

(Artigo publicado in: CONASS – Para entender a gestão do SUS - 2015 – Direito à saúde. Disponível em: http://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/colecao2015/CONASS-DIREITO_A_SAUDE-ART_18.pdf)

O ACESSO À SAÚDE PÚBLICA E A EFICÁCIA DAS NORMAS DE REGULAÇÃO DO SUS

Renato Luís Dresch¹

Introdução

A Organização Mundial da Saúde – OMS define saúde como *um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade*.

A Constituição brasileira de 1988 trata a saúde como um direito humano fundamental, garantindo o acesso universal e igualitário com tratamento integral. Trata-se de um direito social de natureza pública subjetiva, com característica híbrida, constituída ao mesmo tempo de um direito individual e social, com efeito concreto que exige uma prestação positiva do “Estado” e da sociedade,² impondo a sua inserção nas políticas públicas.

O Estado Brasileiro ainda está longe de assegurar a plenitude de acesso e tratamento integral à saúde, o que tem levado a um exponencial crescimento de demandas judiciais por meio das quais a população tenta obter o acesso a tratamentos, internações, exames e medicamentos que lhe são negados administrativamente.

O Poder Judiciário tem sido protagonista em garantir o acesso aos serviços de saúde da população, contudo, a falta de um conhecimento mais apurado dos magistrados acerca da técnica médica e a regulação administrativa do Sistema Único de Saúde (SUS) tem levado a alguns equívocos, sobretudo quando salvaguarda o

¹ Mestre em Direito Público, Especialista em Processo Civil, Juiz de Direito do Estado de Minas Gerais. Coordenador do Comitê Executivo da Saúde de Minas Gerais, Membro do Comitê Executivo Nacional da Saúde do CNJ. Juiz de Direito da 4ª Vara de Fazenda Pública Municipal de Belo Horizonte, Presidente da Oitava Turma Recursal Cível de Belo Horizonte. Professor das disciplinas de Processo Civil e de Ações Constitucionais na Faculdade Arnaldo.

² LEDUR, José Felipe. *Os direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 89.

acesso a medicamentos e terapias que não possuem evidência científica da sua eficácia, eficiência e efetividade.

A postura protagonista do Poder Judiciário tem seus aspectos positivos, porque tem levado à Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC) a analisar a conveniência da incorporação das novas tecnologias em relação a medicamentos e procedimentos mais judicializadas.³

Outra questão que causa repercussão na gestão do SUS decorre do fato de o Poder Judiciário, em sua grande maioria, insistir na aplicação irrestrita e absoluta da regra de solidariedade, fundamentando as suas decisões no artigo 23, II, da Constituição Federal, sem atentar ao regramento administrativo infraconstitucional e infralegal.

Ocorre que a solidariedade constitucional do art. 23, II, tem natureza apenas sistêmica ou institucional, pois se limita a impor aos entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), a responsabilidade de organizar e instituir as políticas públicas da saúde para atendimento da população.

A regra de solidariedade como vem sendo entendida, ao invés de amenizar a situação do SUS, agrava ainda mais os problemas de gestão, impactando o orçamento dos Municípios, sobretudo aqueles de menor porte, que são obrigados a redirecionar recursos para ações não planejadas, acentuando com isso a ineficiência dos serviços públicos.

2 – A regulação constitucional do acesso à saúde

O direito à saúde mereceu destaque especial na Constituição Federal, que a qualificou como um direito social (art. 6º), consagrando-a como um direito humano fundamental. A Lei Maior instituiu a responsabilidade comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para implementarem as políticas públicas (CF, art. 23, II), qualificando a saúde como um **direito de todos e dever do Estado**, a ser

³ Em consulta realizada à CONITEC, a Diretora-Substituta do Departamento de Gestão e Incorporação de Tecnologias em Saúde – DGITS, Vânia Cristina Canuto Santos, confirmou por mensagem eletrônica em 24.09.2014, que demandas do Poder Judiciário e do Ministério Público levaram a avaliação de tecnologias, com decisões favoráveis à incorporação dos seguintes produtos: a) Palivizumabe, para infecção pelo vírus sincicial respiratório, b) Risperidona para tratamento de autismo; c) Exame PET-CT para o estadiamento do câncer de pulmão, para detecção de metástase de câncer colorretal, e para linfoma de Hodgkin e linfoma não Hodgkin.

garantido mediante políticas públicas que assegurem o **acesso universal e igualitário** (art. 196), com **atendimento integral** (art. 198, II). Essas garantias foram todas reafirmadas pelo art. 2º da Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90).

A Constituição Federal orienta a organização dos serviços públicos de saúde numa **rede regionalizada e hierarquizada**, organizada de **forma descentralizada**, com direção única “em cada esfera de governo”, tudo para propiciar o atendimento integral.

A Carta da República impôs aos Municípios a responsabilidade de principal prestador direto dos serviços de atendimento à saúde (CF, art. 30, VII) impondo-lhes enorme sacrifício financeiro,⁴ mas não dispensa a cooperação técnica e financeira dos Estados e da União.

3 O acesso universal e igualitário

Como visto, a saúde é um **direito de todos e dever do Estado**, que deve ser garantido **mediante políticas sociais e econômicas** que, além de reduzir o risco de doenças, assegurem o **acesso universal e igualitário** às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (CF, art. 196).

O acesso universal deve ser compreendido no sentido de que se assegure à universalidade de pessoas o acesso aos serviços de saúde, garantida a igualdade de oportunidades para tratamento, dentro do contexto da equidade, ou seja, de que a cobertura regulada ocorra de modo a permitir que todos sejam atendidos.

Quanto ao acesso igualitário à saúde, parte da doutrina entende que esta se destina apenas aos pobres. A ponderação é de que somente as atividades preventivas geram o direito ao atendimento integral e gratuito, beneficiando tanto ricos como pobres. Quanto à medicina curativa, entende que deva ser remunerada, *exceto quando se tratasse de indigentes e pobres*.⁵

O entendimento prevalente é de que a igualdade de acesso à saúde visa o atendimento a todos, *independentemente de sua situação econômica, sob pena de*

⁴ Gilson Carvalho aponta que estudos do ano de 2011 apresentam gastos dos Municípios com saúde na ordem de 21,5%. In <http://apsredes.org/site2012/wp-content/uploads/2012/08/GASTO-P%C3%A9BLICO-MUNICIPAL-EM-SA%C3%A9DE-2011-GILSON-2>. (acessado em 07.09.2014)

⁵ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 245.

não ter muito valor sua consignação em normas constitucionais,⁶ até porque se trata de um direito social fundamental ao qual não cabe fazer distinções de classe social,⁷ de modo que a *Constituição Federal* atribui a titularidade do direito à saúde a toda e qualquer pessoa, inclusive ao estrangeiro.⁸

Destarte, à expressão *acesso universal e igualitário* deve ser dada a interpretação mais ampla possível, de modo que seja assegurado o acesso à saúde, tanto preventiva como curativa, **a todos**, sem privilégio, discriminação, não se permitindo a instituição de políticas públicas baseadas no critério da hipossuficiência, ou seja, deve ser assegurado tratamento igual e garantido o acesso tanto ao pobre quanto ao rico.

5 A integralidade do atendimento.

Parte da doutrina também entende que o direito à saúde enquadra-se no mínimo existencial, partindo da ideia de que o poder público tem obrigação de colocar à disposição das pessoas apenas um conjunto limitado de ações dentro do mínimo existencial.⁹

Ocorre que o art. 198, II, da *Constituição Federal* introduziu entre as suas diretrizes o **atendimento integral** à saúde, e, embora sejam priorizadas as atividades preventivas, isso deve ser realizado sem prejuízo dos serviços assistenciais, ou seja, não constitui uma regra restritiva, tratando-se de norma de eficácia plena.

A integralidade é tratada na *Constituição Federal* como uma diretriz para a organização do sistema único, elevada pelo art. 7º, I, da Lei 8.080/90 (*Lei Orgânica da Saúde*) à categoria de **princípio** orientador do Sistema Único de Saúde.

A especificidade e o detalhamento das disposições constitucionais que asseguram o acesso amplo à saúde pública constituem-se de normas com efeito concreto quanto à integralidade do atendimento.

⁶ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 767.

⁷ LEDUR, José Felipe. *Os direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 82.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 215.

⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 320.

As alterações que a Lei 12.401/2011 introduziu na Lei nº 8.080/90 disciplinam a incorporação de novas tecnologias no SUS, estabelecendo as regras que definem a cobertura integral, com a padronização da incorporação de novas tecnologias (art. 19-M), contudo no art. 19-O foi incluído como critério o custo-efetividade para a sua incorporação. Os produtos com eficácia comprovada que não vieram a ser incorporados em razão do custo-efetividade fatalmente terão proteção judicial, porque o critério de integralidade introduzido no art. 198, II, da Constituição Federal não permite essa interpretação restritiva.

O fato de o art. 197 da Constituição Federal ter delegado à lei a regulação da saúde não admite a possibilidade de restrição dessa garantia constitucional, sob pena de fraudar as expectativas constitucionais, como acentuou o Ministro Celso Mello.

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro não pode converter-se em promessa constitucional insequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.¹⁰

Lenio Streck acentua que “o Poder Judiciário não pode assumir uma postura passiva diante da sociedade”, ressaltando que deve ter “uma atuação que leve em conta a perspectiva de que os direitos construídos democraticamente – e postos na Constituição – têm precedência mesmo contra textos legislativos produzidos por maiorias eventuais”,¹¹ o que significa dizer que a norma infraconstitucional não pode limitar o acesso à saúde.

A integralidade como diretriz constitucional prioriza a atividade preventiva, contudo não exclui os tratamentos individuais, de natureza preventiva ou curativa,

¹⁰ BRASIL - RE-AGR Nº 393175/RS, 2ª TURMA, REL. MIN. CELSO DE MELLO, DJ 02-02-2007

¹¹ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2013. p. 178.

inclusive quanto ao acesso a produtos não incluídos nos protocolos clínicos, desde que baseados em evidência científica e comprovada a necessidade peculiar de outro produto ou procedimento não incorporado nos protocolos clínicos.

6 A prevalência das políticas públicas sobre tratamentos diferenciados

O fato de admitir que em caso excepcionais deva ser assegurado o acesso a produtos que não constem das políticas públicas não afasta a prevalência daqueles oferecidos pelo SUS. Sobre a matéria, o Ministro Gilmar Mendes⁷ acentuou no julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada - STA/CE nº 175⁷ que, *em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente*,¹² de modo que cabe ao usuário o ônus da prova da ineficácia do tratamento oferecido pelo SUS.

Embora se deva concordar com Lenir dos Santos, que “o direito à integralidade da assistência terapêutica não pode ser aleatória e ficar sob a total independência do cidadão”,¹³ não há como negar que, em casos especiais, quando as terapias disponibilizadas pelos serviços de saúde sejam ineficazes, permita-se o acesso a terapias não incorporadas, desde que baseadas em evidência científica de eficácia, efetividade e segurança.

O Supremo Tribunal Federal (STF) também deixou assentado no julgamento da STA nº 175-CE “que a *inexistência de Protocolo Clínico no SUS não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema, nem justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada.*”

Portanto, devem prevalecer os produtos e procedimentos oferecidos pela SUS, permitindo-se o acesso a outros procedimentos quando aqueles disponibilizados não atenderem às necessidades peculiares do paciente, cabendo-lhe provar a eficácia daquilo que pretende e da ineficácia e ineficiência daquilo que estiver sendo oferecido.

¹². Supremo Tribunal Federal. STA-AgR 175/CE.

¹³ SANTOS, Lenir dos. *Direito à saúde e sistema único de saúde: Conceito e atribuições. O que são ações e serviços de saúde (in) Direito da saúde no Brasil*. Campinas: Saberes, 2010. p. 166

7 – A eficácia das normas legais de regulação do SUS

O Poder Judiciário tem sido protagonista na garantia de acesso aos serviços de saúde, fazendo com que a integralidade seja efetivamente alcançada, contudo, tem falhado ao não atentar para as normas legais e infra legais que regulam a prestação dos serviços de saúde pública, sobretudo no que se refere à repartição de competência e distribuição de atribuições.

A Constituição Federal atribuiu à lei a regulamentação das ações e serviços de saúde (art. 197), determinando que seja constituída uma rede regionalizada e hierarquizada (art. 198), organizada de forma descentralizada, que assegure o atendimento integral (art. 198, II).

Em atendimento ao comando constitucional foi editada a Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90), a qual reafirma as garantias do art. 196 e art. 198 da Constituição Federal, de acesso universal e igualitário e com atendimento integral, com a construção de uma rede regionalizada e hierarquizadas, organizada “de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos” (art. 7º, XIII).

O princípio da eficiência, que rege a administração pública (CF, art. 37), não permite a criação de estruturas idênticas nas três esferas de governo para realizar uma mesma atividade.

A propósito, quanto à repartição de competência para atender ao princípio da eficiência parece oportuno recorrer às lições do Ministro Luiz Roberto Barroso, do STF:

A atribuição de competência comum não significa, porém, que o propósito da Constituição seja a superposição entre a atuação dos entes federados, como se todos detivessem competência irrestrita em relação a todas as questões. Isso, inevitavelmente, acarretaria a ineficiência na prestação dos serviços de saúde,

*com a mobilização de recursos federais, estaduais e municipais para realizar as mesmas tarefas.*¹⁴

Na Jornada de direito da saúde organizada pelo CNJ, através do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde, foram aprovados 45 enunciados, dentro os quais cumpre destacar o seguinte:

*8 - Nas condenações judiciais sobre ações e serviços de saúde devem ser observadas, quando possível, as regras administrativas de repartição de competência entre os gestores.*¹⁵

As normas infraconstitucionais (leis) e infralegais (resoluções e portarias) que regulam a saúde pública e as redes de atenção à saúde estão amparadas nos artigos 197 e 198 da Constituição Federal, de modo que nos processos judiciais esse regramento não pode ser desprezado, inclusive sobre a repartição de competência e distribuição de atribuições entre os gestores.

8. Conclusão

De acordo com Constituição Federal Brasileira, a saúde é um direito humano fundamental, tanto que inseriu como um direito social, cujo acesso deve ser assegurado de forma universal e igualitária com atendimento integral.

As normas infraconstitucionais que regulam a organização da rede de acesso e tratamento à saúde não podem restringir essa garantia, sob risco de frustrar justas expectativas constitucionais. As normas de regulação das redes de saúde que repartem a competência e distribuem as atribuições entre os gestores (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), fracionando a solidariedade institucional ou sistêmica introduzida no art. 23, da Constituição Federal, devem ser observadas por ocasião da propositura das demandas judiciais.

Portanto, em razão do princípio da eficiência que rege a administração pública, as normas infraconstitucionais que regulam o acesso à saúde, inclusive

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Revista de Jurisprudência Mineira, a. 60, n. 188, Belo Horizonte, p. 35-50, jan./mar. 2009

¹⁵ http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE (consultado em 02.11.2014)

quando repartem a competência entre os gestores, não ofendem a garantia constitucional de plenitude de acesso e atendimento integral à saúde, não havendo como afastar a sua validade e eficácia, porque emanam de cumprimento do próprio comando constitucional.

Referência Bibliográfica

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Revista de Jurisprudência Mineira, a. 60, n. 188, Belo Horizonte, p. 35-50, jan./mar. 2009

BRASIL - CNJ In. [http:// www.cnj.jus.br/images/enunciados](http://www.cnj.jus.br/images/enunciados) (consultado em 02.11.2014)

BRASIL - RE-AGR Nº 393175/RS, 2ª TURMA, REL. MIN. CELSO DE MELLO, DJ 02-02-2007

BRASIL - Supremo Tribunal Federal. STA-AgR 175/CE.

CARVALHO, Gilson. In <http://apsredes.org/site2012/wp-content/uploads/2012/08/GASTO-P%C3%A9BLICO-MUNICIPAL-EM-SA%C3%A9DE-2011-GILSON-2>. (acessado em 07.09.2014)

LEDUR, José Felipe. *Os direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LEDUR, José Felipe. *Os direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SANTOS, Lenir dos. *Direito à saúde e sistema único de saúde: Conceito e atribuições. O que são ações e serviços de saúde (in) Direito da saúde no Brasil*. Campinas: Saberes, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2013.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.