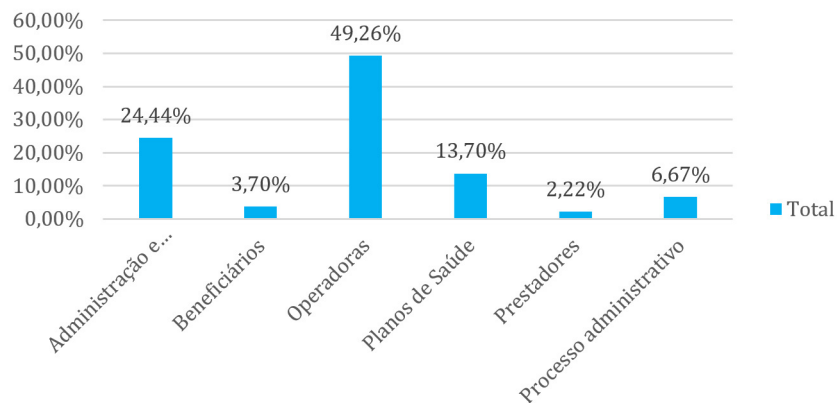
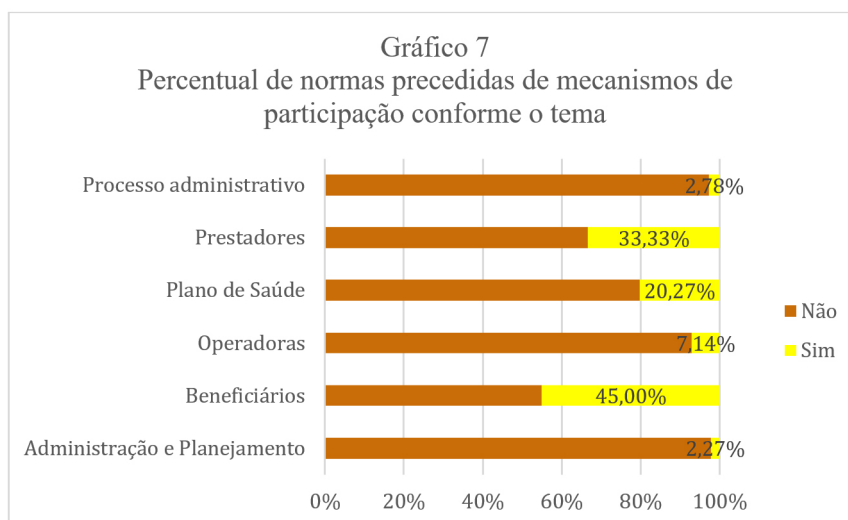


Gráfico 6
Temas das normas (percentual geral)





4.2. Os Principais Atores dos Mecanismos de Participação da ANS

Qualquer pessoa interessada, física ou jurídica, brasileira ou estrangeira, poderá participar de uma audiência pública ou consulta pública conduzida pela ANS.

Os motivos pelos quais essas pessoas participam dos mecanismos de participação da ANS são variados, dada a pluralidade de interesses e grupos que representam. Neste estudo, foi possível identificar as seguintes categorias de participantes nos mecanismos de participação da ANS.

4.2.1. Operadoras e suas entidades representativas

As operadoras de serviço de saúde suplementar são os agentes econômicos diretamente regulados pela ANS. Atualmente, há cerca de 800 operadoras em atuação no país³⁹ que ofertam serviços a cerca de 25% da população brasileira. As operadoras organizam-se sob a forma de cooperativas médicas, empresas de medicina de grupo, seguradoras, autogestoras, entidades filantrópicas e administradoras de benefícios.

As cooperativas de saúde, empresas de medicina de grupo e seguradoras de saúde dominam o mercado de saúde suplementar⁴⁰. As cooperativas de saúde, que atendem o maior número de beneficiários, são organizações cujos sócios são ao mesmo tempo administradores do plano e prestadores de serviço.⁴¹ Já as empresas de medicina de grupo caracterizam-se por ofertar planos coletivos e/ou individuais para empresas, famílias e indivíduos.⁴² Empresas de medicina de grupo lideram o setor, ocupando 31% do mercado de planos de saúde.⁴³ As seguradoras de saúde, vinculadas muitas vezes a bancos,⁴⁴ atuam de forma semelhante às

39 O setor de saúde suplementar vem se tornando cada vez mais concentrado. Em 1999, ano em que foi instituído o novo regime jurídico do setor, havia cerca de 1.380 operadoras em atividade no país. Em 2016, embora existissem cerca de 800 operadoras no país, apenas 10% delas concentravam 72% dos beneficiários de planos do país. BAIRD, op. cit., p. 103).

40 BAIRD, op. cit., p. 105.

41 A Unimed, que se organiza em unidades municipais, é a maior cooperativa médica do Brasil. As cooperativas Unimed são representadas por federações estaduais e por uma confederação nacional — a Unimed do Brasil.

42 Amil é a empresa médica de grupo com maior faturamento no Brasil. A Associação Brasileira de Medicina de Grupo (ABRAMGE) e o Sindicato Nacional das Empresas de Medicina de Grupo (Sinamge) são duas importantes entidades representativas das empresas deste segmento.

43 BAIRD, op. cit. p.74

44 Bradesco Saúde e a SulAmérica são protagonistas deste segmento. Até 2007, a Federação Nacional das Empresas de Seguros Privados e de Capitalização (Fenaseg) foi a principal entidade representativa deste segmento. Essa entidade desmembrou-se em várias entidades representativas de seguros, sendo que a representação da área de saúde suplementar passou a ser exercida pela Federação Nacional de Saúde Suplementar (Fenasaude).

empresas de medicina de grupo e cooperativas, na medida em que comercializam planos de saúde mediante oferta referenciada, com pagamento direto ao prestador.

O quarto grupo de maior faturamento é o das autogestoras.⁴⁵ Estas são entidades que fornecem diretamente os serviços médicos aos seus próprios funcionários.⁴⁶ Já as administradoras de benefícios contratam planos coletivos para outras empresas, órgãos públicos ou entidades representativas profissionais. As administradoras de benefícios diferenciam-se de todas as anteriores por não possuírem beneficiários diretos (como as de autogestão), tampouco rede de prestadores própria, credenciada ou referenciada (como as empresas de medicina de grupo, cooperativas, filantrópicas e seguradoras).⁴⁷

Por fim, as entidades filantrópicas são aquelas sem fins lucrativos que operam planos privados de assistência à saúde. Para que possam atuar como operadoras, essas entidades devem obter certificado de entidade beneficente de assistência social (CEBAS) emitido pelo ministério competente.

Antes da aprovação das leis que instituíram um regime regulatório para os planos de saúde⁴⁸, as operadoras estavam sujeitas a regulamentações esparsas e distintas.⁴⁹ Com a aprovação da Lei dos Planos de Saúde, introduziu-se um regime regulatório único que introduziu deveres e obrigações comuns a todas as modalidades de operadoras.⁵⁰ No entanto, dadas as peculiaridades de cada segmento, este regime não é homogêneo e não se aplica indistintamente a todas as modalidades de operadoras. Visando garantir que os interesses de cada segmento sejam preservados a cada nova iniciativa regulatória, as operadoras se fazem presentes, por meio de suas entidades representativas, nas arenas decisórias da ANS, conforme indica a tabela 6. Fenômeno semelhante ocorre com os prestadores de serviços (tabela 7) e consumidores (tabela 5).

4.2.2. Prestadores e suas entidades representativas

Os prestadores de serviços são pessoas físicas ou jurídicas, não diretamente reguladas pela ANS, mas que estão relacionados à engrenagem do complexo de saúde suplementar.⁵¹ Como visto, o sistema de saúde suplementar regula quem financia a saúde complementar e não quem a produz.

Os prestadores de serviços podem atuar tanto individualmente, na condição de pessoa física, quanto coletivamente, por meio de organizações com ou sem finalidade lucrativa.

As pessoas físicas que prestam serviços privados de saúde, como médicos e dentistas, costumam participar das audiências da ANS por meio de suas entidades representativas (tabela 6). A Associação Médica Brasileira (“AMB”), os Conselhos Federal de Medicina e de Odontologia (“CFM” e “CFO”, respectivamente), bem como diversos conselhos federais e regionais de profissionais da área de saúde, são exemplos de entidades representativas que participam das audiências da ANS.

45 BAIRD, op. cit., p. 105.

46 Cassi e Geap Autogestão em Saúde, por exemplo, são operadoras desta modalidade. A União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde (Unidas) é a principal entidade representativa deste segmento.

47 A Qualicorp é a principal empresa do setor e a Associação Nacional das Administradoras de Benefícios (ANAB) é a principal entidade representativa deste segmento.

48 BRASIL (1998). Lei n. 9.656, de 03 de junho de 1998. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9656.htm > Acesso em: 20 set. 2018 e Lei n. 9.961, de 28 de janeiro de 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9961.htm. Acesso em: 20 set. 2018.

49 As cooperativas de saúde, por exemplo, deveriam observar normas do Ministério da Agricultura, ao passo que as seguradoras de saúde se submetiam exclusivamente às regras da Susep. As entidades de autogestão estavam sujeitas a normas diluídas entre os Ministérios da Fazenda, Previdência e Trabalho, ao passo que as empresas de Medicina de Grupo não se sujeitavam a nenhum tipo de regulamentação (BAIRD, 2017, p. 79).

50 Optou-se pela construção de um modelo regulatório único diante da visão de que as operadoras, não obstante suas diferenças operacionais, estariam ofertando um mesmo produto — a saúde (BAIRD, 2017, p. 91).

51 Algumas operadoras vêm adquirindo hospitais e clínicas para ganhar maior competitividade no mercado. Apenas a atividade de operação do plano ou seguro de saúde, no entanto, segue sendo alvo direto da regulação da ANS.

Já as entidades prestadoras de serviços participam tanto individualmente quanto por meio de suas entidades representativas. As santas casas de misericórdia, assim como outros hospitais, como o Instituto Nacional do Câncer, participam, individualmente, das audiências públicas conduzidas pela ANS.

Mas as entidades que representam interesses das prestadoras de serviços são mais atuantes (tabela 7). Exemplos de entidades que representam os prestadores com atuação nas audiências públicas da ANS são a Confederação Nacional de Saúde (“CNS”), a Federação Brasileira de Hospitais (“FBH”), a Associação Nacional de Hospitais Privados (“ANAHP”) e a Associação Brasileira de Medicina Diagnóstica (“ABRAMED”).

Além dos prestadores, outros agentes econômicos, como grupos empresariais de seguros e empresas comercializadoras de equipamentos médicos, também participam das audiências.

4.2.3. Entidades consumeristas

As entidades consumeristas são entidades representativas por natureza. Elas têm como missão defender direitos e interesses dos usuários ou beneficiários dos setores regulados.

As entidades consumeristas atuantes no setor de saúde suplementar podem ser aquelas de missão ampla, que atuam em defesa de todos os tipos de consumidores, como o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (“IDEC”) e a Associação Brasileira de Defesa do Consumidor. Nesse grupo de entidades que atuam com escopo amplo estão entidades estatais, como os PROCONs dos estados.

Há, também, aquelas entidades que atuam de forma especializada, em defesa de um grupo específico de beneficiários do setor de saúde suplementar, como grupos de apoio a pacientes reumáticos, portadores de hepatite, ostomizados, dentre outros.

Todas estas modalidades de entidades consumeristas se fazem presentes nos mecanismos de participação da ANS (tabela 5).

4.2.4. Atores governamentais e suas entidades representativas

Atores governamentais são organizações estatais não empresariais, pertencentes a órgãos dos três poderes, de órgãos de controle (e.g. tribunais de contas, Controladoria Geral da União) e do Ministério Público.

Nessa categoria também está incluída a própria agência, que também participa dos mecanismos de participação, especialmente quando determinada unidade da própria agência não tiver participado do processo de produção da norma colocada em consulta.

Atores governamentais, bem como suas entidades representativas, envolvem-se nos mecanismos de participação da ANS (tabela 2) quando a regulação proposta interfere, de algum modo, nas políticas e programas que desenvolvem em suas respectivas pastas.

4.2.5. Órgãos intersetoriais

Órgãos intersetoriais são entidades compostas por representantes de todos os setores da sociedade – governo, setor empresariais e sociedade civil. Embora atuem na formulação e implementação de políticas públicas, estas entidades não são estatais. Os conselhos de políticas públicas se enquadram nessa categoria, os conselhos de saúde são as entidades potencialmente interessadas na regulação de setor de saúde suplementar, especialmente nas relações que este possui com o SUS.

4.2.6. Indivíduos interessados

Qualquer pessoa, nacional ou estrangeira, residente ou não no país, pode participar dos mecanismos de participação da ANS. Quando essas pessoas não declaram, no momento da inscrição para participação, possuir um interesse específico no setor de saúde suplementar (e.g. consumidor ou profissional da saúde), estas são classificadas, apenas, como indivíduos interessados. Indivíduos interessados respondem por 10,29% da participação dos mecanismos de participação examinados (tabela 2).

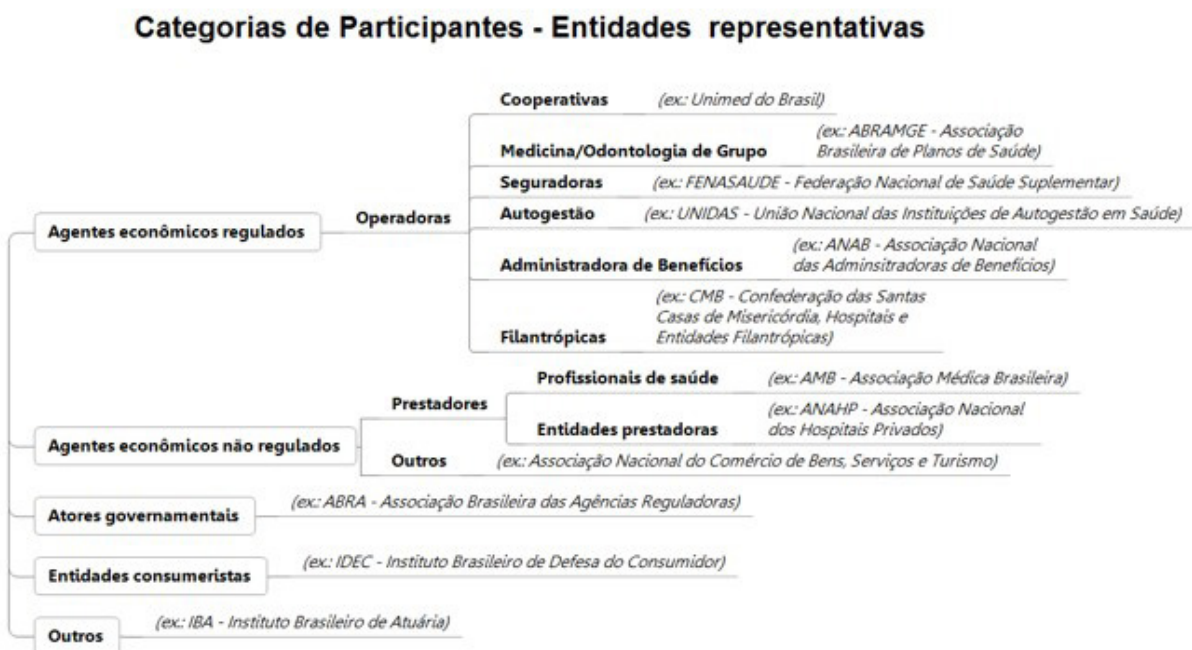
4.2.7. Outros atores

Todas as demais entidades não pertencentes a nenhuma das categorias anteriores, como universidades, empresas de consultoria, organizações religiosas, institutos culturais, dentre outros, são classificadas na categoria outros. Essas entidades respondem por 5,89% dos mecanismos de participação analisados.

Figura 1



Figura 2



4.3. Os Limites da Participação nos Processos Decisórios da ANS

A mensuração da participação das categorias de participantes acima indicadas é apresentada nas tabelas abaixo. Antes, no entanto, de se proceder a essa análise, cabe observar que os números apresentados abaixo não correspondem à totalidade dos dados.

O motivo dessa limitação se deve ao fato de que a ANS não disponibilizou relatórios com respostas individualizadas para 91,36% dos mecanismos de participação realizados.

Como visto na introdução, as agências reguladoras devem oferecer uma resposta aos contribuintes que participam dos mecanismos de participação. As agências não têm obrigação de acatar as contribuições recebidas, mas devem manifestar-se acerca dessas contribuições, motivando sua decisão de acatá-las ou não. No caso da ANS, isto é realizado por meio de um relatório de análise de contribuições apresentado após o período de recebimento das contribuições.

Os dados utilizados para analisar os contribuintes que mais participaram das consultas e audiências públicas realizadas pela ANS foram obtidos com base na leitura desses relatórios, que indicam as pessoas que participaram, o conteúdo de suas contribuições, bem como as respostas da agência a cada contribuição recebida.

Em diversos mecanismos, no entanto, não foi possível levantar essas informações por dois motivos principais: (i) falta de disponibilização dos relatórios de análise de contribuição; ou (ii) falta de informações nos relatórios de análise de contribuições disponibilizados.

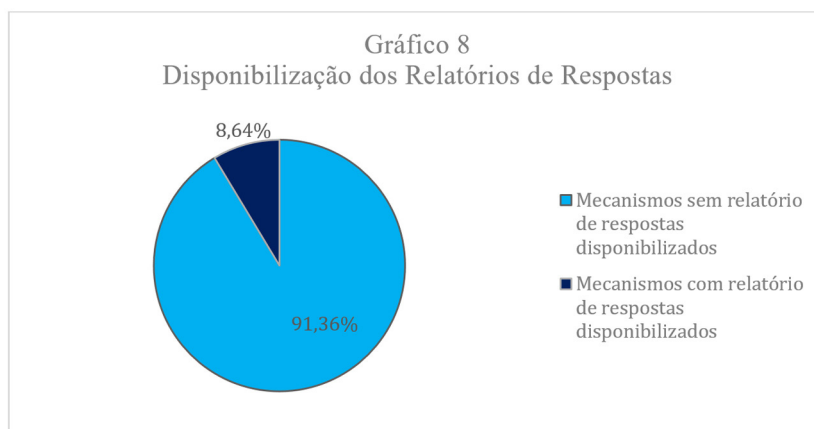
Em consulta à ANS via Sistema de Informação ao Cidadão⁵², a agência informou que, antes de editar a Resolução n. 242/2010, passou a disciplinar as consultas e audiências públicas, não estava obrigada a publicar relatório de análise de contribuintes. A esse respeito, a agência respondeu que “os documentos das consultas públicas realizados em data anterior à referida Resolução Normativa, que não estão publicados no

52 A resposta foi oferecida via sistema eletrônico sob o número de protocolo SIC n. 25820.004040/2018-35.

portal da ANS, não foram localizados ou não foram elaborados pelas áreas técnicas da época.”

Para os mecanismos realizados posteriormente à edição da Resolução n. 242/2010, a agência respondeu que não está obrigada, por força desse ato normativo, a informar o número e a identidade de todos os participantes. Segundo a agência, “o número de participantes não é item obrigatório do Relatório de Consulta Pública, sendo obrigatório o número de sugestões e contribuições recebidas no total.”

Desse modo, os dados apresentados a seguir correspondem a uma mostra não aleatória dos mecanismos de participação realizados pela ANS.



As operadoras, entidades diretamente reguladas pela ANS, são o grupo que mais participa das audiências e consultas públicas da ANS. Em segundo lugar, aparecem os prestadores de serviços de saúde.

No entanto, operadoras e prestadores não são grupos uniformes. Como visto, há diversas modalidades de operadoras e prestadores, com formas de atuação e poder econômico distintos. As cooperativas e medicinas de grupo, entidades mais lucrativas do setor, são responsáveis por 42,23% da participação das operadoras de saúde suplementar. Seguradoras e entidades de autogestão, que ocupam, respectivamente, o terceiro e quarto lugar em termos de faturamento, dividem também a terceira e quarta posição em termos de participação⁵³. As administradoras de benefícios não tiveram uma participação significativa nos casos analisados, não foi possível identificar participação de entidades filantrópicas.

A participação também varia conforme o grupo dos prestadores. As entidades representativas de médicos e os hospitais aparecem como os segmentos mais atuantes nos mecanismos de participação da ANS. Cabe ressaltar o papel atuante da classe médica, que, por meio de diversas organizações, apresentam contribuições às consultas públicas e audiências públicas da ANS. As entidades representativas de outros profissionais de saúde também participam com frequência das consultas e audiências públicas, com destaque para as entidades que representam os interesses dos dentistas.

A participação dos consumidores é pequena quando comparada a de operadoras e prestadores. Aqui, cabe a ressalva de que só foi possível mensurar a participação de entidades consumeristas. É possível que haja consumidores na categoria classificada neste artigo como “indivíduos interessados”. No entanto, dada a impossibilidade de se aferir objetivamente o interesse de um indivíduo que participa dos mecanismos de participação, registrou-se neste artigo apenas a participação das entidades consumeristas.

As entidades consumeristas que tiveram maior participação são as entidades privadas especializadas. Essas entidades atuam em defesa dos direitos de um grupo específico de beneficiários, como doentes renais e transplantados, ostomizados, portadores de hepatite, dentre outros. Em seguida, aparecem as entidades de defesa do consumidor com atuação ampla, sejam elas públicas ou privadas.

53 A classificação, no entanto, inverte-se. As seguradoras, terceiras em faturamento, ocupam quarto lugar entre as entidades que mais participam.

Tabela 2

Categorias de todos os Participantes	Percentual Total	Número absoluto de participantes
Agentes econômicos regulados (operadoras)	49,63%	135
Agentes econômicos não regulado (prestadores)	21,32%	58
Indivíduos interessados	10,29%	28
Entidades consumeristas	4,78%	13
Atores governamentais	3,31%	9
Conselhos de saúde	0,37%	1
Outros	5,89%	16
Não identificado	4,41%	12
Total Geral	100,00%	272

Tabela 3

Operadoras	Percentual Total	Número absoluto de participantes
Cooperativas	42,22%	57
Medicina de grupo	25,93%	35
Autogestão	16,30%	22
Seguradoras	11,11%	15
Odontologia de grupo	2,22%	3
Administradora de benefícios	1,48%	2
Não identificado	0,74%	1
Total Geral	100,00%	135

Tabela 4

Prestadores	Percentual Total	Número absoluto de participantes
Médicos (entidades representativas)	34,48%	20
Hospitais	29,31%	17
Dentistas (entidades representativas)	13,79%	8
Outros profissionais	13,79%	8
Laboratórios	8,62%	5
Total Geral	100,00%	58

Tabela 5

Entidades Consumeristas	Percentual Total	Número absoluto de participantes
Privadas com atuação especializada	46,15%	6
Públicas com atuação ampla	23,70%	3
Privadas com atuação ampla	15,38%	2
Total Geral	100,00%	13

As entidades consumeristas não são, no entanto, as únicas entidades representativas que participam das consultas públicas e audiências públicas da ANS. As operadoras, que pertencem à principal categoria de participantes das consultas e audiências públicas da ANS, participaram por meio de suas entidades representativas, em média, em 40% dos casos examinados. As entidades de medicina de grupo foram as que mais participaram por meio de entidades representativas, que atuaram em 57,14% dos casos. As demais modalidades participaram, individualmente, com maior frequência, embora a atuação de entidades representativas tenha sido, também, expressiva.

Já os prestadores participam predominantemente por meio de entidades representativas. Os hospitais, por exemplo, participaram, por meio de entidades representativas, em 64,71% dos casos. Já os profissionais de saúde se fizeram representar por meio de entidades em 100% dos casos. Aqui, cabe a mesma ressalva feita quando da análise das entidades consumeristas. É possível que certos profissionais de saúde, como médicos, dentistas, enfermeiros, dentre outros, que prestam serviço ao sistema de saúde suplementar de forma individualizada, tenham sido agrupados na categoria “indivíduos interessados”. Dada a ausência de informação a esse respeito, é possível que haja perda de informação na mensuração da participação de profissionais que atuam individualmente como prestadores de serviço de saúde suplementar.

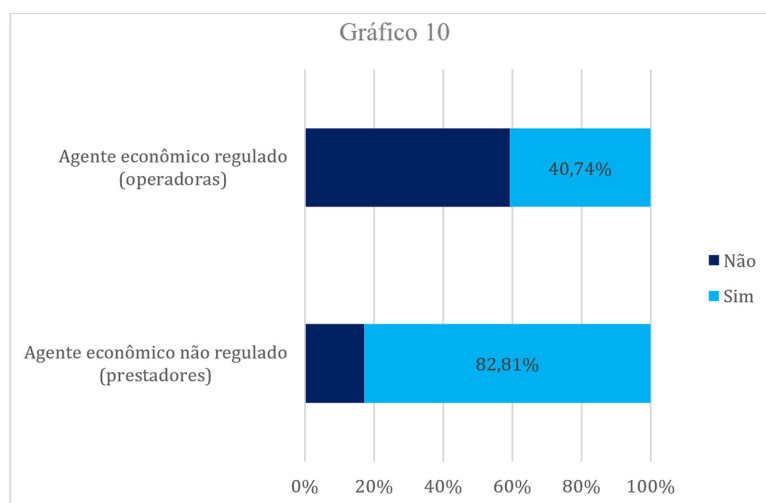
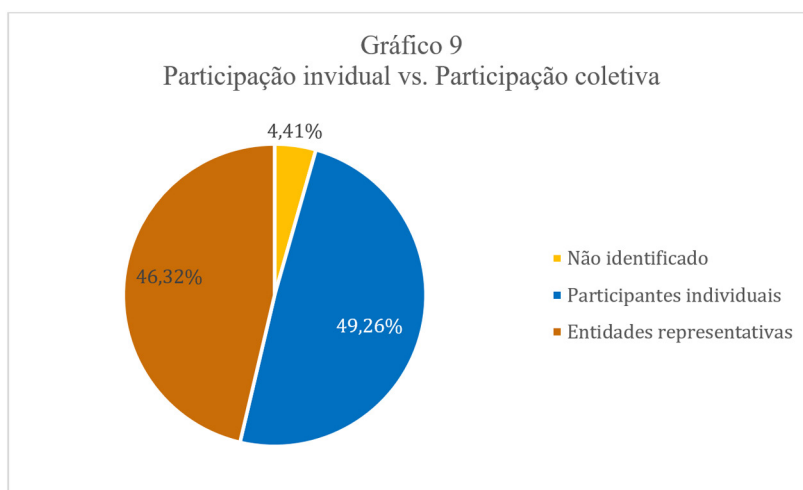


Tabela 6

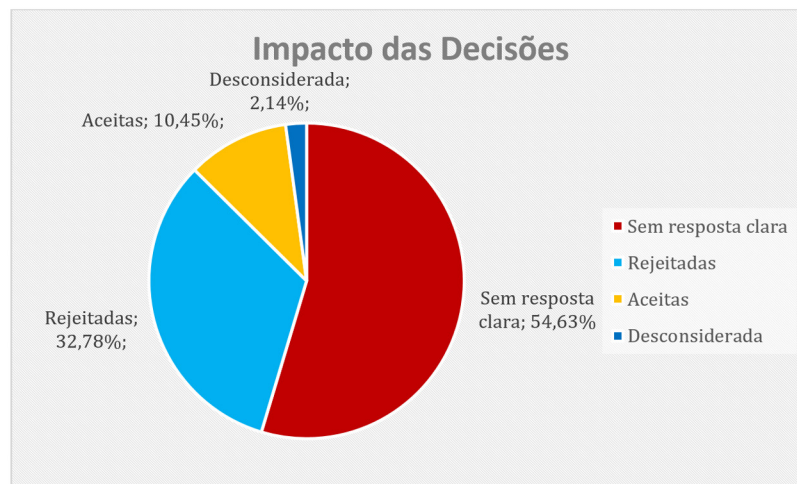
Operadoras	Entidades representativas	Participantes individuais	Total
Cooperativas	22,81%	77,19%	100%
Medicina de grupo	57,14%	42,86%	100%
Autogestão	36,36%	63,64%	100%
Seguradoras	20,00%	80,00%	100%
Odontologia de grupo	100%	0,00%	100%
Administradora de benefícios	100%	0,00%	100%
Total Geral	40,74%	59,26%	100%

Tabela 7

Prestadores	Entidades Representativas	Participantes individuais	Total
Médicos (entidades representativas)	100%	0,00%	100%
Hospitais	64,71%	35,29%	100%
Dentistas (entidades representativas)	100%	0,00%	100%
Outros profissionais	100%	0,00%	100%
Laboratórios	27,27%	72,73%	100%
Total Geral	82,81%	17,19%	100%

A incompletude de informações dos relatórios não prejudica apenas a análise dos grupos que mais participaram, mas também a análise das respostas que a ANS oferece às contribuições recebidas. Como visto, a agência disponibilizou em seu site relatórios de análise de contribuição em apenas 8,65% dos casos. Os dados apresentados acima referem-se, apenas, a esses casos.

No entanto, mesmo para os casos em que foram apresentadas respostas da ANS, 54,63% não possuíam conteúdo claras. Isto significa que não foi possível identificar, a partir da leitura dessas respostas, se as contribuições recebidas foram acatadas, rejeitadas, ou mesmo desconsideradas por problemas de mérito. A falta de clareza dessas respostas inviabilizou, portanto, uma análise de impacto da participação no âmbito das consultas e audiências públicas realizadas pela ANS.



5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo empírico realizado neste artigo, não obstante seu caráter descritivo e exploratório, permitiu a identificação de alguns padrões dos mecanismos de participação pela ANS que explicam a sua limitada efetividade.

Em primeiro lugar, foi possível identificar um uso modesto dos mecanismos de participação nos processos de produção normativa da ANS. Menos de 10% das normas até hoje produzidas pela agência foram precedidas de mecanismos de participação. Como visto, cabe à diretoria colegiada da agência estabelecer discricionariamente as situações em que esses mecanismos devem ser utilizados. Uma comparação entre as normas precedidas por mecanismos de participação e as não precedidas revela um uso assistemático e incremental das consultas e audiências públicas.

O uso modesto, assistemático e incremental dos mecanismos de participação pela ANS limita o seu potencial para suprir o déficit democrático dos seus processos de tomada de decisão. Como visto, a ANS é uma agência reguladora que concentra poderes normativos, executivos e adjudicatórios e que, por esse motivo, deve se sujeitar a uma série de controles que visam, em última instância, prevenir ações arbitrárias e não condizentes com as competências que lhe foram outorgadas. Os mecanismos de participação adotados no curso dos processos normativos das agências constituem um destes instrumentos de controle.

Mecanismos de participação têm o potencial de conferir legitimidade às decisões administrativas, limitar a discricionariedade dos agentes públicos e proteger os cidadãos contra ações arbitrárias das agências. Na medida que estes são utilizados de forma seletiva pelo órgão regulador, sua função de controle resta comprometida.

Neste trabalho foi possível, também, identificar quem são os grupos que mais participam das audiências e consultas públicas realizadas pela ANS. Os principais atores do mercado de saúde suplementar são também aqueles que mais participam das audiências e consultas públicas da ANS, com destaque para os agentes regulados com maior expressividade econômica. As entidades representativas das operadoras e dos prestadores de serviço assumem também posição destacada nos mecanismos de participação. Essas entidades respondem por 40% da participação das operadoras e por mais de 80% da participação dos prestadores.

Em contrapartida, os beneficiários dos serviços de saúde participam com frequência muito menor dos mecanismos de participação da ANS. A participação das entidades consumeristas se dá quase que exclusivamente nas consultas e audiências públicas que versam sob direitos e defesas dos consumidores. Essas entidades não participam, no entanto, de audiências e consultas que tratam de temas que também lhes afetam, como planos de saúde, obrigações das operadoras, bem como a relação entre operadoras e prestadores.

O estudo quantitativo realizado neste artigo não esclarece os motivos pelos quais os beneficiários dos serviços de saúde suplementar não se engajam satisfatoriamente nos processos decisórios da ANS. Estudos futuros, sobretudo de natureza qualitativa, devem ser conduzidos para explicar este fenômeno. Estes estudos deverão testar hipóteses como a de que entidades consumeristas possuem menos recursos e menores capacidades para se envolver em discussões exclusivamente técnicas.

O presente estudo também identificou falhas graves de transparência da ANS acerca da gestão dos seus mecanismos de participação. No âmbito da transparência ativa, foram identificados alarmantes problemas de disponibilidade e clareza das informações prestadas pela agência. Como visto, em menos de 10% dos mecanismos de participação realizados pela agência o órgão disponibilizou relatórios de análise de participação. Além disso, mesmo nos relatórios disponibilizados, a agência não apresentou informações completas que permitissem, por exemplo, identificar a autoria das contribuições recebidas, sejam elas aceitas ou rejeitadas. A indisponibilidade e/ou incompletude das informações prestadas compromete a efetividade dos mecanismos de participação como instrumentos de legitimidade e controle das decisões tomadas pela agência. Os

mecanismos de participação somente poderão desempenhar esses papéis na medida em que puderem ser avaliados por atores externos às agência reguladoras. Do contrário, esses mecanismos cumprirão apenas funções simbólicas muito distintas daquelas para as quais foram concebidos.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, C. *O mercado privado de serviços de saúde no Brasil: panorama atual e tendências de assistência médica suplementar*. IPEA, Texto para Discussão n. 599, 1998. Disponível em: < http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/TDs/td_0599.pdf>. Acesso em: 20 set. 2018.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. A Legitimação Democrática das Agências Reguladoras. In: BINENBOJM, Gustavo (Coord.). *Agências Reguladoras e Democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2006. p. 1-20.
- BRASIL (1998). Lei n. 9.656, de 03 de junho de 1998. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9656.htm> Acesso em: 20 set. 2018.
- BRASIL (1999). Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9784.htm>. Acesso em: 20 set. 2018.
- BRASIL (2000). Lei n. 9.961, de 28 de janeiro de 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9961.htm. Acesso em: 20 set. 2018.
- BRASIL (2000a). Agência Nacional de Saúde Suplementar. Resolução de Diretoria Colegiada n. 39, de 27 de outubro de 2000. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=Mzgw>. Acesso em: 20 set. 2018.
- BRASIL (2002). Agência Nacional de Saúde Suplementar. Regulação & Saúde: estrutura, evolução e perspectivas da assistência médica suplementar. Rio de Janeiro: ANS, 2002. Disponível em: < http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/regulacao_saude.pdf>. Acesso em: 20 set. 2018.
- BRASIL (2009). Agência Nacional de Saúde Suplementar. Resolução Normativa n. 196, de 14 de julho de 2009. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTQ1OQ>. Acesso em: 20 set. 2018.
- BRASIL (2010). Resolução Normativa n. 242, de 7 de dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTYxNg>. Acesso em: 20 set. 2018.
- BRASIL (2011). Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). Resolução nº 52, de 28 de fevereiro de 2011. Aprova o Regulamento de Audiências Públicas da Agência Nacional de Águas. 2011. Disponível em: <<http://arquivos.ana.gov.br/resolucoes/2011/52-2011.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2018.
- BRASIL (2016). Agência Nacional de Saúde Suplementar. Resolução Normativa n. 405, de 09 de maio de 2016. Disponível em: < <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MzI0OA==>>. Acesso em: 20 set. 2018.
- CARR, Deborah S; HALVORSEN, Kathleen. *An Evaluation of Three Democratic, Community-Based Approaches to Citizen Participation: Surveys, Conversations with Community Groups, and Community Dinners*. Society and Natural Resources, vol. 14, n. 1, p. 107-126, 2001.
- FRANCO, Maria Salles Coelho de Mello. *Política Regulatória e Participação: um estudo sobre as Audiências Públicas na ANA e ANEEL* (Dissertação de Mestrado). Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18144/Dissertac%CC%A7a%CC%83o%20Final%20biblioteca21.03%20pdf.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

FIDALGO, Carolina Barros. *Déficit democrático e legitimação do modelo brasileiro de agências reguladoras independentes através da criação de mecanismos de participação dos administrados*. Texto disponível em <www.seae.fazenda.gov.br/conbeca_seae/premio.../carolinabarros.pdf>. Acesso em agosto de 2013.

GUERRA, Sérgio. *Discrecionalidade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

GUERRA, Sergio; SAMPAIO, Patrícia (organizadores). *Autonomia financeira das agências reguladoras*. Curitiba: Juruá, 2016, 229p.

HUBER, John D.; SHIPAN, Charles R. Rational Delegation or Helpless Abdication? The Relationship between Bureaucrats and Politicians. In: *Deliberate Discretion? the Institutional Foundations of Bureaucratic Autonomy*. Cambridge University Press, 2002.

IPEA. *Audiências Públicas no âmbito do Governo Federal: Análise preliminar e bases para avaliação*. Brasília, 2012. p. 1-78. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/relatorio_audiencias_publicas.pdf>. Acesso em: 02.02.2017>.

IPEA. *Potencial de Efetividade das Audiências Públicas do Governo Federal*. Brasília: 2013. p. 1-144. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/participacao/relatorio_potencial_efetividade.pdf>. Acesso em: 02.02.2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. Agências Reguladoras e Democracia: existe um déficit democrático na “regulação independente”? Belo Horizonte, *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, ano 1, n. 1, jan./mar. 2003.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O novo Estado regulador no Brasil: eficiência e legitimidade*. São Paulo: Singular, 2006, 267p.

MENTEL, Jessic. *Procedural Safeguards for Agency Guidance: A Source of Legitimacy For the Administrative State*. *Administrative Law Review*, vol. 61, n. 2, 2009. p. 1-27.

McCUBBINS, M. D.; NOLL, Roger G.; WEINGAST, B. R. Administrative Procedures as Instruments of Political Control. *Journal of Law, Economics and Organization*, vol. 3, n. 2, p. 243-277, 1987. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/764829?seq=1#metadata_info_tab_contents>. Acesso em: 10 jul. 2018.

OLIVEIRA, Fernanda Almeida Fernandes de. Audiências Públicas na Aneel: uma análise histórica da participação dos consumidores desde a criação da Agência. In: MITCHEL, Bianca Amaral et. al. *Coleção Jovem Jurista*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2017, 324p.

SELZKICK, Philipp. *TVA and the Grasso Roots: a Study in the Sociology of Formal Organization*. Berkeley: University of California, 1949.

SILVA, Mariana Batista da. Mecanismos de participação e atuação de grupos de interesse no processo regulatório brasileiro: o caso da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL). *Rev. Adm. Pública*, v. 46, n. 4, p. 969-992, 2012.

STRAUSS, Peter. Legislation that Isn't—Attending to Rulemaking's “Democracy Deficit,” *California Law Review*, vol. 98, 1351–52, vol. 2010.

WEBER, Max. *Ensaio de Sociologia*. Tradução de Waltensir Dutra. 2.ed. São Paulo: Zahar Editor, 1971.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Papel institucional dos canais de reclamação para a resolução extrajudicial de conflitos sobre planos de saúde: uma análise comparada

Institutional role of complaint channels for settlement of conflicts about health insurance plans: a comparative analysis

Rafaela Magalhães Nogueira Carvalho

Antônio José Maristrello Porto

Bruno Araujo Ramalho

VOLUME 8 • Nº 3 • DEZ • 2018
DOSSIÊ ESPECIAL : POLÍTICAS PÚBLICAS
E O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

Papel institucional dos canais de reclamação para a resolução extrajudicial de conflitos sobre planos de saúde: uma análise comparada*

Institutional role of complaint channels for settlement of conflicts about health insurance plans: a comparative analysis

Rafaela Magalhães Nogueira Carvalho**

Antônio José Maristrello Porto***

Bruno Araujo Ramalho****

RESUMO

Litígios sobre planos de saúde são responsáveis por grande volume dos processos que tramitam nos tribunais brasileiros. Assim, os métodos alternativos para solução de conflitos são ferramentas que devem ser fortalecidas e aperfeiçoadas para minimizar os efeitos danosos da chamada “judicialização da saúde”. Sob tal justificativa, o presente trabalho teve o objetivo de investigar diferentes aspectos presentes em dois importantes canais de reclamações sobre planos de saúde: consumidor.gov.br e atendimento da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS TabNet). A pesquisa contemplou as queixas que ingressaram em ambas as plataformas no intervalo entre os meses de maio de 2014 a maio de 2018. Como resultados, foram observadas importantes semelhanças, tais como a distribuição de reclamações por região geográfica e a grande concentração de reclamações atribuídas a poucas operadoras. A principal diferença entre as plataformas está na quantidade de queixas processadas – 6.604 para o consumidor.gov.br e 385.020 para o canal da agência reguladora – e nos temas tratados – o canal do consumidor recebe maior volume relacionado a cobranças indevidas e problemas de atendimento com o SAC, enquanto parcela substancial das reclamações tratadas pelo canal da ANS versa sobre a garantia de coberturas assistenciais. No âmbito da discussão, foram especuladas algumas hipóteses para explicar por que os canais extrajudiciais, isoladamente, não são suficientes para conter a escalada crescente da judicialização dos planos de saúde, tais como: a maior acessibilidade dos órgãos do Poder Judiciário; o imediatismo das decisões liminares; e o conteúdo favorável de algumas decisões judiciais. Concluiu-se que ambas as plataformas exercem um papel relevante para a resolução de conflitos no setor e, em alguma medida, exercem papéis complementares entre si.

Palavras-chave: Resolução extrajudicial de conflitos. Planos de saúde. Judicialização.

* Recebido em 25/09/2018
Aprovado em 20/11/2018

** Professora e pesquisadora da FGV DIREITO RIO. E-mail : rafaela.nogueira@fgv.br.

*** Coordenador do Centro de Pesquisa em Direito e Economia (CPDE) e Professor da FGV DIREITO RIO. E – mail: antonio.maristrello@fgv.br.

**** Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UniRio) Mestre em Direito da Regulação pela FGV/RJ. E-mail : brunrama@hotmail.com.

ABSTRACT

Conflicts about health plans are responsible for a large volume of lawsuits in Brazilian courts. Thus, alternative methods for dispute resolution are tools that need to be strengthened and improved to minimize the harmful effects of so-called “health judicialization”. Under this point of view, the present work had the objective of investigating different aspects presented in two of the main channels of out-of-court dispute resolution in the health insurance marketplace: *consumidor.gov.br* and the complaints channel of the National Regulatory Agency for Private Health Insurance and Plans (ANS). The survey contemplated the complaints registered in both platforms in the period between May 2014 and May 2018. As results, important similarities were observed, such as the distribution of complaints by geographic region and the great concentration of complaints related to few insurance companies. The main difference between the platforms is the number of complaints processed - 6,604 for the *consumidor.gov.br* and 385,020 for the channel of the regulatory agency - and the subjects treated - the consumer channel receives more volume related to undue charges and information services, while a substantial portion of the complaints handled by the ANS channel refers to the guarantee of care cover. Some hypotheses were speculated to explain why the channels, alone, are not enough to contain the growing escalation of the judicialization of health plans, such as: greater accessibility of institutions of the Judiciary; the immediacy of judicial injunctions; and the favorable content of some judicial decisions. It was concluded that both platforms play a relevant role in the resolution of conflicts in the sector and, to some extent, play complementary roles among themselves.

Keywords: Out-of-court dispute resolution. Health insurance plans. Judicialization.

1. INTRODUÇÃO

De acordo com o Anuário da Justiça São Paulo¹, os planos de saúde ultrapassaram os serviços bancários no ranking de temas mais julgados pela seção de direito privado do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) em 2017, registrando alta de 15% em relação a 2016. Além disso, a maioria das ações da área de saúde que chega à seção de direito público é julgada favoravelmente ao consumidor².

A regulação do setor de saúde suplementar tem como marcos legais a Lei nº. 9.656, de 03 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, e a Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, que criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). Como a normatização regulatória ainda é complementada por resoluções da agência reguladora, vislumbra-se uma complexa rede de direitos e deveres a serem tutelados.

Em linhas gerais, a regulação da ANS estabelece diferentes modalidades de regime de contratação: (i) individual ou familiar, (ii) coletivo empresarial e (iii) coletivo por adesão. Para cada uma destas formas de contratação, há tratamentos jurídicos significativamente distintos.

Caracteriza-se como plano de saúde “individual ou familiar” aquele que oferece cobertura para livre adesão de beneficiários – pessoas naturais que podem apresentar-se com ou sem grupo familiar interessado no serviço. Tal modalidade é marcada pelo livre ingresso dos beneficiários em sua cobertura, o que acarreta maior heterogeneidade no perfil de seus contratantes.

De outra banda, os planos coletivos são aqueles em que se exige a vinculação a algum grupo populacional. O plano coletivo “empresarial” é aquele ofertado por uma empresa aos seus funcionários, ou seja, é

1 CONJUR. *Conjur transmite lançamento do Anuário da Justiça São Paulo 2018*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-ago-15/conjur-transmite-lancamento-anuario-justica-sao-paulo2018>. Acesso em: 17 ago. 2018.

2 PLANO de saúde lideram ranking de julgamentos de SP em 2017. Disponível em <https://veja.abril.com.br/economia/planos-de-saude-lideram-ranking-de-julgamentos-de-sp-em-2017/>. Acesso em 17 de ago. de 2018.

o plano viabilizado para um conjunto de beneficiários que trabalham na mesma empresa, enquanto que o plano coletivo “por adesão” se destina aos grupos de pessoas que, de comum entre si, têm uma categoria profissional ou outro vínculo jurídico que justifique sua reunião em uma mesma instituição.

Ao contrário dos planos individuais, que possuem maior rigidez regulatória dada pela própria lei dos planos de saúde (Lei nº 9656/98) e pela ANS, os planos coletivos contam com mais flexibilidade contratual – notadamente no que concerne ao reajuste anual por variação de custos e ao formato de rescisão unilateral do contrato. Sendo o mercado dinâmico e reativo a incentivos, o perfil dos contratos foi se modelando progressivamente de forma a confluir para o “lado” com menor rigidez regulatória (vínculos coletivos).

Assim, por se tratar de um nicho econômico com diferentes produtos e diferentes formas de contratação, é de se esperar que o perfil das reclamações apresente uma variabilidade de circunstâncias. Portanto, a análise das bases de dados que contemplam as queixas do setor pode ser de valiosa utilidade para a melhor compreensão dos problemas que lhe são correlatos.

Dentre os canais de resolução de conflitos atualmente disponíveis, merecem destaque o canal “consumidor.gov”, criado pela Secretaria Nacional do Consumidor, e o canal de atendimento ao consumidor disponibilizado pela ANS. Ambos possuem abrangência nacional e disponibilizam publicamente as informações referentes ao conteúdo das reclamações que lhes são apresentadas.

Considerando que tais canais de atendimento favorecem a resolução de conflitos sem a necessidade de postular em juízo, o objetivo deste artigo é mapear alguns atributos específicos das reclamações de usuários em ambos canais de atendimento (consumidor.gov.br e ANS), de modo a comparar os resultados e discutir o protagonismo das instâncias de resolução extrajudicial de conflitos no contexto da judicialização da saúde.

Espera-se que a pesquisa possa enriquecer a literatura que versa sobre a judicialização da saúde e permita revelar aspectos importantes relacionados às reclamações que são tratadas pelas diferentes instituições de resolução extrajudicial de conflitos e, a partir daí, contribuir para o debate sobre o protagonismo destes serviços enquanto meio hábil para a redução dos litígios judiciais.

2. METODOLOGIA DE EXTRAÇÃO E CATEGORIZAÇÃO DOS DADOS

Definiu-se como período de extração dos dados o intervalo entre os meses de maio de 2014 a maio de 2018. Os dados inicialmente foram extraídos da base disponibilizada pelo canal consumidor.gov.br.³

Na sequência, realizou-se o acesso no sítio eletrônico da ANS, onde são disponibilizados os pedidos de informação e os registros de reclamações a partir da base denominada ANS TabNet⁴. Trata-se de uma ferramenta desenvolvida pelo Datasus – MS e cujo objetivo central é possibilitar a tabulação dos dados dos diversos sistemas de informação da ANS.

A partir da categorização trazida pela base de dados do consumidor.gov, realizou-se um agrupamento semelhante dos dados colhidos a partir do ANS Tabnet, de maneira a dar-lhes o maior paralelismo possível. Desta feita, foram selecionadas apenas “reclamações” disponíveis no ANS Tabnet, descartando-se a opção que contempla a consulta para “pedidos de informação” registrados perante a agência reguladora.

Cada uma das categorias foi quantificada levando-se em conta o quantitativo de reclamações em números absolutos e números relativos (percentuais).

3 Disponível em <https://www.consumidor.gov.br/pages/dadosabertos/externo/>. Acesso em 17 de setembro de 2018.

4 O “ANS Tabnet” permite a realização de diversos tipos de consultas sobre beneficiários, operadoras, planos privados de saúde, ressarcimento ao SUS e demandas do consumidor pelo acesso a diversos sistemas de informações da ANS. Estão disponíveis para consultas os dados a partir de março de 2000, em intervalos de atualização trimestral. A base é disponibilizada em: <<http://www.ans.gov.br/anstabnet/index.htm>>. Acesso em: 13 ago. 2018.

3. ANÁLISE COMPARADA ENTRE OS DIFERENTES CANAIS DE RECLAMAÇÕES

Antes de se examinar os aspectos quantitativos e qualitativos relacionados às reclamações do portal consumidor.gov.br e do canal de atendimento da ANS, é imperioso destacar algumas particularidades de cada um destes serviços.

O consumidor.gov.br é uma plataforma digital gratuita e de utilidade pública que tem como objetivo estimular a solução consensual de conflitos consumeristas, sendo um meio de resolução administrativa em alternativa à via judicial. O portal é monitorado e gerenciado conjuntamente pela Secretaria Nacional do Consumidor – Ministério da Justiça e Cidadania –, Procons, Defensorias Públicas, Ministérios Públicos e Tribunais de Justiça.

Uma das principais utilidades desta plataforma online é figurar como alternativa de autocomposição de litígios consumeristas, que integram quase a metade de todos os processos que tramitam perante o sistema judiciário brasileiro⁵.

O processo de funcionamento do canal ocorre de forma simples. Primeiro, o consumidor verifica se a empresa está cadastrada no site. O consumidor registra sua reclamação e a empresa tem até 10 dias para analisar e responder. Em seguida, o consumidor tem até 20 dias para comentar e avaliar a resposta da empresa, informando se sua reclamação foi ‘Resolvida’ ou ‘Não Resolvida’, e ainda indicar seu nível de satisfação com o atendimento recebido.

De forma diversa do consumidor.gov.br, que recebe as queixas de consumidores sobre produtos e serviços de diferentes setores, o canal de atendimento da ANS é exclusivamente dedicado aos pedidos de informação e ao registro de reclamações relacionadas ao setor de planos de saúde. Para tanto, além do atendimento presencial, disponibiliza-se dois acessos principais para a efetivação do contato: um canal telefônico gratuito (que conta com atendentes treinados para receber a queixa) e uma plataforma digital.

Em seu escopo de atuação, o canal da ANS revela-se como fonte mais específica e conta com a análise de pessoas com maior expertise técnica e exclusivamente dedicados à regulação do setor de saúde suplementar⁶.

3.1. Panorama quantitativo das reclamações

Comparando o total de reclamações submetidas a cada um dos canais de atendimento, foi possível identificar diferenças quantitativas importantes.

Para o período estudado⁷, foram recepcionadas 6.604 reclamações pelo canal consumidor.gov.br, cuja distribuição anual encontra-se descrita na tabela abaixo.

5 FREITAS, Andrea; XAVIER, Luiza; CASEMIRO, Luciana. *Ações de consumo somam quase a metade dos 90 milhões de processos no Judiciário*. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/defesa-do-consumidor/acoes-de-consumo-somam-quase-metade-dos-90-milhoes-de-processos-no-judiciario-10266371#ixzz4Kph8Neud>. Acesso em: 30 ago. 2018.

6 O formato de recepção e processamento das reclamações junto à ANS será explicado resumidamente mais à frente.

7 Como exposto na seção introdutória deste artigo, o período de corte adotado para a extração das informações em ambas as bases de dados foi o intervalo de 01/05/2014 a 31/05/2018.

Tabela 1 – Reclamações consumidor.gov.br (total por ano)

Reclamações consumidor.gov		
Ano	Total	%
2014	218	3,30%
2015	1.009	15,28%
2016	1.731	26,21%
2017	2.596	39,31%
2018	1.050	15,90%

N = 6.604

Fonte: Elaboração Própria (consumidor.gov.br)

Nota-se que existe uma discrepância na quantidade de reclamações entre os anos de 2016 e 2017 em relação aos outros anos. Esta disparidade deve-se, provavelmente, à progressiva notoriedade do site, haja vista que a ferramenta teve seu início bem recente, somente em 2014. Como o ano de 2018 não engloba todos os meses, ainda não há como compará-lo aos anos que lhe antecedem.

Quando confrontamos tais números com o quantitativo de reclamações registradas perante o atendimento da ANS, percebe-se que o volume de consumidores atendidos pela agência reguladora é substancialmente maior: no mesmo período, observou-se um total de 385.020 reclamações recepcionadas – uma superação de cerca de 583%. Como exposto na tabela abaixo, o registro anual contabilizado para os anos de 2015, 2016 e 2017 oscilou aproximadamente entre 90 a 100 mil reclamações.

Tabela 2 - Reclamações no canal de atendimento ANS (total por ano)

Reclamações ANS		
Ano	Total	%
2014	60.839	15,80%
2015	102.629	26,66%
2016	90.397	23,48%
2017	90.438	23,49%
2018	40.717	10,58%

N = 385.020

Fonte: Elaboração própria (ANS Tabnet).

A diferença quantitativa possivelmente se deve ao maior grau de conhecimento do canal da ANS (se comparado ao consumidor.gov.br), uma vez que a ferramenta existe há muito mais tempo e tem grande utilidade para o registro de Notificações de Intermediação Preliminar (NIPs) – ponto que será discutido mais adiante. Ademais, a existência de uma modalidade de atendimento telefônico, diferentemente da plataforma do consumidor.gov, também permite uma maior absorção de queixas, especialmente daqueles consumidores idosos ou com algum tipo de dificuldade para o uso de ferramentas digitais.

Para além das reclamações, é importante destacar que a agência reguladora também presta esclarecimentos e tira dúvidas a partir dos atendimentos categorizados como “pedidos de informação”. Trata-se, a propósito, do maior volume de registros, perfazendo um total de 1.071.478 (um milhão, setenta e um mil e quatrocentos e setenta e oito) “pedidos de informação”. Como o foco deste artigo são as queixas de consumidores, optou-se pela utilização tão somente da base de “reclamações”.

3.2 Reclamações por região geográfica

Em ambos os canais de atendimento, a região Sudeste é a que concentra o maior volume das reclamações, correspondendo a aproximadamente 60% do total. Os canais também coincidem na contabilização da região Nordeste como aquela que apresenta o segundo maior volume de queixas – perfazendo 17,2% do total no canal consumidor.gov.br e 19,7% do total no canal da ANS.

A tabela a seguir ilustra a distribuição das reclamações por região geográfica em ambas as plataformas:

Tabela 3 – Reclamações por região geográfica

Proporção de reclamações por região			
Região	Consumidor.gov		ANS
	Planos de saúde	Geral	Total
Sudeste	60,3%	49,7%	64,6%
Nordeste	17,2%	16,3%	19,7%
Sul	12,8%	20,7%	6,1%
Centro-Oeste	8,1%	9,7%	7,3%
Norte	1,5%	3,6%	2,0%

Fonte: Elaboração própria (Consumidor.gov e ANS Tabnet)

Ao compararmos o universo geral das reclamações feitas na plataforma consumidor.gov com aquelas que somente versam sobre planos de saúde nesse mesmo canal, podemos notar que há uma disparidade de registros entre algumas regiões. A região Sudeste contabiliza 49,7% das reclamações totais, o que é inferior aos 60,3% das reclamações relacionadas a planos de saúde na respectiva região.

A preponderância da região Sudeste certamente se deve ao volume de usuários do setor nos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro. Na plataforma consumidor.gov.br, São Paulo é o estado que mais reclama sobre planos de saúde, resultando em 38,99% das reclamações. O estado do Rio de Janeiro vem em segundo, com 15,94% das reclamações, seguido do Paraná com 9,40%, Distrito Federal com 5,80% e Bahia com 5,56%.

Tabela 4 – Reclamações consumidor.gov.br por UF do reclamante

Consumidor.gov: estados que mais reclamam		
Estados	Planos de Saúde	Geral
São Paulo	28,99%	28,20%
Rio de Janeiro	15,94%	10,52%
Paraná	9,40%	10%
Distrito Federal	5,80%	3,50%
Bahia	5,56%	5,74%
Ceará	4,30%	3,38%
Minas Gerais	3,86%	8,64%
Pernambuco	4,01%	2,43%
Outros	12,14%	27,59%

N = 6.604

Fonte: Elaboração Própria (consumidor.gov.br).

Quando analisamos a base de reclamações da ANS, os Estados de São Paulo e Rio de Janeiro apresentam percentuais bem semelhantes aos descritos pela plataforma do consumidor.gov.br. Também é possível observar um maior protagonismo dos Estados de Pernambuco e de Minas Gerais em comparação aos registros veiculados pelo portal do consumidor.

Tabela 5 – Reclamações ANS por Unidade da Federação

ANS: estados que mais reclamam		
Estados	Total	%
São Paulo	140.344	36,5%
Rio de Janeiro	74.182	19,3%
Pernambuco	29.620	7,7%
Minas Gerais	27.743	7,2%
Bahia	22.233	5,8%
Distrito Federal	19.037	4,9%
Paraná	11.666	3,0%
Ceará	9.056	2,4%
Outros	51.139	13,3%

N = 385.020

Fonte: Elaboração própria (ANS Tabnet).

3.3. Distribuição das reclamações por idade

Com relação ao perfil etário dos reclamantes no canal consumidor.gov, a principal faixa etária é entre 31 e 40 anos, que perfaz 37,67% das reclamações.

Tabela 6 – Faixa etária dos reclamantes

Consumidor.gov: faixa etária dos reclamantes		
Faixa etária	Planos de saúde	Geral
Até 20 anos	1,2%	2,9%
Entre 21 e 30 anos	23,0%	32,3%
Entre 31 e 40 anos	37,7%	32,2%
Entre 41 e 50 anos	18,5%	15,4%
Entre 51 e 60 anos	12,1%	10,0%
Entre 61 e 70 anos	5,2%	5,1%
Mais de 70 anos	2,3%	2,1%

N = 6.604

Fonte: Elaboração própria (Consumidor.gov).

É interessante notar que a faixa etária com o maior volume de reclamações sobre planos de saúde é justamente a faixa etária de 31 a 40 anos, o que parece refletir o maior protagonismo deste extrato nas apólices de planos de saúde⁸. Trata-se do intervalo que corresponde à população economicamente ativa e, como tal,

⁸ Diferentemente do canal da ANS, que estratifica os reclamantes entre interlocutor (aquele que registra a queixa) e beneficiário (aquele que foi vítima do fato reclamado), a base do consumidor.gov.br identifica apenas um reclamante. Portanto, parte-se da prem-

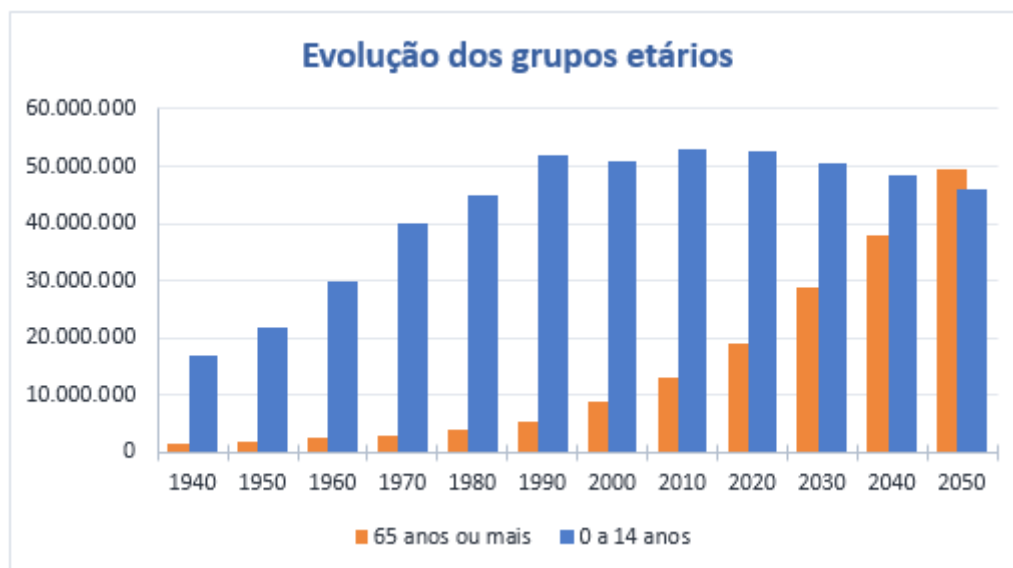
tem maior propensão a estar associados a um contrato empresarial – tipo de contratação que corresponde a 80% (oitenta por cento) do mercado⁹.

Embora a base de dados disponibilizada pelo ANS TabNet não contemple variáveis relativas à faixa etária ou à data de nascimento dos reclamantes, há apontamentos na literatura sobre a maior proporção das reclamações dos beneficiários idosos perante a agência reguladora.

Nesse sentido é a pesquisa desenvolvida por Wilson Marques Vieira Junior e Mônica Martins, que examinou o perfil etário dos usuários que ingressaram com reclamações na ANS no triênio entre 2010 a 2012. Os autores concluíram que os idosos representam uma maior proporção de reclamações se comparada aos usuários mais jovens¹⁰.

Assim, considerando as evidências relacionadas à maior proporção de reclamações dos beneficiários idosos quando relacionadas ao volume que eles representam sob o total, é de se esperar que este padrão se agrave com o passar dos anos, haja vista o envelhecimento populacional que se projeta para as próximas décadas. Conforme se vê no gráfico que se segue, os idosos corresponderão a mais da metade da população até 2030:

Gráfico 1 – Evolução dos grupos etários – projeção até 2050.



Fonte: BRITO, Fausto. A transição demográfica no Brasil: as possibilidades e os desafios para a economia e a sociedade / Fausto Brito. - Belo Horizonte: UFMG/Cedeplar, 2007 (Texto para discussão 318), p. 13.

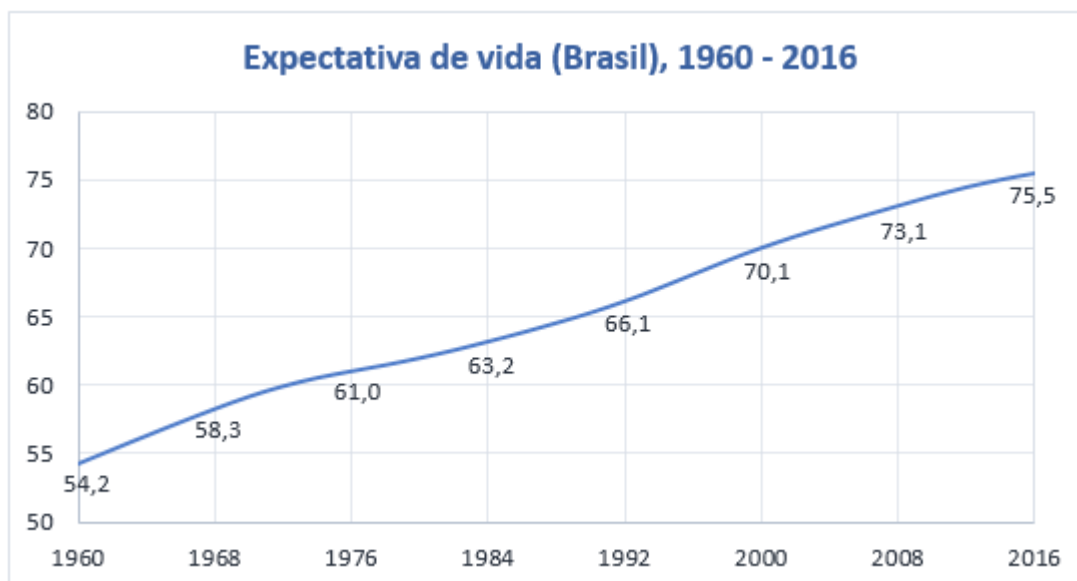
issa que os reclamantes registrados no portal do consumidor são os próprios usuários do serviço.

⁹ Segundo o Caderno de Informações da ANS, os planos coletivos empresariais integram 66,4% de todos os beneficiários de planos de saúde do Brasil, acrescentando-se o percentual de 13,6% dos beneficiários que possuem planos coletivos por adesão. Juntos, os planos coletivos correspondem a 80% dos consumidores brasileiros. AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR – *Caderno de informação da saúde suplementar: beneficiários, operadoras e planos*. 2017. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Perfil_setor/Caderno_informacao_saude_suplementar/caderno_informacao_junho_2017.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2018.

¹⁰ O estudo examinou o universo de reclamações que ingressaram no canal da ANS no triênio entre 2010 a 2012 apenas para os usuários da região Sudeste. Para examinar a proporção das reclamações com relação à fatia de usuários que existem para a faixa etária respectiva, o autor utilizou como métrica um “coeficiente de reclamações por beneficiários”, que corresponde à divisão entre o número de reclamações daquela faixa etária dividida pelo número de beneficiários que correspondem à mesma faixa, multiplicado por 10.000. Como resultado, verificou-se que das 92.235 reclamações analisadas, o coeficiente de reclamações, considerando todo o triênio estudado, foi 60,8 reclamações/10.000 beneficiários idosos, contra 31,1 reclamações/10.000 beneficiários da faixa etária de 20-59 anos. Em todos os anos, a proporção de reclamações de idosos foi maior, proporcionalmente, do que aquela para beneficiários mais jovens. VIEIRA JUNIOR, Wilson M; MARTINS, Mônica. Idosos e planos de saúde no Brasil: análise das reclamações recebidas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 12, p. 3817-3826, 2015.

O Gráfico 2, por sua vez, corrobora tal previsão ao ilustrar o progressivo envelhecimento populacional no Brasil, segundo dados do Banco Mundial. Em 2015, a expectativa de vida do brasileiro médio era de 75,2 anos, ao passo que, em 2000, a expectativa de vida era apenas de cerca de 70 anos. Ou seja, em 15 anos a expectativa de vida cresceu mais do que 5 anos.

Gráfico 2 – expectativa de vida do brasileiro (1960-2016)



Fonte: Banco Mundial¹¹

3.4. Distribuição das reclamações por operadora

Quando examinamos a distribuição das reclamações por operadora, verifica-se o quão concentradas são as queixas. No canal consumidor.gov.br, apenas duas operadoras concentram 50% do total de reclamações, enquanto no canal da ANS o mesmo percentual é atribuído a 10 (dez) empresas sob a regulação da autarquia.

Tabela 7 – Distribuição das reclamações do consumidor.gov.br, por operadora

Consumidor.gov: empresas mais reclamadas	
Amil	34,80%
Bradesco Saúde	16,34%
Unimed	9,45%
SulAmérica Saúde	6,83%
Outros	32,58%

N = 6.604

Fonte: Elaboração Própria (consumidor.gov.br)

Curiosamente, o canal de reclamações da ANS apresenta quase a mesma ordem de classificação no tocante às quatro operadoras “mais reclamadas” (descritas na Tabela 7). A empresa Unimed Rio não está cadastrada no site consumidor.gov, e de acordo com o canal de reclamações da ANS, a Unimed Rio estaria em terceiro lugar como mais reclamada. Portanto, os dados são similares, mas não idênticos. Embora a

11 BANCO MUNDIAL. Brazil. Disponível em: <https://data.worldbank.org/country/brazil?locale=pt>. Acesso em: 19 nov. 2018.

distribuição percentual das queixas seja mais diluída no canal de atendimento da agência reguladora, há uma considerável concentração das reclamações em poucas empresas reguladas, eis que apenas 10 (dez) convênios respondem por aproximadamente 50% das 385.020 reclamações.

Gráfico 3 – Concentração do número de reclamações por operadora (ANS)



Fonte: Elaboração própria (ANS Tabnet).

Segundo Carlos Ocké-Reis, o mercado brasileiro de saúde suplementar possui um perfil oligopolizado, o que impõe desafios para lidar com a regulação dos *players* com maior poder de mercado¹². A concentração das reclamações, ilustrada na presente seção, parece corroborar tal assertiva.

3.5. Temas mais reclamados

Até aqui, foi possível identificar importantes semelhanças entre as bases de dados de ambos os canais, valendo destacar a aproximação entre a distribuição percentual das reclamações por região geográfica e por operadora. Não obstante, quando examinamos a temática das reclamações registradas em ambos os canais, evidencia-se uma substancial diferença entre as plataformas.

Conforme exposto na Tabela 8 a seguir, um percentual de 40% das reclamações que ingressam no canal consumidor.gov.br está relacionado ao tema “cobrança/contestação”. Em segundo lugar como grupo problema mais reclamado temos “Atendimento/SAC”, com 20,84% das reclamações. E, em terceiro lugar, figura o tema “contrato/oferta” com 16,51% das reclamações.

12 Nesse sentido, OCKÉ-REIS, Carlos O. Os desafios da ANS frente à concentração dos planos de saúde. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 4, p. 1041-1050, 2007.

Tabela 8 – Reclamações consumidor.gov.br (por tema da reclamação)

Consumidor.gov: grupo problema	
Cobrança/contestação	41,81%
Atendimento/SAC	20,84%
Contrato/Oferta	16,51%
Vício de Qualidade	15,67%
Informação	2,88%
Saúde e Segurança	2,21%
Entrega do Produto	0,09%

N = 6.604

Fonte: Elaboração Própria (consumidor.gov.br)

Ao analisarmos de forma mais detalhada as circunstâncias que estão inseridas dentro do tema mais prevalente na tabela anterior (“Cobrança/contestação”), é possível perceber que os problemas se situam nas cobranças após cancelamento do serviço (22,13% das reclamações desta categoria) e problemas com a devolução de valores pagos (20,17%). Trata-se de questões não relacionadas diretamente com a provisão de coberturas médicas, mas sim com assuntos atinentes à cobrança e faturamento.

Tabela 9 – Problemas mais frequentes dentro da categoria “Cobrança/Contestação”

Consumidor.gov: problema dado que grupo problema é cobrança/contestação	
Cobrança após cancelamento do serviço	22,13%
Dificuldade/atraso na devolução de valores pagos/reembolso/retenção de valores	20,17%
Cobrança por valores não previstos/não informados	12,79%
Reajuste - dúvida ou discordância (exceto idoso)	9,49%
Outros	35,42%

N = 2.761

Fonte: Elaboração Própria (consumidor.gov.br)

O segundo tema mais reclamado no canal consumidor.gov.br contempla diferentes circunstâncias relacionadas ao mau atendimento pelo SAC da operadora, predominando aqueles casos de solicitações não respondidas ou respondidas fora do prazo:

Tabela 10 – Problemas frequentes dentro da categoria “atendimento/SAC”

Consumidor.gov: problema dado que grupo problema é atendimento/SAC	
SAC - Demanda não resolvida/não respondida/respondida após o prazo	44,33%
Má qualidade no atendimento presencial ou outros canais (exceto SAC)	14,97%
SAC - Dificuldade para cancelar o serviço	14,83%
SAC - Dificuldade de contato/acesso	8,28%
Outros	17,59%

N = 1.376

Fonte: Elaboração Própria (consumidor.gov.br)

Dentro do grupo “Contrato/Oferta”, as circunstâncias mais frequentes são aquelas relacionadas a irregularidades na publicidade ou no fornecimento do serviço, bem como a alteração/rescisão do contrato sem solicitação ou aviso prévio.

Tabela 11 – Problemas frequentes dentro da categoria “contrato/oferta”

Consumidor.gov: problema dado que grupo problema é contrato/oferta	
Oferta não cumprida/serviço não fornecido/venda enganosa/publicidade enganosa	31,74%
Alteração/rescisão de contrato sem solicitação/aviso prévio	24,13%
Dificuldade/demora para cancelar o serviço	12,84%
Não entrega do contrato ou documentação relacionada ao serviço	10,09%
Outros	21,20%

N = 1.090

Fonte: Elaboração Própria (consumidor.gov.br)

Na outra ponta, ao analisar o padrão das reclamações registradas perante o canal da ANS, percebe-se que substancial fatia das reclamações (quase 70%) está relacionada à garantia de coberturas assistenciais (médica ou odontológica).

Tabela 12 – Temas reclamados na ANS

ANS: principais temas de reclamação		
Tema	Total	%
Cobertura assistencial	263.977	68,6%
Contratos e Regulamentos	87.313	22,7%
Mensalidades e Reajustes	30.532	7,9%
Outros temas	3.198	0,8%

N = 385.020

Fonte: Elaboração própria (ANS Tabnet)

Comparativamente, vislumbra-se que os canais exercem, em alguma medida, papéis complementares entre si: o canal do consumidor.gov.br é mais aderente a reclamações sobre irregularidades na cobrança e no atendimento do SAC, enquanto o canal da ANS tem maior protagonismo na garantia da cobertura a procedimentos médicos e odontológicos (dentro dos prazos estipulados pelas normas regulatórias).

A propósito, é imperioso ressaltar que as reclamações da ANS são processadas no bojo de uma infraestrutura institucional exclusivamente dedicada e baseada em uma intermediação extrajudicial denominada NIP (Notificação de Intermediação Preliminar), pela qual as operadoras são provocadas a dar esclarecimentos sobre os fatos reclamados. A automação viabilizada pela plataforma permite, portanto, a absorção e o processamento de um grande volume de queixas.

Em linhas gerais, a intermediação desempenhada pela agência reguladora em demandas assistenciais funciona da seguinte forma: (i) quando a operadora já realizou ou opta em realizar o procedimento dentro do prazo da NIP – 5 (cinco) dias úteis para demandas envolvendo cobertura assistencial e 10 (dez) dias úteis para os demais casos (não assistenciais), a demanda é inativada e o consumidor recebe uma notificação para confirmação do desfecho apontado; (ii) se a operadora não promove a cobertura no prazo ou insiste em manter uma postura adversarial quanto ao fato reclamado, a reclamação passa a integrar um resíduo de demandas que serão submetidas ao crivo de um analista da agência reguladora que poderá, com base na

normatização regulatória, finalizar a reclamação por não procedência ou encaminhá-la para a lavratura de auto de infração¹³.

Considerando o grande volume de queixas registradas perante a agência reguladora e a taxa de resolutividade de aproximadamente 90% (noventa por cento) das demandas¹⁴, é forçoso reconhecer que a plataforma da ANS exerce um importante papel para a tutela dos direitos dos consumidores.

A dúvida que fica é: se existem canais de resolução extrajudicial de conflitos que funcionam e são complementares entre si – um sob a ótica estritamente consumerista (canal consumidor.gov.br) e outro voltado para questões assistenciais e demais aspectos técnicos da regulação (canal de reclamações da ANS) – por que ferramentas deste tipo não têm sido suficientes para frear a crescente litigância judicial que se observa no setor da saúde suplementar? Este é o ponto da próxima seção.

4. OS CANAIS PARA A RESOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE CONFLITOS SOBRE PLANOS DE SAÚDE NÃO SÃO SUFICIENTES?

Ao fim e ao cabo, o sucesso de qualquer plataforma de resolução de conflitos depende da sua aptidão para dar um fim ao problema reclamado, seja induzindo a parte reclamada a fornecer aquilo que é postulado na reclamação, seja alcançando uma solução intermediária de comum acordo entre as partes.

O canal de reclamações consumidor.gov.br vem apresentando um volume crescente de registros de reclamações, o que mostra progressiva adesão de consumidores a esta modalidade de resolução de conflitos. O canal da ANS, por seu turno, exerce um relevante papel no processamento de reclamações – especialmente nas queixas sobre coberturas assistenciais, que apresentam desfecho positivo em sua maioria.

Portanto, se ferramentas simples e eficientes estão à disposição dos usuários para a resolução de problemas envolvendo a prestação dos serviços de planos de saúde, porque ainda há forte opção pelos processos judiciais como via de eleição para a obtenção de direitos? Responder esta pergunta não é fácil, mas certamente leva ao enfrentamento das principais causas que sustentam o ciclo de judicialização da saúde suplementar.

É importante salientar que a discussão a ser travada nesta seção não tem a pretensão de enumerar todas as possíveis causas que levam à judicialização da saúde, mas apenas especular quais são os fatores em jogo que incentivam a litigiosidade por meio de ações judiciais em detrimento de outras opções viáveis.

4.1. Maior notoriedade e acessibilidade do Poder Judiciário

Um primeiro atributo do Poder Judiciário que se deve levar em conta é a capilarização de sua estrutura por inúmeros municípios. Ademais, na ocorrência de um problema, o reclamante pode ser assessorado inicialmente por profissionais que fazem parte da própria estrutura do Poder Judiciário, a exemplo da Defensoria Pública ou dos núcleos de apoio ao consumidor.

Assim, por desconhecimento do usuário ou pelas circunstâncias relacionadas ao seu primeiro amparo profissional, as plataformas extrajudiciais podem parecer distantes ou pouco efetivas para se pleitear um determinado direito.

13 O procedimento da Notificação de Intermediação Preliminar é descrito pelas subseções que vão do artigo 5º ao artigo 16 da Resolução Normativa nº 388/2015. A Reparação Voluntária e Eficaz (RVE) é disciplinada pelo artigo 20 da mesma resolução.

14 De acordo com o Relatório de Atividades da ANS referente ao ano de 2016, o índice de resolutividade para demandas NIP classificadas como “assistencial” (envolvendo o pleito por coberturas médicas) foi de 88,2% em 2016. AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR - ANS (Brasil). *Relatório de atividades 2016*. 2017. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/images/stories/A_ANS/Transparencia_Institucional/Prestacao-de-Contas/Relatorio_de_Atividades/2016_relatorio_atividades.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2018.

Sob tal perspectiva, é importante que se promova ampla divulgação dos benefícios da utilização de meios extrajudiciais e, na medida do possível, que sejam fortalecidos os acordos de cooperação interinstitucional entre diferentes entidades regionais que recepcionam queixas sobre planos de saúde.

4.2. Imediatismo das liminares judiciais ou perenidade do direito a ser garantido

A escolha pela via judicial também pode estar relacionada a condições particulares do próprio pedido, especialmente quando há urgência ou quando se está pleiteando a inclusão do paciente em serviços complexos ou escassos, a exemplo dos centros de tratamento para câncer ou para algumas doenças crônicas.

Inicialmente, discute-se aqui a circunstância que dificilmente é alcançada por meio de plataformas extrajudiciais: o imediatismo para a concessão de pedidos urgentes. Quando o usuário necessita de uma solução imediata, usualmente recorre ao plantão judiciário e, fundamentando-se em laudo de seu médico, requisita que seja dada urgência ao pedido – pleiteando-se, em razão disso, o proferimento de uma liminar judicial.

Se tal imediatismo pode ser plenamente justificado em alguns casos, em outras situações pode ser forçado ou utilizado de forma estratégica para a concessão de uma liminar judicial. Portanto, se numa primeira vista a plataforma extrajudicial poderia ser mais ágil e menos burocrática que um moroso processo judicial, o imediatismo das liminares judiciais quebra esta lógica e promove um grande atrativo para a eleição do judiciário como melhor atalho para o alcance do objetivo pretendido.

A antecipação da tutela judicial em saúde baseia-se em um critério discricionário do juiz no tocante à indisponibilidade do direito tutelado¹⁵. Não obstante, em cognição sumária, é muito difícil enfrentar questões incidentais relacionadas à cobertura pleiteada, muitas delas complexas, a exemplo de restrições trazidas pelo rol de procedimentos ou prazos de carência ainda não cumpridos. As demandas são apresentadas aos magistrados em um contexto cuja demora na obtenção do direito está associada a infundáveis incertezas quanto ao prognóstico e à irreversibilidade do quadro de saúde do paciente.

Nesta arquitetura de decisão, em que o Judiciário passa a ser o balizador da urgência vinculada aos direitos em saúde, grande parte das liminares se baseiam em laudos médicos apresentados pelos próprios reclamantes¹⁶. Como consequência, há fortes incentivos para que os juízes não adotem uma posição contrária à documentação médica apresentada¹⁷.

Esta, a propósito, foi a constatação de uma pesquisa sobre ações judiciais em desfavor de uma operadora de autogestão que foram ajuizadas entre os anos de 1998 a 2009. Do universo de 3.569 ações judiciais, houve a antecipação de tutela em 2.480 delas, o que corresponde a aproximadamente 70% do total¹⁸. Em outra pesquisa que examinou o perfil de deferência de antecipação de tutela em diferentes tribunais da região sudeste, observou-se um perfil semelhante: uma taxa de 80,7% para o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e de 72,8% para o Tribunal de Justiça de São Paulo (período entre janeiro de 2003 a setembro de 2004)¹⁹.

15 FUX, Luiz. *Tutela de Urgência e Planos de Saúde*. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2000.

16 RIBEIRO, Leandro Molhano; HARTMANN, Ivar A. A judicialização do direito à saúde e as mudanças institucionais no Brasil. In: PRADO, Mariana Mota (Org.). *O Judiciário e o Estado Regulador brasileiro*. São Paulo: FGV Direito SP, 2016.

17 Uma pesquisa foi conduzida a partir da aplicação de uma entrevista direcionada a diferentes juízes e desembargadores do Estado do Maranhão. Foram analisados diferentes aspectos relacionados à percepção dos magistrados sobre as demandas judiciais em saúde. Quando questionados sobre a concessão de liminares, a maior parte dos profissionais se vê em uma posição delicada, cuja recusa pode levar o paciente à morte. Veja-se o trecho da resposta de um dos entrevistados: “Você fica naquele dilema e concede ou não concede uma liminar. Na dúvida, eu pensei: “Quer saber de uma coisa? Melhor conceder porque se esse cara morrer eu não vou ficar com esse peso na consciência”. NEVES, Pilar B. P.; PACHECO, Marcos Antônio B. Saúde pública e Poder Judiciário: percepções de magistrados no estado do Maranhão. *Revista de Direito GV*, São Paulo, v. 13, n. 3, p. 749-768, set./dez. 2017.

18 OLIVEIRA, José A. D.; FORTES, Paulo A.C. De que reclamam afinal? Estudo de ações judiciais contra uma operadora de plano de saúde. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 13, n. 3, p. 33-58, nov/fev. 2013.

19 ALVES, Daniele Conte; BAHIA, Lígia; BARROSO, André Feijó. O papel da Justiça nos planos e seguros de saúde no Brasil. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 25, n. 2, p. 279-290, fev. 2009.

Para além da rapidez quanto à obtenção do direito, as decisões judiciais também garantem maior perenidade ao objeto pleiteado, especialmente nos casos em que a cobertura é prolongada e o consumidor necessita ser incluído em algum tipo de serviço que demande o contínuo fornecimento de medicamentos ou terapias.

A propósito, as solicitações de medicamentos são um excelente exemplo nesse sentido: se o consumidor ingressa com uma reclamação em um canal extrajudicial requisitando o custeio de um determinado medicamento, a resolução do conflito será feita pontualmente e o chamado será encerrado de forma bem-sucedida assim que for comprovada a entrega do fármaco. Nada garante, entretanto, que a operadora viole a continuidade do tratamento algumas semanas depois, obrigando que o usuário ingresse com uma nova reclamação.

Considerando o potencial risco de descumprimento futuro de obrigações que possuem natureza longa e contínua, a decisão judicial parece apresentar maior coercitividade e, assim, transmite ao consumidor um maior grau de confiança quanto à inibição do prestador do serviço no tocante a um eventual cancelamento no fornecimento da terapia ou do medicamento (ao arrepio da ordem do magistrado).

Para alinhar incentivos, é necessário corrigir tal assimetria atacando as duas frentes: criando atrativos para o uso de mecanismos extrajudiciais e restringindo a banalização de alguns pedidos deferidos por liminar judicial.

O reforço da via extrajudicial pode ser feito criando plantões e outras formas cada vez mais rápidas para a resolução do conflito (quando certas condições estiverem presentes). Por seu turno, o Poder Judiciário pode ampliar a utilização de pareceres fornecidos por especialistas para subsidiar os magistrados no que concerne à procedência daquilo que está sendo requisitado liminarmente – criando-se um parâmetro mais criterioso nesse sentido.

4.3. O conteúdo das decisões pode gerar incentivos para mais judicialização

Quando uma reclamação é efetuada, o caso concreto que lhe deu causa pode ser examinado sob diferentes perspectivas. Em uma primeira perspectiva, o intérprete pode levar em conta algumas limitações trazidas por normas técnicas e, assim, julgar aquela reclamação improcedente. Em sentido diverso, a mesma situação pode ser inserida dentro de um contexto mais garantista e favorável ao consumidor.

Portanto, se o canal extrajudicial adota alguma norma regulatória que é mais restritiva ao consumidor e os processos judiciais garantem uma maior amplitude de direitos, cria-se um desalinhamento de tratamentos que pode gerar frustrações e induzir o usuário para a escolha da via judicial como primeira opção.

Neste contexto, embora a maioria das decisões judiciais favoráveis ao consumidor sejam mantidas pelos tribunais²⁰, tal constatação, isoladamente considerada, não permite inferir que o Poder Judiciário considerou todo o acervo de normas regulatórias para dirimir o conflito.

Basta constatar que, muito recentemente, em abril de 2018, a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça concluiu o julgamento do Recurso Especial nº 1.657.156 / RJ²¹, estabelecendo-se critérios mínimos para

20 Diferentes pesquisas apontam para um expressivo percentual de manutenção daquelas decisões judiciais que são favoráveis a consumidores de planos de saúde quando questionadas perante os tribunais locais. Como exemplo, podemos citar as seguintes taxas: 88,24% de decisões favoráveis no Tribunal de Justiça de SP em 2009 e 2010. SCHEFFER, Mário César. Coberturas assistenciais negadas pelos planos e seguros de saúde em ações julgadas pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 14, n. 1, p. 122-132, mar./jun. 2013. 92,5% dos pleitos atendidos para casos julgados pelo Tribunal de Justiça de SP envolvendo planos coletivos. ROBBIA, Rafael. *Judicialização dos planos e seguros de saúde coletivos no Tribunal de Justiça de São Paulo*. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Medicina da USP, São Paulo, 2017. 82,1% de decisões favoráveis ao consumidor questionadas perante o Superior Tribunal de Justiça entre os anos de 1990 a 2008. TRETTEL, Daniela Batalha. *Planos de saúde na Justiça: o direito à saúde está sendo efetivado?* Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2009.

21 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso Especial nº 1.657.156 / RJ*, 2018. Relator Ministro Benedito Gonçalves, 1ª Seção do STJ, Julgado em 24/04/2018 (DJe 04/05/2018). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_

que o Poder Judiciário determine o fornecimento de remédios fora da lista do SUS. Foi decidido que devem estar presentes, cumulativamente, os seguintes requisitos: laudo do médico do paciente comprovando que o medicamento é imprescindível e que os medicamentos fornecidos pelo SUS são ineficazes para o tratamento pretendido; demonstração da incapacidade financeira do paciente de arcar com o custo do medicamento prescrito; e existência de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

Embora a jurisprudência esteja voltada aos casos aplicáveis ao sistema público de saúde, há registros de decisões judiciais semelhantes na esfera da saúde suplementar²². A situação é emblemática para ilustrar algumas das exceções criadas pelo ativismo judicial nas demandas envolvendo assistência à saúde. Afinal, há fontes no ordenamento jurídico apontando para a proibição da livre comercialização destes produtos²³. Portanto, de um lado, exige-se que os medicamentos a serem vendidos no Brasil sejam amparados pelo registro da autoridade sanitária e, na outra extremidade, sentenças judiciais obrigam que tal substância irregular (sob a perspectiva sanitária federal) seja adquirida para o consumo.

Para além da normatização da ANVISA, as decisões judiciais sobre planos de saúde também podem ignorar ou simplesmente não contemplar as condições regulatórias positivadas pela ANS.

Sobre a questão, é imperioso destacar que grande parte do conteúdo normativo que incide perante as relações contratuais envolvendo planos de saúde está situada no nível infralegal. A Lei nº 9656/98 (lei dos planos de saúde) tão somente delimita as regras gerais, enquanto a Lei nº 9961/2000 (lei de criação da ANS) atribui uma série de competências que serão exercidas pela agência reguladora mediante a expedição de atos administrativos e resoluções normativas.

Desta forma, quando alguma queixa é apresentada ao Poder Judiciário e o magistrado não leva em consideração a disciplina trazida pelas resoluções infralegais, a interpretação judicial acaba se fazendo valer como norma regulatória, eis que extrai alguma solução do ordenamento jurídico para disciplinar diferentes conflitos sobre planos de saúde.

Neste cenário, tendo o Código de Defesa do Consumidor (CDC) um conteúdo mais flexível e principiológico, grande parte dos conflitos judiciais são regulados à luz da normatização consumerista. É o que se infere dos resultados da pesquisa de Rafael Robba, que examinou o conteúdo das decisões do TJSP em conflitos envolvendo planos de saúde coletivos em 2013 e 2014: a fundamentação de 56,7% das decisões ampara-se no CDC, enquanto que aquelas que citam normas da ANS totalizam aproximadamente 2% (dois por cento)²⁴.

Se, por um lado, a legislação consumerista parece ser mais protetiva para a tutela do caso concreto, seu uso pode colidir frontalmente com a lógica de algumas normas técnicas criadas pela agência reguladora. No longo prazo, isso fragiliza a previsibilidade e a segurança jurídica sobre quais regras devem ser levadas a sério pelos *players* do setor.

registro=201700256297&dt_publicacao= 04/05/2018>. Acesso em: 02 set. 2018.

22 A notícia a seguir ilustra que várias decisões proferidas pelos tribunais chegam ao STJ versando sobre a determinação judicial para a cobertura de medicamentos não registrados pela ANVISA. O GLOBO. STJ suspende ações que pedem fornecimento de medicamentos importados por planos de saúde. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/defesa-do-consumidor/stj-suspende-acoes-que-pedem-fornecimento-de-medicamentos-importados-por-planos-de-saude-22515451>. Acesso em: 21 ago. 2018.

23 “Art. 273 - Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa.

§ 1º - Nas mesmas penas incorre quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado.

[...]

§ 1º-B - Está sujeito às penas deste artigo quem pratica as ações previstas no § 1º em relação a produtos em qualquer das seguintes condições:

[...]

I - sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente”.

24 Valor atribuído à soma de todas as citações contabilizadas sobre: Resolução Normativa nº 279/2011 (1%); resoluções diversas sobre o rol de procedimentos (0,9%); e Resolução Normativa 195/2009 (0,3%). ROBBA, Rafael. *Judicialização dos planos e seguros de saúde coletivos no Tribunal de Justiça de São Paulo*. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Medicina da USP, São Paulo, 2017. p. 51.

Toma-se, por exemplo, as normas regulatórias que disciplinam as diretrizes de utilização para certas coberturas previstas pelo rol de procedimentos da ANS. A idealização destas diretrizes é que a cobertura a um determinado procedimento seja elegível quando preenchidas certas condições preconizadas pela melhor literatura disponível (medicina baseada em evidências). Em outras palavras, a norma regulatória permite que um mesmo procedimento seja autorizado para uma indicação médica e negado para outra. A lógica de escassez que serve como pano de fundo para a norma regulatória perde totalmente a sustentação quando confrontada com a Súmula nº 102 do TJSP, abaixo transcrita, que atribui a “palavra final” exclusivamente ao médico solicitante: “Sumula 102. Havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS”.

Outro exemplo de afastamento da normatização regulatória são as declarações de ilegalidade das cláusulas contratuais redigidas como base na Resolução CONSU nº 13/98, que disciplina os limites de cobertura para urgências e emergências em planos de saúde. Embora a legitimidade da norma tenha sido reconhecida pela justiça federal, ocasião em que a resolução poderia ter sido afastada do ordenamento, a regra é sistematicamente afastada pela jurisprudência de alguns tribunais estaduais²⁵.

Não se pretende aqui esgotar todos os casos em que o Poder Judiciário, voluntariamente ou por desconhecimento, decide em sentido contrário ao disciplinado pelas normas regulatórias²⁶. Tampouco se advoga pela prevalência das normas regulatórias a qualquer custo. O propósito é tentar explicar como este conflito de interpretações pode gerar assimetrias de tratamento e, assim, dificultar o estabelecimento de parâmetros claros para o tratamento de certos litígios.

A simplificação regulatória e a redução da assimetria de informações certamente estão entre as soluções para facilitar a compreensão da normatização aplicável. De acordo estudo desenvolvido por Mario Scheffer sobre o perfil da judicialização dos planos de saúde perante o TJSP, a diversidade de justificativas das empresas de planos de saúde para a restrição da assistência médica²⁷ indica a complexidade da regulação e, ao mesmo tempo, aponta para possibilidades concretas de aperfeiçoamento da legislação.

De acordo com a literatura econômica²⁸, agentes racionais têm comportamento estratégico. Quando isso ocorre, podemos dizer que os agentes se deparam com um jogo, e, em tais situações, a Teoria dos Jogos analisa e ajuda a prever as estratégias racionais desses indivíduos²⁹.

25 Trata-se da conclusão de pesquisa empírica sobre o tratamento dado pelos Tribunais do Rio de Janeiro, São Paulo e Minas Gerais à Resolução CONSU nº 13/98 (que disciplina a cobertura para os casos de urgência e emergência). Observou-se que a norma regulatória é declarada ilegal na quase totalidade dos julgados examinados (apenas uma pequena parcela de acórdãos proferidos pelo TJ-SP foi em sentido contrário). Conforme destacado pelo autor, a mesma resolução já havia sido questionada em âmbito federal no bojo da Ação Civil Pública n. 2009.61.00.002894-4, julgada na 6ª Vara Federal da subseção judiciária de São Paulo, ocasião em que foi considerada dentro dos limites da legalidade e de discricionariedade técnica do Poder Executivo. Portanto, embora a Justiça Federal tenha reconhecido a legitimidade da norma, os tribunais estaduais declaram nulas aquelas cláusulas que instrumentalizam o seu conteúdo. Como resultado, é produzido um controle judicial “indireto”, oblíquo, no qual a norma regulatória, embora não expurgada do ordenamento, é sistematicamente desconsiderada em inúmeras decisões isoladas de cada Justiça Estadual. RAMALHO, Bruno Araujo. A Interface institucional entre a ANS e o Poder Judiciário: análise de acórdãos sobre a cobertura de emergências médicas em planos de saúde. *Revista De Direito Sanitário*, São Paulo, v. 17, n. 1, p. 122-144, 2016.

26 Sobre a questão, a pesquisa de Rafael Robba traz uma valiosa sistematização das principais teses conflitantes (entre o posicionamento do TJSP e as normas da ANS). ROBBIA, *Judicialização dos planos e seguros de saúde coletivos no Tribunal de Justiça de São Paulo*. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Medicina da USP, São Paulo, 2017. Igualmente importante para ilustrar os conflitos entre o Poder Judiciário e as normas da ANS, vale destacar: TRETTEL, Daniela Batalha; KOZAN, Juliana Ferreira; SCHEFFER, Mário César. Judicialização em planos de saúde coletivos: os efeitos da opção regulatória da Agência Nacional de Saúde Suplementar nos conflitos entre consumidores e operadoras. *Revista De Direito Sanitário*, São Paulo, v. 19, n. 1, p. 166-187, 2018.

27 Segundo a pesquisa, as justificativas mais utilizadas foram: (i) não previsão do procedimento no rol da ANS; (ii) ausência de previsão contratual para um determinado procedimento; (iii) não cumprimento de prazo de carência; (iv) hospital procurado pelo beneficiário não faz parte da rede contratada; (v) não obrigatoriedade do plano de saúde cobrir o custeio de medicamentos de uso domiciliar e oral. SCHEFFER, Mário, Coberturas assistenciais negadas pelos planos e seguros de saúde em ações julgadas pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 14, n. 1, p. 128-129, mar./jun. 2013.

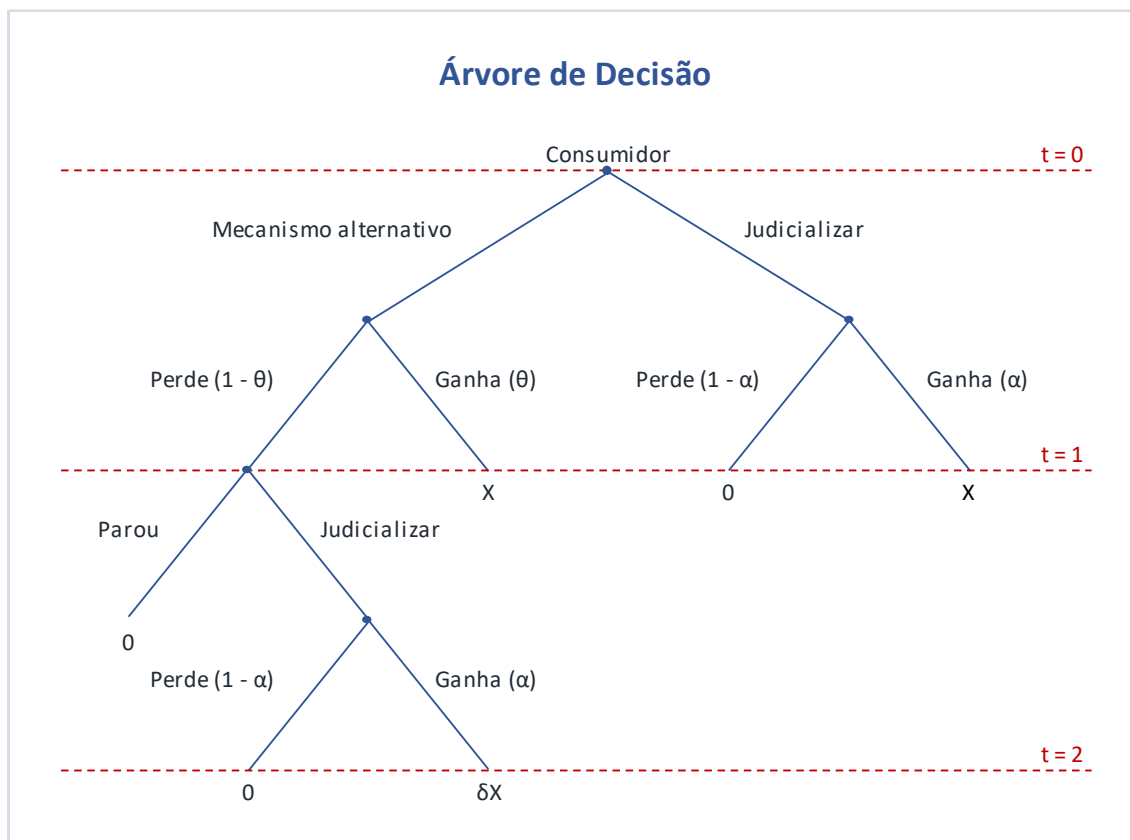
28 MAS-COLELL, Andreu et al. *Microeconomic theory*. New York, EUA: Oxford University Press, 1995.

29 GIBBONS, Robert. *Game theory for applied economists*. Princeton, EUA: Princeton University Press, 1992.

Baseando-se na citada teoria, é imperioso reconhecer que os comportamentos não são ditados, mas sim influenciados pela norma legal, visto que em certas circunstâncias pode ser racional ir contra ela³⁰. Adicionalmente, a lei e a jurisprudência podem permitir mais de um tipo de comportamento, de tal sorte que a escolha de qual será seguido pode depender da interação entre indivíduos.

Ao saber que a probabilidade de ganhar uma demanda no judiciário é alta, os incentivos estão claros pela perspectiva do consumidor. Assim, as possíveis ações de um consumidor para litigar podem ser representadas na árvore de decisão a seguir:

Gráfico 4 – Árvore de Decisão



Fonte: Elaboração Própria

Vamos admitir que o consumidor tenha alguma demanda a ser resolvida com sua operadora e, inicialmente, possua duas opções: judicializar a questão ou tentar resolvê-la através de algum mecanismo alternativo, a exemplo do site consumidor.gov ou canal da ANS. Caso o consumidor resolva judicializar, existem dois possíveis resultados: ganhar a causa ou perder. Vamos admitir que, independentemente do resultado, o jogo termina.

Em um segundo eixo, o consumidor deixaria de judicializar e tentaria resolver através de algum mecanismo alternativo de resolução de conflitos. Novamente, existem dois possíveis resultados: ganhar ou perder a demanda. No entanto, desta vez, caso o consumidor perca, ele ainda possui a opção de judicializar – o que mais uma vez, leva a dois resultados possíveis, quais sejam, perder ou ganhar a ação (terminando-se aí o jogo).

Considerando ambos os feixes de escolha, a cronologia do jogo ocorre da seguinte forma: (i) em $t=0$ o consumidor decide se judicializa ou tenta algum mecanismo alternativo; (ii) em $t=1$, o consumidor descobre se ganhou ou perdeu no processo judicial ou no extrajudicial; (iii) caso o consumidor tenha tentado a via extrajudicial e tenha perdido, ele pode ainda judicializar e o resultado da judicialização será realizado em $t=2$.

30 PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. São Paulo: Campus, 2005.

Há que se levar em consideração o desconto intertemporal dos consumidores. Afinal, a opção de resolução através da via extrajudicial só vale a pena caso a probabilidade de sucesso se mostre superior à probabilidade de sucesso através da via judicial. Suponha que o consumidor considere que a probabilidade de ganhar a disputa através da via extrajudicial seja de θ e de perder $(1 - \theta)$. Suponha também que a probabilidade de ganhar a disputa através da via judicial seja de α e de perder $(1 - \alpha)$. Além disso, vamos admitir que, quando o consumidor ganha a disputa, independentemente da via escolhida, ele recebe X de *payoff*. Caso o consumidor perca, ele recebe 0 de *payoff*. Além disso, tome δ como a taxa de desconto intertemporal. Logo,

Ganho esperado da judicialização: $(1-\alpha)0 + \alpha X$

Ganho esperado da via extrajudicial: $(1-\theta)[0 + (1-\alpha)0 + \alpha\delta X] + \theta X$.

Destarte, para que o consumidor escolha inicialmente a via alternativa ao invés da via judicial, o ganho esperado de entrar com um processo judicial precisa ser menor do que o ganho esperado de tentar um mecanismo alternativo. Ou seja,

$$\begin{aligned} (1-\theta)[0 + (1-\alpha)0 + \alpha\delta X] + \theta X &> (1-\alpha)0 + \alpha X \\ (1-\theta)\alpha\delta X + \theta X &> \alpha X \\ (1-\theta)\alpha\delta + \theta &> \alpha \\ \alpha\delta + \theta(1-\alpha\delta) &> \alpha \\ \theta(1-\alpha\delta) &> \alpha(1-\alpha) \\ \frac{\theta}{\alpha} &> \frac{(1-\alpha)}{(1-\alpha\delta)} \end{aligned}$$

Como $(1-\alpha) > (1-\alpha\delta)$ então, $\frac{(1-\alpha)}{(1-\alpha\delta)} > 1$, $\frac{(1-\alpha)}{(1-\alpha\delta)} > 1$. Logo, $\frac{\theta}{\alpha} > 1$, $\frac{\theta}{\alpha} > 1$.

Portanto, se mantidas iguais as condições de tempo por jogada³¹, para que o consumidor queira resolver sua disputa através de mecanismo alternativo ao invés da via judicial, é imperioso que a probabilidade de ganhar no primeiro caso não seja menor que a probabilidade de ganho no segundo caso.

4.4. As principais estratégias para reduzir a “judicialização da saúde” priorizam o Poder Judiciário como o centro da tomada de decisão

Embora se especule que a judicialização possa desencadear inovações institucionais e fomentar a implementação de novos direitos sociais³², a escalada dos custos da judicialização é preocupante e fala por si.

Neste contexto, são valiosas as iniciativas do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no sentido de aprimorar a qualidade técnica das decisões judiciais por meio de ferramentas como o NAT-JUS³³ e demais formas de coleta de subsídios técnicos para garantir maior racionalidade às decisões judiciais. Afinal, a maior tecnicidade na avaliação dos pleitos judiciais pode criar, em certa medida, um desincentivo para o ajuizamento de ações judiciais flagrantemente improcedentes ou em desacordo com a regulação aplicável.

31 Sobre a variável “tempo”, vale destacar que a opção por “judicializar” pode ter uma diminuta duração nos casos em que o magistrado concede medidas liminares para garantir o objeto pleiteado pelo autor, nos termos já abordados na seção 4.2 – tornando-a ainda mais vantajosa como primeira opção a ser escolhida na dinâmica ilustrada pelo jogo.

32 Há poucos estudos empíricos dedicados a demonstrar qual é a relação de causalidade entre a litigância envolvendo o direito à saúde e: (1) mudanças políticas no setor de saúde; (2) mudanças institucionais no setor de saúde; e (3) mudanças institucionais indiretas (fora do setor de saúde, a exemplo de mudanças na arquitetura institucional do Poder Judiciário). PRADO, Mariana M. The Debatable Role of Courts in Brazil’s Health Care System: Does Litigation Harm or Help? *Journal of Law, Medicine & Ethics*, v. 41, n. 1, p. 124-137, mar./jun. 2013.

33 Trata-se de plataforma lançada em novembro de 2017 e que tem o intuito de fornecer insumos para subsidiar as decisões de magistrados nas ações judiciais envolvendo saúde. A notícia sobre o lançamento da plataforma encontra-se disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85802-ministra-lanca-plataforma-para-subsidiar-decisoes-com-evidencia-medica>>. Acesso em: 25 ago. 2018.

Não obstante, conforme observa Leandro Molhano e Ivar Hartmann³⁴, o objetivo oficialmente declarado quando da criação dos Núcleos de Apoio Técnico (NATs) não foi reduzir o número de ações judiciais relacionadas à saúde, mas tão somente preencher espaços técnicos não dominados pelos magistrados. Permanece, portanto, a hegemonia da tomada de decisão alocada no Poder Judiciário, o que se insere dentro de um contexto em que judicialização vê-se obrigada a criar ferramentas para lidar com sua própria onipresença.

E, mesmo sob a adoção deste tipo de arranjo decisório, permanecem dilemas de confiança sobre a credibilidade daqueles técnicos que seriam responsáveis pela orientação técnica das decisões judiciais em planos de saúde³⁵ e problemas relacionados ao grau de aceitação dos magistrados em submeter suas decisões ao arrazoado trazido pelos membros do núcleo técnico. Sobre esta última questão, vale destacar a tese de doutorado que investigou a incorporação de pareceres técnicos nas decisões judiciais sobre assistência pública à saúde no Estado do Rio de Janeiro. De acordo com o estudo, foram identificados diferentes casos em que a contribuição do NAT não foi suficiente para o convencimento do magistrado em oposição à documentação médica apresentada pelo autor da ação. Assim concluiu a autora do trabalho:

O resultado do estudo apontou uma ausência de utilização dos Pareceres técnico-científicos no discurso judicial. Nos processos judiciais em que foram apresentadas sugestões de alternativas terapêuticas disponíveis no SUS, esta premissa não foi considerada devidamente no processo decisório, comprometendo a validade discursiva da argumentação e decisão judiciais. Certas questões, como custo-efetividade, eficácia, efetividade e os limites aceitáveis das restrições médico-sanitárias em relação ao acesso à terapêutica no SUS não são aprofundadas e apontam uma relativa incompreensão da linguagem médico-sanitária.

As decisões judiciais que envolvem o direito à assistência terapêutica continuam adotando a presunção de que a prescrição médica individual é a indicação mais segura da imprescindibilidade da terapêutica pleiteada, e se não comprovada por meio de provas materiais contrárias, pelos réus-gestores a veracidade desta prescrição e/ou do diagnóstico, os magistrados entendem que as prescrições individuais são plenamente válidas para obrigar o ente público a fornecer a terapêutica reclamada³⁶.

Nesta linha de ideias, o incremento de racionalidade e de tecnicidade nas decisões judiciais sobre saúde é um passo importante, mas insuficiente. Para que exista, realmente, um menor protagonismo da via judicial como arena de resolução de litígios em planos de saúde, é imperioso alinhar incentivos entre canais extrajudiciais e judiciais, de maneira que os primeiros sejam elegíveis como a escolha mais eficiente (pela rapidez, praticidade, e outros atributos) e, ao mesmo tempo, a operadora de planos de saúde sinta-se impelida a resolver o litígio antes da sua evolução para aquele que deve ser interpretado como o nível mais crítico de litigância: a esfera judicial.

Assim, considerando a demanda judicial como o reflexo de um problema não resolvido, o desenho institucional deve ser pensado para que se fortaleçam outras vias de solução de conflitos, de forma a torná-las mais atrativas, especialmente no que tange à praticidade e ao custo subjacente à resolução da queixa. Transferir este protagonismo para outras esferas controladas pelo poder público não é uma tarefa fácil, já que o uso do Poder Judiciário como instrumento de consagração de direitos decorre, em alguma medida, da descrença da população com relação ao funcionamento das instituições do Poder Executivo e quanto à legitimidade dos legisladores que formulam as políticas públicas³⁷.

34 RIBEIRO, Leandro Molhano; HARTMANN, Ivar A. A judicialização do direito à saúde e as mudanças institucionais no Brasil. In: PRADO, Mariana Mota (Org.) *O Judiciário e o Estado Regulador brasileiro*. São Paulo: FGV Direito SP, 2016. p. 246-247.

35 Nesse sentido, vale destacar a manifestação da Proteste questionando a possível ausência de imparcialidade na atuação do núcleo de mediação do TJSP para casos envolvendo planos de saúde. Segundo a entidade, o formato de escolha pode levar a uma solução quase imposta por uma das partes – no caso os planos de saúde. Assim, preconizam que a mediação seja conduzida por alguém neutro, ou então por uma câmara de mediação/conciliação em plantão permanente, e integrada por: um técnico neutro; um representante de uma das partes (no caso os planos de saúde); um representante do consumidor (órgão público ou entidade não-governamental de proteção e defesa do consumidor). A notícia sobre o manifesto está disponível em: <<https://www.proteste.org.br/saude-e-bem-estar/plano-de-saude/noticia/planos-de-saude-nucleo-de-mediacao-e-parcial>>. Acesso em: 28 ago. 2018.

36 SILVA, Miriam Ventura da. *O processo decisório judicial e a assessoria técnica: a argumentação jurídica e médico-sanitária na garantia do direito à assistência terapêutica no Sistema Único de Saúde*. Tese (Doutorado) – Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Rio de Janeiro, 2012. p. 172-173.

37 Nesse sentido, vale destacar a compreensão trazida pelo jurista Luís Roberto Barroso sobre o papel institucional do Supremo

Em um primeiro nível, é fundamental que os sistemas de atendimento das próprias operadoras sejam reforçados para que o consumidor deposite confiança no serviço e sinta-se apto para resolver o problema dentro da esfera de ingerência da própria empresa responsável pelo serviço. Para tanto, o protagonismo do canal consumidor.gov.br em forçar a melhoria nos sistemas de atendimento ao consumidor (SAC) das empresas pode ser bastante útil para induzir melhorias. As normas da ANS também sinalizam uma abordagem semelhante: em 2013 publicou-se uma resolução estabelecendo critérios mínimos para a infraestrutura das ouvidorias de operadoras de planos de saúde e, em 2016, outra norma disciplinou uma série de requisitos para o fornecimento de informações aos consumidores a respeito de coberturas assistenciais³⁸.

Em um segundo nível, devem haver incentivos (especialmente de tempo e custo) para o uso de alternativas de autocomposição extrajudicial, de maneira a reforçar o protagonismo da agência reguladora e, em níveis locais, privilegiar técnicas de mediação³⁹ fazendo-se uso de câmaras regionais de mediação⁴⁰.

Em um terceiro nível, é imperioso fortalecer o diálogo entre as partes que lidam com as interpretações relacionadas ao conteúdo da regulação, contribuindo-se para uma interface mais harmoniosa entre a agência reguladora e o Poder Judiciário. A partir deste diálogo, podem ser idealizadas ferramentas para minimizar a assimetria de informação e promover ajustes para simplificar a regulação aplicável aos casos notadamente mais problemáticos.

Por fim, as instituições que atuam perante o Poder Judiciário devem privilegiar uma atuação mais ampla e preventiva, utilizando-se de acordos coletivos e métodos consensuais para pactuar a correção de casos mais recorrentes e, assim, minimizar a entrada de ações judiciais isoladas⁴¹.

Ante todo o exposto, conclui-se que os canais de resolução extrajudicial abordados pelo presente estudo possuem um importante papel institucional, mas são insuficientes para, isoladamente, frear o crescimento da judicialização da saúde. Para tanto, é necessário levar a sério as seguintes iniciativas: (i) maior tecnicidade das decisões judiciais, especialmente aquelas que envolvem a concessão de liminares; (ii) arquitetura institucional que privilegie o uso de plataformas de resolução extrajudicial de conflitos em detrimento de ações judiciais; e (iii) uso de ferramentas coletivas e proativas por parte das instituições reguladoras e dos órgãos que representam consumidores perante o Poder Judiciário.

Tribunal Federal. Para o autor, a corte suprema tem atuado como uma “vanguarda iluminista” quando lida com questões difíceis envolvendo demandas sociais. Neste diapasão, argumenta-se que a corte constitucional acaba empurrando a ordem jurídica para a consagração de direitos e conquistas que, embora relevantes, simplesmente não são contempladas por aqueles que formulam as leis. BARROSO, Luis Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial. 2015.

38 Aqui, faz-se referência a duas normas especificamente: (i) a Resolução Normativa nº 323, publicada em 3 de abril de 2013, que determina a instituição de unidade organizacional específica de ouvidoria pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde; e (ii) a Resolução Normativa nº 395, publicada em 14 de janeiro de 2016, que disciplina as regras a serem observadas pelas Operadoras de Planos Privados de Assistência à Saúde nas solicitações de procedimentos e/ou serviços de cobertura assistencial apresentados pelos beneficiários. Ambas estão disponíveis em: <<http://www.ans.gov.br/legislacao/busca-de-legislacao>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

39 Em linhas gerais, a principal diferença entre “arbitragem” e “mediação” reside na forma como se dá a resolução do conflito. Na arbitragem, o árbitro é um especialista que examina os fatos que orbitam sobre o litígio e decide a lide. Na mediação, há um intermediário entre os litigantes (mediador) que apenas busca facilitar a negociação e convencê-los a alcançar, juntos, um consenso que seja apto a solucionar a controvérsia. FREGAPANI, Guilherme Silva Barbosa. Formas alternativas de solução de conflitos e a lei dos juizados especiais cíveis. *Revista de Informação Legislativa*, v. 34, n. 133, p. 99-107, jan./mar. 1997. p. 101.

40 No âmbito da saúde pública já existem algumas iniciativas nesse sentido, tais como: (i) a câmara de conciliação de litígios ligados à saúde, do Estado do Rio de Janeiro, e (ii) o “SUS mediado” (mecanismo extrajudicial do Estado do Rio Grande do Norte formalizado entre secretaria do estado de saúde, defensoria pública e procuradorias estadual e federal). RIBEIRO, Leandro Molhano; HARTMANN, Ivar A. A judicialização do direito à saúde e as mudanças institucionais no Brasil. In: PRADO, Mariana Mota (Org.). *O Judiciário e o Estado Regulador brasileiro*. São Paulo: FGV Direito SP, 2016. p. 240.

41 Conforme descreve Felipe Dutra Asensi, há uma distinção entre “judicialização” e “juridicização”. Na primeira, o Poder Judiciário é chamado a decidir no sentido da resolução definitiva de um determinado conflito. Na segunda hipótese, predomina a ideia de consenso pelo diálogo, ou seja, a ênfase num processo de negociação, pactuação e concessão recíproca entre os diversos atores cujo resultado é construído consensualmente. Trata-se de uma valiosa forma de atuação das instituições jurídicas que vai além da mera judicialização. ASENSI, Felipe Dutra. Judicialização ou juridicização? As instituições jurídicas e suas estratégias na saúde. *Physis – Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 33-55, 2010. p. 48-49.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os números crescentes da judicialização no setor de saúde suplementar revelam um atrito problemático entre consumidores e operadoras de planos de saúde e despertam uma série de preocupações sobre a forma como devem ser desenhadas as políticas públicas para que se tenha um mercado com menores níveis de litigância judicial.

O sucesso de qualquer plataforma para a resolução de conflitos depende da sua aptidão para dar fim ao problema, seja induzindo a parte reclamada a fornecer aquilo que é postulado na reclamação, seja alcançando uma solução intermediária de comum acordo entre as partes. Assim, considerando os custos inerentes à judicialização da saúde, é fundamental conhecer as particularidades existentes nas atuais plataformas de resolução extrajudicial de conflitos.

O presente artigo comparou diferentes elementos presentes nas reclamações registradas no canal consumidor.gov.br e no canal da ANS, concluindo-se que ambos exercem um importante papel social e, em alguma medida, desempenham papéis complementares entre si: o canal do consumidor recebe maior volume relacionado a cobranças indevidas e irregularidades com SAC, enquanto parcela substancial das reclamações tratadas pelo canal da ANS versa sobre a garantia de coberturas assistenciais.

De acordo com o conteúdo pesquisado, foi possível constatar padrões bem semelhantes, a exemplo do maior percentual de reclamações na região sudeste e da forte concentração das queixas atribuídas a um número bem reduzido de operadoras.

Embora tais plataformas sejam instrumentos simples e gratuitos para a resolução de problemas envolvendo os serviços de planos de saúde, o uso isolado destas ferramentas não é suficiente para eliminar a excessiva utilização do Poder Judiciário como palanque adversarial. Isso se deve a diferentes hipóteses (a serem confirmadas por estudos futuros), dentre as quais podemos destacar: (i) a maior notoriedade e acessibilidade do Poder Judiciário; (ii) o imediatismo garantido pelas liminares judiciais; (iii) o conteúdo favorável das decisões, o que leva a mais judicialização; e (iv) a manutenção do Poder Judiciário como centro da tomada de decisão.

Portanto, para além das políticas públicas que estabeleçam ferramentas de apoio técnico para conferir maior consistência às decisões judiciais, é fundamental que seja adotada uma arquitetura institucional que privilegie métodos consensuais e incentive o uso de plataformas de resolução extrajudicial de conflitos. Paralelamente, deve haver uma interface harmoniosa entre os entendimentos do Poder Judiciário e aquele conteúdo disciplinado pelas normas da agência reguladora do setor.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR - ANS (Brasil). *Caderno de informação da saúde suplementar: beneficiários, operadoras e planos*. 2017. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Perfil_setor/Caderno_informacao_saude_suplementar/caderno_informacao_junho_2017.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2018.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR - ANS (Brasil). *Relatório de atividades 2016*. 2017. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/images/stories/A_ANS/Transparencia_Institucional/Prestacao-de-Contas/Relatorio_de_Atividades/2016_relatorio_atividades.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2018.

ALVES, Daniele Conte; BAHIA, Ligia; BARROSO, André Feijó. O papel da Justiça nos planos e seguros de saúde no Brasil. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 25, n. 2, p. 279-290, fev. 2009.

- ASENSI, Felipe Dutra. Judicialização ou juridicização? As instituições jurídicas e suas estratégias na saúde. *Physis – Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 33-55, 2010.
- BARROSO, Luis Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 24-51, 2015.
- BRITO, Fausto. *A transição demográfica no Brasil: as possibilidades e os desafios para a economia e a sociedade*. Belo Horizonte: UFMG/Cedeplar, 2007.
- FREGAPANI, Guilherme Silva Barbosa. Formas alternativas de solução de conflitos e a lei dos juizados especiais cíveis. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 34, n. 133, p. 99-107, jan./mar. 1997.
- FUX, Luiz. *Tutela de Urgência e Planos de Saúde*. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2000.
- GIBBONS, Robert. *Game theory for applied economists*. Princeton, EUA: Princeton University Press, 1992.
- MAS-COLELL, Andreu et al. *Microeconomic theory*. New York, EUA: Oxford University Press, 1995.
- NEVES, Pilar B. P.; PACHECO, Marcos Antônio B. Saúde pública e Poder Judiciário: percepções de magistrados no estado do Maranhão. *Revista de Direito GV*, São Paulo, v. 13, n. 3, p. 749-768, set./dez. 2017.
- OCKÉ-REIS, Carlos O. Os desafios da ANS frente à concentração dos planos de saúde. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 4, p. 1041-1050, 2007.
- OLIVEIRA, José A.D.; FORTES, Paulo A.C. De que reclamam afinal? Estudo de ações judiciais contra uma operadora de plano de saúde. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 13, n. 3, p. 33-58, nov./fev. 2013.
- PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. São Paulo: Campus, 2005.
- PRADO, Mariana M. The Debatable Role of Courts in Brazil's Health Care System: Does Litigation Harm or Help? *Journal of Law, Medicine & Ethics*, v. 41, n. 1, p. 124-137, mar./jun. 2013.
- RAMALHO, Bruno Araujo. A Interface institucional entre a ANS e o Poder Judiciário: análise de acórdãos sobre a cobertura de emergências médicas em planos de saúde. *Revista De Direito Sanitário*, São Paulo, v. 17, n. 1, p. 122-144, 2016.
- RIBEIRO, Leandro Molhano; HARTMANN, Ivar A. A judicialização do direito à saúde e as mudanças institucionais no Brasil. In: PRADO, Mariana Mota (Org.). *O Judiciário e o Estado Regulador brasileiro*. São Paulo: FGV Direito SP, 2016.
- ROBBA, Rafael. *Judicialização dos planos e seguros de saúde coletivos no Tribunal de Justiça de São Paulo*. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Medicina da USP, São Paulo, 2017.
- SCHEFFER, Mário César. Coberturas assistenciais negadas pelos planos e seguros de saúde em ações julgadas pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 14, n. 1, p. 122-132, mar./jun. 2013.
- SILVA, Miriam Ventura da. *O processo decisório judicial e a assessoria técnica: a argumentação jurídica e médico-sanitária na garantia do direito à assistência terapêutica no Sistema Único de Saúde*. Tese (Doutorado) – Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Rio de Janeiro, 2012.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso Especial nº 1.657.156 / RJ*, 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201700256297&dt_publicacao=04/05/2018>. Acesso em: 02 set. 2018.
- TRETTTEL, Daniela Batalha. *Planos de saúde na Justiça: o direito à saúde está sendo efetivado?* Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2009.

TRETTTEL, Daniela Batalha; KOZAN, Juliana Ferreira; SCHEFFER, Mário César. Judicialização em planos de saúde coletivos: os efeitos da opção regulatória da Agência Nacional de Saúde Suplementar nos conflitos entre consumidores e operadoras. *Revista De Direito Sanitário*, São Paulo, v. 19, n. 1, p. 166-187, 2018.

VIEIRA JUNIOR, Wilson M; MARTINS, Mônica. Idosos e planos de saúde no Brasil: análise das reclamações recebidas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro v. 20, n. 12, p. 3817-3826, 2015.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**Medicamentos sem registros
na ANVISA: uma abordagem
institucional**
**ANVISA unapproved drugs: an
institutional approach**

Igor De Lazari

Sergio Dias

Carlos Bolonha

VOLUME 8 • Nº 3 • DEZ • 2018
DOSSIÊ ESPECIAL : POLÍTICAS PÚBLICAS
E O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

Medicamentos sem registros na ANVISA: uma abordagem institucional*

ANVISA unapproved drugs: an institutional approach

Igor De Lazari**

Sergio Dias***

Carlos Bolonha****

RESUMO

Este artigo possui por objeto, a partir da abordagem institucionalista, a investigação dos níveis de deferência dos Poderes Legislativo e Judiciário à Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Metodologicamente, serão analisadas decisões judiciais e legislativas que preterem as prerrogativas da ANVISA no que se refere à permissão de acesso a medicamentos sem registro, e indicar que os Poderes revisores deveriam observar nas suas decisões as suas limitações institucionais. Tem-se que a originalidade se baseia na inquirição da possibilidade de Poderes revisores substituírem a ANVISA nas suas atribuições para o propósito de atender interesses individuais de acesso a medicamentos não autorizados. Identificou-se, a partir disso, que relativa deferência à agência administrativa no que se refere à dispensação de medicamentos pode ser relevante e necessária às políticas públicas de medicamentos.

Palavras-chaves: Deferência. ANVISA. Medicamentos.

ABSTRACT

This paper has as its object, from the institutionalist approach, the investigation of deference levels by the Legislature and the Judiciary to the Brazilian Health Surveillance Agency (ANVISA). Methodologically, it will analyze judicial and legislative decisions that pretermit the institutional prerogatives of ANVISA with regard to permitting access to unapproved drugs, and to indicate that reviewer branches should take into account in their decisions their institutional limitations. The originality of the paper is based on the examination of the possibility of reviewer branches replace ANVISA in its institutional assignments for meeting individual interests of accessing unapproved drugs. It has been identified that a relative deference to the administrative agency regarding the dispensation of drugs may be relevant and necessary to the corresponding public policies.

Keywords: Deference. ANVISA. Drugs.

* Recebido em 20/07/2017
Aprovado em 19/08/2017

** Mestrando em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Pesquisador do Laboratório de Estudos Teóricos e Analíticos sobre o Comportamento das Instituições (LETACI). Colunista do *Justia Verdict*. Editor Executivo da Revista Estudos Institucionais - REI - FND/UFRJ. Técnico Judiciário da Justiça Federal da 2ª Região (TRF2). E-mail: igorlazari@outlook.com

*** Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Pesquisador do Laboratório de Estudos Teóricos e Analíticos sobre o Comportamento das Instituições (LETACI). Juiz Federal da Justiça Federal da 2ª Região (TRF2). E-mail: sergiobod@gmail.com.

**** Professor da Faculdade Nacional de Direito e da Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Diretor da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ. Pesquisador Produtividade 2 do CNPq. Editor da Revista Estudos Institucionais - REI - FND/UFRJ. E-mail: bolonhacarlos@gmail.com.

1. INTRODUÇÃO

Reconhece-se que a máxima das opções individuais é o próprio interesse ou bem-estar¹. Mas de que maneira harmonizar os interesses individuais a partir de tal máxima com alguns limites impostos pelo Estado, no intento de proteger os próprios indivíduos? Embora as pessoas possam afirmar que possuem o “direito de tentar” e manipular quaisquer drogas ou medicamentos que acreditem ser adequados para atender a seus propósitos de bem-estar, a doutrina subjacente ao Estado Administrativo sugere que a decisão sobre o alcance da liberdade individual deva ser atribuída a agências reguladoras.

Esse Estado Administrativo se caracteriza, sobretudo, por (i) apresentar massiva delegação de poderes pelo Poder Legislativo ao Poder Executivo; (ii) possuir agências independentes; e (iii) atribuir a agências poderes judicantes, legislativos e executivos². Na seara sanitária, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA)³ possui atribuição para promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária. Entretanto, não incomumente, os Poderes Judiciário e Legislativo, distanciando-se das máximas orientadoras do Estado administrativo, preterem prerrogativas da agência, notadamente relativas à proibição de dispensação de medicamentos, para atender às manifestas pretensões de satisfação do bem-estar dos indivíduos, no âmbito de processos judiciais ou no âmbito do processo político.

Isso é, os Poderes Judiciário e Legislativo relativizam interpretações da agência reguladora, por meio de análises institucionalmente inapropriadas. Deve-se reconhecer que o poder de interpretar a legislação federal — o poder de dizer o que é a lei — não é uma prerrogativa monopolizada por algum dos Poderes. É, ao invés, poder implícito de todos eles.⁴ Disso decorre, que, para determinadas hipóteses, recomenda-se que a precedência decisória seja atribuída ao agente ou ao órgão mais qualificado institucionalmente. Realizar deferência à decisão do agente ou órgão qualificado não significa *ipso facto* negar-se a doutrina da separação dos Poderes, mas, adversamente, potencializá-la. É afirmado que a separação dos Poderes serve à preservação de liberdades. Entretanto, a separação, interpretada de maneira ortodoxa, pode destruir liberdades.

De acordo com Louis Fischer, os *framers* da constituição americana não queriam algum sistema político muito dividido a ponto de inviabilizar a administração do Estado⁵. Do mesmo modo, o ex-Ministro da Suprema Corte americana, Joseph Story, afirmou que os *framers* aderiram à separação de Poderes, mas buscaram demonstrar que a rígida aderência à separação seria subversiva à eficiência do governo, resultando em destruição das liberdades públicas. Identicamente, a Suprema Corte dos Estados Unidos afirmou no precedente *Buckley v. Valeo*⁶ que a divisão hermética dos Poderes do governo destruiria o potencial de administração da nação.

Portanto, a deferência interpretativa não significa, abstratamente, deturpação da doutrina da separação dos Poderes. Embora, no Brasil, o Poder Judiciário e o Poder Legislativo possuam prerrogativas institucionais de revisar ou sustar atos e decisões do Poder Executivo, a deferência pode revelar-se opção institucionalmente adequada nas hipóteses que se reconheça que a agência do Poder Executivo ocupe posição

1 SEN, Amartya. *A Ideia de Justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

2 VERMEULE, Adrian. “The Administrative State: Law, Democracy, and Knowledge”. *Harvard Public Law Working Paper*, n. 13-28, p. 3, 2013a.

3 Instituída pela Lei nº 9.782/99, que define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências.

4 “The power to interpret federal law... is not a specifically enumerated or delegated power of any branch of the federal government. Rather, it is an implied power incidental to each branch’s functions. The courts interpret law as a consequence of their duty to decide ‘cases’ and ‘controversies’ of a certain description, not as a result of a constitutional assignment of a special competence or superiority vis-a-vis the other branches in this regard” PAULSEN, Michael. “The Most Dangerous Branch”: Executive Power to Say What the Law Is”. *Georgetown Law Journal*, v. 83, n. 217, p. 1, 1994.

5 FISHER, Louis. *Constitutional Conflicts Between Congress and the President*. Kansas: University Press of Kansas, 2007. p. 7.

6 424 US 1 (1976).

privilegiada para decidir. Não se sustenta a deferência absoluta — que afrontaria à doutrina da não delegação (*delegata potestas non potest delegari*⁷), remetendo-se à doutrina da discricionariedade técnica, que impedia a revisão judicial dos atos amparados nessa modalidade de discricção⁸ — mas a deferência qualificada, que se ampara na análise subjacente das capacidades institucionais e dos efeitos dinâmicos.

Dito isso, neste artigo, serão analisadas, à luz dos pressupostos indicados acima, as decisões legislativas e judiciais que permitiram, no país, para a satisfação de interesses individuais ou individuais homogêneos, a dispensação de medicamentos não aprovadas ou não permitidos pela ANVISA, agência, no âmbito administrativo, mais qualificada e melhor posicionada para resolver sobre a segurança da ministrarção de drogas. Assim, serão analisadas, com base em discussão de casos paradigmáticos e da revisão da bibliografia pertinente: (i) a permissão de dispensação pública de medicamentos sem registro na ANVISA pelo Poder Judiciário e (ii) a suspensão de atos regulatórios da ANVISA, proibitivos da ministrarção de determinados medicamentos, pelo Poder Legislativo. Defende-se, a partir disso, que as decisões do Poder Judiciário e do Poder Legislativo deveriam se pautar nos cânones das capacidades institucionais e dos efeitos sistêmicos, que recomendam postura de maior deferência. Tem-se, assim, que a hipótese se baseia na inquirição da possibilidade de Poderes revisores, Judiciário e Legislativo, subverterem as atribuições da ANVISA para o propósito de atender interesses individuais referentes ao acesso a medicamentos não autorizados no país, sem apropriadas considerações institucionais.

2. DA NECESSÁRIA PONDERAÇÃO INSTITUCIONAL NA DISPENSAÇÃO DE MEDICAMENTOS SEM REGISTRO NA ANVISA: CAPACIDADES INSTITUCIONAIS E EFEITOS SISTÊMICOS

Quando se fala em capacidades institucionais⁹, a discussão sai do enfoque restrito sobre como o direito deve ser interpretado, para enriquecer o tema considerando as aptidões e limitações da instituição decisora no desempenho da tarefa interpretativa. Portanto, a performance de quem é provocado a decidir assume papel importante na Teoria Institucional, reclamando que análises sobre as melhores chances de acerto ao decidir passem a influenciar o julgamento, principalmente quando uma instituição pública se coloca como instância revisora de ato praticado por outra, o que pode se apresentar tanto nas situações em que o Legislativo pretende revogar ato da Agência, assim como em demandas judiciais nas quais questões regulatórias são debatidas.¹⁰

Não se trata de mera invocação, em primeiro plano, da Separação de Poderes (cuja raiz de justificação se encontra no fracionamento das atribuições para evitar abuso, pela demasiada concentração de poder em uma só instituição), tampouco a análise da função de cada instituição sob o enfoque de sua legitimação democrática para atender às necessidades coletivas, mas uma perspectiva que se ocupa do desempenho institucional. Trazendo a capacidade institucional para as discussões, torna-se importante aferir a especialização

7 “The principle in administrative law that congress cannot delegate its legislative powers to agencies. Rather, when it instructs agencies to regulate, it must give them an “intelligible principle” on which to base their regulations”. *Whitman v. American Trucking Associations, Inc.*, 531 U.S. 457 (2001).

8 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. “Discricionariedade Técnica e Discricionariedade Administrativa”. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo*, n. 9, 2007.

9 “Em se tratando de capacidades institucionais, pode-se compreender que existe a necessidade de serem firmados parâmetros para definir o nível de interpretação que deve ser empregado sobre o caso concreto... No que tange aos efeitos sistêmicos, preocupa-se com os resultados que podem recair sobre pessoas, instituições públicas e instituições privadas; o que exige do processo de deliberação um rigor maior na interpretação, discussão e decisão do caso concreto”. BOLONHA, Carlos; EISENBERG, José; RANGEL, Henrique. “Problemas Institucionais do Constitucionalismo Contemporâneos”. *Direitos Fundamentais e Justiça*, ano 5, n. 17, 2011. p. 297.

10 “The central question is not “how, in principle, should a text be interpreted?” The question instead is “how should certain institutions, with their distinctive abilities and limitations interpret certain texts?”. VERMEULE, Adrian. SUNSTEIN, Cass. “Interpretation and Institutions”. *Chicago Law School Public Law & Legal Theory Working Papers Series*, n. 28, p. 2, 2002.

daqueles agentes e instituições que tomarão a decisão, conforme o tipo de matéria controvertida, que muitas vezes pode ser complexa, além do procedimento disponível para enfrentar o assunto, pois é o instrumento que opera como veículo para colher informações necessárias, configurando, também, como a própria decisão deve ser proferida (passando, por exemplo, pela estruturação de trâmite entre diferentes órgãos)¹¹. Nessa linha, é importante atentar para as “dificuldades epistêmicas de atores institucionais [...] para justificar a importância de se medir comparativamente as capacidades de diferentes instituições”¹².

O outro enfoque trazido pela Teoria Institucional atenta para os efeitos sistêmicos da decisão tomada em cada caso¹³, analisando as consequências, sobretudo político-institucionais, que acarreta para atores públicos e privados de várias espécies. Isso quer dizer que a tarefa de bem decidir não pode se restringir ao exame do litígio sob análise, se são notórios os reflexos exteriores do tema discutido, algo corriqueiro quando se entrelaçam debates sobre a definição de políticas públicas¹⁴. Para contextualizar um exemplo, basta tomar os pleitos de tratamentos hospitalares numa realidade de escassez de vagas e de várias pessoas dependendo de cuidados da rede pública de saúde. A Administração organiza prioridade de atendimento, adotando critérios médicos e gerais para abranger todos aqueles necessitados. As decisões da Justiça, obrigando ao atendimento imediato de um indivíduo, importam, como reflexo, preterição do critério médico-administrativo que avalia de forma mais abrangente as prioridades de todos os utentes. Tais efeitos dinâmicos têm sido adotados, inclusive, como fundamento para restringir a intervenção do Judiciário na tutela da saúde¹⁵.

É diante desse contexto que a Teoria Institucional se apresenta como superação, ou, pelo menos, uma amenização, da visão de que a única opção disponível nos casos de controvérsia esteja essencialmente ligada ao pronunciamento do Judiciário, presumivelmente preparado para resolver qualquer tipo de conflito, não importando as informações a que tem acesso e a natureza da disputa. Trata-se de um contraponto às premissas centradas no Judiciário¹⁶. A questão, assim colocada como justificativa para a contenção judicial, é extensível à atuação legislativa como instância de controle de atos do Executivo que versam sobre temática altamente técnica, que, tradicionalmente, é deixada para análise do corpo especializado da Administração.

Portanto, ao contrário de uma abertura e aprofundamento indefinido em qualquer tipo de matéria controvertida, a atenção às variáveis da Teoria Institucional sinaliza para uma atuação mais modesta da instituição decisora que se encontra em posição de duvidosa condição de superar o acerto da conclusão já tomada, ou que deve ser tomada adotada por outra¹⁷. Estabelecidas tais linhas gerais, importa analisar de que forma a Teoria Institucional traria soluções para as demandas judiciais em que se postula a liberação de substâncias não registradas perante a ANVISA. Recentemente, a discussão tem sido potencializada em torno do debate sobre o fornecimento da fosfoetanolamina sintética, destinada a tratamento de câncer.

11 “Many debates over interpretive practices are debates over the decision procedures interpreters should use. These debates include important questions about how much information interpreters should collect, what set of possible interpretations to consider, and what stopping rules they should use as constraints on further search for information”. VERMEULE, Adrian. *Three Strategies of Interpretation*. *Chicago Law School Public Law & Legal Theory Working Papers Series*, n. 75, p. 7, 2004.

12 ARGUELHES, Diego Werneck. LEAL, Fernando. “O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo”. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 38, 2011. p. 16. O STF chegou a acenar com tal tipo de preocupação no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.627. Dentre vários temas discutidos, foi confirmada a validade do critério legal do cálculo do seguro DPVAT segundo a Lei 11.482/2007, desvinculando-o de indexações ao salário-mínimo, como era o regramento anterior da Lei 6.194/1974. O fundamento a conduzir o julgamento foi no sentido de que a redução das quantias teve embasamento em “estudos econômicos colhidos pelo Parlamento.

13 Cf. nota 9, *supra*.

14 VERMEULE, Adrian. SUNSTEIN, Cass. “Interpretation and Institutions”. *Chicago Law School Public Law & Legal Theory Working Papers Series*, n. 28, p.2, 2002.

15 E.g. TRF2, Terceira Seção, EAC 201151014901233, Rel. Des. Fed. Jose Antonio Lisboa Neiva, DJe 02/10/2012; AI 201202010152323, Rel. Des. Fed. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, DJe 15/01/2013.

16 VERMEULE, Adrian. *Judging under Uncertainty*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2006. p. 3-4.

17 “My conclusions are clear, however, and they run contrary to the current academic consensus in favor of flexible, dynamic, and policy-saturated legal interpretation that draws upon a rich array of legal and nonlegal materials. The most plausible responses to the uncertain conditions of interpretive choice suggest that foremost concern should be to minimize their interpretive ambitions”. VERMEULE, Adrian. *Judging under Uncertainty*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2006. p. 150.

Inicialmente, a questão ganhou notoriedade nacional depois que o STF, por meio de decisão monocrática, deferiu medida cautelar para restabelecer o fornecimento da substância, cuja entrega foi suspensa por decisão da presidência do Tribunal de Justiça de São Paulo. A decisão fundamentou a plausibilidade do pleito expondo que a “ausência de registro” da substância, na ANVISA, não implicaria, necessariamente, lesão à ordem pública, especialmente por se considerar a controvérsia acerca da obrigatoriedade, ou não, de o Estado, ante o direito à saúde constitucionalmente garantido, fornecer medicamento não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, pendente de análise pelo STF (RE 657.718-RG)¹⁸.

Bastou, portanto, identificar que a matéria sobre o registro da substância teve repercussão geral reconhecida para manter a decisão que obrigava seu fornecimento pelo poder público. A discussão em torno da eficácia da fosfoetanolamina¹⁹ foi, consideravelmente, simplificada, o que pode ser inferido, em princípio, das informações que o Instituto de Química da USP de São Carlos veiculou a título de esclarecimentos²⁰. A entidade, que desenvolveu a pesquisa com a substância, informou que “não dispõe de dados sobre a eficácia da fosfoetanolamina no tratamento dos diferentes tipos de câncer em seres humanos”, acrescentando desconhecer “existência de controle clínico das pessoas que consumiram a substância”, além de não dispor de “médico para orientar e prescrever a utilização da referida substância”. Explicou, também, que a substância acabou sendo entregue a algumas pessoas por decisão pessoal do docente que dirigia as pesquisas, sem que a indicação representasse decisão do próprio Instituto ou de conclusões minimamente seguras sobre os estudos.

A entrega da substância não aprovada pela agência, por meio de determinações da Justiça, impressionou a imprensa internacional especializada, mencionando que até mesmo a opinião de pesquisadores que realizaram estudos específicos sobre o tema apontaria a necessidade de aprofundamento para ministrar fosfoetanolamina em pessoas²¹, idêntica ressalva feita por outra instituição de pesquisa brasileira²². Nem poderia ser diferente, pois a legislação brasileira prevê requisitos e procedimentos para que determinada substância seja considerada medicamento, nos termos da mencionada Lei 9.782/99 e conforme a Lei 6.360/76. A ANVISA, por meio de nota técnica, deixou claro que nem sequer há “registro concedido ou pedido de registro para medicamentos com o princípio ativo fosfoetanolamina”, acrescentando que “também não há em curso qualquer avaliação de projetos contendo a fosfoetanolamina para fins de pesquisa clínicas envolvendo seres humanos”²³.

Fica claro que a substância nem sequer alcançou a fase de testes em pessoas, de forma que a Justiça avança sobre o tema reduzindo à irrelevância a função dos estudos exigidos pela Legislação para comprovação de eficácia e segurança do pretense medicamento. Isso porque o pesquisador entregou cápsulas da substância

18 Pet 5828 MC, Rel. Min. Edson Fachin, DJe 09/10/2015. Ressalte-se, porém, que, mediante a pesquisa de jurisprudência no site do STF com o uso do termo “fosfoetanolamina”, são encontradas 9 decisões monocráticas. Excetuada a decisão aqui mencionada, que defere a entrega da “cápsula contra o câncer”, as demais ações, reclamações ou medidas cautelares foram inadmitidas por decisões monocráticas por razões processuais, quais sejam: AC 4075, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 12/02/2016; AC 4094, Rel. Min. Edson Fachin, DJe 04/02/2016; Rel 22577 MC, Rel. Min. Edson Fachin, DJe 02/02/2016; Rel 22578 MC, Rel. Min. Edson Fachin, DJe 02/02/2016; Pet 5897 MC, Rel. Min. Edson Fachin, DJe 01/02/2016; AOE 57 MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 14/12/2015; MS 33884 MC, Rel. Min. Edson Fachin, DJe 24/11/2015.

19 A fosfoetanolamina é uma substância teoricamente capaz de ajudar o sistema imune a identificar as células tumorais fazendo com que o corpo consiga eliminá-las, impedindo assim o desenvolvimento do câncer.

20 UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Instituto de química de São Carlos. *Esclarecimentos à sociedade*. Disponível em: <<http://www5.iqsc.usp.br/esclarecimentos-a-sociedade/>>. Acesso em 12 jun. 2016.

21 BRAZILIAN courts tussle over unproven cancer treatment. Disponível em: <<http://www.nature.com/news/brazilian-courts-tussle-over-unproven-cancer-treatment-1.18864>>. Acesso em: 12 jun. 2016

22 FUNDAÇÃO OSVALDO CRUZ. Fiocruz esclarece dúvidas sobre suposto medicamento contra o Câncer. Disponível em: <<http://portal.fiocruz.br/pt-br/content/fiocruz-esclarece-duvidas-sobre-suposto-medicamento-contra-o-cancer>>. Acesso em 12 jun. 2016.

23 AGENCIA NACIONAL DE VIGILANCIA SANITÁRIA. Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/087adf004a38e24a8c7fcc4eff144ba1/NT_56_2015+SUMED+-+fosfoetanolamina.pdf?MOD=AJPERES. Acesso em 17 jun. 2016.

a algumas pessoas doentes. A suposta melhora de alguma delas gerou demandas descontroladas na Justiça²⁴, após da aposentadoria do pesquisador que não teve mais acesso à fabricação no laboratório da universidade culminando, no plano normativo, com a Lei 13.269/2016, destinada a autorizar “o uso da fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna”²⁵, que atenta às prerrogativas institucionais da ANVISA. Posteriormente, o STF deferiu medida liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5501 para suspender a eficácia da Lei 13.269/2016 e, por consequência, o uso da fosfoetanolamina sintética. Entretanto, apesar de a decisão apresentar postura institucional mais próxima do que se propõe neste artigo, a decisão, ainda, não possui caráter definitivo e os Ministros apresentaram razões de primeira ordem²⁶ para suspender a Lei, julgando *de novo*²⁷ a matéria e amparando-se, apenas, *inter alia* no argumento de Separação dos Poderes.²⁸ Portanto, os Poder Legislativo e Judiciário realizaram, pelo menos parcialmente, atribuições da agência.

Portanto, na discussão sobre a fosfoetanolamina, colocada sob o prisma da Teoria Institucional, quanto às capacidades institucionais de o Judiciário e do Legislativo decidir o tema, ganha relevo examinar o nível de disputa em torno da eficácia e segurança da substância para tratamento do câncer, a fim de indagar se as vias judicial e legislativa seriam propícias para superar o entrave presente no meio acadêmico e no âmbito da agência reguladora sobre assunto.

3. LIMITES INSTITUCIONAIS NA PRESTAÇÃO DE MEDICAMENTOS

É pacífica na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) a orientação de que o preceito do artigo 196 da Constituição Federal²⁹ assegura a disponibilização, pelo Estado, dos medicamentos necessários ao restabelecimento da saúde, pelo que constitui obrigação solidária dos entes federativos o dever de fornecimento gratuito de medicamentos necessários à saúde de pessoas hipossuficientes.³⁰ Do mesmo modo, aderindo à orientação da súmula 279 do STF, que afirma descaber Recurso Extraordinário para simples reexame de prova, o STF já inadmitiu, no âmbito do RE, a análise da adequação do medicamento prescrito³¹, mesmo não possuindo registro na ANVISA³². Embora a matéria referente à possibilidade de dispensação do medicamento desprovido de registro possua *repercussão geral* reconhecida (RE 657718 RG), múltiplas decisões do STF admitem-na.

Desse modo, referidas decisões afastam, implicitamente, as prerrogativas regulatórias do ANVISA, que adota procedimento juridicamente racional de registro de novos medicamentos³³. Nessas decisões, o STF

24 Disponível em: <<http://jgo.ascopubs.org/content/early/2016/02/07/JGO.2015.002998.full>>. Acesso em: 13 jun. 2016.

25 Disponível em: <<http://jgo.ascopubs.org/content/early/2016/02/07/JGO.2015.002998.full>>. Acesso em: 13 jun. 2016.

26 Razões de primeira ordem são relacionadas à própria opinião do julgador sobre a matéria. No caso analisado, significa que o STF analisou a constitucionalidade da lei a partir da sua própria impressão acerca da segurança médica da fosfoetanolamina, e não apenas a autoridade da ANVISA sobre a questão.

27 Julgamentos *de novo* ocorrem quando o órgão julgador reduz ou pretere a relevância do julgador anterior, reapreciando a matéria.

28 Exemplificativamente, o Ministério Luis Roberto Roberto afirmou, no seu voto, que “quando o Poder Legislativo autoriza o uso, a fabricação e a comercialização de uma substância que não tem registro sanitário junto à agência reguladora nacional — e sequer poderia obtê-lo, por não ter passado pelos testes necessários — há evidente violação ao direito à saúde e, ainda, ao princípio da separação de Poderes”.

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

30 Nesse sentido, os seguintes precedentes do STF: ARE 902573 AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe 18/03/2016; RE 924850 AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 18/03/2016; ARE 894085 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 17/02/2016.

31 RE 924158 ED, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 29/02/2016.

32 STA 761 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe 29/05/2015; SL 815 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe 05/06/2015.

33 Cf. NISHIOKA, Sérgio Andrade. “Como é Feito o Registro de Medicamentos Novos no Brasil”. *Prática Hospitalar*, n. 45,

afasta, implicitamente, a aplicação de disposições da Lei nº 9.782/99, ao não reconhecer delegações legislativas à ANVISA, por permitir a dispensação de medicamentos sem registro na agência, sem adequado amparo institucional. Isso porque, para permitir a dispensação de medicamentos sem registro, o STF (ou qualquer outro juiz) deve adotar, mesmo implicitamente, alguma das seguintes premissas: (i) a agência omitiu-se sobremaneira ao não realizar procedimentos para registro, ou não acertou ao não realizar o registro; (ii) a interpretação da agência não precede à interpretação do STF quanto à possibilidade de dispensação; (iii) a interpretação da agência não possui relevância para o mister institucional do STF ou de qualquer membro do Poder Judiciário. Todas as opções implicam diferentes graus de intensidade, inapropriada invalidação da delegação à ANVISA, o que se afirma sob o prisma do binômio capacidades institucionais e efeitos sistêmicos subjacentes à decisão.

A abordagem a partir desse binômio é importante porque o Judiciário é provocado a catalisar disputa de natureza empírica, científico-acadêmica — que a Legislação localiza para resolução no processo administrativo de registro para utilização de substâncias como medicamentos³⁴ —, agregando-se à discussão pela via do litígio a pretensão do indivíduo que se encontra em situação de risco de morte, para quem os limites do conhecimento em torno da segurança e eficácia do possível tratamento é indiferente. O reflexo do tema no plano Legislativo está claro na edição da Lei 13.269/2016, porém, tal inovação normativa é, apenas, em sua aparência, uma simplificação para os litígios judiciais. Para contextualizar a falta de capacidade institucional de o Judiciário definir o tema, basta repisar que a substância sequer foi objeto de pedido de registro perante a ANVISA e que poucos são os estudos sobre o seu emprego. Nenhum deles se utilizou de metodologia para aferir resultados de testes em pessoas³⁵.

Se já é difícil, em muitos processos judiciais, realizar perícias de qualidade sobre questões consideravelmente mais simples, intuitiva a inviabilidade de um processo judicial se transformar em instância de produção de conhecimento médico-científico. Além disso, é frágil a pretensão de deslocar para magistrados a palavra final sobre a produção de conhecimento em torno do assunto, de modo a colocar profissionais do direito (leigos no assunto) como decisores da qualidade da prova produzida³⁶, subitamente competentes para definir matéria claramente delegada pelo Legislador a setores especializados do Executivo, por meio das previstas previsões legislativas. Retomando o ponto quanto à incerteza sobre os efeitos da fosfoetanolamina, a comoção em torno do assunto foi tamanha que o governo decidiu investir em pesquisas, divulgando, recentemente, os resultados dos primeiros testes obtidos³⁷, cujos indicadores não foram promissores³⁸, ao contrário do que afirmam os demandantes, alegando que se trata da “única” ou a “última” chance para “cura”. A Lei 13.269/2016, autorizando o uso da substância, não altera esse cenário de incerteza sobre a eficácia e segurança, pois reconhece, literalmente, em seu artigo 4º, que a autorização legal se dá “independentemente de registro sanitário, em caráter excepcional, enquanto estiverem em curso estudos clínicos acerca dessa substância”.

2006. Disponível em: <http://www.anvisa.gov.br/medicamentos/registro/artigo_pratica_hospitalar.pdf>. Acesso em 15 jun. 2016.

34 A acepção é distinta da doutrina que identifica na “discrecionabilidade técnica” o fundamento do poder normativo das agências reguladoras. As lentes aqui utilizadas discutem, num primeiro plano, se o Judiciário realmente teria condições de melhor decidir a controvérsia. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. “Discrecionabilidade Técnica e Discrecionabilidade Administrativa”. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo*, n. 9, p. 17, 2007.

35 FERNANDES, Gustavo dos Santos; LOPES JUNIOR, Gilberto de Lima. *More Convoluted Than a Brazilian Soap Opera: How an Eager Chemistry Professor and a Well-Intended but Misguided Federal Judge Ignited an Industry of False Hopes*. Disponível em: <<http://jgo.ascopubs.org/content/early/2016/02/07/JGO.2015.002998.full>>. Acesso em 17 jun. 2016. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/sociedade/saude/a-anvisa-esta-sendo-humilhada-pelo-congresso-diz-oncologista-18961401>>. Acesso em: 17 jun. 2016.

36 Essa discutível função de juízes exercerem controle da confiabilidade da prova técnica gera críticas no contexto norte-americano: “far from acting as gatekeepers who merely let ‘good science’ in through the courtroom door, post-*Daubert* judges have emerged as active participants in *making* science, consistent with their lay understandings of how science should be made. This opening of space for judicial activism in knowledge-making was a major unintended consequence of *Daubert*”. JASANOFF, Sheila. *Law’s Knowledge: Science for Justice in Legal Settings*. *American Journal of Public Health*, v. 95, n. 1, p. 53, 2005.

37 BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação. Disponível em: <<http://www.mcti.gov.br/relatorios-fosfoetanolamina>>. Acesso em 17 jun. 2016.

38 LOPES. Reinaldo José. *Pílula do câncer’ é reprovada em primeiro teste oficial*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/equilibriosaude/2016/03/1752429-pilula-do-cancer-e-reprovada-em-primeiro-teste-oficial.shtml>>. Acesso em: 17 jun. 2016.

Esse cenário é suficiente para demonstrar que a controvérsia em torno do uso da fosfoetanolamina, sobre a eficácia da substância, é tema que se torna debate central nos processos judiciais, pois a alegação de quem requer a entrega é a de que seria superior às demais medicações disponíveis no SUS, argumento que justificaria a “escolha” que a parte autora pretende impor seja arcada pelo poder público, tanto para a liberação sem registro como para obrigar instituições públicas a produzi-la e entregá-las.

Como o tema é altamente controvertido, até mesmo entre especialistas, estando em nível de disputa no setor de conhecimento que não é acessível ao magistrado, formado em direito, nada indica que o Judiciário tenha condições de tomar a decisão correta³⁹. Isso leva à óbvia recomendação de que o Judiciário não deveria preterir ou antecipar-se à atuação da ANVISA, pois desconhecidas as repercussões da dispensação da fosfoetanolamina, ante a absoluta ausência de informações, mas a legislação de referência presume, adequadamente, a insegurança da manipulação de drogas sem análises apropriadas.

Mesmo que não houvesse, porém, proibição na lei relativa ao uso de substâncias inéditas, dever-se-ia privilegiar a decisão da agência reguladora. No artigo “Rationally Arbitrary Decisions”, Adrian Vermeule (2013b) afirma que, no moderno Estado administrativo, as agências recebem autoridade delegada para regulamentar, apesar de as decisões regulatórias serem tomadas, frequentemente, sob incerteza. Nesses casos, o Poder Judiciário deve revisar as decisões das agências *vis-à-vis* os requisitos para a decisão racional no âmbito do Estado Administrativo, de modo que não poderia avaliar qual seria a decisão correta a ser tomada pela agência, mas, apenas, sua racionalidade. Nesse sentido, a Suprema Corte americana decidiu, no precedente *City of Arlington v Federal Communications Commission*, que “os Tribunais devem aplicar o padrão *Chevron* para a interpretação da agência de um estatuto ambíguo relativo a questões inseridas no âmbito de autoridade da agência”.

Sob o enfoque dos efeitos sistêmicos, a Teoria Institucional procura retirar a visão estreita da decisão no caso individual a decidir, ampliando os horizontes das consequências jurídicas e fáticas imbricadas com o litígio. Isso sinaliza que a dignidade do demandante, seu direito à vida, não basta para assegurar a consistência da decisão judicial preordenada a preservar direitos fundamentais sob quaisquer condições⁴⁰. A recente Lei 13.269/2016, de seu turno, não encerra o assunto sob tal perspectiva. Como a matéria não envolve o âmbito restrito de um pleito individual, mas sim a discussão que o demandante traz sobre a falha da política pública prevista para tratamento do câncer (que tem medicamentos ordinariamente dispensados pelo SUS), é relevante a proposta institucional. Note-se que a Constituição, ao traçar linhas básicas do direito fundamental à saúde em seu artigo 196, estabelece como seu instrumental de concretização “políticas sociais e econômicas”, a serem realizadas por meio de ações e serviços do “sistema único”, previsto no artigo 198, seguindo-se ao detalhamento normativo por meio da Lei 8.080/90. Na aludida Lei, tem-se a primeira questão que precisa ser enfrentada quando o Judiciário é provocado a decidir pretensões que procuram obrigar o poder público a entregar substâncias desprovidas de registro na ANVISA. Desprezando a função da agência quanto ao controle de medicamentos, para atender pleitos individuais, o Judiciário, de forma reflexa, passou a proferir decisões que se assemelham à pronúncia de inconstitucionalidade da Lei.

Esse mesmo efeito ocorre quando se tem em foco a legislação que rege o SUS, pois o art. 19-T da Lei 8.080/90 veda, expressamente, uso de substâncias experimentais ou sem registro no âmbito da política de “assistência terapêutica” e de “incorporação de tecnologia em saúde”. Portanto, o primeiro, e mais evidente efeito dinâmico da decisão que obriga o poder público a fornecer substância não registrada, como a fosfoetanolamina, é a ruptura com a política pública que claramente restringe o emprego de experimentos no âmbito do SUS, mediante não aplicação da Lei sem que ela seja declarada inconstitucional. É de central

39 “The absence or unreliability of information, or the decisionmaker’s poor processing capacity, makes a wide and flexible repertoire of behavior a bad bet”. VERMEULE, Adrian. *Judging under Uncertainty*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2006. p. 285.

40 As decisões que deferem pedidos para atender pleitos individuais de entrega da substância colocam de lado qualquer reflexão sobre a eficácia mediante comprovação segura, conforme indicado por especialistas de entidades públicas de pesquisa e pela ANVISA. Parte-se de um direito à tentativa de se curar, adiante abordado neste texto.

relevo notar que a Lei 13.269/2016 não altera tal panorama normativo na dispensação de medicamentos no âmbito do SUS, afinal, é clara ao enunciar o caráter experimental da fosfoetanolamina no precitado artigo 4º. Como a vedação do art. 19-T da Lei 8.080/90, não foi revogada, persiste a interdição do fornecimento de tal substância experimental com recursos públicos.

Retome-se a afirmação, feita mais de uma vez neste texto, de que a situação da “cápsula contra o câncer” sequer versava sobre pedido de registro pendente de exame na ANVISA, vale dizer, não havia sequer omissão imputável à Administração. Logo, se a conclusão for a de que o Judiciário pode considerar o procedimento administrativo irrelevante para preservar a vida das pessoas (a qualquer custo, independentemente de outras considerações), a compreensão pode abrir o canal para ingresso de substâncias para tratamento de saúde pela via judicial, pulverizando-se pretensões individuais variadas nas milhares de comarcas e subseções judiciárias do país. Se já é difícil garantir recursos para arcar com tratamentos conhecidos e eficazes, a insuficiência orçamentária receberá mais um componente para dificultar a gestão da política pública de assistência terapêutica, além da provável inviabilidade de universalizar substâncias que se encontram em situação experimental, com produção reduzida.

A Lei 13.269/2016 não chega ao ponto de obrigar o fornecimento pelo poder público, como foi dito. Logo, se o Judiciário prosseguir avançando sobre o tema, encorajado pela recente inovação legislativa, é visível que o panorama tende a trazer as dificuldades de gestão acima apontadas. O enfrentamento do tema precisa congrega o arranjo normativo das políticas públicas do SUS. Há uma grande diferença entre a determinação de entrega de medicação não prevista em protocolos clínicos administrativos e obrigar fornecimento de um experimento.

3.1. Prestação de medicamentos e o direito de tentar

Um contraponto que poderia ser apresentado às colocações feitas neste trabalho — já tangenciado linhas acima — diz respeito ao reconhecimento de um direito fundamental individual de tratar a saúde segundo suas próprias escolhas, argumento ligado a uma visão forte de autonomia do cidadão, cuja restrição por atos estatais não seria legitimada, senão por justificativas de causar risco de danos a terceiros, mas não para tutelar o próprio indivíduo contra suas opções⁴¹. Como a questão relativa à utilização de experimentos ou de substâncias sem registro traria, em princípio, apenas prejuízos ao próprio usuário que procura tentativa de se curar, a exigência de aprovação prévia pela agência reguladora, conforme Legislação, não seria empecilho justificável para restringir essa faceta do direito de autodeterminação. Esse pode ser o sentido dado à Lei 13.269/2016.

Tal compreensão sobre o direito fundamental⁴² de eleger o tratamento de saúde apropriado, em caso de enfermidades graves, incuráveis, orientou a decisão da Corte do Distrito de Columbia, em maio de 2006, no caso *Abigail Alliance for Better Access to Developmental Drugs v. von Eschenbach*, 495 F.3d 695 (D.C. Cir. 2007) a admitir o acesso a substâncias experimentais⁴³, conclusão que apontou, inclusive, a aproximação

41 “On the thick version, imposing costs on those who exercise freedom of choice, or steering. People in government’s preferred directions, is at least presumptively unacceptable as such. Freedom of choice has intrinsic value not only in the sense that most of us independently value the right to choose (the thin version), but also and more fundamentally because human beings have dignity, and are entitled to do as they wish”. SUNSTEIN, Cass. *Why Nudge? The Politics of Libertarian Paternalism*. Yale: Yale University Press, 2014. p. 127.

42 “A saúde comunga, na nossa ordem jurídico-constitucional, da dupla fundamentalidade formal e material da qual se revestem os direitos e garantias fundamentais (e que, por essa razão, assim são designados) na nossa ordem constitucional”. SARLET, Ingo. “Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, n. 11, p. 2, 2007.

43 “This case presents the question whether the Constitution provides terminally ill patients a right of access to experimental drugs that have passed limited safety 3 trials but have not been proven safe and effective. The district court held there is no such right. A divided panel of this Court held there is”. Disponível em: <http://www.scotusblog.com/archives/07-444_ob.pdf>. Acesso em 19 jun. 2016.

entre esse direito de escolha da forma de tratar a própria saúde com a legítima defesa e o direito de dispor sobre o próprio corpo. Há quem defenda, inclusive, o direito de autodefesa médica, que seria reconhecido como direito fundamental pela jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, na linha da admissibilidade do aborto⁴⁴.

Não obstante, a questão foi reformulada no ano seguinte pela mesma Corte Distrital, ao admitir pedido de revisão *en banc* apresentado pela FDA, reformando a decisão pretérita.⁴⁵ A questão é que o “direito de tentar” tem como fundamento a leitura de um direito individual da pessoa gravemente enferma. Coerente com a aceção liberal ou não paternalista desse argumento⁴⁶, o “direito de tentar” não impõe ao poder público o custeio da tentativa de quem requer o tratamento. Essa característica aponta para o desacerto da expansão de tal compreensão para pretensões que não se limitam a pedir o acesso a substâncias experimentais ou sem registro, postulando, também, que a Administração se desdobre para entregar ao demandante o experimento em que o poder público não confia.

Vale dizer, portanto, que o “direito de tentar” não se retira de norma de direito social, tal como aquela prevista no art. 196 da Constituição, cuja delimitação básica remete a “políticas”, âmbito em que se interdita utilização de experimentos, nos termos já mencionados da Lei 8.080/90, sobretudo porque o Estado possui interesses legítimos na proibição de dispensação de medicamentos não aprovados: ao requerer a demonstração de segurança, o Estado previne que indivíduos sofram danos ao consumir medicamentos e se assegura que pacientes não adotem terapias impotentes. Por outro lado, a preterição do método regular de aprovação de drogas violaria o interesse do Governo na saúde pública de duas maneiras. Pacientes que usam drogas com pequena informação de segurança correm mais riscos de causarem danos a si mesmos. E, adicionalmente, um Mercado de drogas não aprovadas diminuiria o número de candidatos participantes de testes de medicamentos, gerando prejuízos, sobretudo, para os principais beneficiários dos testes⁴⁷. Logo, se é que caberia um direito administrativo libertário — derivado de um direito individual de autodeterminação — para acesso a substâncias não registradas, mediante o termo de consentimento autorizado, com o qual o paciente assume os riscos do tratamento experimental ou incerto, na linha da Lei 13.269/2016, é contraditório que o requerente queira, de um lado, livrar-se da regulação para obter o que quiser, e de outro, se socorrer do poder público para custear a escolha individual de fazer uma tentativa de se curar a qualquer custo.

Ante à discussão de um direito social concretizado por meio de políticas públicas, o critério público continua sendo, portanto, determinante, não havendo como transportar, automaticamente, um direito in-

44 “What justification can the government have for limiting Ellen’s rights? Ellen’s use of experimental drugs might jeopardize what little time she has, and cost her money that may prove wasted. Yet if people may protect their lives even by taking a viable fetus’s life or an attacker’s life, they should be as free to risk their own short remaining spans in trying to lengthen those spans. Paternalistic government interests suffice where no constitutional rights are involved, but they shouldn’t justify blocking a person’s right to protect her own life”. VOLOKH, Eugene. “Medical Self-Defense, Prohibited Experimental Therapies, and Payment for Organs”. *Harvard Law Review*, v. 120, p. 15, 2007.

45 “The new constitutional right identified in *Abigail Alliance for Better Access to Developmental Drugs v. Von Eschenbach* was short-lived. On August 7, 2007, the en banc D.C. Circuit reversed the panel’s startling decision. The en banc court reframed the issue not as a right to decide whether to take potentially life-saving drugs but as ‘a right of access to experimental drugs that have passed limited safety trials but have not been proven safe and effective’. On that question, the court held that the right to access experimental treatment is not a fundamental right ‘deeply rooted in this Nation’s history and tradition’. LEONARD, Elizabeth. “Right to Experimental Treatment: FDA New Drug Approval, Constitutional Rights, and the Public’s Health”. *Journal of Law, Medicine and Ethics*, v. 37, p. 3, 2009.

46 Embora a proibição de comercialização de medicamentos possa ser adequadamente justificada por argumentos de paternalismo libertário: “our central empirical claim has been that in many domains, people’s preferences are labile and ill-formed, and hence starting points and default rules are likely to be quite sticky. In these circumstances, the goal should be to avoid random, inadvertent, arbitrary, or harmful effects and to produce a situation that is likely to promote people’s welfare, suitably defined”. SUNSTEIN, Cass; THALER, Richard. “Libertarian Paternalism is not an Oxymoron”. *The University of Chicago Law Review*, v. 70, n. 4, p. 1201, 2003.

47 CURRIE, Peter. “Restricting Access to Unapproved Drugs: A Compelling Government Interest”. *Journal of Law and Health*, v. 20, n. 309, p. 316, 2007. Para análise restritiva quanto à ação paternalista do Estado no Mercado de drogas cf. EPSTEIN, Richard. “Regulatory Paternalism in the Market for Drugs: Lessons from Vioxx and Celebrex”. *Yale Journal of Health Policy, Law, and Ethics*, v. 5, n. 741, 2015.

dividual de escolha para o âmbito do SUS, notadamente pela circunstância de a Lei 12.269/2016 ter sido orientada, exclusivamente, à liberação do uso experimental, sem nada pronunciar quanto à sua incorporação à assistência terapêutica. Deve ser considerado, ainda, que o paradigma libertário não oferece o melhor argumento para se sustentar a defesa do “direito de tentar”. Para Michael Sandel, liberais, normalmente, sentem orgulho de defender precisamente aquilo que opõem — pornografia, por exemplo. Esse compromisso com a Liberdade de escolha requer que liberais constantemente distingam permissão de louvor, entre permitir uma prática e estimulá-la. No debate contemporâneo, a réplica liberal parece cada vez mais frágil; a sua base moral, cada vez menos clara⁴⁸.

3.2. Limites institucionais da regulação de medicamentos no processo legislativo

De acordo com a doutrina da não delegação, o Congresso, no ato de delegação, deve oferecer algum princípio inteligível para orientar a ação da agência: proíbe, portanto, a pura e simples delegação⁴⁹. Embora alguns doutrinadores sustentem a superação da doutrina tradicional da não delegação, pois raramente aplicada nos seus moldes originais, pode-se sustentar sua aplicação repaginada, de maneira a proibir a atuação das agências até que o Congresso assim determine por meio de alguns cânones; isto é, agências não podem atuar sozinhas⁵⁰, não prescindido de indicadores e limitações pré-determinadas pelo Poder Legislativo, incentivando-as a agir minimalisticamente⁵¹.

Essa nova orientação do princípio da não delegação ampara-se na pretensão de se atribuir maior responsabilidade⁵² às decisões da agência, para o propósito de se permitir que instituições com maior pedigree democrático (pelo menos a partir da perspectiva representativa schumpeteriana) decidam sobre questões mais controversas. Entretanto, a atuação da ANVISA possui ampla parametrização nas Leis nº 9.782/99 e nº 6.360/76, não havendo, portanto, ação autônoma da agência, notadamente na proibição da dispensação de medicamentos. E, historicamente, revisões legislativas de decisões da ANVISA não se ampararam na ausência de poder regulamentar, mas na alegada inadequação da análise dos riscos sanitários subjacente às suas decisões. Em 2013, o Senado Federal aprovou Decreto Legislativo (derivação do projeto PDC 1123/2013) suspendendo a eficácia de Resolução 52/2011 da ANVISA que obstava a comercialização, no Brasil, de inibidores de apetite. Na suspensão, afirmou-se que a suspensão não possuía adequada argumentação jurídica, mas que se amparava, apenas, na ausência de “dados técnicos e científicos conclusivos a respeito desses medicamentos que neste momento estão em discussão”.⁵³

Entretanto, a Res. 52/11 possuía Exposição de Motivos ampla, indicada no relatório técnico anexo à Resolução⁵⁴. Nessa linha, inclusive, a Deputada Érika Kokay, afirmou que “a Câmara tem que entender que ela não pode, em função de interesse que muitas vezes não podem ser ditos, se apropriar de matérias que não tem capacidade de fazer”, pois o Poder Legislativo não possui capacidades institucionais suficientes para avaliar o impacto da aplicação médica de inibidores de apetite.⁵⁵ Tal prerrogativa da ANS já foi reconhecida

48 SANDEL, Michael. *Liberalism and its Critics*. New York: New York University Press, 1984. p. 1.

49 POSNER, Eric; VERMEULE, Adrian. “Interring the Nondelegation Doctrine”. *University of Chicago Law Review*, v. 69, n. 1721, 2002.

50 SUNSTEIN, Cass. “Nondelegation canons”. *John M. Olin Law & Economics Working Paper*, n. 82, 1999.

51 Nesse sentido, a Suprema Corte dos Estados decidiu no precedente *Hampton v. Mow Sun Wong* que a Civil Service Commission não poderia decidir autonomamente, sem prévias decisões do Presidente ou do Congresso.

52 Cf. BRESSMAN, Lisa. “Beyond Accountability: Arbitrariness and Legitimacy in the Administrative State”. *Vanderbilt University Law School Public Law & Legal Theory Research Paper*, n. 2, 2003.

53 BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Decreto Legislativo n. , de 2013*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=99BF22A08B6DF6473AAC4B4DD781B281.proposicoesWeb1?codteor=1115399&file name=PDC+1123/2013>. Acesso em 18 jun. 2016.

54 AGENCIA NACIONAL DE VIGILANCIA SANITÁRIA. *Nota técnica sobre eficácia e segurança dos medicamentos inibidores de apetite*. Disponível em: <[http://www.abeso.org.br/pdf/Nota%20tecnica%20Anvisa\[1\].pdf](http://www.abeso.org.br/pdf/Nota%20tecnica%20Anvisa[1].pdf)>. Acesso em 18 jun. 2016.

55 A hipótese é distinta da Res. 25, da ANVISA, que instituía obrigações infra-legais para emissão de certificados (<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1177029.pdf>).

judicialmente⁵⁶. Porém, interesses mercadológico-farmacêuticos, aparentemente, motivaram a suspensão da resolução.⁵⁷ É, inclusive, questionável a prerrogativa legislativa de suspender resoluções da ANVISA pertinentes à dispensação de medicamentos, considerando-se que os poderes regulamentares da agência possuem amparo direto na CF, que dispõe que “ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador” (art. 200, II). Ademais, na ADI 1.553, o STF afirmou que o decreto regulamentar deve se restringir “à hipótese de contrariedade pelo ato normativo sustado da lei regulamentada, não podendo estender-se ao controle de eventuais ofensas diretas à Constituição”.

Para algumas matérias, o aumento do controle legislativo não se apresenta resposta necessária para a discricionariedade da agência. Embora o avanço do Congresso para modelos mais delineados de delegação seja desejável, isso não funcionará para todas as áreas do direito administrativo⁵⁸. Disto isto, o Poder Legislativo, assim como acontece para o Poder Judiciário, deve se abster de revisar atos das agências com base em razões de primeira ordem, adotando postura de maior deferência, em função dos parâmetros das capacidades institucionais e dos efeitos sistêmicos.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Confrontado com as pretensões de obter medicamentos experimentais ou sem registros, o Judiciário enfrenta pleitos em que o déficit de suas capacidades institucionais se manifesta com proeminência, pois, se o contexto é de indefinição científica em torno da eficácia e segurança do tratamento postulado, desponta a inaptidão dos instrumentos processuais alcançarem um nível de instrução ótimo, indispensável para definir o assunto e, sobretudo, a falta de condições de magistrados enfrentarem assunto que envolve, diretamente, temáticas que especialistas de outros ramos de conhecimento não consideram maduras o bastante para a tomada de decisão.

A superestimativa do direito individual de defesa ou de escolha dos tratamentos médicos restringe, artificialmente, as considerações que são colocadas neste artigo, embora se conclua que elas devam ser parte da tomada de decisão nessas circunstâncias em que uma Instituição se coloca na posição de reparar ou revisar a decisão tomada por outra que, em princípio, presume-se, legalmente, competente e melhor preparada para decidir, como é o caso da ANVISA.

Como o tema envolve, necessariamente, vários aspectos entrelaçados da política pública de assistência terapêutica e de controle sanitário, não aparenta ser consistente que se afirme a procedência de um pedido que tem como reflexo reduzir o papel da ANVISA à irrelevância, notadamente pela clareza das previsões normativas desenhando um percurso exigente para a concessão de registro a medicamentos. Além de causar dificuldades para a alocação dos limitados recursos no âmbito do SUS, a supressão da prerrogativa da agência pode gerar desestímulo à produção de conhecimento prévio sobre os efeitos de tratamentos de saúde e deslegitimar a política pública que não tolera submeter a saúde das pessoas a riscos ou efeitos desconhecidos.

Atentar para os muitos fatores que são relacionados com o tema confirma a relevância do enfoque institucional, recomendando ação mais modesta do Judiciário e do Legislativo quando são colocados diante de

56 TRF1, AC 0040713-66.2002.4.01.3400 / DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL KASSIO NUNES MARQUES, SEXTA TURMA, e-DJF1 p.448 de 13/06/2014; TRF1 AMS 0037087-92.2009.4.01.3400 / DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.342 de 30/03/2012.

57 Há, a propósito, proposta de emenda que propõe (já aprovada na CCJE) ampliação das prerrogativas “suspensivas” do Congresso: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=992121&filename=PEC+171/2012

58 SHAPIRO, Sidney; GLICKSMAN, Robert. “Congress, the Supreme Court, and the Quiet Revolution in Administrative Law”. *Duke Law Journal*, v. 1988, n. 5, p. 821, 1988.

controvérsias para as quais não são bem preparados para definir. A compreensão de que não há uma necessária precedência da interpretação judicial ou da ação legislativa sobre a administrativa, em algumas matérias, pode aperfeiçoar a tomada de decisão, evitando que intervenções abruptas causem reflexos prejudiciais para instituições e pessoas que precisam de tratamento.

REFERÊNCIAS

- ARGUELHES, Diego Werneck. LEAL, Fernando. “O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo”. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 38, 2011.
- BOLONHA, Carlos; EISENBERG, José; RANGEL, Henrique. “Problemas Institucionais do Constitucionalismo Contemporâneos”. *Direitos Fundamentais e Justiça*, ano 5, n. 17, 2011.
- BRESSMAN, Lisa. “Beyond Accountability: Arbitrariness and Legitimacy in the Administrative State”. *Vanderbilt University Law School Public Law & Legal Theory Research Paper*, n. 2, 2003.
- CURRIE, Peter. “Restricting Access to Unapproved Drugs: A Compelling Government Interest”. *Journal of Law and Health*, v. 20, n. 309, 2007.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. “Discrecionabilidade Técnica e Discrecionabilidade Administrativa”. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo*, n. 9, 2007.
- EPSTEIN, Richard. “Regulatory Paternalism in the Market for Drugs: Lessons from Vioxx and Celebrex”. *Yale Journal of Health Policy, Law, and Ethics*, v. 5, n. 741, 2015.
- FISHER, Louis. *Constitutional Conflicts Between Congress and the President*. Kansas: University Press of Kansas, 2007.
- JASANOFF, Sheila. Law’s Knowledge: Science for Justice in Legal Settings. *American Journal of Public Health*, v. 95, n. 1, 2005.
- LEONARD, Elizabeth. “Right to Experimental Treatment: FDA New Drug Approval, Constitutional Rights, and the Public’s Health”. *Journal of Law, Medicine and Ethics*, v. 37, 2009.
- NISHIOKA, Sérgio Andrade. “Como é Feito o Registro de Medicamentos Novos no Brasil”. *Prática Hospitalar*, n. 45, 2006.
- PAULSEN, Michael. “The Most Dangerous Branch”: Executive Power to Say What the Law Is”. *Georgetown Law Journal*, v. 83, n. 217, 1994.
- POSNER, Eric; VERMEULE, Adrian. “Interring the Nondelegation Doctrine”. *University of Chicago Law Review*, v. 69, n. 1721, 2002.
- SANDEL, Michael. *Liberalism and its Critics*. New York: New York University Press, 1984.
- SARLET, Ingo. “Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988”. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, n. 11, 2007.
- SEN, Amartya. *A Ideia de Justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- SHAPIRO, Sidney; GLICKSMAN, Robert. “Congress, the Supreme Court, and the Quiet Revolution in Administrative Law”. *Duke Law Journal*, v. 1988, n. 5, 1988.
- SUNSTEIN, Cass. “Nondelegation canons”. *John M. Olin Law & Economics Working Paper*, n. 82, 1999.
- SUNSTEIN, Cass. *Why Nudge? The Politics of Libertarian Paternalism*. Yale: Yale University Press, 2014.
- SUNSTEIN, Cass; THALER, Richard. “Libertarian Paternalism is not an Oxymoron”. *The University of*

Chicago Law Review, v. 70, n. 4, 2003.

VERMEULE, Adrian. “Rationally Arbitrary Decisions” (in Administrative Law). *Harvard Law School Public Law & Legal Theory Working Paper Series*, n. 13-24, 2013b.

VERMEULE, Adrian. “The Administrative State: Law, Democracy, and Knowledge”. *Harvard Public Law Working Paper*, n. 13-28, 2013a.

VERMEULE, Adrian. *Judging under Uncertainty*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2006.

VERMEULE, Adrian. SUNSTEIN, Cass. “Interpretation and Institutions”. *Chicago Law School Public Law & Legal Theory Working Papers Series*, n. 28, 2002.

VERMEULE, Adrian. *The Constitution of Risk*. New York: Cambridge University Press, 2013.

VERMEULE, Adrian. Three Strategies of interpretation. *Chicago Law School Public Law & Legal Theory Working Papers Series*, n. 75, 2004.

VOLOKH, Eugene. “Medical Self-Defense, Prohibited Experimental Therapies, and Payment for Organs”. *Harvard Law Review*, v. 120, 2007.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

A sustentabilidade econômico-financeira das operadoras de planos de saúde diante da concessão indiscriminada de tutelas de urgência no Brasil

The sustainability of the health insurances facing the indiscriminate concessions of provisional remedies in Brazil

Álison José Maia Melo

Nathalia Aparecida Sousa Dantas

VOLUME 8 • Nº 3 • DEZ • 2018
DOSSIÊ ESPECIAL : POLÍTICAS PÚBLICAS
E O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

A sustentabilidade econômico-financeira das operadoras de planos de saúde diante da concessão indiscriminada de tutelas de urgência no Brasil*

The sustainability of the health insurances facing the indiscriminate concessions of provisional remedies in Brazil

Álison José Maia Melo**

Nathalia Aparecida Sousa Dantas***

RESUMO

O objetivo do presente artigo é investigar as possibilidades de dar efetividade ao direito fundamental à saúde, sem inviabilizar o funcionamento das operadoras de planos de saúde, quando instadas a fornecer tratamentos de alto custo, avaliando, ainda, a repercussão que a liquidação de uma operadora pode causar no SUS. Discutem-se quais ferramentas o judiciário deve se valer para análise das tutelas de urgência, considerando a necessidade de conhecimento técnico, a ponderação do custo-efetividade e da irreversibilidade da tutela, tendo em vista os valores envolvidos. Primeiramente, analisaram-se os limites da atuação das operadoras de planos de saúde, a natureza jurídica dos contratos e a escassez dos recursos. Em seguida, abordou-se a utilização das tutelas de urgência como mecanismos de concretização do direito à saúde. Por fim, explorou-se a necessidade de assessoramento técnico dos julgadores e o impacto dessas decisões na saúde suplementar. Foi utilizado o método dedutivo, o qual teve por norte a ocorrência de desequilíbrio econômico das operadoras de planos de saúde, com pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. Conclui-se que a concretização do direito à saúde por meio da concessão de liminares deve ocorrer com base no assessoramento técnico dos julgadores, tendo como alternativa a ampliação da atuação do NAT-JUS, a fim de que as decisões proferidas sejam fundamentadas na Medicina baseada em evidências. Além disso, a oitiva dos médicos assistente e da operadora, promovendo maior diálogo entre o julgador e os profissionais envolvidos, nos termos dos enunciados do CNJ, colabora para uma decisão racional e com respeito ao contraditório.

Palavras-chave: Direito à saúde. Saúde suplementar. Limitação dos recursos. Tutelas de urgência. Medicina baseada em evidências.

* Recebido em 28/09/2018
Aprovado em 11/01/2019

** Doutor em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Especialista em Direito Tributário pelo Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7). Analista de Regulação da Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará (Arce). Professor Assistente da UNI7. E-mail : alisson.melo@gmail.com.

*** Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Sócia do escritório Viana Peixoto - Advogados Associados. E-mail : nathalia@vianapeixoto.com.br.

ABSTRACT

The objective of this article is to investigate the possibilities of giving effect to the fundamental right to health, without impeding the operation of the health plan operators, when they are urged to provide high cost treatments, also evaluating the repercussion that the liquidation of an operator can cause in SUS. It discusses what tools the judiciary should use to analyze the urgent guardianships, considering the need for technical knowledge, the weight of cost-effectiveness and the irreversibility of the guardianship, considering the amounts involved. Firstly, the limits of the performance of the health plan operators, the legal nature of the contracts and the scarcity of resources were analyzed. Next, the use of emergency guardianships as mechanisms for realizing the right to health was discussed. Finally, we explored the need for technical advice from the judges and the impact of these decisions on supplementary health. The deductive method was used, which had for the north the occurrence of economic imbalance of the health plan operators. The work is bibliographical and jurisprudential. It is concluded that the realization of the right to health through the granting of injunctions should occur from the technical advice of the judges, having as an alternative the expansion of the NAT-JUS performance, so that the decisions rendered are based on Medicine based on evidence. In addition, the hearing of the assisting physicians and the operator, promoting greater dialogue between the judge and the professionals involved, in terms of the statements of the CNJ, contributes to a rational decision and with respect to the adversary.

Keywords: Right to health. Supplementary health. Limitation of resources. Provisional remedies. Evidence-based medicine.

1. INTRODUÇÃO

A cada dia percebe-se que as demandas envolvendo direito à saúde têm se tornado mais frequentes, exigindo do Judiciário, muitas vezes, uma atuação além daquela definida pela Constituição Federal, num fenômeno que tem sido denominado de ativismo judicial. Vários são os motivos que se pode elencar para justificar o aumento dessas demandas, que vão desde a incapacidade do Estado de promover, materialmente, esse direito até o avanço da tecnologia e o desejo das pessoas de ter acesso a tratamentos de alto custo, somado, claro, com a crença de que, no Judiciário, a saúde não tem preço¹.

A presente investigação expõe a problemática da concessão de tutelas de urgências nos processos em que o objeto da lide é o fornecimento de tratamento ou medicamento, ou ambos, por planos de saúde e as consequências dessas decisões, proferidas no início do processo, quando ainda não se estabeleceu o contraditório, ou ainda que proferidas após a angularização processual, não foi possível aferir a eficácia do tratamento pleiteado para o caso específico da parte autora, tampouco avaliar as consequências desse fornecimento, mormente quando se está diante de tratamento de alto custo.

As tutelas de urgência, previstas no Código de Processo Civil de 2015 nos artigos 300 a 310, têm o condão de antecipar os efeitos do provimento jurisdicional, desde que comprovados os requisitos legais, quais sejam: probabilidade do direito (*fumus boni iuris*), dano de difícil reparação ou risco ao resultado útil do

1 MASTRODI, Josué; FULFULE, Elaine. O problema da judicialização da saúde no Brasil: sugestão de novos rumos. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 2, p. 607-609, abr./jun. 2017. LÔBO, Edilene; SANTIAGO, Frederico Dutra. Ativismo judicial e direito à saúde: a quebra dos princípios sensíveis e organizatórios do Estado brasileiro. *Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública*, Brasília, v. 3, n. 1, p. 132-135, jan./jun. 2017.

MARTINI, Sandra Regina; LESSA, Pablo Henrique Cordeiro. O ativismo judicial e a intervenção do Poder Judiciário: a limitação dos orçamentos públicos e a garantia do direito fundamental à saúde. *Revista Jurídica*, Blumenau, v. 21, n. 44, p. 17-20, jan./abr. 2017. CRISTÓVAM, José Sérgio; CIPRIANI, Manoella Peixer. Sobre o ativismo judicial nas questões relacionadas ao direito à saúde: mensageiro da boa nova ou lobo em pele de cordeiro. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 13, n. 3, p. 177-182, dez. 2017.

processo (*periculum in mora*), desde que não haja perigo da irreversibilidade dos efeitos da decisão, requisito impeditivo, em tese, para a concessão das tutelas de urgência.

No caso de processos em que envolvem questões de saúde como fornecimento de medicamentos e tratamentos de alto custo, cirurgias de urgência, entre outros, a concessão das tutelas de urgência, necessariamente, esbarram no impeditivo legal consubstanciado na irreversibilidade, colocando o magistrado em posição de ponderar entre o direito à saúde e à vida de um lado e o custo desse direito do outro².

É comum pensar-se que, diante de direitos tão relevantes, como direito à saúde e à vida, ambos com *status* de direito fundamental na Constituição, fundamentados na dignidade da pessoa humana, o Poder Judiciário não poderia, ou não deveria, exercer nenhuma ponderação sobre as consequências da concessão da tutela, pois nada seria mais relevante que a concretização do direito individual à saúde que está sendo pleiteado.

No entanto, a questão não é tão simples assim, pois a judicialização da saúde provoca sérios impactos no orçamento das operadoras de planos de saúde, principalmente porque, com o avanço da tecnologia na área da Medicina, os custos estão cada vez mais altos e a cada dia surgem novos medicamentos e procedimentos capazes de viabilizar a cura de doenças, até então incuráveis, o que gera nas pessoas o anseio pelo acesso a essas inovações, cujo custo as operadoras de planos de saúde não conseguem abarcar.

As consequências da promoção do direito à saúde por intermédio de decisões judiciais em caráter liminar — antes do julgamento do mérito — trazem o agravante de, em virtude da fase inicial do processo, não se saber sequer se o tratamento é mesmo eficaz para aquele paciente, mesmo que haja laudo médico instruindo o pedido. A questão consiste, longe de colocar na balança a vida das pessoas, em saber o que deve ser preservado, se o direito individual à saúde (de quem está demandando a operadora de planos de saúde) ou se o direito coletivo à saúde (das demais pessoas — beneficiários de planos — que serão afetadas com a falta de recursos provocada pelo desequilíbrio orçamentário da operadora).

Ainda, quais as métricas a serem adotadas pelo julgador necessárias para que, a despeito de promover o direito individual à saúde daquele que buscou o Judiciário, não impeça o gozo do direito à saúde dos demais beneficiários.

O tema ganha grande relevância no momento atual em que as operadoras estão sendo demandadas para fornecimento da medicação *spinraza*, recentemente registrada na Anvisa, indicada para o tratamento de pacientes com Atrofia da Medula Espinhal (AME), que, mesmo não promovendo a cura da doença, promete impedir ou retardar o seu avanço e que custa, atualmente, para o primeiro ano de tratamento, aproximadamente, três milhões de reais, e mais de um milhão para os demais anos de tratamento, sendo, ainda, de uso contínuo.

Após a concessão da tutela deferindo o início do tratamento, não há como reverter os efeitos dessa decisão, pois estamos falando de um custo de milhares de reais. Por outro lado, as operadoras de planos de saúde, quando formaram o preço a ser pago pelo beneficiário, não consideraram um custo dessa magnitude, que não está comportado na mensalidade paga, provocando desequilíbrio contratual.

A presente pesquisa emprega o método dedutivo e possui caráter exploratório, baseado em dados secundários coletados a partir de revisão bibliográfica e jurisprudencial. Desenvolve-se, inicialmente, o direito à saúde como direito fundamental de segunda dimensão constitucionalmente protegido e o papel constitucional do poder público e da iniciativa privada na promoção desse direito. Em seguida, aborda-se a natureza jurídica dos contratos de planos de saúde, a fim de tornar mais claro o impacto econômico-financeiro das decisões judiciais que ampliam as coberturas contratadas em um plano de saúde. Analisa-se a utilização das tutelas de urgência como mecanismos de concretização do direito individual à saúde, em momento em que o magistrado ainda não tem, muitas vezes, elementos sólidos e confiáveis necessários para a melhor apreciação

2 ALENCAR, Rosmar Antonni; LOZADA, Claudia de Oliveira. Breve análise dos aspectos processuais que envolvem questões relacionadas à judicialização da saúde: a tutela antecipada. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 52, p. 29-30, maio/set. 2017.

acerca da questão que está sendo posta a apreciação, bem como a necessária análise do impacto econômico-financeiro provocado na operadora de plano de saúde que terá de cumprir a decisão.

2. A COLISÃO ENTRE O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E A PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS DE SAÚDE PELAS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE

O direito fundamental à saúde é um direito fundamental social, sendo compreendido como um direito à prestação em sentido estrito, um direito individual a algo que deve ser prestado pelo Estado, pois o indivíduo não consegue ter acesso a esse algo ou porque não possui condições financeiras ou porque não há disponibilidade no mercado, de forma que, em condições ideais — capacidade financeira e oferta —, ele conseguiria ter acesso sem a ajuda do Estado³. Os direitos fundamentais de segunda dimensão, categoria na qual está inserido o direito à saúde, ganharam força no século XX, vinculados ao Princípio da Igualdade, e demandam condutas ativas pelo Estado⁴.

Na Constituição de 1988, o direito à saúde obteve *status* de direito social fundamental garantido no art. 6º, bem como possui uma seção específica toda dedicada a ela, nos arts. 196 a 200, pela qual o Constituinte define o papel do Estado na promoção da saúde, definindo como princípios norteadores à universalidade, igualdade e integralidade. A Constituição de 1988 é tão inovadora no estabelecimento do direito à saúde, instituindo, pela primeira vez no Brasil, um sistema único de gestão da saúde, que pode ser considerada — entre outras alcunhas igualmente relevantes — como a Constituição sanitária. Nos artigos referidos, o Constituinte expõe o papel do Estado na promoção do direito à saúde, a organização do Sistema Único de Saúde (SUS) e a participação da iniciativa privada na assistência à saúde.

De acordo com o art. 196 da Constituição Federal, “[a] saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. A leitura do artigo citado transparece, e essa tem sido a interpretação prevalecente nos tribunais, por força da responsabilidade objetiva, que o Estado tem o dever de promover a saúde ao indivíduo de forma quase ilimitada⁵. No entanto, fazendo-se uma análise mais acurada do dispositivo constitucional, percebe-se que o Constituinte não quis dizer que ao indivíduo, em matéria de saúde, tudo seria dado, a qualquer custo.

Na verdade, a redação do artigo, logo após a garantia de que o direito à saúde é de todos e dever do estado, especifica como se dará a promoção pelo Estado desse direito, ou seja, mediante políticas sociais e econômicas, que se traduzirão em ações e serviços. Veja-se que, inicialmente, o dever do Estado em garantir o acesso à saúde ocorre por meio de políticas sociais e econômicas e, ao final, por meio de ações e serviços que promovam, protejam e recuperem esse direito. Essas ações e serviços, nos termos do art. 198, constituirão um sistema único, tendo como diretrizes a descentralização, o atendimento integral e participação da comunidade. No art. 200, Há as atribuições do sistema único de saúde, que, também, serão definidas em lei específica, no caso a Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990.

Já as operadoras de planos de saúde atuam no âmbito da assistência à saúde conforme permissão do art. 199 da Constituição Federal, sendo reguladas pelas Leis 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre planos de saúde, e 9.961, de 28 de janeiro de 2000, que cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), e por resoluções da própria ANS. A lei 9.656/98, em seu art. 1º, traz os conceitos de operadora de plano de saúde e plano privado de saúde, delimitando o escopo de atuação das empresas do setor. Assim,

3 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

4 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 578.

5 BORGES, Alexandre Walmott; GADIA, Giovanna Cunha; OLIVEIRA JÚNIOR, Mário Ângelo. Direito fundamental à saúde e a responsabilidade do Estado. *Revista do Direito UNISC*, Santa Cruz do Sul, n. 36, p. 112-116, jul./dez. 2011.

enquanto o Estado promove o direito à saúde, levando em consideração os princípios da universalidade e da integralidade, o setor suplementar atua dentro de uma cobertura previamente contratada com preço pré ou pós-estabelecido (casos de coparticipação), não havendo, dentro dessa cobertura, limite financeiro, o que impede, por exemplo, limitações de dias de internação em UTI, sob o argumento de alto custo, se há cobertura de internação nessa modalidade⁶.

Nessa seção, abordam-se os limites da atuação das operadoras de planos de saúde na promoção do direito à saúde, considerando-se as características dos contratos, a escassez de recursos e, com contrapartida, a necessidade ilimitada dos beneficiários.

2.1. Os limites das Operadoras de Planos de Saúde enquanto integrantes do sistema de saúde

O sistema de saúde do Brasil é composto pelo setor público, por meio do SUS, e pelo setor privado, conhecido como saúde suplementar e formado pelas operadoras de planos de saúde, reguladas pela Lei 9.656/98, sendo as ações e serviços de saúde considerados de relevância pública, nos termos do art. 197 da Constituição Federal⁷. Com base em classificação dos sistemas de saúde proposto pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), o sistema brasileiro é suplementar e duplicado, pois as operadoras de planos de saúde integrantes do setor suplementar oferecem os mesmos serviços que são custeados pelo SUS e, ainda, elementos de sofisticação, como serviço de hotelaria cuidados de longa duração e reabilitação.

O Estado promove o direito à saúde levando em consideração os princípios da universalidade e da integralidade (arts. 196 da CF) e o setor suplementar atua dentro de uma cobertura previamente contratada com preço pré ou pós-estabelecido⁸, não havendo, dentro da cobertura contratual, limite financeiro, o que impede, por exemplo, limitações de dias de internação em UTI, sob o argumento de alto custo, se havia cobertura de internação nessa modalidade, nos termos do art. 1º. da Lei 9.656/98.

O dever do Estado, portanto, na promoção do direito à saúde, em tese, é ilimitado, e a atuação das operadoras de planos de saúde tem sua limitação nas cláusulas dos contratos entabulados entre as partes, conforme redação do artigo referido e demais dispositivos da Lei 9.656/98, respeitada a vontade das partes, a boa-fé objetiva estabelecida nas expectativas legítimas dos contratantes⁹, bem como a situação de dupla vulnerabilidade do consumidor e enfermo¹⁰.

Assim, o olhar daquele que se volta para as questões envolvendo saúde deve perceber que os sistemas — público e privado — são partes de um todo e que possuem suas peculiaridades, sendo este o ponto de partida para a busca de soluções sustentáveis para os problemas envolvendo a prestação de serviços de saúde do país¹¹. As operadoras de saúde cumprem importante papel na assistência à saúde e sem elas, com certeza, a situação do SUS, que já é crítica, sofreria severa piora.

É nesse contexto que se coloca a problemática vivenciada pelas operadoras de planos de saúde quando são obrigadas a fornecer a seus beneficiários medicamentos de alto custo, cujo preço, muitas vezes, repre-

6 TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 854-857.

7 DOMINGUES, Eduardo Garcia Ribeiro Lopes; RAMALHO, Bruno. Os planos de saúde e sua efetividade contratual — análise comparativa entre a jurisprudência do STJ e os entendimentos da ANS. *Revista Brasileira de Direito Público — RBDP*, Belo Horizonte, ano 15, n. 58, jul./set. 2017. p. 126.

8 PAULA, Ana Cristina Alves de; NETTO, Juliana Presotto Pereira. A judicialização da saúde suplementar e seus impactos na atividade das operadoras de planos de saúde. *Raízes Jurídicas*, Curitiba, v. 8, n. 2, p. 76-77, jul./dez. 2016.

9 NUNES, Danyelle Rodrigues de Melo; PORTO, Uly de Carvalho Rocha; ERHARDT JÚNIOR, Marcos. Limites da intervenção judicial nos contratos de plano de saúde. *Revista Fórum de Direito Civil — RFDC*, Belo Horizonte, ano 5, n. 11, jan./abr. 2016. p. 86.

10 SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 67, 2008. p. 17.

11 DAHINTEN, Bernardo Franke; DAHINTEN, Augusto Franke. Judicialização do sistema de saúde suplementar — Possíveis causas. *Revista Fórum de Direito Civil — RFDC*, Belo Horizonte, ano 15, n. 80, jul./ago. 2013.

senta parcela significativa do seu resultado anual, implicando, necessariamente, a solidarização dos custos com os demais beneficiários, além de colocar em risco a sua permanência no mercado¹².

Infelizmente, com o avanço tecnológico na área da saúde, caminha-se para uma realidade na qual o direito individual à saúde terá um custo impagável, seja pelo setor privado, seja pelo público, considerando-se que o custo médico-hospitalar supera a inflação geral.

Quando o constituinte inseriu o direito à saúde como direito social fundamental na Constituição Federal de 1988, garantido a todos gratuitamente, pelo Estado e com participação da iniciativa privada, não determinou como esse direito iria, na prática, ser realizado. A concretização dos direitos fundamentais exige recursos¹³, que, naturalmente, são finitos, mormente quando se trata do direito à saúde, cujas necessidades são infinitas, de forma que a demanda é sempre muito maior que a oferta.

As operadoras, conforme previsto no art. 1º, §1º, da Lei 9.656/98, sofrem uma forte regulação pela agência, que vai desde a autorização para comercialização dos produtos (art. 9º) ao envio periódico de todas as informações relativas às suas atividades (art. 25), fiscalização do cumprimento dos contratos, com aplicação de multas que podem chegar a um milhão de reais (art. 27), podendo, ainda, afastar a diretoria da operadora e instalar regime de direção fiscal ou técnica, além de determinar a alienação da carteira (pior situação para uma operadora e seus beneficiários) ou a liquidação extrajudicial (art. 24)¹⁴.

Nessa senda, pode-se concluir que o próprio Estado, por meio da ANS, delimita o campo de atuação das operadoras, que integram o sistema de saúde do país de forma suplementar, não estando sujeitas aos mesmos princípios que norteiam a atividade estatal na concretização do direito fundamental à saúde, quais sejam, universalidade, integralidade e igualdade, além de exercer rigorosa fiscalização.

Defender o contrário seria desestimular a continuidade desse tipo de atividade comercial que, como todas as outras, tem fins lucrativos. Ademais, conforme será abordado adiante, os recursos das operadoras de planos de saúde são finitos, de forma que conceder aos beneficiários, além do que fora contratado, causa um inexorável desequilíbrio contratual que pode levar a operadora à liquidação pela ANS, o que, também, prejudicaria o sistema como um todo, pois o Estado não tem condições de absorver a demanda que, hoje, é assistida pelas operadoras de planos de saúde.

2.2. Da natureza jurídica dos planos de saúde e o problema da escassez dos recursos

A Lei 9.656/98, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, regula os contratos firmados após a sua vigência, bem como aqueles firmados anteriormente, mas que os beneficiários fizeram a opção de adaptá-los ao novo regramento. Os contratos firmados antes da referida lei, e que não foram adaptados, não se submetem às disposições legais.

Os contratos de planos de saúde têm como características a comutatividade, bilateralidade, onerosidade e o mutualismo e são formados com base em um cálculo atuarial, o que o aproxima de um contrato de seguro. Neles, o beneficiário paga um preço pré-determinado para ter direito a uma cobertura médico-hospitalar nos termos do contrato entabulado com a operadora de plano de saúde escolhida¹⁵.

12 REZENDE, Paulo Roberto Vogel de. *Os contratos de plano de saúde e seu equilíbrio econômico-financeiro: mutualismo, cálculo atuarial e o impacto econômico das decisões judiciais*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial) - Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, 2011.

13 KRELL, Andreas J. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial a prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). *Revista de Informação Legislativa*, Brasília a. 36 n. 144, out./dez. 1999. p. 241.

14 PIETROBON, Louise; PRADO, Martha Lenise; CAETANO, João Carlos. Saúde suplementar no Brasil: o papel da Agência Nacional de Saúde Suplementar na regulação do setor. *Physis Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v.18, n. 4, p. 767-783, 2008.

15 REZENDE, Paulo Roberto Vogel de. *Os contratos de plano de saúde e seu equilíbrio econômico-financeiro: mutualismo, cálculo atuarial e o impacto econômico das decisões judiciais*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial) - Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, 2011.

Todo contrato de plano de saúde, individual ou coletivo, tem sua essência na solidariedade e no mutualismo. Assim, as mensalidades pagas por todos os beneficiários de uma determinada operadora de plano de saúde constituem um fundo comum, uma receita única, com base na qual a operadora cumprirá os contratos, custeando os tratamentos, internações, cirurgias, pagando fornecedores, hospitais e laboratórios da rede credenciada e profissionais da área da saúde¹⁶, além do custo administrativo e das reservas (provisionamentos), nos moldes exigidos pela ANS. Assim, quando uma operadora de planos de saúde é condenada a custear um tratamento milionário para o qual não se programou, ou seja, sem previsão no cálculo atuarial realizado quando da formação do preço, poderá não conseguir cumprir outros contratos, em prejuízo aos demais beneficiários¹⁷.

A natureza jurídica dos contratos de planos de saúde e como eles são formados, consoante explicitado, já denotam a impossibilidade de coberturas ilimitadas, pois os recursos são limitados ao fundo comum. Assim, quando algum beneficiário, por meio de uma decisão judicial, consegue ter acesso a uma cobertura não contratada, todos os outros beneficiários são prejudicados, pois o custeio, além do previsto, advirá do fundo comum mencionado acima, gerando desequilíbrio na operadora. Com efeito, quando uma operadora de planos de saúde é condenada a custear um tratamento milionário, para o qual não se programou, ou seja, sem previsão no cálculo atuarial realizado quando da formação do preço, poderá não conseguir cumprir outros contratos, gerando um efeito dominó, tendo em vista que as decisões que ampliam coberturas estimulam o ajuizamento de novas ações.

Além do prejuízo no cumprimento dos contratos, afetando diretamente os beneficiários, as operadoras, conforme já explanado, são fiscalizadas pela ANS, que monitora a saúde financeira das operadoras, intervindo sempre que há anormalidades que possam comprometer a continuidade ou a qualidade no atendimento à saúde. O monitoramento da ANS dá-se por meio de vinte e oito indicadores distribuídos em quatro dimensões: qualidade de atenção à saúde, garantia de acesso, sustentabilidade no mercado e gestão de processos e regulação¹⁸. Referidos indicadores permitem a avaliação da capacidade técnico-operacional das operadoras e subsidiam a fiscalização da agência¹⁹, que podem, inclusive, aplicar sanções, que vão desde a suspensão de comercialização de produtos até a direção técnica e liquidação da operadora, com a alienação de sua carteira de clientes, nos termos da leis 9.656/98 e 9.661/2000.

A liquidação de uma operadora de plano de saúde, com a consequente alienação da sua carteira de clientes — que é disponibilizada para absorção por outras operadoras atuantes no mercado — causa um prejuízo para toda a sociedade. Como dito alhures, o sistema de saúde do país é um só, formado pelos setores público (SUS) e privado (operadoras), de forma que, quando o setor privado não vai bem, o SUS sente o impacto, principalmente, considerando-se que o gasto privado em saúde no Brasil supera o gasto público²⁰,

16 NUNES, Danyelle Rodrigues de Melo; PORTO, Uly de Carvalho Rocha; ERHARDT JÚNIOR, Marcos. Limites da intervenção judicial nos contratos de plano de saúde. *Revista Fórum de Direito Civil — RFDC*, Belo Horizonte, ano 5, n. 11, jan./abr. 2016. P. 90.

17 REZENDE, Paulo Roberto Vogel de. Cálculo atuarial, mutualismo, equilíbrio econômico e plano de saúde: uma abordagem sobre dois julgados. In: PIRES, Danielle S., AGUIAR, Lívia C. SOUZA, Jordana M. (coord.). *Judicialização da Saúde Suplementar*. Belo Horizonte: Unimed — BH Cooperativa de Trabalho Médico, 2008. p. 197.

18 AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Gerência Executiva de Estímulo à Inovação e Avaliação da Qualidade Setorial. *Ficha técnica: indicadores do Programa de Qualificação de Operadoras 2018*. Rio de Janeiro: ANS, 2018. Disponível em: http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Perfil_setor/idss/pqo2018_6_anexo_ii_ficha_tecnica_dos_indicadores.pdf. Acesso em: 07 jan. 2019.

19 AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. ANS disponibiliza relação de Perguntas e Respostas sobre o IDSS ano-base 2017. *Portal da ANS*, Rio de Janeiro, Avisos para Operadoras, 11 out. 2018. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras/espaco-da-operadora/avisos-para-operadoras/4654-ans-disponibiliza-relacao-de-perguntas-e-respostas-sobre-o-idss-ano-base-2017>. Acesso em: 07 jan. 2019.

20 LARA, Natalia. *Texto para discussão nº 72 – 2018: O setor de saúde na perspectiva macroeconômica*. Período 2010 – 2015. São Paulo: Instituto de Estudos de Saúde Suplementar, 2018. Disponível em: https://www.iess.org.br/cms/rep/td_72_saude_macro-economia.pdf. Acesso em: 07 jan. 2019.

bem como a aprovação da Emenda Constitucional 95, que limita os gastos públicos por 20 (vinte) anos²¹.

No Estado do Ceará, por exemplo, há duas grandes operadoras de planos de saúde que disputam a maior fatia do mercado: Hapvida, que lidera o ranque com 535.331 clientes²², e Unimed Fortaleza, com 334.819 beneficiários²³. Não há dúvidas de que o SUS não conseguirá absorver toda essa demanda caso qualquer delas venha a entrar em liquidação²⁴.

Diante das características peculiares desse tipo de contrato, bem como do mercado ser bastante regulado pela ANS, a judicialização da saúde tem grande repercussão na higidez financeira das operadoras, não só desequilibrando as contas da operadora que é obrigada a cumprir uma decisão concedendo tratamento fora da cobertura contratada, mas também de todo o sistema de saúde.

O cenário fica ainda pior quando a cobertura é ampliada pelo Poder Judiciário em sede de tutela de urgência. Nesse primeiro momento, o magistrado ainda não tem elementos suficientes para saber se o tratamento que está sendo pleiteado será de fato eficaz para o paciente, mesmo quando a ação é instruída com um laudo médico. Ademais, é fundamental que o magistrado faça uma análise do custo-benefício da tutela que concederá, mormente quando a operadora, ainda que consiga uma decisão terminativa de mérito favorável, não conseguirá reaver o valor dispendido no tratamento, pois, geralmente, representam quantias elevadas, fazendo tábula rasa o parágrafo 3º do art. 300 do CPC, que determina que as tutelas de urgência não serão concedidas quando houver risco de irreversibilidade dos efeitos da decisão, conforme será melhor abordado no capítulo seguinte.

3. AS TUTELAS DE URGÊNCIA ANTECIPADA COMO MECANISMOS DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO INDIVIDUAL À SAÚDE

As tutelas de urgência, com previsão no Código de Processo Civil nos artigos 300 a 310, são concedidas quando restarem evidenciados a probabilidade do direito (*fumus boni iuris*) e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*) (art. 300), podendo ser cautelar ou antecipada²⁵. Em linhas gerais, são antecipadas quando têm natureza satisfativa e cautelares quando visam garantir o resultado útil do processo. Diferencia-se a tutela antecipada da tutela liminar, considerando-se aquela genérica e esta mais específica²⁶.

As tutelas de urgência de natureza antecipada podem ser requeridas em caráter antecedente, quando a urgência for contemporânea à propositura da ação, permitindo-se o ajuizamento da ação apenas com a comprovação dos requisitos para a concessão da tutela de urgência, com a breve exposição da lide, nos termos do art. 303 do CPC, ou em caráter incidental, no bojo da petição inicial, ou no curso do processo, para situações previstas no art. 300, *caput*, do CPC.

21 PROMULGADA emenda constitucional do teto de gastos públicos. *Senado Notícias*, Brasília, Matérias, Congresso, 15 dez. 2016. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/12/15/promulgada-emenda-constitucional-do-teto-de-gastos>. Acesso em: 07 jan. 2019.

22 AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Sala de Situação. *Portal da ANS*, Rio de Janeiro, Dados e Indicadores do setor, nov. 2018. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-e-indicadores-do-setor/sala-de-situacao>. Acesso em: 07 jan. 2019.

23 AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Sala de Situação, nov. 2018.

24 BARROS, J. L.; BEIRUTH, A. X. Aplicação de Modelos de Previsão de Insolvência nas Operadoras de Planos de Saúde do Brasil. *RAGC*, v. 4, n. 15, p. 15-28, 2016.

25 MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. A tutela provisória no ordenamento jurídico brasileiro: a nova sistemática estabelecida pelo CPC/2015 comparada às previsões do CPC/1973. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; PEREIRA, Mateus Costa; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos (coord.). *Tutela provisória*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 27-36. (Grandes Temas do Novo CPC, v. 6).

26 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: Gen, Método, 2015. Volume único, cap. 50.

As tutelas de caráter antecedente são novidades trazidas com o advento do Novo Código de Ritos, que visa garantir a efetividade da tutela quando a situação é tão urgente que, em tese, não haveria tempo sequer para confeccionar uma petição inicial com todos os seus requisitos legais, tratando-se, pois, de uma urgência iminente, que não pode esperar, como um leito de UTI, uma cirurgia de urgência, ou seja, situações que precisam ser apreciadas imediatamente.

Após a concessão da tutela antecipada em caráter antecedente, a parte autora deverá aditar a petição inicial (art. 303, § 1º, I), adequando-a às exigências do art. 319 do CPC, sob pena de extinção do processo sem resolução do mérito (art. 303, § 2º). Caso não haja interposição do recurso cabível pela parte ré contra a decisão que concedeu a tutela deferida em caráter antecedente, a decisão estabilizará, podendo somente ser modificada com o ajuizamento de ação que vise rever, reformar ou invalidar a tutela concedida, o que deve ser feito no prazo de 02 (dois) anos²⁷.

Para o escopo do presente trabalho, a concessão das tutelas de urgência ganha especial relevo, principalmente quando um beneficiário de plano de saúde busca o Judiciário a fim de compelir a operadora a fornecer medicamento ou tratamento de alto custo. Nesses casos, o risco de irreversibilidade dos efeitos da decisão é flagrante. Some-se a isso o fato de os magistrados não possuírem o conhecimento técnico necessário para aferir a eficácia do tratamento.

Mesmo nos casos em que a petição inicial é instruída com laudo médico indicando o tratamento, não significa que seja eficaz, tampouco desvincula o magistrado de considerar o custo-efetividade do seu fornecimento. Neste sentido:

A judicialização da saúde implica, é certo, a atuação do médico, que prescreve determinado tratamento ou medicamento que vem a ser pleiteado pela via judicial. Em que pese a relevância da opção pelo tratamento indicado, a questão vai muito além da decisão do médico porque implica o custo referente aos tratamentos e medicamentos prescritos, que devem ser financiados por alguém (no caso, pelo Estado) e proporcionam elevados lucros neste mercado. Como em todo mercado lucrativo, diversos interesses atuantes e por vezes conflitantes podem ser identificados. A par do interesse do próprio paciente, uma pequena amostragem de casos ocorridos no Brasil evidencia que há outros interesses presentes. A propósito do julgamento sobre os medicamentos de alto custo pelo STF, a Revista *Época* divulgou matéria sobre “o caso do paciente de R\$800 mil”, referindo-se a um paciente portador de uma rara anemia, a Hemoglobinúria Paroxística Noturna (HPN), que promove uma série de complicações como a trombose 13 em diversos órgãos e pode levar à morte.

O tratamento para a HPN é feito com o medicamento Eculizumab (nome comercial Soliris®), ao custo de R\$ 800 mil por ano, pago pelo Sistema Único de Saúde em obediência à decisão judicial que impôs ao governo estadual o fornecimento do tratamento. O hematologista responsável pela prescrição do medicamento, foi também quem indicou a advogada para a demanda judicial contra a Secretaria Estadual de Saúde. O médico nega vínculos com o fabricante do remédio (Laboratório Alexion), mas dele recebe pagamentos para dar aulas a outros médicos sobre o HPN. A advogada indicada pelo hematologista recebe honorários da Associação Brasileira de HPN, uma ONG que recebe apoio financeiro da Alexion. O governo estadual paulista foi obrigado ao pagamento desse tratamento para outros 34 pacientes no ano de 2011, tendo a mesma advogada atuado em 28 desses casos.²⁸

Ainda que essas questões sejam alheias ao processo, no sentido de que, principalmente no seu início, não estarão dentro dos autos, é uma realidade inafastável da qual o julgador não pode se descuidar e é facilmente verificada nas demandas que envolvem fornecimento de uma medicação nova, recentemente registrada na Anvisa, ou ainda sem registro.

27 REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, a.40, v. 244, p. 167-194, jun. 2015,

28 ÁVILA, Ana Paula Oliveira; MELO, Karen Cristina Correa de. Separação dos Poderes e diálogos institucionais nos litígios envolvendo saúde. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 89-90, jan./abr. 2018.

Normalmente, uma medicação é disponibilizada no mercado com indicação de utilização por pacientes que se enquadram nas mesmas características dos pacientes que receberam a medicação na fase de estudos, na qual é aferida a eficácia do remédio, para posterior comercialização. Ou seja, o surgimento de uma medicação que promove a cura, ou tratamento, de uma determinada doença não necessariamente será eficaz para todos os que possuem a doença, mas apenas para os pacientes com as mesmas características dos que fizeram parte do estudo²⁹.

Destarte, o magistrado para bem decidir sobre a concessão ou não de uma tutela, obrigando que uma operadora forneça um tratamento ou medicamento, precisaria saber, nos termos acima expendidos, se a medicação é, de fato, eficaz ou não. É o que se chama de Medicina baseada em evidências³⁰.

A título de exemplo, cita-se a medicação *spinranza*, registrada na Anvisa em meados de agosto de 2017³¹, indicada para pacientes que possuem AME. Nos estudos realizados para comprovação da eficácia desse medicamento, a medicação foi utilizada em um grupo bem específico de pacientes³².

Apenas para pacientes que possuem as mesmas características dos pacientes que fizeram parte do estudo (idade, tipo da doença, comprometimento motor e respiratório), há evidência científica de eficácia do medicamento. Para os demais, o medicamento é considerado tratamento experimental. Por outro lado, a medicação referida custa, custa, atualmente, para o primeiro ano de tratamento, aproximadamente, dois milhões de reais, e mais de um milhão para os demais anos de tratamento, sendo, ainda, de uso contínuo³³.

Todas essas informações não chegam ao magistrado no momento em que ele está apreciando o pedido de tutela de urgência. Nesse primeiro momento, o magistrado depara-se, apenas, com o drama de quem enxerga na medicação a melhora na sua qualidade de vida ou na de seu filho (boa parte dessas demandas são de pacientes infantis). No entanto, não é dado ao magistrado julgar pela emoção, mas com a boa técnica e razoabilidade. Dois milhões de reais podem representar todo o resultado de uma empresa. Considerando-se que uma operadora tenha mais de um paciente com AME, não é difícil visualizar a sua insolvência, o que prejudicaria todos os demais beneficiários.

A concessão da tutela de urgência em casos como esse esbarra no impeditivo para a sua concessão previsto no art. 300, § 3º, CPC, que é a irreversibilidade de seus efeitos³⁴. Quando o magistrado concede uma tutela de urgência que envolve tratamento de alto custo, ele sabe que está passando por cima desse dispositivo, pois a operadora, ainda que consiga uma decisão definitiva favorável, não conseguirá ser ressarcida do valor despendido.

A concessão judicial indiscriminada no âmbito dos direitos sociais pode, com base na concessão de um direito individual à saúde sem as devidas cautelas, inviabilizar a concretização do direito coletivo à saúde dos demais beneficiários.

É comum que a fundamentação dessas decisões tenha como norte o direito à saúde, como direito fundamental, formal e material, e que o Judiciário deve concretizar esse direito, pois a vida está acima de qualquer outro valor³⁵. No entanto, é válido o questionamento se o direito individual à saúde deve prevalecer a qual-

29 BOCCHI, Edimar Alcides; MARIN NETO, José Antônio. Aplicação dos Princípios da Medicina Baseada em Evidências em Programas de Avaliação de Procedimentos e Medicamentos de Alto Custo. *Arq. Bras. Cardiol.*, v. 76, n. 4, p. 339-342, 2001.

30 DIAS, Eduardo Rocha; SILVA JUNIOR, Geraldo Bezerra. A Medicina Baseada em Evidências na jurisprudência relativa ao direito à saúde. *Einstein*, São Paulo, v. 14, n. 1, São Paulo, jan./mar. 2016.

31 AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. Detalhe do Produto: Spinranza. *Portal da ANVISA*, Consultas, 20 nov. 2018. Disponível em: <https://consultas.anvisa.gov.br/#/medicamentos/25351233501201778/>. Acesso em: 07 jan. 2019.

32 COMISSÃO NACIONAL DE INCORPORAÇÃO DE TECNOLOGIAS NO SUS. *Relatório de Recomendação*: Nusinersena para o tratamento de pacientes com atrofia muscular espinhal 5q tipo I. Brasília: Ministério da Saúde, ago. 2018. Disponível em: http://conitec.gov.br/images/Consultas/Relatorios/2018/Relatorio_nusinersena_5q_tipo_I_2018_CP.pdf. Acesso em: 11 set. 2018.

33 COMISSÃO NACIONAL DE INCORPORAÇÃO DE TECNOLOGIAS NO SUS. *Relatório de Recomendação*, ago. 2018.

34 MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado*: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

35 DIAS; SILVA JUNIOR. A Medicina Baseada em Evidências na jurisprudência relativa ao direito à saúde, 2016.

quer custo. Infelizmente, com o avanço tecnológico da área da saúde, caminha-se para uma realidade na qual o direito individual à saúde terá um custo impagável, seja pelo setor privado, seja pelo público.

Especificamente quanto à concessão de medicamentos de alto custo, a situação se agrava pelo fato de os magistrados não possuírem o conhecimento técnico necessário para aferir a eficácia do tratamento, pois foge da sua formação acadêmica. Por outro lado, percebe-se que o Judiciário, principalmente nas demandas envolvendo operadoras de planos de saúde, não dispõe de mecanismos de apoio que auxiliem os juízes a analisar situações que são alheias a sua área de conhecimento, inviabilizando a análise do caso concreto a partir de evidências científicas. A falta desse suporte resulta em decisões emocionais que não levam em conta as consequências para quem vai arcar com o ônus do seu cumprimento, e, muitas vezes, não atinge a finalidade pretendida, qual seja, a melhoria da saúde do paciente, pois o “juiz provavelmente estará afetado pela heurística do afeto, também conhecida nas anedotas jurídicas como o princípio do coitadinho”³⁶.

Quando o constituinte inseriu o direito à saúde como direito social fundamental na Constituição Federal de 1988, garantido a todos gratuitamente, pelo Estado e com participação da iniciativa privada, não determinou como esse direito iria, na prática, ser concretizado. A concretização dos direitos fundamentais exige recursos, que, naturalmente, são finitos, mormente quando se trata do direito à saúde, cujas necessidades são infinitas³⁷. Toda a receita mensal de uma operadora de plano de saúde advém do total das parcelas pagas pelos beneficiários, formando um fundo comum, que é utilizado para o custeio dos gastos com a saúde de cada um dos beneficiários e o preço da mensalidade é fruto de um cálculo atuarial que leva em conta a idade, o sexo, a cobertura contratada, o número de usuários etc.

Nesse sentido, vislumbra-se que, quando a operadora é obrigada a custear um tratamento milionário, essa conta não fecha e todos os beneficiários pagam por ela, desequilibrando todo o sistema e prejudicando todos os beneficiários. Diante desses apontamentos, tem-se que o Poder Judiciário não pode decidir sobre questões de saúde sem considerar o conhecimento técnico exigido por essas demandas, que escapam da formação dos julgadores³⁸, sendo de suma importância que eles sejam assessorados por uma equipe técnica capaz de avaliar a eficácia dos tratamentos requeridos, sem se descuidar do impacto financeiro que a concessão de provimentos judiciais causará nas contas da operadora.

Para tanto, é papel de todos os atores, que, direta ou indiretamente, estejam envolvidos nessa problemática (médicos, órgãos reguladores, pacientes e magistrados), agirem na busca de uma solução sustentável, conscientes de que, pela própria natureza do contrato de plano de saúde, baseado no mutualismo e na solidariedade, como explicitado alhures, a dicotomia existente nessas demandas não é direito à saúde *versus* dinheiro, mas direito individual à saúde *versus* direito coletivo à saúde.

4. A NECESSIDADE DE ACESSORAMENTO TÉCNICO AOS MAGISTRADOS E DA ANÁLISE DO IMPACTO ECONÔMICO DAS DECISÕES JUDICIAIS EM SAÚDE SUPLEMENTAR

Como adiantado acima, para a tomada de decisões nos processos que envolvem questões de saúde, o magistrado necessita de auxílio técnico, pois são ações que exigem, para a sua exata compreensão, de conhecimentos médicos e/ou farmacêuticos, dos quais carecem os magistrados. A falta desse suporte resulta em

36 LIMA, George Marmelstein. You can't always get what you want: repensando a judicialização da saúde com base no fornecimento de medicamentos. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 54, n. 216, out./dez. 2017. p. 111.

37 ALMEIDA, Evandro Xavier de; TOALDO, Adriane Medianeira; MARIANO, Bruna Carolina. O ativismo judicial como instrumento de garantia do direito à saúde. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA. 11., *Anais...* VII Mostra de Trabalhos Jurídicos Científicos, 2014.

38 MARIANO, Cynara Monteiro; FURTADO, Emmanuel Teófilo; ALBUQUERQUE, Felipe Braga; PEREIRA, Fabrícia Helena Linhares Coelho da Silva. Diálogos sanitários interinstitucionais e a experiência de implantação do NAT-JUS. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 169-188, jan./abr. 2018.

decisões emocionais que não levam em conta as consequências para quem vai arcar com o ônus do seu cumprimento, e, muitas vezes, não atinge a finalidade pretendida, qual seja, a melhoria da saúde do paciente.

A fim de promover esse suporte técnico ao judiciário, o CNJ editou a Resolução 236³⁹ que dispõe sobre a criação e manutenção, pelos Tribunais de Justiça e Regionais Federais, de Comitês Estaduais da Saúde, que teria como função auxiliar os tribunais na criação de Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário (NAT-JUS), formado por profissionais da saúde, para elaborar pareceres com fundamento na medicina baseada em evidências, observando-se, na sua criação, o disposto no art. 156, §2º, do Código de Processo Civil Brasileiro (art. 1º, § 1º, da Resolução 236).

A resolução surgiu como uma forma de concretizar a Recomendação 31 do CNJ⁴⁰, que traz orientações aos magistrados com o fito de buscar a sustentabilidade do SUS. Apesar da brilhante iniciativa do CNJ com a criação o NAT-JUS, bem como dos resultados positivos de sua atuação⁴¹, os núcleos somente estão disponíveis, pelo menos no âmbito do estado do Ceará, para os magistrados das varas da fazenda pública, ou seja, é uma ferramenta utilizada, apenas, quando a demanda de saúde envolve recursos públicos⁴².

Embora as demandas envolvendo planos de saúde não tenham consequências diretas no orçamento público, a sustentabilidade do setor privado é fundamental para a higidez do SUS, pois juntos formam um único sistema, consoante já esclarecido. Com efeito, somente há mercado para a iniciativa privada na área de assistência à saúde, porque o Estado não consegue prover direito à saúde com qualidade e eficiência para todos. Nesse diapasão, deve ser de interesse do Estado que as operadoras se mantenham saudáveis do ponto de vista econômico-financeiro, mostrando-se, no mínimo estranho, que o esforço para bem decidir as questões de saúde, no sentido de assessoramento dos magistrados, se limite às ações nas quais os recursos públicos estão diretamente envolvidos, olvidando-se da repercussão que a insolvência de uma operadora pode causar no sistema público.

Para se ter uma noção do impacto referido acima, atualmente, há 47.281.079 beneficiários de planos de saúde no País⁴³, ou seja, são milhões de pessoas que não utilizam recursos públicos para ter acesso à saúde. Além disso, de 2013 a 2017, o SUS foi ressarcido pelas operadoras de planos de saúde, mediante pagamento à vista de R\$ 1.068.807.966,81, referente a atendimentos feitos de pacientes beneficiários de planos de saúde, além de R\$ 605.497.474,51, cujo ressarcimento se deu de maneira parcelada, estando o Município de Fortaleza como um dos que realizou os maiores pagamentos, ocupando a 5ª posição⁴⁴.

Além do NAT-JUS, merecem destaque as Jornadas de Direito da Saúde promovidas pelo CNJ, nas quais são aprovados enunciados com o objetivo de nortear os julgadores quando da prolação das decisões, conduzindo-os a um julgamento cauteloso, principalmente, quando se trata de fornecimento de medicamento

39 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução 236, de 13 de julho de 2016*. Regulamenta, no âmbito do Poder Judiciário, procedimentos relativos à alienação judicial por meio eletrônico, na forma preconizada pelo art. 882, § 1º, do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015). Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/resolucao-n236-13-07-2016-presidencia.pdf. Acesso em: 07 jan. 2019.

40 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Recomendação nº 31 de 30 de março de 2010*. Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Brasília: CNJ, 2010. Disponível em: http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/recomendacao/recomendacao_31_30032010_22102012173049.pdf. Acesso em: 08 jan. 2019.

41 FERREIRA, Siddharta Legale; COSTA, Aline Matias da. Núcleos de assessoria técnica e judicialização da saúde: constitucionais ou inconstitucionais? *Rev. SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 36, p. 219-240, abr. 2013.

42 MARIANO, Cynara Monteiro; FURTADO, Emmanuel Teófilo; ALBUQUERQUE, Felipe Braga; PEREIRA, Fabrícia Helena Linhares Coelho da Silva. Diálogos sanitários interinstitucionais e a experiência de implantação do NAT-JUS. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 169-188, jan./abr. 2018.

43 AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Dados gerais: Beneficiários de planos privados de saúde, por cobertura assistencial (Brasil – 2008-2018). *Portal ANS*, Rio de Janeiro, Dados do setor, 2018. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-gerais>. Acesso em: 11 set. 2018.

44 AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *Boletim informativo: utilização do sistema público por beneficiários de planos de saúde e ressarcimento ao SUS*. Rio de Janeiro: ANS, abr. 2018. Disponível em: http://www.ans.gov.br/images/ANEXO/total_boletim_5_edicao.pdf. Acesso em: 11 set. 2018.

e tratamento de alto custo, a fim de verificar sua real efetividade, determinando-se, inclusive, realização de junta médica formada pelo profissional solicitante, por médico da operadora e por um terceiro, escolhido de comum acordo pelos dois profissionais. Os principais enunciados relacionados à saúde suplementar são os seguintes⁴⁵:

ENUNCIADO Nº 24: Cabe ao médico assistente, a prescrição terapêutica a ser adotada. Havendo divergência entre o plano de saúde contratado e o profissional responsável pelo procedimento médico, odontológico e/ou cirúrgico, é garantida a definição do impasse através de junta constituída pelo profissional solicitante ou nomeado pelo consumidor, por médico da operadora e por um terceiro, escolhido de comum acordo pelos dois profissionais, cuja remuneração ficará a cargo da operadora.

ENUNCIADO Nº 29: Na análise de pedido para concessão de tratamento, medicamento, prótese, órtese e materiais especiais, os juízes deverão considerar se os médicos ou os odontólogos assistentes observaram a eficácia, a efetividade, a segurança e os melhores níveis de evidências científicas existentes. Havendo indício de ilícito civil, criminal ou ético, deverá o juiz oficiar ao Ministério Público e a respectiva entidade de classe do profissional.

ENUNCIADO Nº 30: É recomendável a designação de audiência para ouvir o médico ou o odontólogo assistente quando houver dúvida sobre a eficiência, a eficácia, a segurança e o custo-efetividade da prescrição.

No entanto, os magistrados não têm se valido dessas orientações e continuam apreciando a matéria sem nenhum respaldo técnico. A falta de informação qualificada do magistrado, quando da análise dessas demandas, concedendo tratamentos e medicamentos de alto custo, muitas vezes ainda em sede de tutela de urgência e sem fundamentar na Medicina baseada em evidências, causa enorme preocupação no setor.

Nesse sentido, é fundamental que o magistrado, ao se deparar com uma demanda envolvendo saúde suplementar, dialogue, não somente com o médico que prescreve o tratamento pleiteado, mas também com a operadora de plano de saúde, com a ANS, Anvisa, e que lhe seja permitido o acesso ao NAT-JUS, a fim de subsidiá-lo na formação do seu convencimento. Além do diálogo entre os diversos atores envolvidos nas demandas judiciais de saúde suplementar, é crucial que o julgador considere as consequências financeiras que as decisões judiciais podem causar para a continuidade das operadoras, ou seja, a questão econômica não pode ser menosprezada pelo magistrado.

Para exemplificar a efetividade da utilização do NAT-JUS, basta avaliar as notas técnicas e pareceres disponibilizados pelo CNJ⁴⁶. Na nota técnica 119, por exemplo, originada da solicitação de um magistrado da primeira instância do Tribunal Regional da 4ª Região, a equipe manifestou-se sobre o fornecimento do medicamento Lucentis (ranibizumabe), requerido por paciente de 65 anos com retinopatia diabética, conforme prescrição médica, deliberando nos seguintes termos:

CUSTO DA TECNOLOGIA:

Denominação Genérica	Laboratório	Marca Comercial	Apresentação
ranibizumabe	Novartis	Lucentis	10mg/mL
PF	PMVG	PMC	
R\$ 3.782,84	R\$ 3.020,22	R\$ 5.229,55	
[...]			

CONCLUSÃO:

3.1. Conclusão Justificada:

45 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Enunciados aprovados na I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça em 15 de maio de 2014 – São Paulo-SP*. São Paulo: CNJ, 2014. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENRIA_15_5_14_r.pdf. Acesso em: 06 jun. 2018.

46 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Pesquisa na Base de Conhecimento Pública*. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/e-natjus/controlador.php?acao=base_conhecimento_publica_pesquisar&acao_secundaria=acesso_publico. Acesso em: 08 jan. 2019.

Favorável.

Considerando a doença que acomete o autor, qual seja retinopatia diabética, com edema macular diabético em ambos os olhos, conforme a CID10 H36.0 descrita pelo médico assistente em relato mais atual; considerando a justificativa médica acerca da aplicação do medicamento pleiteado (ranibizumabe), de uma aplicação mensal em ambos os olhos, durante três meses, e que o autor poderá necessitar de mais aplicações, a critério médico, devido ao risco de a doença evoluir para perda de visão total; considerando que conforme relato médico mais atual o autor tem estabelecido controle glicêmico adequado do quadro de diabetes; considerando os dados promissores de efetividade publicados pela agência recomendatória canadense, citados nesta nota; considerando os dados de saúde baseada em evidências obtidas com as plataformas que o Núcleo utiliza, os estudos apresentados ao longo desta nota sugerem que os benefícios visuais e anatômicos obtidos com o tratamento com medicamentos antiangiogênicos possivelmente superem os riscos, para a condição que acomete o autor. Entretanto, o NAT sugere que o autor mantenha controle glicêmico adequado, o qual constitui uma medida não farmacológica importante para prevenir a perda visual na condição que acomete o autor.

3.2. Há evidências científicas?

Sim

3.3. Justifica-se a alegação de urgência, conforme definição de Urgência e Emergência do CFM?

Não (grifos nossos)

Nas notas técnicas, há, ainda, a análise do custo da tecnologia. Ou seja, o magistrado passa a ter acesso a conclusões sobre a efetividade do tratamento e o seu custo-benefício, podendo decidir com mais segurança e analisar os impactos da sua decisão, seja para quem está buscando o judiciário, seja para quem irá arcar com o custo do tratamento. Outro ganho importante é a segurança jurídica, evitando que questões idênticas tenham respostas diferentes do Judiciário.

Com efeito, as demandas envolvendo saúde suplementar necessitam ser tratadas com a mesma análise técnica que as demandas que discutem saúde pública, pois, conforme já explicitado, integram o sistema de saúde do país, exercem função de relevância pública, nos termos do art. 197 da CF.

No exemplo citado anteriormente, da medicação *spinraza*, as operadoras, atualmente, demandadas podem sofrer efeitos negativos com risco de desequilíbrio econômico, seja no cumprimento das decisões que estão deferindo o fornecimento da medicação, dado o seu alto custo, seja no descumprimento, em virtude da incidência de astreintes. A Unimed Fortaleza, operadora de plano de saúde atuante no estado do Ceará, possui três ações cujo objeto é o fornecimento dessa medicação distribuídas para varas distintas. Em cada uma delas, houve entendimento diferente acerca do pedido liminar.

No processo de nº 0186632-02.2017.8.06.001, o juízo somente apreciou o pedido de tutela antecipada após a parte autora apresentar o valor do medicamento e, empós, indeferiu-o, sob o argumento de que o fornecimento causaria desequilíbrio contratual evidente:

Mesmo que o valor do medicamento seja aquele informado pelo autor, representa um montante demasiadamente alto para a empresa ré suportar, e em um juízo preliminar, causando um desequilíbrio contratual evidente, uma vez que, caso fosse fornecido medicamento dessa monta a um único usuário, o atendimento aos demais clientes e usuários dos planos fornecidos pela empresa ré seriam prejudicados, pois ocorreria um desequilíbrio econômico financeiro na gestão dos custos do contrato de plano de saúde, que se rege também pelo princípio da solidariedade entre os usuários.

No processo de número 0186716-03.2017.8.06.0001, a liminar foi deferida pelo juízo, *inaudita altera pars*, com o único fundamento de que a operadora não poderia negar tratamento de uma doença que possui cobertura contratual:

É certo que a responsabilidade dos prestadores de serviço de saúde suplementar não é ilimitada, sendo lícita a imposição de determinadas cláusulas restritivas ao direito do usuário em relação, por exemplo, às enfermidades cobertas e ao cumprimento de prazos de carência. Não obstante, a partir do momento em

que a operadora de plano de saúde assume o compromisso de tratar determinada moléstia, não pode, em regra, negar o fornecimento do tratamento ou dos materiais cirúrgicos prescritos por profissional médico especializado, sob pena de vulnerar a própria essência do contrato.

Por fim, no processo de nº 0162401-08.2017.8.06.0001, o juízo, inicialmente, deferiu a liminar, e, após a manifestação da operadora informando o valor do medicamento, revogou-a:

Com efeito, justifico a adoção de tal medida em 02 aspectos: a um porque o medicamento ainda não se encontra incluído no rol de procedimentos autorizados pela ANS, motivo expresso no contrato para não cumprimento da obrigação; e a dois porque em razão do medicamento ainda está em processo de inclusão com fixação de preço, o seu fornecimento se torna totalmente desproporcional aos valores despendidos pela parte autora, trazendo desequilíbrio ao contrato e prejuízos irreparáveis à requerida e aos demais usuários, ante a alta cifra numérica para aquisição do medicamento.

A primeira coisa que chama atenção é a insegurança jurídica decorrente da diversidade de entendimentos; a segunda é a superficialidade da fundamentação das decisões que concederam as tutelas, sem atentar, em nenhum momento, para o fato de que, talvez, sequer eficaz a medicação fosse para o paciente que está pleiteando e a total ausência de preocupação sobre os efeitos econômicos da decisão. Em nenhum dos casos em que houve concessão de tutela, os magistrados cogitaram a possibilidade de questionar o médico solicitante sobre a eficácia do medicamento para o caso específico da parte autora ou, ainda, a realização de junta médica, como recomenda o CNJ nos enunciados 24 e 29, para lhes assegurar o acerto ou não da concessão da tutela, e, sem nenhuma evidência científica, determinaram o fornecimento pela operadora de uma medicação que custa, para o primeiro ano de tratamento, aproximadamente, dois milhões de reais, e, para os anos seguintes, o custo cai para um milhão de reais, sendo de uso contínuo, ou seja, é uma despesa que a operadora terá enquanto o beneficiário for vivo.

Noutro giro, em consulta ao site da operadora em questão, percebe-se que o seu resultado em 2017, ou seja, as sobras depois de deduzidas todas as despesas, corresponde a R\$ 5.069.329,10⁴⁷, o que significa que um único beneficiário poderia absorver mais da metade do resultado da operadora. Dois pacientes agraciados com essa tutela, tornariam um resultado superavitário em um déficit que, fatalmente, redundaria na intervenção da ANS.

Não se pode perder de vista que a saúde suplementar atua com competências e responsabilidades diversas do setor público, não estando vinculada aos princípios da universalidade, integralidade e gratuidade⁴⁸. Ao contrário, as operadoras oferecem uma cobertura definida, com base nas normas e diretrizes da ANS, mediante contraprestação pecuniária, fixada com base em cálculo atuarial, como já esclarecido.

Se as operadoras fossem considerar a necessidade de cobertura integral — todo e qualquer tratamento de que o beneficiário necessitasse —, ou o preço seria elevado o bastante para desestimular a adesão de beneficiários ou as operadoras não teriam interesse de se estabelecer no mercado, ante o grau de incerteza, pois seria impossível a mensuração do preço.

Esse cenário não interessa à sociedade, tampouco ao Estado, principalmente, considerando que o gasto privado em saúde supera o público⁴⁹. Partindo-se dessa premissa, tem-se que, além da responsabilidade do magistrado em investigar a eficácia do tratamento ou medicamento pleiteado pelo beneficiário, é fundamen-

47 UNIMED. Relatório de gestão e sustentabilidade 2017. Fortaleza: Unimed, 2018. Disponível em: https://www.unimedfortaleza.com.br/portaluploads/uploads/2015/05/UNIMED_RELATORIO_DE-GEST%C3%83O-REDUZIDO.pdf. Acesso em: 07 jan. 2019.

48 PAULA; NETTO. A judicialização da saúde suplementar e seus impactos na atividade das operadoras de planos de saúde, 2016. p. 76-77.

49 SALDIVA, Paulo Hilário Nascimento; VERAS, Mariana. Gastos públicos com saúde: breve histórico, situação atual e perspectivas futuras. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 32, n. 92, jan./abr. 2018.

tal considerar a limitação de cobertura da operadora de plano de saúde, pois a sua ampliação, em menor ou maior grau, causa desequilíbrio financeiro.

Destarte, no caso concreto analisado, ainda que a medicação fosse considerada eficaz, o que, nos casos até então apreciados pela justiça comum do estado do Ceará, não houve comprovação, a análise do impacto econômico é fundamental, mormente, porque as operadoras não oferecem cobertura ilimitada, nem teriam como fazê-lo, como esclarecido anteriormente.

Nesse sentido, vale citar decisão que rejeitou pedido liminar, proferida pelo juiz Cassio Ortega de Andrade, em ação, autuada sob o número 1008281-69.2017.8.26.0506, na qual o beneficiário requereu fosse a operadora de plano de saúde compelida a fornecer a medicação *spinraza*, em trâmite na 3ª Vara Cível da Comarca de São Paulo, na qual ele faz a reflexão acerca da “solidarização dos custos do tratamento entre os demais usuários do plano de saúde”:

O surgimento da esperança de tratamento para uma doença de prognóstico tão terrível como o da *Amiotrofia Muscular Espinal do Tipo I* é regozijante: esperança para os pais, bálsamo para os profissionais médicos, constantes na angústia de comunicar-lhes que a patologia “não tem cura”.

Não seria o caso de se discutir, *initio litis*, se o medicamento é ou não eficiente. Não haveria tempo para isso.

Nesses termos, bastam as conclusões do FDA.

Mas a questão fundamental não é essa.

O medicamento é caríssimo.

Segundo se depreende de fontes confiáveis, o custo do tratamento, no primeiro ano, supera os 750 mil dólares - **nos Estados Unidos da América do Norte** -, reduzindo-se a 375 mil dólares nos anos subsequentes (<http://www.cbsnews.com/news/the-cost-of-biogens-new-drug-spinraza-750000-perpatient/>).

Por aplicação *pure et simpliciter* da Súmula 102 do E. TJSP, poder-se-ia cogitar do acolhimento do pedido liminar (supondo-se que a defesa vá se valer, como um de seus argumentos, que o medicamento não se encontra no rol da ANS).

Mas mesmo a r. Súmula deve ser interpretada e aplicada com razoabilidade - *cum grano salis* -, pois o atendimento irrestrito de pedidos desse jaez pode inviabilizar o funcionamento do plano de saúde e a própria existência da entidade requerida.

[...]

Raciocínio em contrário, impondo-se à ré que custeasse absolutamente todos os medicamentos/tratamentos prescritos pelos profissionais médicos, **independentemente do seu custo**, repercutiria inarredavelmente para toda a massa de usuários, pois entraria no cálculo atuarial e tornaria impossível a própria continuidade dos contratos.

Data venia, por mais dramático que seja o quadro do autor, e por mais sensibilizado que este julgador esteja com a situação, não há o que sustente essa linha de argumentos, que imporia a inaceitável **solidarização dos custos do tratamento do autor entre os demais usuários do plano**.

Enfim, ainda que direito fundamental dos mais nobres, o *direito à saúde*, **especialmente nas relações entre particulares, não é absoluto**, pois, de outro modo, até onde poderiam ser estendidas as responsabilidades das operadoras?

Em medicina as possibilidades são quase ilimitadas, assim como seus respectivos custos.

Resta ao requerente a possibilidade de deduzir sua pretensão em face do Estado, com o qual mantém relação de direito público, sujeita a outros princípios - e que, por isso, poderá dar azo a entendimento diverso do ora colocado. (Grifos nossos).

Com raciocínio semelhante, de análise da repercussão econômica da decisão, o magistrado Alcides Saldanha Lima, juiz titular da 10ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará, proferiu sentença, nos autos proces-

so nº. 0805448-93.2017.4.05.8100, em que julgou improcedente o pedido de fornecimento do mesmo medicamento, em ação proposta contra a União e o Estado do Ceará, valendo transcrever a ementa da decisão:

EMENTA: AÇÃO ORDINÁRIA. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE. ART. 196 DA CF/88. AMIOTROFIA MUSCULAR ESPINHAL. SPINRAZA (NUSINERSEN). CUSTO ELEVADO DO TRATAMENTO. US\$ 750,000.00 (setecentos e cinquenta mil dólares), que corresponde a R\$ 2.300.000,00 (dois milhões e trezentos mil reais) durante o primeiro ano. e, a partir do segundo ano, US\$ 375,000.00 (trezentos e setenta e cinco mil dólares), que corresponde a aproximadamente R\$1.100.000,00 (um milhão e cem mil reais). **CONFLITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: O DA REQUERENTE E O DOS DEMAIS USUÁRIOS DO SUS.** RECURSOS PÚBLICOS INSUFICIENTES PARA O ATENDIMENTO DE TODOS OS PLEITOS. ESCOLHA TRÁGICA. CUSTOS DOS DIREITOS. IMPROCEDÊNCIA. REVOGAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA.

- É certo que a Constituição Federal de 1988 reservou lugar de destaque para a saúde, tratando-a como verdadeiro direito fundamental.

- Nas palavras do Min. CELSO DE MELLO, do STF, “a interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente”. Assim, dentro da “reserva do possível”, o cumprimento dos direitos fundamentais, inclusive os sociais, pelo Poder Público pode ser exigido judicialmente, cabendo ao Judiciário, diante da inércia governamental na realização de um dever imposto constitucionalmente, proporcionar as medidas necessárias ao seu cumprimento, com vistas à máxima efetividade da Constituição.

- Nesse contexto, este Juízo adota o entendimento de que, em face das limitações financeiras e orçamentárias do Estado, faz-se necessário eleger os beneficiários das políticas públicas destinadas à satisfação de direitos sociais. Assim, **para que sejam efetivados os direitos fundamentais, deve-se observar o princípio da reserva do possível. Ou seja, os pleitos deduzidos em face do Estado devem ser logicamente razoáveis e, acima de tudo, devem ser consideradas as condições financeiras do ente público para o cumprimento da obrigação, entendimento este esposado no julgamento do Recurso em Mandado de Segurança - RMS nº. 28962/MG.**

[...]

- Segundo informado pelo Estado do Ceará, por ocasião da contestação e após tentativa de cumprimento da tutela provisória de urgência deferida para o fornecimento, o custo do tratamento é elevadíssimo e impactará os cofres públicos, aproximadamente, durante o primeiro ano, em US\$ 750,000.00 (setecentos e cinquenta mil dólares), que corresponde a R\$ 2.300.000,00 (dois milhões e trezentos mil reais), e a partir do segundo ano, US\$ 375,000.00 (trezentos e setenta e cinco mil dólares), que corresponde a aproximadamente R\$1.100.000,00 (um milhão e cem mil reais), indefinidamente.

- [...] O direito, ademais, está contido na realidade e nela deve encontrar seus contornos limitativos, não o inverso. Assim, é que o reconhecimento do direito fundamental a saúde da autora deve guardar relação e adequação com o direito à saúde dos demais que também fazem jus a tal prestação do Estado.

- Exemplificativamente e especificamente, cumpre considerar o objeto da Ação Civil Pública nº. 0803613-70.2017.4.05.8100, que tramita neste juízo da 10ª Vara/CE, proposta pela Defensoria Pública da União - DPU em face da União, Estado do Ceará, Município de Fortaleza e do Instituto do Câncer do Ceará - ICC, por meio da qual é buscada decisão judicial que impeça/equacione a ameaça de suspensão do atendimento de alta complexidade de pacientes oncológicos tratados pelo SUS, devido à falta de pagamento por tratamentos já realizados no montante de R\$ 24.246.414,61 (vinte e quatro milhões, duzentos e quarenta e seis mil, quatrocentos e quatorze reais e sessenta e um centavos). Segundo dados consensuais entre as partes do processo, o ICC atende anualmente cinco mil (5.000) novos casos de câncer, e vinte e um mil (21.000) acompanhamentos mensais. São números expressivos e reveladores da complexidade da situação e da necessária dimensão metaindividual do direito fundamental à saúde, além da grave crise fiscal por que passa o Estado brasileiro, em todos os seus níveis político-administrativos.

- É forçoso concluir, assim, que o atendimento da pretensão da autora implicará em custos correspondentes a quase 10% do que se busca na referida ACP para manter o atendimento de uma quantidade enormemente superior de paciente em tratamento oncológico, todos igualmente titulares de direito fundamental à vida e à dignidade.

- O presente caso implica conflito de direitos fundamentais: o da autora, individual; o dos demais usuários do SUS, coletivo. Os direitos estão previstos nas mesmas regras e princípios. Com efeito, há necessária “escolha trágica”, que deve se pautar por valores subjacentes aos objetivos sociais. A racionalidade jurídica tradicional, que soluciona a questão da escassez/escolha trágica pela colisão de normas e ponderação de princípios é insuficiente por ignorar a questão econômica (os trade-offs reais).

- [...]

- Improcedência do pedido. Revogação da decisão que deferiu a tutela provisória de urgência. (Grifos nossos).

Na decisão acima, o magistrado, acertadamente, ressalta que, na efetivação dos direitos fundamentais, devem ser consideradas as limitações financeiras do estado. Esse raciocínio, com muito mais razão, deve ser aplicado em demandas que envolvam saúde suplementar. Quando o judiciário concede uma determinada tutela que envolva direito à saúde em desfavor do estado, ele interfere na política pública de saúde⁵⁰. No caso da saúde suplementar, quando o judiciário amplia a cobertura contratada, por meio de decisão judicial, ele não está fazendo política pública, mas “caridade com o chapéu alheio”, pois o preço do cumprimento dessa decisão será pago pelos demais beneficiários⁵¹.

Assim, não é o caso de má gestão na alocação de recursos públicos, tampouco de transferência de recursos de áreas consideradas menos essenciais para a saúde, pois, na saúde suplementar, todos os recursos são utilizados para garantir o direito à saúde dos beneficiários nos limites contratados e para atender às reservas de capital exigidas pela ANS, que cumpre, rigorosamente, seu papel como agente regulador.

Como já sinalizado, a situação apresenta-se mais crítica quando essa ampliação de cobertura ocorre com a concessão de tutelas de urgência, que, via de regra, são concedidas antes da fase instrutória, ou seja, antes mesmo de a operadora ter a oportunidade de comprovar que o tratamento/medicamento pleiteado não tem eficácia ou, ainda que tenha, provocará abalo nas suas contas. Outro ponto a considerar é que as operadoras provisionam, no seu orçamento anual, um valor a ser gasto com condenações judiciais e, normalmente, as tutelas são concedidas em processos novos, de forma que, nem sempre o valor que será gasto com o cumprimento da decisão liminar está provisionado, agravando mais ainda o risco de desequilíbrio econômico.

Ademais, uma vez concedida, tratando-se de tratamento/medicamento de alto custo, ainda que a operadora consiga lograr êxito ao final do processo, não terá como reaver o valor dispendido com o cumprimento da liminar, pois os valores envolvidos, normalmente, orbitam na casa dos milhões de reais, como no caso do spinraza⁵².

Ainda sobre a necessidade de munir o magistrado com informações técnicas sobre o tratamento pleiteado, vale citar sentença proferida pelo juiz federal João Luis Nogueira Matias, nos autos do processo 0800447-93.2018.4.05.8100, no qual o julgador referido, para aferir a eficácia do medicamento para o paciente, baseou-se, dentre outros meios de prova, nos depoimentos dos médicos, colhidos em audiência, analisando, ainda, o custo do fornecimento do fármaco com base no parecer da CONITEC, e, ao final, julgou

50 BERTOTTI, Bárbara Marianna de Mendonça Araújo. Da inefetividade à judicialização do direito fundamental à saúde: em busca de parâmetros adequados para a concessão de medicamentos de alto custo. *Fórum Administrativo – EA*, Belo Horizonte, ano 16, n. 187, p. 9-28, set. 2016.

51 MARIANO, Cynara Monteiro; FURTADO, Emmanuel Teófilo; ALBUQUERQUE, Felipe Braga; PEREIRA, Fabrícia Helena Linhares Coelho da Silva. Diálogos sanitários interinstitucionais e a experiência de implantação do NAT-JUS. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 169-188, jan./abr. 2018.

52 COMISSÃO NACIONAL DE INCORPORAÇÃO DE TECNOLOGIAS NO SUS. *Relatório de Recomendação*: Nusinersena para o tratamento de pacientes com atrofia muscular espinhal 5q tipo I. Brasília: Ministério da Saúde, ago. 2018. Disponível em: http://conitec.gov.br/images/Consultas/Relatorios/2018/Relatorio_nusinersena_5q_tipo_I_2018_CP.pdf. Acesso em: 11 set. 2018.

improcedente a ação, negando o tratamento pleiteado:

Os subsídios trazidos pelos depoimentos médicos em audiência realizada neste Juízo, em especial os esclarecimentos prestados pela Dra. Cristiane Rodrigues de Sousa (CRM 6702/CE), também corroboram o entendimento de que não há provas efetivas de que o fármaco traria benefícios clínicos relevantes ao paciente no atual estágio da doença ou melhorias àqueles que progrediram para ventilação mecânica, sugerindo a necessidade do tratamento precoce para que se obtenha o melhoramento proposto.

[...]

Dessa forma, não havendo eficácia terapêutica comprovada com o uso do medicamento SPINRAZA por pacientes portadores de Atrofia Muscular Espinhal, que apresentam necessidade de assistência respiratória, tal como o autor, não há qualquer garantia de que haverá melhora no quadro clínico com o uso do fármaco almejado, considerando que é dependente de ventilação mecânica. Registre-se que se trata de medicação de elevadíssimo custo.

[...]

No presente caso, cumpre destacar que a CONITEC, através do Relatório de Recomendação em relação ao fármaco NUSINERSENA, publicado no mês de agosto/2018, faz as seguintes considerações, verbis:[...]

Diante do exposto, JULGO IMPROCEDENTE o pedido.

É necessário, portanto, que o judiciário, além de cercar-se de apoio técnico que garanta uma fundamentação robusta das decisões, sempre firmada na Medicina baseado em evidências, como recomenda o CNJ, servindo-se, para tanto, de juntas médicas (enunciado 24 do CNJ), por exemplo, tenha sensibilidade para perceber que os recursos de uma operadora de plano de saúde são finitos, e que a sua insolvência repercuta não somente na iniciativa privada e nos beneficiários, mas, inclusive, no sistema público de saúde.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para enfrentar o problema da judicialização da saúde suplementar, antes de qualquer medida, faz necessário que o judiciário entenda a lógica do sistema de saúde suplementar, como ele funciona e como se dá a regulação pela ANS, para, somente então, conseguir dimensionar os reflexos que as decisões que ampliam as coberturas contratadas causam na sustentabilidade de uma operadora.

A concretização do direito individual à saúde por intermédio de decisões judiciais exige cautela dos julgadores, principalmente quando se trata de fornecimento de tratamento de alto custo. O problema agrava-se quando a concessão ocorre em sede de deferimento de tutelas de urgência, ante o risco de irreversibilidade da decisão.

Diante desse dilema, é necessário que os julgadores sejam assessorados por equipe técnica que possa proporcionar maior segurança na prolação de decisões racionais, que garantam não somente o direito à saúde daquele que busca o judiciário, mas, também, a higidez financeira das operadoras e sua manutenção no mercado. Com foco nesse objetivo, o CNJ, por meio da Resolução 236, criou o NAT-JUS, que vem desempenhando excelente papel junto às varas da fazenda pública. Além disso, editou enunciados importantes que sugerem que o magistrado analise se o médico assistente observou a eficácia, efetividade e segurança do tratamento pleiteado, bem como os níveis de evidência científica, determinando-se, inclusive, realização de junta médica formada pelo profissional solicitante, por médico da operadora e por um terceiro, escolhido de comum acordo pelos dois profissionais.

Percebe-se que a oitiva dos profissionais médicos envolvidos, tanto o que acompanha o paciente como o da operadora, além de proporcionar maior segurança na tomada de decisão, privilegia o contraditório, ainda que o impasse somente venha ser totalmente dirimido com a realização de uma eventual perícia.

Conclui-se que a utilização do NAT-JUS, com ampliação para todas as varas cíveis, e o diálogo com os profissionais médicos envolvidos no processo redundará em uma melhor prestação jurisdicional, com prolação de decisões mais racionais e com fundamento da Medicina baseada em evidências, garantindo maior segurança para o paciente e para a operadora.

A sustentabilidade das operadoras de planos de saúde, portanto, depende da ação conjunta de todos os atores envolvidos, com a adoção das medidas citadas e de outras que visem melhorar a qualidade das decisões, evitando-se a concessão de tutelas de urgência obrigando as operadoras a fornecerem tratamentos/medicamentos sem fundamento na medicina baseada em evidências e sem a necessária análise dos reflexos econômicos.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. ANS disponibiliza relação de Perguntas e Respostas sobre o IDSS ano-base 2017. *Portal da ANS*, Rio de Janeiro, Avisos para Operadoras, 11 out. 2018. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras/espaco-da-operadora/avisos-para-operadoras/4654-ans-disponibiliza-relacao-de-perguntas-e-respostas-sobre-o-idss-ano-base-2017>>. Acesso em: 07 jan. 2019.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *Boletim informativo*: utilização do sistema público por beneficiários de planos de saúde e ressarcimento ao SUS. Rio de Janeiro: ANS, abr. 2018. Disponível em: http://www.ans.gov.br/images/ANEXO/total_boletim_5_edicao.pdf. Acesso em: 11 set. 2018.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Dados gerais: Beneficiários de planos privados de saúde, por cobertura assistencial (Brasil – 2008-2018). *Portal ANS*, Rio de Janeiro, Dados do setor, 2018. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-gerais>. Acesso em: 11 set. 2018.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Gerência Executiva de Estímulo à Inovação e Avaliação da Qualidade Setorial. *Ficha técnica*: indicadores do Programa de Qualificação de Operadoras 2018. Rio de Janeiro: ANS, 2018. Disponível em: http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Perfil_setor/idss/pqo2018_6_anexo_ii_ficha_tecnica_dos_indicadores.pdf. Acesso em 07 jan. 2019.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Sala de Situação. *Portal da ANS*, Rio de Janeiro, Dados e Indicadores do setor, nov. 2018. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-e-indicadores-do-setor/sala-de-situacao>. Acesso em: 07 jan. 2019.

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. Detalhe do Produto: Spinraza. *Portal da ANVISA*, Consultas, 20 nov. 2018. Disponível em: <https://consultas.anvisa.gov.br/#/medicamentos/25351233501201778/>. Acesso em: 07 jan. 2019.

ALENCAR, Rosmar Antonni; LOZADA, Claudia de Oliveira. Breve análise dos aspectos processuais que envolvem questões relacionadas à judicialização da saúde: a tutela antecipada. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 52, p. 18-37, maio/set. 2017. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/download/8738/6839>. Acesso em: 28. set. 2018.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALMEIDA, Evandro Xavier de; TOALDO, Adriane Medianeira; MARIANO, Bruna Carolina. O ativismo judicial como instrumento de garantia do direito à saúde. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, 11., [Santa Cruz do Sul], *Anais...* VII Mostra de Trabalhos Jurídicos Científicos, 2014.

ÁVILA, Ana Paula Oliveira; DE MELO, Karen Cristina Correa. Separação dos Poderes e diálogos institucionais nos litígios envolvendo saúde. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 83-108, jan./abr. 2018. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/54934>. Acesso em: 28 set. 2018.

BARROS, J. L.; BEIRUTH, A. X. Aplicação de Modelos de Previsão de Insolvência nas Operadoras de Planos de Saúde do Brasil. *RAGC*, v. 4, n. 15, p. 15-28, 2016.

BERTOTTI, Bárbara Marianna de Mendonça Araújo. Da inefetividade à judicialização do direito fundamental à saúde: em busca de parâmetros adequados para a concessão de medicamentos de alto custo. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 16, n. 187, p. 9-28, set. 2016.

BOCCHI, Edimar Alcides; MARIN NETO, José Antônio. Aplicação dos Princípios da Medicina Baseada em Evidências em Programas de Avaliação de Procedimentos e Medicamentos de Alto Custo. *Arq. Bras. Cardiol.*, v. 76, n. 4, p. 339-342, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BORGES, Alexandre Walmott; GADIA, Giovanna Cunha; OLIVEIRA JÚNIOR, Mário Ângelo. Direito fundamental à saúde e a responsabilidade do Estado. *Revista do Direito UNISC*, Santa Cruz do Sul, n. 36, p. 95-119, jul./dez. 2011. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/viewFile/2038/1728>. Acesso em: 28 set. 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 06 jun. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Recomendação n. 31 de 30/3/2010*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=877>. Acesso em: 06 jun. 2018.

BRASIL. *Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm. Acesso em 06 jun. 2018.

BRASIL. *Lei 9.656, de 3 de junho de 1998*. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656compilado.htm. Acesso em: 06 jun. 2018.

COMISSÃO NACIONAL DE INCORPORAÇÃO DE TECNOLOGIAS NO SUS. *Relatório de Recomendação*: Nusinersena para o tratamento de pacientes com atrofia muscular espinhal 5q tipo I. Brasília: Ministério da Saúde, ago. 2018. Disponível em: http://conitec.gov.br/images/Consultas/Relatorios/2018/Relatorio_nusinersena_5q_tipo_I_2018_CP.pdf. Acesso em: 11 set. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Enunciados aprovados na I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça em 15 de maio de 2014 – São Paulo-SP*. São Paulo: CNJ, 2014. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENRIA_15_5_14_r.pdf. Acesso em: 06 jun. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Pesquisa na Base de Conhecimento Pública*. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/e-natjus/controlador.php?acao=base_conhecimento_publica_pesquisar&acao_secundaria=acesso_publico. Acesso em: 08 jan. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Recomendação nº 31 de 30 de março de 2010*. Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Brasília: CNJ, 2010. Disponível em: http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/recomendacao/recomendacao_31_30032010_22102012173049.pdf. Acesso em: 08 jan. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução 236, de 13 de julho de 2016*. Regulamenta, no âmbito do Poder Judiciário, procedimentos relativos à alienação judicial por meio eletrônico, na forma preconizada pelo art. 882, § 1º, do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015). Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/resoluo-n236-13-07-2016-presidencia.pdf. Acesso em: 07 jan. 2019.

CRISTÓVAM, José Sérgio; CIPRIANI, Manoella Peixer. Sobre o ativismo judicial nas questões relacionadas ao direito à saúde: mensageiro da boa nova ou lobo em pele de cordeiro. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 13, n. 3, p. 163-188, dez. 2017. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1944>. Acesso em: 28 set. 2018.

DAHINTEN, Bernardo Franke; DAHINTEN, Augusto Franke. Judicialização do sistema de saúde suplementar — Possíveis causas. *Revista Fórum de Direito Civil — RFDC*, Belo Horizonte, ano 15, n. 80, jul./ago. 2013.

DIAS, Eduardo Rocha; SILVA JUNIOR, Geraldo Bezerra. A Medicina Baseada em Evidências na jurisprudência relativa ao direito à saúde. *Einstein*, São Paulo, v. 14, n. 1, São Paulo, jan./mar. 2016.

DOMINGUES, Eduardo Garcia Ribeiro Lopes; RAMALHO, Bruno. Os planos de saúde e sua efetividade contratual — análise comparativa entre a jurisprudência do STJ e os entendimentos da ANS. *Revista Brasileira de Direito Público — RBDP*, Belo Horizonte, ano 15, n. 58, p. 125-156, jul./set. 2017.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos à sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERREIRA, Siddharta Legale; DA COSTA, Aline Matias. Núcleos de assessoria técnica e judicialização da saúde: constitucionais ou inconstitucionais? *Rev. SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 36, p. 219-240, abr. 2013.

KRELL, Andreas J. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial a prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). *Revista de Informação Legislativa*, Brasília a. 36 n. 144, p. 239-260, out./dez. 1999. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/545/r144-17.PDF?sequence=4>. Acesso em: 28 set. 2018.

LARA, Natalia. *Texto para discussão nº 72 – 2018: O setor de saúde na perspectiva macroeconômica*. Período 2010 – 2015. São Paulo: Instituto de Estudos de Saúde Suplementar, 2018. Disponível em: https://www.iess.org.br/cms/rep/td_72_saude_macroeconomia.pdf. Acesso em: 07 jan. 2019.

LÔBO, Edilene; SANTIAGO, Frederico Dutra. Ativismo judicial e direito à saúde: a quebra dos princípios sensíveis e organizatórios do Estado brasileiro. *Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública*, Brasília, v. 3, n. 1, p. 121-138, jan./jun. 2017. Disponível em: <http://www.indexlaw.org/index.php/rdagp/article/download/2049/pdf>. Acesso em: 28 set. 2018.

MARIANO, Cynara Monteiro; FURTADO, Emmanuel Teófilo; ALBUQUERQUE, Felipe Braga; PEREIRA, Fabrícia Helena Linhares Coelho da Silva. Diálogos sanitários interinstitucionais e a experiência de implantação do NAT-JUS. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 169-188, jan./abr. 2018.

MARMELSTEIN, George. *Cinco Pontos de Reflexão sobre a Judicialização da Saúde*. 2016. Disponível em: <https://direitosfundamentais.net/2016/01/19/cinco-pontos-de-reflexao-sobre-a-judicializacao-da-saude/>. Acesso em 20.05.2018.

MARMELSTEIN, George. You can't always get what you want: repensando a judicialização da saúde com base no fornecimento de medicamentos. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 54, n. 216, p. 105-130, out./dez. 2017. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/216/ril_v54_n216_p105. Acesso em: 28 set. 2018.

MARTINI, Sandra Regina; LESSA, Pablo Henrique Cordeiro. O ativismo judicial e a intervenção do Poder Judiciário: a limitação dos orçamentos públicos e a garantia do direito fundamental à saúde. *Revista Jurídica*, Blumenau, v. 21, n. 44, p. 5-24, jan./abr. 2017. Disponível em: <<http://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/download/6713/3672>>. Acesso em: 28 set. 2018.

MASTRODI, Josué; FULFULE, Elaine. O problema da judicialização da saúde no Brasil: sugestão de novos rumos. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 2, p. 593-614, abr./jun. 2017. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/download/22425/20474>>. Acesso em: 29 set. 2018.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. A tutela provisória no ordenamento jurídico brasileiro: a nova sistemática estabelecida pelo CPC/2015 comparada às previsões do CPC/1973. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; PEREIRA, Mateus Costa; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos (coord.). *Tutela provisória*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 27-36. (Grandes Temas do Novo CPC, v. 6).

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: Gen, Método, 2015. Volume 7.

NUNES, Danyelle Rodrigues de Melo; PORTO, Uly de Carvalho Rocha; ERHARDT JÚNIOR, Marcos. Limites da intervenção judicial nos contratos de plano de saúde. *Revista Fórum de Direito Civil — RFDC*, Belo Horizonte, ano 5, n. 11, p. 85-108, jan./abr. 2016.

PAULA, Ana Cristina Alves de; NETTO, Juliana Presotto Pereira. A judicialização da saúde suplementar e seus impactos na atividade das operadoras de planos de saúde. *Raízes Jurídicas*, Curitiba, vol. 8, n. 2, p. 65-92, jul./dez. 2016. Disponível em: <http://ojs.up.com.br/index.php/raizesjuridicas/article/view/403>. Acesso em: 28 set. 2018.

PIETROBON, Louise; PRADO, Martha Lenise; CAETANO, João Carlos. Saúde suplementar no Brasil: o papel da Agência Nacional de Saúde Suplementar na regulação do setor. *Physis Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, 18 [4]: 767-783, 2008.

PROMULGADA emenda constitucional do teto de gastos públicos. *Senado Notícias*, Brasília, Matérias, Congresso, 15 dez. 2016. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/12/15/promulgada-emenda-constitucional-do-teto-de-gastos>. Acesso em: 07 jan. 2019.

REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 40, v. 244, p. 167-194, jun. 2015.

REZENDE, Paulo Roberto Vogel de. Cálculo atuarial, mutualismo, equilíbrio econômico e plano de saúde: uma abordagem sobre dois julgados. In: PIRES, Danielle S.; AGUIAR, Lívia C.; SOUZA, Jordana M. (coord.). *Judicialização da Saúde Suplementar*. Belo Horizonte: Unimed — BH Cooperativa de Trabalho Médico, 2008. p. 185-198.

REZENDE, Paulo Roberto Vogel de. *Os contratos de plano de saúde e seu equilíbrio econômico-financeiro: mutualismo, cálculo atuarial e o impacto econômico das decisões judiciais*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial) - Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, 2011. Disponível em: <http://www.mcampos.br/u/201503/paulorobertovogelderezendeoscontratosdeplanosaudeeseuquilibrioeconomicofinanceiro.pdf>. Acesso em: 28 set. 2018.

SALDIVA, Paulo Hilário Nascimento; VERAS, Mariana. Gastos públicos com saúde: breve histórico, situação atual e perspectivas futuras. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 32, n. 92, jan./abr. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 67, p. 125-172, 2008.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

UNIMED. Relatório de gestão e sustentabilidade 2017. Fortaleza: Unimed, 2018. Disponível em: https://www.unimedfortaleza.com.br/portauploads/uploads/2015/05/UNIMED_RELATORIO_DE-GEST%C3%83O-REDUZIDO.pdf. Acesso em: 07 jan. 2019.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Prohibition to add aroma and flavor to smoking products: what is the limit of the regulatory power of the Brazilian Health Regulatory Agency?
Proibição de acrescentar aroma e sabor nos produtos fumígenos: qual o limite do poder normativo da Agência Nacional de Vigilância Sanitária?

Joedson de Souza Delgado

Ivo Teixeira Gico Júnior

VOLUME 8 • Nº 3 • DEZ • 2018
DOSSIÊ ESPECIAL : POLÍTICAS PÚBLICAS
E O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

Prohibition to add aroma and flavor to smoking products: what is the limit of the regulatory power of the Brazilian Health Regulatory Agency?*

Proibição de acrescentar aroma e sabor nos produtos fumígenos: qual o limite do poder normativo da Agência Nacional de Vigilância Sanitária?

Joedson de Souza Delgado**

Ivo Teixeira Gico Júnior***

ABSTRACT

In this study, we investigate whether the regulatory power of the Brazilian Health Regulatory Agency (Anvisa) has violated the law and the Federal Constitution. We demonstrate this with the (in)decision of the Plenary of the Federal Supreme Court concerning the (in)validity of the sanitary regulation which has prohibited the tobacco industry in the country from adding essences of flavor and aroma to tobacco smoke products. As a problem, we see the limited regulatory function of Anvisa, which, by taking into account the conflicting interests of the market, includes the identification of problems with regulatory elements involving technical and legal requirements as well as political regulation. We will use the deductive method with a qualitative approach of the case study referent to the (un)constitutionality of the Resolution of the Board of Directors, RDC No. 14, of March 15, 2012, oriented towards the discussion about Anvisa's regulatory capacity versus the limits of its competency established by primary standards issued by the National Congress. We conclude that Anvisa has issued Resolution RDC No. 14, of 2012, which contains sufficient legal characteristics to authorize its impugnation before the Constitution.

Keywords: Brazilian Health Regulatory Agency. Jurisprudence. Government Regulation. Smoke-Free Policy. Tobacco Products. Flavoring Agents.

RESUMO

Neste estudo, investigamos se o poder normativo da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) tem violado a lei e a Constituição Federal, a qual ilustramos com a (in)decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a (in)validade da norma sanitária que proibiu a indústria tabagista de adicionar essências de sabor e aroma aos produtos fumígenos derivados do tabaco comercializados no País. Como problema tem-se a limitação da função regulatória da Anvisa que inclui o diagnóstico dos elementos normativos

* Recebido em 09/05/2018
Aprovado em 08/06/2018

** Master in Law from the University Center of Brasília - UniCEUB; Specialist in Administrative Law from Institute of Public Law - IDP and specialist in Sanitary Law from the Osvaldo Cruz Foundation - Fiocruz / Brasília; Bachelor in Business Administration from the University of Brasília - UnB; Bachelor in Law from the University Center of the Federal District - UDF; Servant at the Brazilian Health Regulatory Agency - Anvisa. Email: joedson.delgado@hotmail.com .

*** PhD in Law at the Universidade de São Paulo - USP; PhD in Economics at the Universidade de Brasília - UnB; Master in Law (Summa Cum Laude) at the Columbia University in the City of New York; Bachelor of Laws at the Universidade de Brasília - UnB; Professor in the Postgraduate Program in Law at Centro Universitário de Brasília - UniCEUB; Attorney-at-Law. Email: gico@ghdadogados.com.br .

– envolvendo a regulação técnico-jurídica e a regulação política –, ao levar em conta os interesses conflitantes do mercado. Utilizaremos o método dedutivo com abordagem qualitativa do estudo de caso referente à (in)constitucionalidade da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 14, de 15 de março de 2012 orientado à discussão sobre a capacidade normativa da Anvisa versus seu limite de competência estabelecido por normas primárias editadas pelo Congresso Nacional. Concluímos que a Anvisa editou a Resolução – RDC nº 14, de 2012 com característica de lei suficiente para autorizar sua impugnação perante a Constituição.

Palavras-chave: Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Jurisprudência. Regulamentação Governamental. Política Antifumo. Produtos do tabaco. Aromatizantes.

1. INTRODUCTION

Based on the idea of an extensive public health system, health surveillance should be understood as the set of actions seeking to control health risks – by guaranteeing sanitary safety –, brought about by the consumption and/or production of goods and services.¹ In order to safeguard the access to health services, the Federal Government presented a new arrangement for the decentralized exercise of sanitary surveillance, based on Law No. 9,782, of January 26, 1999,² by creating Anvisa to replace the Bureau of Health Surveillance of the Ministry of Health, aiming to regulate the sector with a broad spectrum of competencies.

It is worth noting that the regulation goes beyond the simple issuance of regulatory acts on technical subjects falling within its scope, but also arises from the legislative function stemming from political power as defined by the majority during the electoral process.³ The regulation exercised by Anvisa envisages decisions of a political nature as a result of a contemporary way of life directed towards consumption.

The idea of regulation, from a legal and political point of view, represents a delegation of powers by the Legislative, through the transfer of part of its main regulatory (or regulating) function to the agencies, as well as to the Executive itself, in order to stimulate the means of operating an indirect entity. From the point of view of public policies, it is an obligation of the President of the Republic, or his immediate assistants, to organize and set goals or objectives for governmental actions as provided in article 174 of the Federal Constitution.

It should be noted that the legislator opted for the transfer of the supervisory power to the regulatory agencies, so that they could issue secondary legal rules, in order to fulfill the particularities contained in the establishing law. To this end, the autarchies which were established under a special regime, together with regulating functions, perform executive, monitoring and sanctioning functions aimed at greater agility and administrative freedom. In practice, there are material and/or procedural setbacks that eventually refer the decisions of the agencies to the attention of the supervising minister, who acts as an appeal instance, for example, in matters concerning the issuing of licenses.⁴

Anvisa basks in some kind of functional autonomy in relation to the Ministry of Health, and for this reason, it has been recently involved in certain controversies related to regulatory actions on sensitive issues

1 VENCINA NETO, Gonzalo. Vigilância Sanitária. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 14, n. 3, p. 91, nov. 2013/fev. 2014. Available from: <<http://dx.doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v14i3p91-94>>. Access on: 6 jan. 2018.

2 BRASIL. Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 26 jan. 1999b. Available from: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9782.htm>. Access on: 20 Feb. 2018.

3 SOUTO, Marcos Juruena Villela. A Função Regulatória. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela; MARSHALL, Carla C. (Coord.). *Direito Empresarial Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

4 BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. *Análise e avaliação do papel das agências reguladoras no atual arranjo institucional brasileiro*: relatório do grupo de trabalho interministerial. Brasília: Congresso Nacional, 2003b. p. 15. Available from: <<https://is.gd/oCpNBe>>. Access on: 26 Feb. 2018.

and/or technologically complex matters, which, in part, has motivated this research. In its area of coverage, Anvisa has normative power to act in matters of sanitary regulation, which encompasses, in its array, activities of authorization, licensing and permits, as well as of taxes setting and standardization and provision of penalties.

In view of the above, we examine in this work the limits of Anvisa's normative power with emphasis in the Direct Unconstitutionality Action, ADI No. 4874, filed by the National Confederation of Industry, against the Resolution RDC No. 14, 2012, of Anvisa, which has prohibited scented and flavored smoke products. To do so, we analyzed how the regulatory competency stems from the preferences and behaviors of political players, who address the normative grid to the Executive Branch (laws, regulations and other rules issued by public authorities and by delegated entities) in order to regulate a given subject through a specific technical rule; we also analyzed whether Anvisa's regulatory practice has gone beyond the law of the regulated sector itself.

To do so, the methodological procedure used in this research was the deductive one, using a qualitative approach, with the case study and the content analysis, concerning the legal/political instruments related to the regulatory power of the agencies, in accord with the constitutional rules of competency in the standard setting.

Thus, in order to develop a deeper analysis of the issue, we structured this article into four parts. In terms of topics, we present the normative power of Anvisa, in general terms, and then deal with its regulatory practice in contrast with these of other regulatory agencies, especially with a probable self-limiting regulatory distinction. Next, we present how the external control by the Judicial Power works, together with the regulatory impetus of Anvisa, by imposing obligations considered basic to the tobacco industry, being an object of judicial questioning as to its legitimacy to intervene in the economic domain by prohibiting the use of additives, aromas and flavorings in smoke tobacco products.

We formulated our final considerations by presenting a new way of understanding the regulatory policy, in which we could determine that the subject is a permanent target of intense divergences. However, by analyzing it, it was possible to perceive, among other points, that the control mechanisms in the national regulatory environment clearly demonstrate the performance of the Three Powers in the regulatory context of Anvisa, usually in situations in which this Agency may have violated the limits of its regulatory competence.

2. ANVISA'S REGULATORY PRACTICE

Anvisa's prerogative in this regard is based on the supremacy of the public interest or of the interest in health and, therefore, the private or public activities must be subordinated to the commands of sanitary standards. In this perspective, the understanding that sanitary standards are an administrative act of a specific nature, which has a legal structure similar to the law, remains.⁵

The individual is bound to the public interest, which seeks to ensure the protection of the human health against the imminent risks that a certain irregular productive activity may cause. In this scenario, the decisional process of the regulatory bodies uses the administrative procedure, the legal and institutional environment, and the neutrality of the administrative process, all of them based on the administrative procedural theory of the regulation.^{6,7}

5 GOMES, Filipe Lobo; GONZAGA, Jorge Luiz; NÓBREGA, Marcos Antônio Rios da. A importância da análise comparada – porque entender a regulação norte-americana é importante para otimizar a regulação estatal brasileira. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*, Salvador, BA, v. 27, n. 2, p. 99, a. 2017. Available from: <<https://is.gd/cWj851>>. Access on: 22 Feb. 2018.

6 ARANHA, Marcio Iorio. *Manual de Direito Regulatório: fundamentos de Direito Regulatório*. 4. ed. London: Laccademia Publishing, 2018. p. 37.

7 SALES, Claudino Carneiro. Tabagismo, modernidade e Direito Regulatório: Brasil e Estados Unidos em perspectiva. *Revista de*

Prohibiting the violation of the law has a distinctive repressive character, giving the opportunity to the contradictory and the full defense to verify noncompliance to the law, while precaution against risk has a general effect and a protective character. In order to avoid delays in correcting a procedure, the contradictory may be postponed in situations that put health at risk, considering the impossibility of predicting all the hypotheses mentioned by law and the unavailability of the right to life.

For this reason, Anvisa, based on its expert judgment, when aware of new facts that are harmful to health, can adopt preventive measures, regardless of regulation. An example of precaution is, as a principle, the standardization on Genetically Modifiable Organisms, given the uncertain danger of intentional consequences (characteristic of the introduced gene) and unintentional ones (whether they are predictable or not) that may arise from them.⁸

The prerogatives and powers of the Public Administration are guided by the public interest, to which the individual must submit and follow, such as the prerogative of self-enforceability that allows a public health officer to prohibit a commercial establishment from selling food unfit for consumption, regardless of a court order. For the sake of justice and common well-being, the state confers a series of powers and prerogatives that can combine its actions with those of the private sector to achieve these tasks.⁹

On the other hand, Anvisa must carry out its tasks strictly subjected to the protection of public health and in compliance with legal principles and fundamental rights, with the principles of reasonableness and proportionality, and with the contradictory, under penalty of illegality and termination of the act.

The performance of Anvisa's end activities, due to its regulatory function, presents some errors that the legislator intended to outlaw, such as informational imbalance, the awareness of the regulator, incomplete contracts, the creation of economic power, opportunistic behavior, and flawed monitoring.¹⁰ In this sense, the jurisprudence considers that Anvisa's act of interference in the economic and social domain is valid, as long as it preserves the public interest, according to the following amendment:

1. The issuance by ANVISA of standard (RDC 217/2001), which requires the presentation of a pest control certificate by the ships indicated therein is not in violation of the principle of free initiative.
2. The Federal Constitution made it possible to limit the freedom of initiative through the intervention of the State when it assumes the role of legal agent and regulator of economic activity (main clause of article 174).
3. The sanitary surveillance rules that regulate the sanitary control of cargo and travelers transport operations are derived from the Administration's police power, exercised in order to protect social interests. The public relevance of such activity legitimizes its monitoring and control, provided that the performance of the public entity is exercised without abuse or extrapolation of the regulatory power – as in this case.¹¹

Direito Setorial e Regulatório, Brasília, v. 2, n. 2, p. 240, out. 2016. Available from: <<https://is.gd/92hH1u>>. Access on: 18 June 2018.

8 DELGADO, Joedson de Souza. Transgênicos: uma nova reconfiguração do trabalho e da natureza pela agricultura capitalista. *Boletim do Observatório Ambiental Alberto Ribeiro Lamego*, Campos dos Goytacazes, v. 9, n. 1, p. 146, jan./jun. 2015. Available from: <<http://dx.doi.org/10.19180/2177-4560.v9n115-08>>. Access on: 7 Jan. 2018.

9 GOLDFARB, Miguel Andrés. Servicios públicos: caracterización, fundamentos y evolución en el derecho argentino. *Revista de Derecho Económico e Socioambiental*, Curitiba, v. 7, n. 2, p. 180, jul./dez. 2016. Available from: <<http://dx.doi.org/10.7213/rev.dir.econ.socioambienta.07.002.AO09>>. Access on: 13 Feb. 2018.

10 PINTO, Pedro Duarte. Melhores resultados regulatórios no diálogo entre as agências reguladoras e o Tribunal de Contas da União. *Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília*, v. 8, n. 2, p. 207, jul./dez. 2014. Available from: <<https://is.gd/pUb6Mw>>. Access on: 7 dez. 2017.

11 In the original: “1. Não viola o princípio da livre iniciativa a edição, pela ANVISA, de norma (RDC 217/2001) que exige a apresentação, pelas embarcações nela indicadas, do certificado de desratização.

2. A Constituição Federal possibilitou a limitação da liberdade de iniciativa por meio da atuação interventiva do Estado quando este assume a função de agente normativo e regulador da atividade econômica (caput do art. 174).

3. As normas de vigilância sanitária que regulamentam o controle sanitário das operações de transporte de cargas e de viajantes decorrem do poder de polícia da Administração, exercido para a proteção de interesses sociais. A relevância pública de tal atividade legitima a sua fiscalização e o seu controle, desde que exercida a atuação do ente público sem abuso nem extrapolção do poder regulamentar

In this case, it is realized that the regulatory power granted by the Union to Anvisa follows the rules of article 2, item III, of Law No. 9,782 of 1999,¹² which recommends the issuance of decrees and regulations for the strict compliance with the law. It is forbidden to dispose of such interests freely, given the supremacy of the public interest over the private one and the unavailability of public interests by the Administration. The regulatory models adopted by regulating agencies are focused on obtaining results, by allowing administrative entities to elaborate standards that are far from party/political influences, by virtue of technical specialization and professional management skills in the area of operation.

The normative power of Anvisa for the regulation of vague legal concepts in matters of health, contained in laws, decrees and presidential regulations, is strictly divided into legal acts and administrative acts. Considering the particularity of the matter, Anvisa, in order to become capable of intervening in the sectorized economic activity, performs the functions of an auditing, regulating, promoting and, often, arbitrating entity. The concentration of these capacities is disturbing the full exercise of the regulatory power in its task to find a political solution to concrete problems.

Anvisa was granted legal instruments in order to prevent the non-compliance with health legislation, through Administrative Decree No. 354, of August 11, 2006,¹³ which established its internal system. This normative act stipulated that the committee decisions, as well as some other less used regulation acts, with regulatory or interventional purpose, would be denominated as Resolution of the Board of Directors.

The possibility of editing resolutions and other regulations gives the Agency the freedom required for the technical and discretionary activity of the state, to be tackled in an abstract way, since there is no way to establish a method or a predetermined formula valid for all cases. The margin of technical discretion possessed by the public power, in the face of indeterminate legal concepts, is quite broad and can receive a breakdown of acts or recommendations that are not strictly in accordance with the legal provisions for the regulation of the activity. This presupposes, among other forms of action, the issuance of regulatory acts that fulfill the legal purposes.¹⁴

The extrajudicial technical/scientific matters (statistics, sanitary engineering, biochemistry, etc.) were left by the Federal Legislative Power to the Public Administration, so that the social and economic solutions can be obtained by professionals of specialized knowledge. Thus, the application of technical knowledge and standards, as a requirement for the legitimization of Public Administration in sanitary regulation, must be in line with the efficiency and rationality required by the sector.

These are the elements and criteria of the technical/administrative discretion, which is different from classical discretion. The first one stems from opportunity and convenience, while the second is based on efficiency and reasonableness.¹⁵ Clearly, the application of regulatory measures is preceded by an examination of the discretion and the opportunity that is given to the administrator to decide on a more appropriate solution, aimed at achieving the legal purpose and the satisfactory resolution of a concrete case.¹⁶ Discretion

– como na hipótese dos autos.” (BRASIL. Tribunal Regional Federal da primeira região. Apelação Cível 55410620064013503/DF. Processo 2006.35.03.005541-5, Processo Originário 0005541-06.2006.4.01.3503/RVD. Relator: Desembargadora Federal Kassio Nunes Marques. Data da publicação: 08/08/2013. Brasil, 2006c. Available from: <<https://is.gd/OJyY9n>>. Access on: 30 Jan. 2018).

12 BRASIL. Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 26 jan. 1999b. Available from: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9782.htm>. Access on: 20 Feb. 2018.

13 BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Portaria nº 354, de 11 de agosto de 2006. Aprova e promulga o Regimento Interno da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA e da outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2 jan. 2006. Available from: <<https://is.gd/7Ea2T4>>. Access on: 27 Jan. 2018.

14 PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; PINHEIRO, Luís Felipe Valerim; ADAMI, Mateus Piva. Tráfego mútuo e direito de passagem como instrumentos para compartilhamento de infraestrutura no setor ferroviário. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (Coord.). *Direito econômico: direito econômico regulatório*, série GV-law. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 207.

15 ELIAS, Alexandre Nemer. *A discricionariedade técnica nos atos administrativos sanitários*. Dissertação – Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008. Available from: <<https://is.gd/zBBYnk>>. Access on: 15 jan. 2018.

16 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A teoria dos conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade técnica. *Revista*

shall continue in cases that contain a legal framework, which allows the manager freedom of action and, therefore, does not arise from the technical character of the matter.

The definition, clarification and interpretation of vague legal concepts, according to the administrative bibliography, cannot alter the legal/sanitary order and must be based on the common sense, morality and efficiency of the act, that is, they must be in agreement with the technical/administrative measure of discretion (normative).

In the exercise of their normative power, stemming from their own supervisory competency, regulatory agencies, in addition to not being able to make changes in the legal order in absolute terms, nor can they create or apply penalties which are not foreseen in a prior law or that are contrary to the law, or penalties that determine the change of status of the people and impose restrictions on liberty, equality or property.¹⁷ Otherwise, collective decisions are limited to improving, enforcing or making the rule provided by law to apply on an individual basis.

The limit of the agencies' regulatory acts must comply with the principle of proportionality, by counterbalancing the fundamental rights with the protected public interest, a classic notion that goes beyond the supremacy of the health authority. Leuzinger and Santana consider that the Brazilian normative acts that deal with the freedom of speech in case of collision with other constitutional principles apply to the weighting technique, consequently, the freedom of speech may cease to prevail.¹⁸

In this regard, fundamental rights serve as an evaluative parameter to avoid the abuse of the regulatory power of agencies, which must always safeguard the supremacy of the public interest.¹⁹ As Pertence and Barroso explain, "the result of the restrictive measure imposed by Anvisa, in fact, means the extinction, without any constitutional or legal basis, of the production and trade of tobacco products in the national territory as it exists today."²⁰

Based on the hermeneutics of comparing public interest with the individual interests of those whose rights were affected, Anvisa's performance must be evaluated through its choices and informed by technical criteria of proportionality (necessity for the measure and suitability of the medium) between the supremacy of the public interest and the fundamental rights. With regard to regulatory sanitary production, the resolutions issued by the agencies have their validities tied to harmony with the major legal norms and in compliance with them.

Due to the increase in the technical character of the state administrative activity, the establishment of limits for technical discretion is accepted and is divided into instrumental legal/technical discretion, based on the purely interpretative activity of the administrator, and technical/administrative discretion in which there is freedom of choice regarding the preparation of regulatory norms and the resolution of the specific case.

Therefore, the standardization created by Anvisa is sheltered by technical discretion. Thus, the Judiciary is not authorized to intervene in the convenience and opportunity of the acts of this Agency as recorded in the jurisprudence of the Superior Court of Justice:

Direito UFMS, Campo Grande/MS, Edição Especial, p. 165-185, jan./jun.2015. Available from: <<http://seer.ufms.br/index.php/revdir/article/view/1238>>. Access on: 7 Dec. 2017.

17 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 452.

18 LEUZINGER, Márcia Dieguez; SANTANA, Paulo Campanha. Liberdade de expressão no Brasil: Princípio ou regra, na perspectiva conceitual de Robert Alexy? *Cadernos de Direito Actual*, n. 8, p. 103-114, 2017. Available from: <<https://is.gd/LyzyEC>>. Access on: 07 Apr. 2018.

19 WACHELESKI, Marcelo Paulo. Supremacia do interesse público, direitos fundamentais e a proporcionalidade nos atos das Agências Reguladoras. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, Edição Comemorativa 17 anos. p. 226. Available from: <<http://dx.doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2016v0e0-1455>>. Access on: 29 Dec. 2017.

20 PERTENCE, Sepúlveda; BARROSO, Luís Roberto. Resolução da ANVISA que proíbe o uso nos cigarros de ingredientes que não oferecem risco à saúde. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 269, p. 306, maio/ago. 2015. Available from: <<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v269.2015.57603>>. Access on: 15 Dec. 2017.

regarding the alleged illegality in the public cost of treatment that is not recognized by Anvisa, the decision under review is based on constitutional interpretation: in the extension of the clauses concerning assertion of the fundamental right to life, health and the principle of the dignity of the human person. Confirm the following excerpt from the ruling of the judgment (242/243): “I note that the prerogative of the State in assessing the material viability, convenience and opportunity to establish its administrative priorities as well as in the way to achieve them, is a matter for which the public entity enjoys a certain discretion, and there is no interference of the Judiciary at this point. However, this prerogative does not lend itself to eliminating the obligatory nature of the benefit, on the grounds that the medication is not on the standardized list of the Health System.”²¹

Anvisa acts on the basis of the constitutional provision of state health protection, described in art. 196. In order to establish its competence to regulate, in the meantime, it has also invoked other constitutional rules to, by expansion, deal with other matters of equal substantive value. As an example, Anvisa has prevented legal entities from making certain advertisements, under the argument of protecting health (prevention and control of chronic non-communicable diseases, in line with the practice of the World Health Organization), as provided in the Resolution of the Board of Directors RDC No. 24 of June 15, 2010.²² Such legislation has restricted commercial advertising of foods containing high levels of saturated/genetically modified fats, sodium/sugar and low nutritional drinks etc., although the Constitution refers strictly to alcoholic beverages, therapies, medicines and tobacco, according to the list set forth in §3 and §4 of art. 220 of the Constitution.

3. IS ANVISA’S REGULATORY COMPETENCE DIFFERENT?

It is known that the public policies of the regulatory agencies proposed by the government should be in line with what the Executive and Legislative Powers establish. Thus, in order to ensure the achievement of the objectives outlined in the essential acts and safeguarding this necessary harmony of its actions with the agenda and the sector policy, the autarchies adopted the ministerial supervision provided for in art. 26 of Decree Law No. 200/1967 in lieu of the hierarchical subordination to the direct Administration.

Specifically, Anvisa is being overseen by the Ministry of Health – with an area of expertise in the Public Health System (SUS) and as a member of the National Health Surveillance System –, which does not interfere with the autonomy expected for the Agency. In this case, ministerial supervision is a conforming instrument, which avoids decoupling of the public health policies and the institutional purposes of the supervisory body.

The controversy revolves around the use by the regulated sector of an improper hierarchical appeal directed towards the Ministry of Health, due to final decisions taken by the supervised agencies. One of the characteristics of the special regime of regulatory agencies refers to the definitive character of their final decisions, and the impropriety of this legal mechanism that could only be removed by a formal law, *stricto sensu*.

21 In the original: “quanto ao tema da suposta ilegalidade no custeio público de tratamento que não é reconhecido pela ANVISA, a decisão atacada está arrimada em interpretação constitucional: na extensão das cláusulas assecuratórias do direito fundamental à vida, à saúde e do princípio da dignidade da pessoa humana. Confirma-se o seguinte trecho do voto condutor do acórdão (fls. 242/243): “Anoto que a prerrogativa do Estado na avaliação da viabilidade material, conveniência e oportunidade para estabelecer suas prioridades administrativas bem como a forma de alcançá-las é matéria para a qual o ente público goza de certa discricionariedade, não havendo, neste ponto, a ingerência do Poder Judiciário. Entretanto, tal prerrogativa não se presta a afastar a obrigatoriedade da prestação, sob o argumento de a medicação não constar da lista padronizada do Sistema Único de Saúde.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Processo AREsp 472738*. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Data da publicação: 18 fev. 2014. Available from: <<https://is.gd/8Um18e>>. Access on: 10 jan. 2018).

22 BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 24, de 15 de junho de 2010. Dispõe sobre a oferta, propaganda, publicidade, informação e outras práticas correlatas cujo objetivo seja a divulgação e a promoção comercial de alimentos considerados com quantidades elevadas de açúcar, de gordura saturada, de gordura trans, de sódio, e de bebidas com baixo teor nutricional, nos termos desta Resolução, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 15 jun. 2010. Available from: <<https://is.gd/jGg5Iw>>. Access on: 23 Feb. 2018.

On the other hand, Opinion AC-51/2006 of the Attorney General's Office (AGU) presented a different understanding by accepting, in certain situations, the hierarchical appeal to the supervisory ministry of the regulatory agency. Thus, to this respect we have the following list:

PORT OF SALVADOR - THC2 (Terminal Handling Charge) - DECISION OF ANTAQ (National Agency of Waterways Transport). REGULATORY AGENCY. KNOWLEDGE AND PROVISION OF IMPROPER HIERARCHICAL APPEAL BY THE MINISTRY OF TRANSPORT. MINISTERIAL SUPERVISION. INSTRUMENTS. ADMINISTRATIVE REVIEW. LIMITATIONS. (I) The President of the Republic, for any relevant public interest reason, may appeal and decide on any matter within the scope of the Federal Administration, (DL n° 200/67, article 170). (II) The decisions of the regulatory agencies regarding their administrative activities or those exceeding the limits of their substantive capacities as defined by law or regulation, or violate the public policies defined for the sector regulated by the Direct Administration, are subject to ministerial review, ex officio or through challenge by the interested parties, including by presentation of an improper hierarchical appeal. (III) Exceptionally, in the absence of a mechanism for the ministerial administrative review, an improper hierarchical appeal to the supervising Ministries cannot be lodged against final decisions of the regulatory agencies which were adopted in the strictest scope of their regulatory capacities as provided by law and that are appropriate for the defined public policies of the sector. (IV) In the case under analysis, the decision adopted by ANTAQ must be maintained because it affects the competency in its area of final responsibility, and it is unacceptable, in the present case, the provision of an improper hierarchical appeal for the review of the Agency's decision by the Ministry of Transport, leaving without effect the ministerial approval of Opinion CONJUR/MT 244/2005. (V) The coordination of the Federal Attorneys' Offices together with the regulatory agencies, by the Legal Advisory is not extended to the decisions adopted by these entities of the indirect Administration when referring to the regulatory competencies of these entities as specified in law. For this purpose, it would have been derived from the power of the ministerial review, which, if exceptionally absent in the circumstances previously explained, also removes the powers of the Legal Advisory. The same applies in relation to the linking of regulatory agencies to ministerial opinions, which are not being obliged to review their decisions in order to execute them, as well as in exceptional circumstances, provided that they are within the same scope of the regulatory action. (VI) In the event of dispute between Ministries and the regulatory agencies regarding the determination of their competencies, or even divergence of duties between a regulatory agency and another entity of the indirect Administration, the matter shall be submitted to the Union's Attorney General. (VII) The regulatory guidelines of the UAG bind the regulatory agencies. VIII - The regulatory agencies must adopt all measures to ensure that, except for those cases provided for by law, no agent that is not a career Federal Prosecutor may perform any of the duties provided for in article 37 of MP (Provisional Measure) No. 2.229-43/2001.²³

23 In the original: "PORTO DE SALVADOR. THC2. DECISÃO DA ANTAQ. AGÊNCIA REGULADORA. CONHECIMENTO E PROVIMENTO DE RECURSO HIERÁRQUICO IMPRÓPRIO PELO MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES. SUPERVISÃO MINISTERIAL. INSTRUMENTOS. REVISÃO ADMINISTRATIVA. LIMITAÇÕES. I - O Presidente da República, por motivo relevante de interesse público, poderá avocar e decidir qualquer assunto na esfera da Administração Federal- (DL n° 200/67, art. 170). II - Estão sujeitas à revisão ministerial, de ofício ou por provocação dos interessados, inclusive pela apresentação de recurso hierárquico impróprio, as decisões das agências reguladoras referentes às suas atividades administrativas ou que ultrapassem os limites de suas competências materiais definidas em lei ou regulamento, ou, ainda, violem as políticas públicas definidas para o setor regulado pela Administração direta. III - Excepcionalmente, por ausente o instrumento da revisão administrativa ministerial, não pode ser provido recurso hierárquico impróprio dirigido aos Ministérios supervisores contra as decisões das agências reguladoras adotadas finalisticamente no estrito âmbito de suas competências regulatórias previstas em lei e que estejam adequadas às políticas públicas definidas para o setor. IV - No caso em análise, a decisão adotada pela ANTAQ deve ser mantida, porque afeta à sua área de competência finalística, sendo incabível, no presente caso, o provimento de recurso hierárquico impróprio para a revisão da decisão da Agência pelo Ministério dos Transportes, restando sem efeito a aprovação ministerial do Parecer CONJUR/MT n° 244/2005. V - A coordenação das Procuradorias Federais junto às agências reguladoras pelas Consultorias Jurídicas dos Ministérios não se estende às decisões adotadas por essas entidades da Administração indireta quando referentes às competências regulatórias desses entes especificadas em lei, porque, para tanto, decorreria do poder de revisão ministerial, o qual, se excepcionalmente ausente nas circunstâncias esclarecidas precedentemente, afasta também as competências das Consultorias Jurídicas. O mesmo ocorre em relação à vinculação das agências reguladoras aos pareceres ministeriais, não estando elas obrigadas a rever suas decisões para lhes dar cumprimento, de forma também excepcional, desde que nesse mesmo âmbito de sua atuação regulatória. VI - Havendo disputa entre os Ministérios e as agências reguladoras quanto à fixação de suas competências, ou mesmo divergência de atribuições entre uma agência reguladora e outra entidade da Administração indireta, a questão deve ser submetida à Advocacia-Geral da União. VII - As orientações normativas da AGU vinculam as agências reguladoras. VIII - As agências reguladoras devem

Under the terms of the previously mentioned opinion, an improper hierarchical appeal is possible, to the disadvantage of the decisions of the Board of Directors (Dicol) of the regulatory agencies, when these distance themselves from the regulatory competency of the common regulating activities, established by law, and are contrary to the public policies defined for the regulated sector.

The distinction between regulatory activities and the administrative competencies of the regulatory agencies intends to maintain the regulatory autonomy owing to the lack of constitutional provisions.²⁴ Exceptionally, Anvisa holds a legislative delegation allowing it to establish the list of narcotics for criminal purposes. This authorization is limited to complementing the law by improper means through Resolution of the Board of Directors.

It should be noted that, as regards to the regulatory function, there is no legislative delegation, since the delegation is rejected, but at the same time, the normative power is accepted to extend the regulatory power.²⁵ The delegation of merely preparatory acts for the exercise of police power is acceptable, but not so for the functions of legislation and enforcement of sanctions to a legal entity under private law. Based on this premise, constitutional rules do not allow the recognition of a different modality of legislative delegation in the regulation, in other words, the existence of a regulation as the primary source of law, except for the restricted hypothesis of the only example of the autonomous regulation, according to art. 84, VI, of the Federal Constitution.²⁶

For political expediency of the moment, the legislator may disengage himself from his power/duty of legislating on a sensitive subject, in order to enable the approval of a legal regulation that is still without consensus. The double renunciation of the Legislative and Executive permits the interpretation of legal rules – containing vague, indeterminate or imprecise legal concepts – by a third party agent. In fact, public policies are practiced by issuing general norms, often with technical indeterminations that require more than a mere process of integration of the legal norms (analogy and general principles of law).²⁷

The double renunciation is evaluated by the success or failure of this option in the field of political risk. The regulatory waiver may be an inappropriate option to maintain the constitutional order, in the case of the conflict is postponed or delayed and gets out of control, likewise the success of the double waiver result in slowing down the association in the regulated sector. The sectorized conflicts may derive from the regulatory action of the State, which grants public values – on behalf of the interests of the society – to the regulated sector, which tends to the exclusive search for the profit. Thus, they involve an antagonism between the public interest (manifested by its policy in the sector) and a random resistance of the regulated ones.²⁸

On the other hand, the 1988 Constitution itself expressly limited the normative power of the external bodies to the Legislative Branch, according to art. 25 of the Transitory Constitutional Provisions Act. In

adotar todas as providências para que, à exceção dos casos previstos em lei, nenhum agente que não integre a carreira de Procurador Federal exerça quaisquer das atribuições previstas no artigo 37 da MP nº 2.229-43/2001.” (BRASIL. Advocacia-Geral da União. *Parecer nº AC - 051/2006*. Processo nº 50000.029371/2004-83. Interessado: Ministério dos Transportes. Assunto: Deliberação da ANTAQ. Agência Reguladora. Competência e recurso hierárquico impróprio. Divergência entre o Ministério e a Agência. Brasil, 2006c. Available from: <<http://www.agu.gov.br/atos/detalhe/8453>>. Access on: 30 Jan. 2018).

24 SANTOS, Murillo Giordan. Agência Nacional de Vigilância Sanitária: ANVISA: Comentários à Lei nº 9.782/99 e ao Decreto nº 3.209/99. In: NOHARA, Irene Patrícia; MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de. *Coleção direito administrativo positivo*, v. 15. São Paulo: Atlas, 2015. p. 50.

25 ROCHA, Jean-Paul Veiga. Quem tem medo da delegação legislativa? *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 271, p. 202, jan./abr. 2016. Available from: <<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v271.2016.60765>>. Access on: 23 Dec. 2017.

26 SILVA, Almiro Regis Matos do Couto e. A administração direta e as autarquias especiais, agências reguladoras e agências executivas. In: MODESTO, Paulo (Coord.). *Nova organização administrativa brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 51.

27 GUERRA, Sérgio. Regulação e maleabilidade normativa à luz do direito administrativo econômico. In: FREITAS, Daniela Bandeira de; VALLE, Vanice Regina Lirio do (Coord.). *Direito Administrativo e Democracia Econômica*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 243.

28 DELGADO, Joedson de Souza. Regulação sanitária: atribuição da Agência Nacional de Vigilância Sanitária em prol da saúde pública. *Direito e Desenvolvimento*, João Pessoa, v. 6, n. 12, 2015, p. 111. Available from: <<https://is.gd/3XPiPA>>. Access on: 11 June 2018.

fact, the intention of the authors of the Constitution was to preserve the legislative competence, which, in the post-dictatorship period, would be necessary for redemocratization. The authors of the Constitution also intended, at a later stage, to be able to delegate, precisely, the regulatory power, without causing the suspension of the legal system and without impeding the dialogue necessary for the production of norms by the Legislative.

The law delegated to the Executive is of the same level as an ordinary law and, for that reason, its disrespect is subject to the concentrated constitutional control, including the Parliament's authorizing resolution. However, this constitutional instrument is unusual, since the issuance of provisional measures filled the gaps in regulatory competence, given the ease of its approval process, when compared to that of the delegated law.

In the Brazilian configuration, the control of the regulation exercised by the Legislative is smaller in relation to the predominance of the Executive, which draws attention to the subjects dealt with in the regulatory sphere. Similarly, Anvisa's regulatory performance comes, legitimately, from the overall delegation of the Legislative Branch. This situation may be observed in the authorization given by the Legislative to the President of the Republic, when requested to have a portion of delegated power in the terms desired by the Constitutional Text and within the limits laid down in it. The National Congress, in turn, may stipulate deadlines and detail the conditions of such delegation.

Once the delegated law has been issued, it is constituted as ordinary law within the legal framework and the grant conferred by the Congress to the President ceases. However, the power delegated to it remains. At any time, the Parliament may draw up a new law amending or repealing the matter set forth in the delegating law in force, except in cases where the initiative to propose the matter is reserved for the Executive.

On the other hand, the Congress may authorize, by law, certain public institutions to regulate specific matters in the terms they wish. With this approach, the Congress has a permanent mandate, and can modify the matter a posteriori, as it pleases. In other words, it can change and bring material rules and other procedures adjusted to the agencies, such as reducing the delegated competence or even eliminating it by law. Thus, there are no limits to the Legislative Power, especially if the Constitution does not manifest itself over them.

The same reasoning is used when a later law annuls a regulation that interferes with the constitutional jurisdiction of the Legislative. In any case, the Legislative cannot intervene, by means of any subsequent law, in order to modify the extension of the delegation given to an administrative body that, e.g. exceeds what is provided for in the Constitutional Text or encroaches state regulatory authority.

However, the two situations described allow the discussion about the permanence of the effects as an acquired right and as a perfect judicial act. In any case, the Legislative Branch can revoke the delegation, when determining any vices of unconstitutionality. What about Parliament's constitutional competence with regard to constitutional amendments 8 and 9? Such constitutional amendments do not relate to the institutional allocations of Anatel (National Telecommunications Agency) and ANP (National Petroleum Agency). They only foresee them and therefore do not exhaust the power of the Legislative to edit any subsequent law restricting or annulling any extension of the legislative delegation brought about by the amendments that have encroached on the exclusive competence of the Federal Executive Branch (President and Ministers).

This legislative amendment is a kind of political control that focuses on the functioning of the regulatory bodies.²⁹ In general, the model of sanitary legislation production tends to be relaxed in the relationship between State and society, aiming at adjusting the public power as a result of this new reality. Moreover, in

29 GALVÃO, Gabriel de Mello. *Fundamentos Limites da Atribuição de Poder Normativo às Autarquias Autônomas Federais (Agências Reguladoras)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 160.

certain matters, however, only the formal law allows restrictions in the performance of the institution or administrative entity, based on the purposes that are to be achieved or in the means that must inevitably be adopted by the legislator.³⁰

In such case, the regulatory power of the agencies is subject to internal and external probes on the legality of the acts, just as individuals have the guarantee of legal reserve (or strict legality) against abuses of the Public Administration, when it intends to attack the fundamental rights. The broad control over the concession of normative power to agencies encompasses the constitutionality control (concentrated control and diffused control), the control in the exercise of normative power (suspension of regulatory acts by the Legislative Power and jurisdictional control in the exercise of normative power), the improper control of the exercise of the normative power (functions of the Executive Branch and functions of the Legislative Branch).

Therefore, the federal regulatory agencies are subject to the legislative control of the National Congress through the supervision *ex ante* (previous inspection) and supervision *ex post* (a posteriori inspection). There is practically no supervision *ex ante* by the Federal Legislative in the activity and means of the verification of the articles of law related to the structure of the agencies and to their mechanisms; and the second one, by the sanction of the action of the agencies, such as the control of the legislative agenda, including contingency budgets and nominations of political nominees.

The modification rule of the regulatory acts produced by the agencies is the supervision *ex post*, and regulatory for its lacking of institutional routine of analysis. The parliamentarians, in practice, consider important only the acting of the agencies when they are provoked by a wide media promotion.

In the day-to-day there has not been the exercise of the supervision *ex post* by the Parliament – which may have two causes.³¹ The first of them is the discharge of the agencies of presenting, before the issuance of the norm, studies of the Analysis of Regulatory Impact (AIR) or, later, under the normative text accompanied by the data of the Assessment of Regulatory Result (ARR) that guided/subsidized the decision making. And the second one applies to the unavailability of perennial technical support of orientation to congressmen in the analysis of these norms.

Thus, federal regulatory agencies are subject to legislative control by the National Congress through *ex ante* and *ex post* supervision. The first, through verification of the articles of law concerning the structure of the agencies and their mechanisms, and the second, by sanctioning the agencies' actions, such as the control of the legislative agenda, including contingent budgets and appointments of political nominees.

The Executive Branch has delegated powers to regulatory agencies, but in order to carry out their actions, they must have at least access to funds raised through their own sources, duly approved by the Legislative. In turn, the partial release to spend depends on the government and varies from 100% – with salary expenses and continued provision of benefits – down to 0% – with amendments by parliamentarians not aligned to the government.³² Due to these challenges, the governing law of the agencies, on the basis of open guidelines, established its subordination to the public policies established by the Executive and Legislative branches in order to respond to the relevant purposes of each regulated subject, without being completely isolated from the policy that in fact depends on regulation by presidential decree.

The dormant as well as the potential legislative changes in the status quo of the agencies refer to the

30 BINENBOJM, Gustavo. *Agências Reguladoras, Legalidade e Direitos Fundamentais*: limites aos poderes normativo e sancionatório da ANVISA na regulação de produtos fumígenos. E-gov: Portal de e-governo, inclusão digital e sociedade do conhecimento, 2016. Available from: <<https://is.gd/CvC0ae>>. Access on: 11 Feb. 2018.

31 ARAÚJO, Luiz Eduardo Diniz. O controle das agências reguladoras pelo Poder Legislativo. *Revista de informação legislativa. RIL*, v. 55, n. 217, p. 216, jan./mar. 2018. Available from: <<https://is.gd/1B7bOf>>. Access on: 16 June 2018.

32 FRANCO, Gustavo H.B. *As leis secretas da economia*: revistando Roberto Campos e as leis do Kafka. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p. 124.

congressional influence in the process of appointment of managers, who must be aligned to their preferences. Also, in the definition of the budget, so that they may or may not program public policies, or in the enactment of amending laws on personnel policy (e.g by dismissing their managers or simply by not sufficiently fulfilling the staff in order to weaken them) or to shape the agency (even to terminate it).³³ Such measures put pressure on regulating agencies to set performance standards by matching their programs with their purpose.

In addition, the proper compliance with the law in favor of legal and democratic control, may cause the actions of a particular agency to inflict discontent with the electorate. In general, the more the content of the regulation impacts the electorate or the campaign financier, the greater the attention of politicians on the agency (public exposure) and therefore, the greater their influence on it (risk of political manipulation).³⁴ For that reason, as a control tool, the legislative veto allows the Congress to review or annul a norm before it enters into force or that a budget authorization determine a maximum amount of expenses for the activities of the agencies.³⁵

The game of interests that can influence the regulatory action reveals the drawbacks of this model which managers are forced to satisfy. The decision-making process to conciliate the various interests allows: (1) that parliamentarians transfer responsibility by the public policies; (2) that managers of the regulatory agencies take political decisions, without the need of a political majority, and (3) that technical standards are formulated and applied under the responsibility of the same institution. This situation endangers fundamental rights.³⁶

Indeed, the legislative solution for the normative set of rules of regulatory agencies demonstrates the vibrancy of relations between regulatory agencies and political bodies in the face of outstanding decisions on sectorial public policies. The support of the parliamentarians to the President is fruit of coalition presidentialism, that allows it to act unilaterally, in the agencies.

It is noted that the bargaining process is fundamental in providing political support to government agencies as well as support and injunction of the regulation.³⁷ Bargaining stems from the difficulty of having a consensus on a subject due to the political pluralism, so, negotiation becomes necessary in order to influence the final decision making.

By considering the recurrent economic and political instabilities the country has suffered, as well as the complexity of interests of the sectors and regulated activities, the disagreements between the agencies and the Congress or the Executive itself must be included. It is natural that any regulation perfected by the agencies becomes part of the regulated sector, separated from the interests of the state and the consumers, since a specific technical choice seeks, above all, efficiency, regardless of bringing any social benefit to the consumer or favoring any governmental policy that serves the public interest.

In many cases, Anvisa has fostered a legislative innovation which not only restricts rights, but also viola-

33 PRADO, Mariana Mota. Uma perspectiva comparada da teoria do domínio presidencial: a relação entre o Poder Executivo e as agências reguladoras no Brasil. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*. Dossiê Especial, v. 3, n. 2, p. 78, jul. 2016. Available from: <<http://dx.doi.org/10.19092/reed.v3i2.126>>. Access on: 7 jan. 2018.

34 CAMPOS, Anna Maria; AVILA, Jorge Paula Costa; SILVA JÚNIOR, Dércio Santiago da. Avaliação de agências reguladoras: uma agenda de desafios para a sociedade brasileira. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 34, a. 5, p. 36, set./out. 2000. Available from: <<https://is.gd/G7NUei>>. Access on: 12 Feb. 2018.

35 CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. Aspectos jurídicos destacados dos controles e elementos determinantes da regulação dos transportes aquaviários e portos nos Estados Unidos e Brasil. In: CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de; PASOLD, César Luiz (Coord.). *Direito portuário, regulação e desenvolvimento*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 248.

36 SCHOENBROD, David. *Power without Responsibility: how Congress abuses the people through Delegation*. New Haven: Yale University Press, 1993. p. 385-385

37 CAMPOS, Anna Maria; AVILA, Jorge Paula Costa; SILVA JÚNIOR, Dércio Santiago da. Avaliação de agências reguladoras: uma agenda de desafios para a sociedade brasileira. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 34, a. 5, p. 37, set./out. 2000. Available from: <<https://is.gd/G7NUei>>. Access on: 12 Dec. 2017.

tes the absolute legal reserve, set forth in the Federal Constitution, under the administrative consideration of protecting the public health. Whereby, Anvisa and the other regulatory agencies, in various threshold cases, have advanced in relevant matters to society, which were nevertheless reserved to the congress.

Sensitive matters relating to health surveillance affecting social life must be subject to the democratic decisions of the citizens, represented by the legislator, since they promote welfare and the realization of fundamental rights. This assertion does not indicate totally political judgments unrelated to technical content.

Thus in the dynamics of the capitalist economy, it was possible to adapt the legal norms, so that the Executive could be given greater freedom to issue norms that are complementary to the law. The legal literature supports the issuance of authorized regulations – wrongly termed as delegated regulations –, in which the law sets out only the general principles that ought to be followed by the administrative authority in the specific subject.³⁸

In particular, Anvisa, like any other regulatory agency, has no margin of freedom to discuss, in technical terms, matters that go beyond the mere technical and sectorial regulation under penalty of having them considered unconstitutional.

It is understood that the regulation disseminated on the Constitutional or Legal Text, or on Legislation, even if apparently incomplete, should not suffer abuse and excesses due to the regulatory choices (convenience and opportunity) of the health entity, whose interference may impede the exercise of the economic activity, with the removal of its administrative legitimacy. Due to the system of law, the standardization of health surveillance actions regulates all economic activities through orders issued by the state power. Otherwise, the individual rights would be dependent on the will of the state, which could possibly draw upon other illegitimate interests.

It is also known that the regulatory power of the Administration envisages two literary currents. In particular, in the state penalties area, which exclusively rests on formal law to determine infractions and establish administrative penalties. Another minority aspect is that administrative infractions should be set out in a regulation, by means of the prediction of weighing criteria, or the determination of aggravating and mitigating factors, while it is for the law to provide for the administrative penalties.³⁹

In such cases, the Constitution prescribes that the matter at issue be submitted to the Parliament or to participatory and democratic discussions for the formulation of a specific federal law. The rise of the doctrine of constitutionalism in the eleventh century allowed for the expansion of the idea of freedom, which, in addition to the concept of “not to do”, includes a duty of the State towards society.⁴⁰

Hence the reason of the Constitution to choose to grant exclusively to the law some matters relevant to society, something that distances it from the technical, regulatory domain that is related to the police power of the regulatory agencies. The principle of the absolute legal reserve states that only laws issued by the Parliament and sanctioned by the President of the Republic can control the exercise of individual rights, while the principle of the relative legal reserve allows the Executive to complement such actions dedicated to the formal law, through presidential decrees or ministerial ordinances, provided that it does not exceed the limits of the regulating adjustments allowed by the system.⁴¹

38 BRUNA, Sérgio Varella. *Agências reguladoras: poder normativo, consulta pública, revisão judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 67.

39 PALMA, Juliana Bonacorsi de. Regulação e autoridade: o poder sancionador na regulação. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). *Poder de polícia na atualidade*: anuário do Centro de Estudos de Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico – CEDAU do ano de 2011. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 95.

40 TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Direito Público Transnacional: por uma compreensão sistêmica das esferas transnacionais de regulação jurídica. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 19, n. 2, p. 406, maio/ago. 2014. Available from: <<http://dx.doi.org/10.14210/nej.v19n2.p400-429>>. Access on: 20 Dec. 2017.

41 DIAS, Maria Tereza Fonseca; CARMO, Flávia Figueiredo Franco; SIMÕES, Fabiana Coelho. O poder normativo discricionário na atividade regulatória da Agência Nacional de Transportes Terrestres e a ausência de controle jurisdicional. *Revista*

The absolute legal reserve stems from relevant matters, expressly indicated by the Constitution and, therefore, containing administrative restrictions, which must be dealt with by the Parliament through participatory and democratic procedures of debate, agreement, and vote. In short, there is no space for administrative deliberations regarding certain constitutionally anticipated matters, under the penalty of strict violation of the law.

On the other hand, the relative legal reservation allows the supplementing of its forecasts by a regulating act, even though it is a formal law in the strict sense. The relative legal reserve accepts that non statutory acts may regulate certain matters included in law, as long as it does not alter the legal order.⁴²

By neither setting goals nor implementing public policies, Anvisa has to use the policy of law formulated by the state political powers – and not the government’s own policy or the policy that was implemented on its own. A diverse understanding shows what Law No. 9.782, of 1999⁴³ points out: “Art. 8º. The Agency is required to, respected the legislation in force, regulate, control, and supervise the products and services involving risk to the public health”, since it has already taken a generic position about Anvisa’s competence, ratified by the same Legislative with the approval of the Law in question – six years later –, also approved of the Framework Convention on Tobacco Control (CQCT), through the Legislative Decree No. 1.012, of October 27, 2005.^{44, 45}

Justice Eros Grau, of the First Panel of the Federal Supreme Court, at the time, incorporated his authoritative opinion, in which he settled between reservation of law (absolute reservation or in a strict sense) and reservation of norm (relative reservation). From his decision, we highlight the following excerpt:

In fact, by specializing courts and assigning competencies based on the nature of legal facts is not a matter achieved by legal reservation in the strict sense, but only by the principle of legality affirmed in article 5, II of the Brazilian Constitution, that is, by reservation of the norm. Take the wording of the principle: no one will be obliged to do or refrain from doing anything except by the force and terms of the law. There is a clear distinction between the following situations: [i] linkage to the definitions of the law, [ii] linkage to the resulting definitions – i.e. those established by virtue of it – by law. In the first case we are before the legal reservation; in the second, in front of the “norm reservation” [a norm which may be both legal, regulatory or regulating]. In the second situation, even when the definitions in question operate in regulatory acts that are not of the legislative kind – but stemming from an implicit or explicit provision in law – the principle will be duly adhered to. In this case, the principle of legality expresses legal reservation in relative terms [= reservation of the norm]. This is why the exercise of a normative function does not prevent any explicit or implicit assignment to the Executive and the Judiciary to define, in exercising the normative function, obligations of doing or refrain from doing imposed on individuals – and link them. Turning to article 5, II of the Constitutional Text, we find that the principle of legality is taken in relative terms, which leads to the conclusion that the due consideration is given to it when – manifested, expressly or implicitly, assignment for this purpose – normative, non-legislative act, but still a regulatory or procedural one, defines the obligation of “doing or refrain from doing” is imposed to its recipients. Indeed, the constitutional provision at issue enshrines the principle of legality in only relative terms, which in at least three opportunities [i.e. Article 5, XXXIX, Article 150, I and the Sole Paragraph of Article 170], the Constitution resumes the principle, then adopting it in absolute

Meritum, Belo Horizonte/MG, v. 12, n. 2, p. 221, jul./dez. 2017. Available from: <<http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/5711>>. Access on: 21 Feb. 2018.

42 DEÁK, Renato Albuquerque; NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O princípio da legalidade e os limites do poder regulamentar. *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*, v. 89, n. 01, p. 160, 2017. Available from: <<https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/229465>>. Access on: 11 Feb. 2018.

43 BRASIL. Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 26 jan. 1999b. Available from: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9782.htm>. Access on: 20 Feb. 2018.

44 BRASIL. *Decreto Legislativo nº1.012, de 27 de outubro de 2005*. Aprova o texto da Convenção-Quadro sobre Controle do Uso do Tabaco, assinada pelo Brasil, em 16 de junho de 2003. *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília, 18 set. 2003. Available from: <<https://is.gd/wXoE3k>>. Access on: 12 June 2018.

45 SILVA, Afonso Virgílio da. Anvisa e o controle do tabagismo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 268, p. 325-326, jan./abr. 2015. Available from: <<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v268.2015.50742>>. Access on: 27 Dec. 2017.

terms [...] Had not Article 5, II enshrined the principle of legality in only relative terms and reasoning, its insertion in the core of the Constitution, in such absolute terms, would not be justifiable in those cases. To put it another way: if there is already a principle of legal reservation –, i.e. if there are matters that cannot be regulated except by the law, it is evident that the Executive and the Judiciary Branches can deal with the excluded ones, stating about them, in regulations and regiments.⁴⁶

The delegitimization conducted by the regulatory agencies involves an interpretative effort of these factual situations under the command of the jurisdictional control of the Legislative, the Judiciary and the Executive, the latter referring to the non-delegable competencies. Therefore, the administrative option by Anvisa should make the operationalization of the ordinary norm (law) compatible, and not create it with a view to its greatest efficiency.

Anvisa, when making a decision that does not comply with assumptions of a certain legal procedure – which, in turn, is not defined in the law –, will create a dispute which will be submitted to the Judiciary. In this respect, some authors believe that an excessive limitation of the regulatory activity may affect the democratic constitutional state, since the editing of the normative act should balance out the Central Government's policy actions.

As it became clear, Anvisa has often altered the legal order with its non-statutory legislation, issued by Resolution of the Board of Directors. Thus it has allowed an erosion of the principle of legality, which infringes upon individual rights when interpreting or explaining vague concepts of a technical nature contained in the laws. In this regard, researchers schematized the main actions related to the prohibition of additives in tobacco products in Brazil, the reactions of the groups of interest and of the productive sector, and the conveying taken until the beginning of 2014.^{47, 48}

Anvisa, in particular cases, has replaced the legislator, with the embodiment of secondary rules through ordinances and resolutions, something that causes concern, given the economic and legal insecurity of the regulated environment. In other cases, Anvisa has bypassed the statutory law by incorporating an additional regulatory delegation.

46 In the original: “Com efeito, especializar varas e atribuir competências por natureza de feitos não é matéria alcançada pela reserva da lei em sentido estrito, mas apenas pelo princípio da legalidade afirmado no artigo 5º, II da Constituição do Brasil, ou seja, pela reserva da norma. Tome-se o enunciado do preceito: ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Ora, há visível distinção entre as seguintes situações: [i] vinculação às definições da lei; [ii] vinculação às definições decorrentes – isto é, fixadas em virtude dela – de lei. No primeiro caso estamos diante da reserva de lei; no segundo, em face da “reserva de norma” [norma que pode ser tanto legal quanto regulamentar; ou regimental]. Na segunda situação, ainda quando as definições em pauta se operem em atos normativos não da espécie legislativa – mas decorrentes de previsão implícita ou explícita em lei – o princípio estará sendo devidamente acatado. No caso, o princípio da legalidade expressa reserva da lei em termos relativos [= reserva da norma], razão pela qual não impede a atribuição, explícita ou implícita, ao Executivo e ao Judiciário, para, no exercício de função normativa, definir obrigações de fazer e não fazer que se imponham aos particulares – e os vincule. Voltando ao artigo 5º, II do texto constitucional, verificamos que, nele, o princípio da legalidade é tomado em termos relativos, o que induz a conclusão de que o devido acatamento lhe estará sendo conferido quando – manifesta, explícita ou implicitamente, atribuição para tanto – ato normativo não legislativo, porém regulamentar ou regimental, definir obrigação de fazer ou não fazer alguma coisa imposta a seus destinatários. Tanto isso é verdadeiro – que o dispositivo constitucional em pauta consagra o princípio da legalidade em termos apenas relativos – que em pelo menos três oportunidades [isto é, no artigo 5º, XXXIX, no artigo 150, I e no parágrafo único do artigo 170] a Constituição retoma o princípio, então o adotando em termos absolutos (...). Não tivesse o artigo 5º, II consagrado o princípio da legalidade em termos somente relativos e razão não haveria a justificar a sua inserção no bojo da Constituição, em termos então absolutos, nas hipóteses referidas. Dizendo-o de outra forma: se já um princípio de reserva da lei – ou seja, se há matérias que não podem ser reguladas senão pela lei – evidente que das excluídas a essa exigência podem tratar, sobre elas dispondo, o Poder Executivo e o Judiciário, em regulamentos e regimentos.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 85.060/PR*. Relator Ministro Eros Grau. Brasília, 13 fev. 2009. Diário de Justiça Eletrônico. Available from: <<https://is.gd/RKgGj8>>. Access on: 23 Feb. 2018).

47 TURCI, Silvana Rubano Barretto; FIGUEIREDO, Valeska Carvalho; COSTA E SILVA, Vera Luiza da. A regulação de aditivos que conferem sabor e aroma aos produtos derivados do tabaco no Brasil. *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, Brasília, DF, v. 3, n. 1, p. 55-59, jan./jun. 2014. Available from: <<http://dx.doi.org/10.17566/ciads.v3i1.18> Access on: 11 June 2018.

48

4. EXTERNAL CONTROL BY THE JUDICIARY

Anvisa has implemented adjustments by Resolution of the Board of Directors, based on its regulatory power. However, in their respective spheres of activity, the Powers believe that Anvisa, in certain situations, has created primary rules, going contrary to established laws, such as in its interference with the regulating of smoke products. In any case, Anvisa is at the center of a controversy regarding its regulatory actions.

It is pointed out that Anvisa's technical/regulatory decisions incorporate a political decision making, with a predominance in technical matters, conducted by specialized public agents and in direct contact with the issues that should be regulated. In this context, the technical expertise of the regulatory body emerges. This serves as a means (technical choices) to achieve the goal (establishment of sectorial policies, definition of objectives and priorities) determined under the guidance of the political powers.

Anvisa's jurisdictional control over the exercise of the normative power presents itself as a secondary option, which is carried out only in a diluted form, subsequent to the issuance of the regulatory act. This may have as parameters: the principles of the law (control of legality), which is decided by the common courts; or what is determined under the Constitution (constitutional control), decided by the Federal Supreme Court, when the technical matter of merit is broad (vague) and constitutional. When the matter is unclear, the Judges of the Federal Court may also exclude compliance with unconstitutional rules issued by regulatory agencies.

It is a fact that the normative output of the agencies exceeds, in numbers, that of the legislative output. This is something that draws the attention of the Judiciary Power concerning control in the aspects of proportionality, reasonability, legitimacy and legality. In the context of solutions to constitutional conflicts, the judicial control of regulatory competency has a predominant role for the legal certainty of the regulatory activity, especially when the Executive maintains legitimacy in the exercising of the regulatory power in the event of an allegation of excessiveness by those regulated.

There is no need to exhaust the administrative channels for the Judiciary to consider the matter, except for disputes involving the Sports Justice, which must be placed in the highest administrative authority, so that the Judiciary can manifest itself, including about the suitability of habeas corpus in military disciplinary punishments. In view of these considerations, the regulation is subject to judicial determination for possible deviation of powers from the legal norm, something that may be unlawful.

The interference in all levels or instances of the Judiciary may be used for political purposes, in situations such as: (1) granting an injunction that, even when suspended by higher courts, allows for the extension of administrative decisions, (2) embarrassment caused to occupants of public office, (3) knowledge of the author/complainant and delimitation of his position on the political scene, and (4) filling gaps left by the Parliament.⁴⁹ As a result of the crisis of the law, judicial protagonism/activism is a response to the exorbitance of the regulatory power in the field of public services.⁵⁰

The conduction of the public policies by the Executive may be interfered with by the court. However, its decision must be guided by the constitutional jurisdiction, in such a way as to limit its action only to what is necessary to maintain the institutional order, safeguarding the autonomy of the agencies.⁵¹ In any case, the current constitutional state prompts a reflection on the role of the law.

49 CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; MIRANDA, José Alberto Antunes. O papel regulatório da legislação no Estado Constitucional de Direito. *Conpedi Law Review*, Oñati, Espanha, v. 2, n. 2, p. 404, jan./jun. 2016. Available from: <<https://is.gd/UGN5x6>>. Access on: 22 Feb. 2018.

50 BICCA, Carolina Scherer. Judicialização da política e ativismo judicial. *Revista de Direito Brasileira*, v. 2, n. 2, p. 138, 2012. Available from: <<http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2358-1352/2012.v2i2.2700>>. Access on: 12 Mar. 2018.

51 OLIVEIRA, Kátia Cristine Santos de; COSTA, Jamille Coutinho. Direito à saúde: da (in)efetividade das políticas públicas à sua judicialização como forma de garantir o mínimo existencial. *Revista de Direito Brasileira*, Florianópolis, v. 1, n. 1, p. 96, jan./fev. 2011. Available from: <<http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2358-1352/2011.v1i1.2678>>. Access on: 22 mar. 2018.

The solution to this case is also observed in the comparative law. On April 3rd, 2014, the European Parliament and the Council of the European Union issued a Directive 2014/40/EU with the establishment of stricter rules about the trade and consumption of tobacco products that have nicotine to present to the authorities a list of all ingredients contained in them, including the prohibition of certain aromas, except the menthol cigarettes, which can stay for a further eight years (until 2020). It is important to stress that the Directive is a kind of law targeted to the member countries of the European Union, which must decide, individually, according to its reality, if it is in accordance with the alterations proposed by the European Commission.

Therefore, the deputies of the European Parliament approved of the Directive 2014/40/EU, but it depends on the approval of the community countries and, by consequence, of the Council in adopting the dispositions and normative conditions in order to meet the goal. By the way, there is the prohibition at European level regarding the use of aromatic and flavored additives added to the smoke products:

Article 7. The Regulation of the ingredients [...] 7. The States Member prohibit the trade of tobacco products containing flavoring in their components, such as filters, papers, package, capsules, or any technical characteristics that enable the modification of the smell or flavor of the tobacco products in question or the intensity of their fume. The filters, papers, and capsules do not have tobacco or nicotine.⁵²

As it can be noticed in the legal mechanism previously transcribed, the health norm was issued by the European Parliament and by the Council of the European Union, aiming at dissuading the young people from smoking and at protecting the consumers' health, provided that the European Union and all its Country Members are part of the CQCT.

The following examples demonstrate how the Judiciary reacted to the administrative conduct in matters of fact and of law or public policies, due to arbitrariness and inconsistency of the act that encroached upon the jurisdiction of the Powers.

5. THE REGULATION OF ADDITIVES PROVIDING FLAVOR AND AROMA TO TOBACCO SMOKE PRODUCTS: THE JUDGEMENT ON THE DIRECT UNCONSTITUTIONALITY ACTION - ADI NO. 4.874

The consumption of smoke products, whether or not derived from tobacco, is, in itself, a complex and sensitive issue in social terms, whose the impact affects the individual right to health. Anvisa's regulatory option in technically detecting the contingencies of specific cases in society assures fundamental rights, as in the case of combating diseases associated with smoking.

As it is more generally known, the private economic activity of commercialization and production of tobacco and its derivatives in the country is authorized by the State, permitting the use of this product by adults who wish to smoke. A priori, both the manufacturing industry and the smokers are aware of the health hazards that this habit can cause, especially because of its massive disclosure by the State.

With restrictions on the advertising of tobacco smoke products, initiated in 1980, the National Council of Self-Regulatory Advertising (Conar) introduced ethical rules drafted especially for such products and

52 In the original: "Articolo 7 Regolamentazione degli ingredienti [...] 7. Gli Stati membri vietano l'immissione sul mercato dei prodotti del tabacco contenenti aromi in qualsiasi dei loro elementi quali i filtri, le cartine, le confezioni, le capsule o le caratteristiche tecniche che consentono di modificare l'odore o il gusto dei prodotti del tabacco interessati o la loro intensità di fumo. I filtri, le cartine e le capsule non devono contenere tabacco o nicotina." (GAZZETTA UFFICIALE DELL'UNIONE EUROPEA. *Direttiva 2014/40/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 3 de aprile 2014 sul ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri relative alla lavorazione, alla presentazione e alla vendita dei prodotti del tabacco e dei prodotti correlati e che abroga la direttiva 2001/37/CE*. 29 aprile del 2014. Available from: <<https://is.gd/wxCnC>>. Access on: 11 June 2018).

subsequently imposed a visual warning on the packaging, as laid down by Ordinance No. 490 of August 25, 1988, of the Ministry of Health, with the words: “the MINISTRY OF HEALTH warns: smoking is harmful to health.”⁵³

This activity, however, increasingly became subject to increasing regulation by Anvisa until the issuance of Resolution RDC No. 14, of 2012, which has restricted the use of additives in tobacco smoke products.⁵⁴ In practice, the rule never came into force. It should be pointed out, however, that flavored smoke products, such as mentholated cigarettes, have never ceased to be consumed by Brazilians, because of the extensive smuggling in the country.

Just one day before it became effective, in 2013, an injunction by Justice Rosa Weber suspended the validity of the rule until the case was tried by the Federal Supreme Court. The suspension was motivated by the Direct Unconstitutionality Action – ADI No. 4.874 – judged by the National Confederation of Industry, which questions Anvisa’s ordinance to, in a general and abstract character, to, among other things, issue a regulatory act that prevents the use of flavoring and scent additives, such as cinnamon, mint, chocolate, vanilla, and others, that mask the taste of smoke in smoking products.⁵⁵

The National Confederation of Industry used to consider unconstitutional the final part of subsection XV of art. 7 of Law No. 9.782 of 1999⁵⁶ and Resolution No. 14 of RDC No. 14 of 2012, for violation of the principles of legal certainty, equality, consumer freedom, proportionality, and violation of the fundamental right to trademark, described in articles 2, 5, II, and 37, caption, of the Federal Constitution.

The legal opinion of the States Attorney Office strived for the possibility of the regulatory agencies being able to elaborate general and abstract norms related to the corresponding sector under their supervision. Therefore, the federal ministerial body defended the thesis that Anvisa could make alterations within the legal framework –, as long as they were based on principles and directives of its particular field, given to them by the ordinary legislative procedure and by the Constitution of the Republic. Thus, Anvisa should not only reproduce the legal requirements, provided that they envisage a new constitutional right or neoconstitutionalism, oriented towards administrative efficiency.

The then President of the Republic, Dilma Rousseff, stated that the regulation of smoke products is within the regulatory competence of Anvisa, which can elaborate norms of a general and non-concrete nature that are in favor of the collective interest to regulate the market players. According to her, the sanitary regulation aimed at hampering the attractiveness of smoking and discouraging future acquisitions through curbing nicotine addiction by children and adolescents, based on technical studies. However, the tobacco industry claimed that, in addition to the product being lawful, such rule infringed consumers’ freedom of choice (autonomy of the will).

The AGU has stated that Resolution RDC No. 14 of 2012 is a rule of enforceability, with objectives and actions described in Articles 9 and 10 of the CQCT, signed by more than 180 countries and incorporated into the Brazilian legal framework by Decree No. 5,658, dated January 2, 2006,⁵⁷ which holds a hierarchical

53 BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 490, de 25 de agosto de 1988. Dispõe sobre as inscrições nos maços de cigarro e outras formas de embalagem de fumo sobre o perigo de fumar à saúde. *Diário Oficial da União*, Brasília, 26 ago. 1988.

54 BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 14, de 15 de março de 2012. Dispõe sobre os limites máximos de alcatrão, nicotina e monóxido de carbono nos cigarros e a restrição do uso de aditivos nos produtos fumígenos derivados do tabaco, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 15 mar. 2012. Available from: <<https://is.gd/U1UwEa>>. Access on: 21 mar. 2018.

55 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.874*. Relator Ministra Rosa Weber. Julgamento em 1º fev. 2018. Available from: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4328586>>. Access on: 10 Feb. 2018.

56 BRASIL. Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 26 jan. 1999b. Available from: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9782.htm>. Access on: 20 Feb. 2018.

57 BRASIL. Decreto nº 5.658, de 2 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção-Quadro sobre Controle do Uso do Tabaco, adotada pelos países membros da Organização Mundial de Saúde em 21 de maio de 2003 e assinada pelo Brasil em 16 de junho de 2003.

position of ordinary law. In the conception of the AGU, Resolution RDC No. 14, of 2012, has a regulatory character and sets measures for the reduction of the demand for tobacco, besides clarifying that the addition of ingredients to the cigarette would serve as a taste stimulus that generates sensations inducing consumption, a situation that is contrary to the legal precepts.

According to Anvisa, the matter is regulated according to the limits of its institutional mission to monitor and control the risks to public health, without impeding the use of products and services that are subject to sanitary surveillance, defending only the protection of the youngest people against encouragement of tobacco use. The Federal Senate pointed out that there was no reflex offense to the Constitution and that, therefore, the sanitary regulation is constitutional.

The National Confederation of Industry understands that it is for the formal law to impose limitations on the freedom of initiative, especially in the prohibition of substances, given their abstract nature, generality and undefined recipients, based on art. 1º, IV, and on art. 170, sole paragraph, of the Federal Constitution. The Tobacco Industry Interstate Trade Union (Sinditabaco) has required admission on the demand as *amici curiae*, to the disadvantage of the rule, for understanding that it controls consumer's choices.

In a ruling delivered on February 1, 2018, Anvisa's standard against cigarette additives came into effect. This was because there was a 5-5 tie, for and against Anvisa's rule. Justice Luís Roberto Barroso declared himself unable to attend and did not participate in the discussions. In order to change or overturn Anvisa's rule, at least 6 votes were necessary.

The vote of the rapporteur, Justice Rosa Weber, affirmed that Anvisa's regulatory performance was legitimate in the case of tobacco control, based on the limits set by law and the public policies established by the central administration. Therefore, she voted for the rejection of the request of unconstitutionality of Resolution RDC No. 14, of 2012 based on the citizens' right to health protection and the right to information.

Accompanying the rapporteur were Justices Cármen Lúcia, Edson Fachin, Celso de Mello, and Ricardo Lewandowski. On the other hand, Justices Luiz Fux, Alexandre de Moraes, Dias Toffoli and Gilmar Mendes dissented from the rapporteur's opinion as they considered that there was extrapolation of legislation procedures by Anvisa, provided that all tobacco products are classified as a source of health hazard, and their restriction departs from its area of expertise, whether as a matter of precaution or urgency and partly by Justice Marco Aurélio, who had already positioned himself on the limit of Anvisa to regulatory power in the Direct Unconstitutionality Action, ADI No. 4.874, which is applied in the executive domain, with a supervisory nature, by attributing the exclusivity of the National Congress to prohibit any product within the Brazilian territory, supported by Article 25 of the Transitional Constitutional Provisions Act.⁵⁸

Thus, the Plenary of the Federal Supreme Court, this time, pointed out the exemplary argument:

The Court, as a whole, heard of the direct action, in accordance to the terms of the Rapporteur. Specifically, with respect to the main request, i.e. that of declaration of unconstitutionality of art. 7, III, and XV, in fine, of Law 9.782/1999, by majority vote and in the terms of the Rapporteur's vote, partly dismissed the application, due to Justice Marco Aurélio. Regarding the successive requests, related to the rules of Resolution 14/2012, by Anvisa's Board of Directors, the Court dismissed the action, in a hearing without any binding effect or any effect *erga omnes*, for not having reached the quorum

Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2 jan. 2006a. Available from: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5658.htm>. Access on: 27 jan. 2018.

58 "Art. 25. Within one hundred and eighty days from the proclamation of the Constitution, subject to this extension, by law, all legal provisions that assign or delegate to the executive branch the competency pointed out by the Constitution to the National Congress, especially in respect to: I - normative action;"

In the original: "Art.25.Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuem ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a: I- ação normativa;" (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Diário Oficial da União, Brasília, 5 out. 1988. Available from: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Access on: 16 Feb. 2018.).

required by Article 97 of the Constitution, thus canceling the injunction granted, in accordance with the Rapporteur's vote. Justice Roberto Barroso did not participate. The trial was presided over by Minister Cármen Lúcia. Plenary, 01.01.2018.⁵⁹

However, the outcome of the decisive voting of the Federal Supreme Court has left a loophole for the tobacco industry, enabling it to file individual lawsuits in state courts of justice. This is because the decision is not binding, that is, companies can try to obtain the release of the additives for sale through actions in other judicial bodies.

Six years after Anvisa approved of its prohibitionist resolution, the noise concerning the ingredients giving characteristic flavors to smoke products was not settled, but in fact, continues in Brazilian society.

6. CONCLUSION

We intended, with this work, to develop the debate about the limits imposed to Anvisa's normative power and regulatory characteristics by the established Powers, through the use of normative, doctrinaire, and case-law basis of the national and international Law. We noted that the Federal Constitution encompasses a general regulatory power of the Administration, expressly delegated to the State Ministers and, by implication, to governmental institutions, arising from the extension of the principle of legality set forth in article 5, item II, which is intended to protect those administered through constitutional guarantees.

The Constitution contains this general normative power of the Administration, which stems from the principle of legality that directs the political/parliamentary activity (delegitimation) to matters that must be approached under administrative norms. Thus, on the one hand, the public power is directed by the principle of legality, and on the other hand, by the principle of tempered formality. In other words, the regulatory act of Anvisa must conform to the law, which delegates legislative assignment to it, and therefore does not have to devise or conceive the legal/sanitary framework.

Of course, the Legislative Branch would not have the practical means to supervise all regulatory contents under discussion, and this fact allows decisions on what is the best way of acting to be shifted to the Executive Branch, all the more the Parliament no longer possesses much popular representation. It is recognized that the Legislature has long demonstrated signs of unpreparedness to regulate matters that require certain expertise, and it is also not able to follow the very changing aspects of the current social patterns.

In parallel, the Executive's regulatory ability was strengthened by the issuing of general rules on social and economic affairs by regulatory agencies. Thus, the enacting of laws, which is usually reserved for the legislator, granted space to the regulatory agencies, which narrowed their scope of action through direct and specific rules, deriving from the institution's specialization, and with more agile regulations due to the reduced number of participants in the decision making process.

Consequently, it is responsibility of the National Congress to establish public policy guidelines, and of the agencies to make technical choices, introduced by law, without demanding new requirements. Anvisa's regulatory activity generates constant tension in the democratic political conditions of the Federal Legisla-

59 In the original: "O Tribunal, por unanimidade, conheceu da ação direta, nos termos do voto da Relatora. No mérito, relativamente ao pedido principal, de declaração de inconstitucionalidade do art. 7º, III, e XV, *in fine*, da Lei 9.782/1999, por maioria e nos termos do voto da Relatora, julgou improcedente o pedido, vencido, em parte, o Ministro Marco Aurélio. Quanto aos pedidos sucessivos, relativos às normas da Resolução da Diretoria Colegiada da ANVISA 14/2012, o Tribunal julgou improcedente a ação, em julgamento destituído de eficácia vinculante e efeitos *erga omnes*, por não se ter atingido o *quorum* exigido pelo artigo 97 da Constituição, cassando-se a liminar concedida, nos termos do voto da Relatora. Declarou suspeição o Ministro Roberto Barroso. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 1º.2.2018. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.874*. Relator Ministra Rosa Weber. Julgamento em 1º fev. 2018. Available from: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4328586>>. Access on: 10 Feb. 2018).

tive Branch, which is in charge of producing which is to supervise the creation of general rules in defense of health and performing its fundamentally technical analysis as a regulator,.

In the specific area of health, the legislator defined his autonomy, due to the high political load of the subject matter, and therefore, it is not up to Anvisa to decide, even under the argument on the grounds of protecting the public health. At this time, there was no unconstitutionality because of the withdrawal of Resolution – RDC No. 14, of 2012 on scented and flavored smoke products, as requested in the Direct Action of Unconstitutionality – ADI No. 4874. However, it is expected that the case returns to the Supreme Court itself, as an Extraordinary Appeal, depending on a change of understanding with concrete results or a change in the composition of the Court.

In any case, Anvisa's discretionary power has to be democratically controlled and internally assisted by the regulatory impact assessment, given its review, which must inquire about the consistency of the content. With regard to the issue of popular sovereignty, the Executive and Legislative powers should discuss the implicit and explicit reasons concerning the adequacy of acts connected to the targeted ends or activities.

Alternative means of regulating social life, designed to guarantee the citizen's fundamental rights, serve to attend to or represent social interests as well as interest groups. For this reason, it is the responsibility of the National Congress to demand the performance from regulatory agencies. After all, in the old bureaucratic interventionist model, the Executive would set the sectorial policy, while in the regulatory model, the National Congress establishes this policy through the law.

As you can see, Anvisa has interfered in the economic sphere and in social relations and, at times, has gone much beyond them and still at other times, within the limits of the law, but still exercising its regulating functions on the borderline of the social and constitutional will, whose ideological or even emotional intensity shifts to the regulatory power and its features. In the first aspect, the Judiciary has decided in favor of the fundamental rights, by invalidating the challenged regulation, while in the second, the legislature has acted to achieve the social efficiency demanded.

The controversy concerning limiting the gradual intrusion of the Executive Power in activities theoretically pertaining to legislative regulation shows that the assignment of normative power to the agencies does not hold a solution or deductive answer in this respect. However, the aim of this work is that we recognize the determining reasons for the definition of Anvisa's regulatory limits and, by extension, the limits of the other regulatory agencies.

Finally, this analysis was focused on the discussion of Anvisa's normative (in)competency, while previous reviews examined the impact of the additives that give aroma and flavor to tobacco products, harming the individual's health.^{60,61,62,63,64,65,66} Future researches could explore the continuity of the legal standoff - of

60 WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Case studies for regulatory approaches to tobacco products: menthol in tobacco products*. Geneva: WHO/NMH/ PND/18.1, 2018. Available from: <<https://is.gd/WXPLg8>>. Access on: 10 jun. 2018.

61 KOWITT, Sarah D. et al. Perceptions and Experiences with Flavored Non-Menthol Tobacco Products: A Systematic Review of Qualitative Studies. *International Journal of Environmental Research and Public Health*, v. 14, n. 4, p. 338, 2017. Available from: <<https://doi.org/10.3390/ijerph14040338>>. Access on: 10 June 2018.

62 PAUMGARTTEN, Francisco José Roma; GOMES-CARNEIRO, Maria Regina; OLIVEIRA, Ana Cecilia Amado Xavier de. The impact of tobacco additives on cigarette smoke toxicity: a critical appraisal of tobacco industry studies. *Cadernos de Saúde Pública*, 33 Sup 3, p. e00132415, 2017. Available from: <<https://doi.org/10.1590/0102-311X00132415>>. Access on: 10 June 2018.

63 U. S. FOOD & DRUG ADMINISTRATION. Tobacco products: menthol and other flavors in tobacco products. Available from: <<https://doi.org/10.1590/0102-311x00132415>>. Access on: 10 June 2018.

64 BRAZIL. *Brazilian Health Regulatory Agency*. Report of the Working Group on Tobacco Additives. Rio de Janeiro, Aug. 2014. Available from: <<https://is.gd/2myiN9>>. Access on: 10 June 2018.

65 STERLING, Kymberle L. et al. Appeal and impact of characterizing flavors on young adult small cigar use. *Tobacco Regulatory Science Group*, n. 1, p.42-53, Apr. 2015. Available from: <<https://doi.org/10.18001/TRS.1.1.5>>. Access on: 10 June 2018.

66 KOSTYGINA, Ganna; GLANTZ, Stanton A.; LING, Pamela M. Tobacco industry use of flavours to recruit new users of little cigars and cigarillos. *Tobacco Control*, v. 25, p. 66-74, 2016. Available from: <<http://dx.doi.org/10.1136/tobaccocontrol-2014-051830>>. Access on: 10 June 2018.

thresholds (un)favorable to the associations and pro-tobacco industries union –, as well as the attitudinal and behavioral results of the Brazilian people after the decision of the Federal Supreme Court.

REFERENCES

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARANHA, Marcio Iorio. *Manual de Direito Regulatório: fundamentos de Direito Regulatório*. 4. ed. rev. ampl. London: Laccademia Publishing, 2018.

ARAÚJO, Luiz Eduardo Diniz. O controle das agências reguladoras pelo Poder Legislativo. *Revista de formação legislativa: RIL*, v. 55, n. 217, p. 203-221, jan./mar. 2018. Available from: <<https://is.gd/IB7bOf>>. Access on: 16 June 2018.

BICCA, Carolina Scherer. Judicialização da política e ativismo judicial. *Revista de Direito Brasileira*, v. 2, n. 2, p. 121-139, 2012. Available from: <<http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2358-1352/2012.v2i2.2700>>. Access on: 12 Mar. 2018.

BINENBOJM, Gustavo. *Agências Reguladoras, Legalidade e Direitos Fundamentais: limites aos poderes normativo e sancionatório da ANVISA na regulação de produtos fumígenos*. E-gov: Portal de e-governo, inclusão digital e sociedade do conhecimento, 2016. Available from: <<https://is.gd/CvC0ae>>. Access on: 11 Feb. 2018.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. *Parecer nº AC - 051/2006*. Processo nº 50000.029371/2004-83. Interessado: Ministério dos Transportes. Assunto: Deliberação da ANTAQ. Agência Reguladora. Competência e recurso hierárquico impróprio. Divergência entre o Ministério e a Agência. Brasil, 2006a. Available from: <<http://www.agu.gov.br/atos/detalhe/8453>>. Access on: 30 jan. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 05 out. 1988. Available from: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Access on: 16 Feb. 2018.

BRASIL. *Decreto Legislativo nº1.012, de 27 de outubro de 2005*. Aprova o texto da Convenção-Quadro sobre Controle do Uso do Tabaco, assinada pelo Brasil, em 16 de junho de 2003. *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília, 18 set. 2003a. Available from: <<https://is.gd/wXoE3k>>. Access on: 12 June 2018.

BRASIL. Decreto nº 5.658, de 2 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção-Quadro sobre Controle do Uso do Tabaco, adotada pelos países membros da Organização Mundial de Saúde em 21 de maio de 2003 e assinada pelo Brasil em 16 de junho de 2003. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2 jan. 2006b. Available from: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5658.htm>. Access on: 27 Jan. 2018.

BRASIL. Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 26 jan. 1999. Available from: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9782.htm>. Access on: 20 Feb. 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 490, de 25 de agosto de 1988. Dispõe sobre as inscrições nos maços de cigarro e outras formas de embalagem de fumo sobre o perigo de fumar à saúde. *Diário Oficial da União*, Brasília, 26 ago. 1988.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. *Análise e avaliação do papel das agências reguladoras no atual arranjo institucional brasileiro*: relatório do grupo de trabalho interministerial. Brasília: Congresso Nacional, 2003b. Available from: <<https://is.gd/oCpNBe>>. Access on: 26 Feb. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.874*. Relator Ministra Rosa Weber. Julgamento em 1º fev. 2018. Available from: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4328586>>. Access on: 10 Feb. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 85.060/PR*. Relator Ministro Eros Grau. Brasília, 13 fev. 2009. Diário de Justiça Eletrônico. Available from: <<https://is.gd/RKgGj8>>. Access on: 23 Feb. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Processo AREsp 472738*. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Data da publicação: 18 fev. 2014. Available from: <<https://is.gd/8UmI8e>>. Access on: 10 jan. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da primeira região. *Apelação Cível 55410620064013503/DF*. Processo 2006.35.03.005541-5, Processo Originário 0005541-06.2006.4.01.3503/RVD. Relator: Desembargadora Federal Kassio Nunes Marques. Data da publicação: 08/08/2013. Brasil, 2006c. Available from: <<https://is.gd/OjyY9n>>. Access on: 30 Jan. 2018.

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 14, de 15 de março de 2012. Dispõe sobre os limites máximos de alcatrão, nicotina e monóxido de carbono nos cigarros e a restrição do uso de aditivos nos produtos fumígenos derivados do tabaco, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 15 mar. 2012. Available from: <<https://is.gd/U1UwEa>>. Access on: 21 Mar. 2018.

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 24, de 15 de junho de 2010. Dispõe sobre a oferta, propaganda, publicidade, informação e outras práticas correlatas cujo objetivo seja a divulgação e a promoção comercial de alimentos considerados com quantidades elevadas de açúcar, de gordura saturada, de gordura trans, de sódio, e de bebidas com baixo teor nutricional, nos termos desta Resolução, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 15 jun. 2010. Available from: <<https://is.gd/jGg5Iw>>. Access on: 23 Feb. 2018.

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Portaria nº 354, de 11 de agosto de 2006. Aprova e promulga o Regimento Interno da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA e da outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2 jan. 2006. Available from: <<https://is.gd/7Ea2T4>>. Access on: 27 Jan. 2018.

BRAZIL. Brazilian Health Regulatory Agency. *Report of the Working Group on Tobacco Additives*. Rio de Janeiro, Aug. 2014. Available from: <<https://is.gd/2myiN9>>. Access on: 10 June 2018.

BRUNA, Sérgio Varella. *Agências reguladoras: poder normativo, consulta pública, revisão judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; MIRANDA, José Alberto Antunes. O papel regulatório da legislação no Estado Constitucional de Direito. *Conpedi Law Review*, Oñati, Espanha, v. 2. n. 2, p. 391-410, jan./jun. 2016. Available from: <<https://is.gd/UGN5x6>>. Access on: 22 Feb. 2018.

CAMPOS, Anna Maria; AVILA, Jorge Paula Costa; SILVA JÚNIOR; Dércio Santiago da. Avaliação de agências reguladoras: uma agenda de desafios para a sociedade brasileira. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, vol. 34, ano 5, p. 29-46, set./out. 2000. Available from: <<https://is.gd/G7NUei>>. Access on: 12 Feb. 2018.

CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. Aspectos jurídicos destacados dos controles e elementos determinantes da regulação dos transportes aquaviários e portos nos Estados Unidos e Brasil. In: CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de; PASOLD, César Luiz (Coord.). *Direito portuário, regulação e desenvolvimento*. 2.

ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 243-273.

DEÁK, Renato Albuquerque; NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O princípio da legalidade e os limites do poder regulamentar. *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*, v. 89, n. 01, p. 144-167, a. 2017. Available from: <<https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/229465>>. Access on: 11 Feb. 2018.

DELGADO, Joedson de Souza. Regulação sanitária: atribuição da Agência Nacional de Vigilância Sanitária em prol da saúde pública. *Direito e Desenvolvimento*, João Pessoa, v. 6, n. 12, p. 107-119, 2015. Available from: <<https://is.gd/3XPiPA>>. Access on: 11 June 2018.

DELGADO, Joedson de Souza. Transgênicos: uma nova reconfiguração do trabalho e da natureza pela agricultura capitalista. *Boletim do Observatório Ambiental Alberto Ribeiro Lamego*, Campos dos Goytacazes/RJ, v. 9 n. 1, p. 141-152, jan./jun. 2015. Available from: <<http://dx.doi.org/10.19180/2177-4560.v9n115-08>>. Access on: 7 Jan. 2018.

DIAS, Maria Tereza Fonseca; CARMO, Flávia Figueiredo Franco; SIMÕES, Fabiana Coelho. O poder normativo discricionário na atividade regulatória da Agência Nacional de Transportes Terrestres e a ausência de controle jurisdicional. *Revista Meritum*, Belo Horizonte/MG, v. 12, n. 2, p. 212-233, jul./dez. 2017. Available from: <<http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/5711>>. Access on: 21 Feb. 2018.

ELIAS, Alexandre Nemer. A discricionariedade técnica nos atos administrativos sanitários. Dissertação (Mestrado)–Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Available from: <<https://is.gd/zBBYnk>>. Access on: 15 Jan. 2018.

FRANCO, Gustavo H.B. *As leis secretas da economia: revistando Roberto Campos e as leis do Kafka*. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

GALVÃO, Gabriel de Mello. *Fundamentos Limites da Atribuição de Poder Normativo às Autarquias Autônomas Federais (Agências Reguladoras)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GAZZETTA UFFICIALE DELL'UNIONE EUROPEA. *Direttiva 2014/40/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 3 de aprile 2014 sul ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri relative alla lavorazione, alla presentazione e alla vendita dei prodotti del tabacco e dei prodotti correlati e che abroga la direttiva 2001/37/CE. 29 aprile del 2014*. Available from: <<https://is.gd/wxCnC>>. Access on: 11 June 2018.

GOLDFARB, Miguel Andrés. Servicios publicos: caracterización, fundamentos y evolución en el derecho argentino. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 7, n. 2, p. 175-197, jul./dez. 2016. Available from: <<http://dx.doi.org/10.7213/rev.dir.econ.socioambienta.07.002.AO09>>. Access on: 13 Feb. 2018.

GOMES, Filipe Lobo; GONZAGA, Jorge Luiz; NÓBREGA, Marcos Antônio Rios da. A importância da análise comparada – porque entender a regulação norte-americana é importante para otimizar a regulação estatal brasileira. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*, Salvador/BA, v. 27, n. 2, p. 140, a. 2017. Available from: <<https://is.gd/cWj851>>. Access on: 22 Feb. 2018.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A teoria dos conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade técnica. *Revista Direito UFMS*, Campo Grande/MS, p. 165-185, jan./jun. 2015. Edição Especial. Available from: <<http://seer.ufms.br/index.php/revdir/article/view/1238>>. Access on: 7 Dec. 2017.

GUERRA, Sérgio. Regulação e maleabilidade normativa à luz do direito administrativo econômico. In: FREITAS, Daniela Bandeira de; VALLE, Vanice Regina Lírio do (Coord.). *Direito Administrativo e Democracia Econômica*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 223-244.

KOSTYGINA, Ganna; GLANTZ, Stanton A.; LING, Pamela M. Tobacco industry use of flavours to recruit new users of little cigars and cigarillos. *Tobacco Control*, v. 25, p. 66-74, 2016. Available from: <<http://dx.doi.org/10.1136/tobaccocontrol-2014-051830>>. Access on: 10 June 2018.

KOWITT, Sarah D. et al. Perceptions and Experiences with Flavored Non-Menthol Tobacco Products: A Systematic Review of Qualitative Studies. Ed. Zubair Kabir. *International Journal of Environmental Research and Public Health*, v. 14, n. 4, p. 338, 2017. Available from: <<https://doi.org/10.3390/ijerph14040338>>. Access on: 10 June 2018.

LEUZINGER, Márcia Dieguez; SANTANA, Paulo Campanha. Liberdade de expressão no Brasil: princípio ou regra, na perspectiva conceitual de Robert Alexy? *Cadernos de Direito Actual*, n. 8, p. 103-114, 2017. Available from: <<https://is.gd/LyzyEC>>. Access on: 07 Apr. 2018.

OLIVEIRA, Kátia Cristine Santos de; COSTA, Jamille Coutinho. Direito à saúde: da (in)efetividade das políticas públicas à sua judicialização como forma de garantir o mínimo existencial. *Revista de Direito Brasileira*, Florianópolis/SC, v. 1, n. 1, jan./fev. 2011. Available from: <<http://dx.doi.org/10.26668/In-dexLawJournals/2358-1352/2011.v1i1.2678>>. Access on: 22 Mar. 2018.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. Regulação e autoridade: o poder sancionador na regulação. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). *Poder de polícia na atualidade: Anuário do Centro de Estudos de Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico – CEDAU do ano de 2011*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 79-107.

PAUMGARTTEN, Francisco José Roma; GOMES-CARNEIRO, Maria Regina; OLIVEIRA, Ana Cecilia Amado Xavier de. The impact of tobacco additives on cigarette smoke toxicity: a critical appraisal of tobacco industry studies. *Cadernos de Saúde Pública*, 33 Sup 3, p. e00132415, 2017. Available from: <<https://doi.org/10.1590/0102-311X00132415>>. Access on: 10 June 2018.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; PINHEIRO, Luís Felipe Valerim; ADAMI, Mateus Piva. Tráfego mútuo e direito de passagem como instrumentos para compartilhamento de infraestrutura no setor ferroviário. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (Coord.). *Direito econômico: direito econômico regulatório, série GV-law*, São Paulo: Saraiva, 2010.

PERTENCE, Sepúlveda; BARROSO, Luís Roberto. Resolução da ANVISA que proíbe o uso nos cigarros de ingredientes que não oferecem risco à saúde. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 269, p. 281-320, maio/ago. 2015. Available from: <<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v269.2015.57603>>. Access on: 15 Dec. 2017.

PINTO, Pedro Duarte. Melhores resultados regulatórios no diálogo entre as agências reguladoras e o Tribunal de Contas da União. *Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília*, v. 8, n. 2, p. 189-242, jul./dez. 2014. Available from: <<https://is.gd/pUb6Mw>>. Access on: 7 Dec. 2017.

PRADO, Mariana Mota. Uma perspectiva comparada da teoria do domínio presidencial: a relação entre o Poder Executivo e as agências reguladoras no Brasil. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*. Dossiê Especial, v. 3, n. 2, p. 73-92, jul. 2016. Available from: <<http://dx.doi.org/10.19092/reed.v3i2.126>>. Access on: 7 Jan. 2018.

ROCHA, Jean-Paul Veiga. Quem tem medo da delegação legislativa? *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 271, p. 193-221, jan./abr. 2016. Available from: <<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v271.2016.60765>>. Access on: 23 Dec. 2017.

SALES, Claudino Carneiro. Tabagismo, Modernidade e Direito Regulatório: Brasil e Estados Unidos em perspectiva. *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, Brasília, v. 2, n. 2, p. 217-254, out. 2016. Available from: <<https://is.gd/92hH1u>>. Access on: 18 June 2018.

SANTOS, Murillo Giordan. Agência Nacional de Vigilância Sanitária: ANVISA: Comentários à Lei nº 9.782/99 e ao Decreto nº 3.209/99. In: NOHARA, Irene Patrícia; MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de. *Coleção direito administrativo positivo*. São Paulo: Atlas, 2015. v. 15.

SCHOENBROD, David. *Power without Responsibility: how Congress abuses the people through Delegation*.

New Haven: Yale University Press, 1993.

SILVA, Afonso Virgílio da. ANVISA e o controle do tabagismo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 268, p. 295-332, jan./abr. 2015. Available from: <<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v268.2015.50742>>. Access on: 27 Dec. 2017.

SILVA, Almiro Regis Matos do Couto e. A administração direta e as autarquias especiais, agências reguladoras e agências executivas. In: MODESTO, Paulo (Coord.). *Nova organização administrativa brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SILVA, Juvêncio Borges; JUCATELLI, João Paulo. Judicialização da saúde, ativismo judicial e o consequente desequilíbrio do orçamento público. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, n. 1, p. 89-115, 2017. Available from: <<http://dx.doi.org/10.5102/rbpp.v7i1.4454>>. Access on: 16 June 2018.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. A Função Regulatória. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela; MARSHALL, Carla C. (Coord.). *Direito Empresarial Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

STERLING, Kymberle L. et al. Appeal and impact of characterizing flavors on young adult small cigar use. *Tobacco Regulatory Science Group*, n. 1, p.42-53, Apr. 2015. Available from: <<https://doi.org/10.18001/TRS.1.1.5>>. Access on: 10 June 2018.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Direito Público Transnacional: por uma compreensão sistêmica das esferas transnacionais de regulação jurídica. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 19, n. 2, maio/ago. 2014. Available from: <<http://dx.doi.org/10.14210/nej.v19n2.p400-429>>. Access on: 20 Dec. 2017.

TURCI, Silvana Rubano Barretto; FIGUEIREDO, Valeska Carvalho; COSTA E SILVA, Vera Luiza da. A regulação de aditivos que conferem sabor e aroma aos produtos derivados do tabaco no Brasil. *Cader-nos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, Brasília, v. 3, n. 1, jan./jun. 2014. Available from: <<http://dx.doi.org/10.17566/ciads.v3i1.18>>. Access on: 11 June 2018.

U. S. FOOD & DRUG ADMINISTRATION. *Tobacco products: menthol and other flavors in tobacco products*. Available from: <<https://doi.org/10.1590/0102-311x00132415>>. Access on: 10 June 2018.

VENCINA NETO, Gonzalo. Vigilância Sanitária. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 14, n. 3, p. 91-94, nov. 2013/fev. 2014. Available from: <<http://dx.doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v14i3p91-94>>. Access on: 6 Jan. 2018.

WACHELESKI, Marcelo Paulo. Supremacia do interesse público, direitos fundamentais e a proporcionalidade nos atos das Agências Reguladoras. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, Edição Comemorativa 17 anos. Available from: <<http://dx.doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2016v0e0-1455>>. Access on: 29 Dec. 2017.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Case studies for regulatory approaches to tobacco products: menthol in tobacco products*. Geneva: WHO/NMH/ PND/18.1, 2018. Available from: <<https://is.gd/WXPLg8>>. Access on: 10 June 2018.

Normas Editoriais

1. Serão aceitas colaborações inéditas e a publicação de um artigo está condicionada à sua adequação às normas editoriais, e seu simples recebimento desobriga a sua publicação. A revista *Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização* classificará as colaborações de acordo com as seguintes seções:

1.1 Artigos: compreende textos que contenham relatos completos de estudos ou pesquisas concluídas, matérias de caráter opinativo, revisões da literatura e colaborações assemelhadas.

1.2 Resenhas: compreende análises críticas de livros, de periódicos recentemente publicados, dissertações e teses.

2. Excepcionalmente, a equipe editorial poderá aceitar a submissão de trabalhos que já tenham sido publicados e caso isso ocorra, serão submetidos ao mesmo processo de avaliação pelos pares que aqueles inéditos. O autor deverá apresentar autorização por escrito do editor da revista na qual seu trabalho tenha sido originalmente publicado, acompanhado de cópia do mesmo.

3. O processo de avaliação dos artigos e resenhas compreende duas fases: a primeira destinada à análise da adequação do trabalho à linha editorial da revista (Equipe Editorial) e a segunda referente à avaliação do conteúdo e qualidade dos trabalhos. Esta segunda fase é realizada mediante o processo de avaliação pelos pares, ou seja, os artigos serão submetidos à aprovação de no mínimo 2 pareceristas adhoc.

4. Os trabalhos serão enviados para a avaliação sem a identificação de autoria

5. Os trabalhos devem ser enviados no seguinte padrão:

1ª Página: Começar com o título do trabalho, seguido do texto. Não inserir o nome dos autores ou outros elementos que identifiquem a autoria. A autoria do artigo e a qualificação dos autores são inseridas nos campos específicos do formulário eletrônico. O objetivo aqui é garantir uma avaliação cega por pares. Os textos deverão ser digitados em Arial 12, espaço 1,5 margem de 2,5 cm, numeração arábica das páginas no ângulo superior direito, em programa compatível com o Word para Windows.

Título do trabalho: o título deve ser breve e suficientemente específico e descritivo para representar o conteúdo do texto e deverá ter a sua tradução para o inglês.

Resumo: em todos os artigos submetidos deve ser incluído um resumo informativo com o máximo de 250 palavras e espaço entre linhas simples. O resumo deve ser estruturado com as seguintes informações:

Objetivo do artigo (obrigatório);

Metodologia (obrigatório);

Conclusões (obrigatório);

Limitações da pesquisa e suas implicações (se aplicável);

Limitações práticas (se aplicável)

Originalidade ou valor (obrigatório);

A evolução da comunicação científica e da transmissão de conhecimentos possibilitou ao UniCEUB a criação de meios para o intercâmbio de idéias entre pares e a disseminação de informações.

As novas tecnologias da informação produzem sensíveis alterações nos processos de comunicação científica. Atualmente, a editoração das publicações acadêmicas do UniCEUB é informatizada em todas as suas etapas, com a utilização da plataforma SEER, Sistema de Editoração Eletrônico de Revistas. A aplicação do SEER permitiu acrescentar, no processo editorial, a avaliação dos pareceristas ad hoc e deu aos membros dos comitês editoriais e aos editores condições para consolidar a produção científica no UniCEUB e difundi-la por meio dos periódicos acadêmicos em mídia impressa e eletrônica.

Todas as edições das publicações científicas do UniCEUB estão disponíveis no site www.publicacoes-academicas.uniceub.br, com infraestrutura para acesso livre.

O UniCEUB publica as seguintes revistas:

- Revista Brasileira de Políticas Públicas
- Revista de Direito Internacional
- Universitas Arquitetura e Comunicação Social
- Universitas Ciências da Saúde
- Universitas Gestão e TI
- Universitas Humanas
- Universitas JUS
- Universitas Relações Internacionais



Destacar no mínimo três e no máximo seis palavras-chave que representem o conteúdo do texto. O resumo e as palavras-chave deverão ter a sua tradução para o inglês.

Agradecimentos: agradecimentos a auxílios recebidos para a elaboração do trabalho deverão ser mencionados no final do artigo.

Notas: notas referentes ao corpo do artigo deverão vir no rodapé do texto.

Apêndices: apêndices podem ser empregados no caso de listagens extensivas, estatísticas e outros elementos de suporte.

Materiais gráficos: fotografias nítidas e gráficos (estritamente indispensáveis à clareza do texto) poderão ser aceitos e cada fotografia ou gráfico deverá vir no texto e além disso cada um deverá ser enviado em arquivo separado. Se as ilustrações enviadas já tiverem sido publicadas, mencionar a fonte e a permissão para reprodução.

Quadros: os quadros deverão ser acompanhados de cabeçalho que permita compreender o significado dos dados reunidos, sem necessidade de referência ao texto. Assinalar, no texto, pelo seu número de ordem, os locais onde os quadros devem ser intercalados.

Referências: as referências redigidas segundo a norma NBR 6023/2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), deverão ser apresentadas por ordem alfabética e constituir uma lista única no final do artigo. A exatidão e adequação das referências a trabalhos que tenham sido consultados e mencionados no texto do artigo são da responsabilidade do autor. Informações procedentes de comunicação pessoal, de trabalhos em andamento ou não publicados não devem ser incluídas na lista de referências, mas indicada em nota de rodapé.

Não utilizar o sistema Autor data para citações. O formato utilizado pela revista é o sistema numérico, onde a citação é indicada por número sobrescrito e a referência mencionada em nota de rodapé.

Recomendações: recomenda-se que se observem as

normas da ABNT referentes à apresentação de artigos em publicações periódicas (NBR 6022/2002), apresentação de citações em documentos (NBR 10520/2002), apresentação de originais (NBR 12256), norma para datar (NBR 892), numeração progressiva das seções de um documento (NBR 6024/2003) e resumos (NBR 6028/2003).

A revista se reserva o direito de efetuar nos originais alterações de ordem normativa, ortográfica e gramatical, com vistas a manter o padrão culto da língua, respeitando, porém, o estilo dos autores.

A partir de 2009, consideramos útil formular algumas sugestões (não obrigatórias) aos autores, com base nos principais motivos por recusa de artigos nos anos anteriores.

8. Responsabilidades e conflitos de interesse: A responsabilidade pelas informações e opiniões indicadas nos artigos é exclusiva dos autores. Eventuais conflitos de interesse serão de responsabilidade dos próprios autores e não do periódico.

Envio dos trabalhos:

1. Os trabalhos deverão ser enviados para a equipe editorial da revista no endereço eletrônico www.rdi.uni-ceub.br

2. Cada autor deve enviar declaração de responsabilidade nos termos abaixo:

“ Eu XXXX certifico que participei da concepção do trabalho tornar pública minha responsabilidade pelo seu conteúdo, que não omiti quaisquer ligações ou acordos de financiamento entre os autores e companhias que possam ter interesse na publicação deste artigo.”

3. Para as colaborações inéditas, cada autor deve enviar a transferência de direitos autorais nos termos abaixo:

“Eu XXXX declaro que em caso de aceitação do artigo inédito, a revista Revista Brasileira de Políticas Públicas passa a ter os direitos autorais a ele referentes.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS

V. 8, nº3