



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE
CODEJUR - ADVOGADOS DA UNIÃO

PARECER n. 00213/2017/CONJUR-MS/CGU/AGU

NUP: 00737.002795/2017-32

INTERESSADOS: CONSULTOR(A) JURÍDICO(A) DO MINISTÉRIO DA SAÚDE

ASSUNTOS: FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO . DIREITO CONSTITUCIONAL . DIREITO FINANCEIRO . DIREITOS SOCIAIS . DIREITO À SAÚDE . MINIMO EXISTENCIAL . RESERVA DO POSSÍVEL . SEPARAÇÃO DE PODERES . RESOLUÇÃO CFM Nº 2156 DE 28/10/2016 . ACESSO AOS LEITOS DE UTI PELA CENTRAL DE REGULAÇÃO ESTADUAL OU MUNICIPAL . DESCENTRALIZAÇÃO DA ORGANIZAÇÃO DO SUS.

1. Como o número de leitos em UTI é limitado, o CFM editou uma série de critérios para a admissão e alta de pacientes no atendimento, para respaldar escolhas que os médicos intensivistas de todo o país, tanto de hospitais públicos como privados. Estes critérios foram criados para permitir o USO RACIONAL desses leitos de alto custo, com o objetivo de, assim, permitir que pacientes sejam mantidos ali somente quando seu estado de saúde exigir.

2. Segundo o CFM, através da Resolução CFM nº 2156 de 28/10/2016, são 05 (cinco) níveis de prioridade (o menor para pacientes menos grave, com alta probabilidade de recuperação, e o 05, em fase terminal, sem chance de reversão do quadro, que pode ter indicação de cuidados paliativos). Vê-se, portanto, que não é todo e qualquer tipo de paciente que faz jus, de acordo com critérios clínicos, aos leitos de UTI, mas somente os pacientes classificados como de prioridade 02 e prioridade 04 é que necessitam de monitorização intensiva. Cabe, portanto, ao médico do hospital fazer a classificação do paciente conforme sua prioridade e informar à Central de Regulação do SUS para que esta aloque o indivíduo, se for o caso, num leito de UTI.

3. Para que a demanda judicial seja legítima, é imprescindível que o Autor demonstre que se encaixa na prioridade 02 ou 04 da Resolução CFM nº 2156 de 28/10/2016, que tal condição foi informada à Central de Regulação do SUS e que, mesmo tendo seguido todo o trâmite administrativo devido, ainda assim não teve acesso ao leito de UTI, caso contrário trata-se, em verdade, de AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR, devendo a presente petição inicial ser integralmente INDEFERIDA, nos termos do art. 330, III, do NCPC.

4. O art. 198, I, da Constituição Federal determina que o Sistema Único, de Saúde será organizado de acordo com as uma série de diretrizes, dentre as quais está a descentralização, com direção única em cada esfera de governo. Respeitando a determinação constitucional, o art. 9º da Lei nº 8.080/1990 afirma que a direção do SUS será exercida em cada esfera de governo, explicitando, nos artigos 16, 17 e 18 do referido dispositivo legal, qual é a competência da União, dos Estados e dos Municípios.

5. A obrigação de prestar MATERIALMENTE serviços de saúde constitui-se atribuição legal dos ESTADOS e MUNICÍPIOS, devendo-se ressaltar que à União competem às atribuições previstas no art. 16 da Lei nº 8080/90, dentre as quais se inclui a formulação de políticas públicas relacionadas ao Sistema Único de Saúde, nos seus diversos aspectos, de forma ampla e genérica, assim como o repasse de dotações do orçamento da Seguridade Social destinadas ao financiamento do Sistema Único de Saúde, nos termos do art. 31 da multicitada lei.

6. Em suma, a União NÃO tem como proceder MATERIALMENTE à disponibilização dos leitos, uma vez que os hospitais da rede pública são geridos e administrados segundo a rede de saúde credenciada pelos Estados e Municípios. Desta forma, conclui-se que o Ministério da Saúde NÃO tem acesso à regulação estadual ou municipal relativa aos leitos de UTI, tampouco algum tipo de hierarquia nesta esfera, restando assim impossibilitado de cumprir as decisões judiciais cujo objeto seja o fornecimento de leitos de UTI's.

7. Vê-se, assim, que é imprescindível a RETIRADA da UNIÃO do polo passivo desta demanda, uma vez que, mesmo que venha a ser judicialmente condenada, NÃO terá como cumprir a decisão e sua manutenção

implicará mera perturbação do processo, o que causará prejuízo à parte Autora e à própria Administração da Justiça como um todo.

8. A função da UNIÃO na consecução das políticas públicas de saúde não é a prestação direta dos serviços, uma vez que esta é competência dos Estados e dos Municípios, mas o seu financiamento (art. 31 da Lei nº 8.080/1990), o que foi devidamente realizado, conforme se observa no sítio eletrônico "<http://www.fns.saude.gov.br/visao/consulta/repasse/repasseDoDia.jsf>", no qual é possível se analisar os valores repassados pelo Fundo Nacional de Saúde (FNS) POR DIA ou POR MÊS aos Estados e Municípios.

9. Tais valores são suficientes para garantir não só o chamado "mínimo existencial", mas suficientes para que a saúde pública brasileira seja de excelência, o que, infelizmente, ainda não se concretizou por circunstâncias alheias à vontade do ente público federal, uma vez que a realização dos serviços públicos de saúde não dependem única e exclusivamente de atividades desenvolvidas pela UNIÃO. Tanto é verdade que a própria Constituição Federal previu que a organização do Sistema Único de Saúde será DESCENTRALIZADA. Resta inequívoco, portanto, que a UNIÃO tem regulamentemente CUMPRIDO COM O SEU DEVER CONSTITUCIONAL.

10. Há uma REAL AUSÊNCIA DE RECURSOS, pois, conforme organização orçamentária autorizada pelo Poder Legislativo, os valores já estão comprometidos com a consecução de outras políticas públicas de saúde e, conforme exposto acima, os valores devidos para a construção e manutenção de leitos de UTI já foram devidamente repassados aos entes federativos responsáveis pela gestão desse serviço público.

11. Exatamente por não serem os recursos infinitos, o dinheiro para pagar um tratamento individual determinado por uma decisão judicial necessariamente sairá do montante reservado a outro programa de saúde, que, por sua vez, foi pensado para atender a população como um todo e com o objetivo de sanar um problema social mais grave. Tais condutas põem em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos. Não se trata, nesses casos, de corrigir uma política pública de saúde que esteja equivocada, mas mera oneração do erário público sem observância da reserva do possível.

12. Nesse caso, o erário público federal está sendo duplamente onerado: na primeira vez, quando repassa os valores ao FNS e, numa segunda vez, quando, mesmo já tendo cumprido o seu dever constitucional, é obrigado solidariamente a cumprir uma decisão judicial.

13. As políticas públicas ficaram a cargo, principalmente, do Poder Executivo e do Poder Legislativo, posto ser função típica do Legislativo a elaboração das leis e do Executivo a prática de atos de administração. As políticas públicas são marcadas pela discricionariedade administrativa e a atuação judiciária nesses casos importaria um verdadeiro desrespeito à legitimidade democrática, pois retiraria dos poderes legitimados pelo voto popular a prerrogativa de decidir como os recursos públicos devem ser gastos.

14. Cabe ao MÉDICO classificar a prioridade do paciente, de forma que, apesar da boa vontade e dos esforços de todos os operadores do direito para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária, falta ao Poder Judiciário a expertise necessária para julgar de plano este tipo de demanda, de forma que é imprescindível que, antes de decidir acerca da tutela antecipada ou mesmo do mérito em si, que seja ajuizada perícia médica para análise do quadro de saúde do Autor, porque, caso contrário, poder-se-á estar tirando um paciente que efetivamente necessita da internação numa UTI para alocar um indivíduo que não necessitaria nela estar.

15. Contudo, caso o douto magistrado entenda que o Autor faz sim jus ao direito ora pleiteado, para que haja efetivo respeito ao princípio da isonomia, é imprescindível que, mesmo diante de uma decisão judicial determinando a liberação de leito de UTI para o paciente-demandante, que seja ressaltado o seguinte: necessidade de que seja RESPEITADA A ORDEM CRONOLÓGICA daqueles que já se encontram na fila de espera com quadro de saúde semelhante ao apresentado pela parte autora.

I. DO RELATÓRIO.

1. Trata-se de Parecer que aborda o tema das ações judiciais nas quais há a **condenação da União a disponibilizar leitos em Unidades de Tratamento Intensivo (UTI)**, o que, conforme se exporá adiante, dificulta, e, inclusive, inviabiliza o cumprimento da decisão judicial diante da inexistência de hospitais geridos e subordinados ao MINISTÉRIO DA SAÚDE.

2. O objetivo deste Parecer é, além de prestar os subsídios devidos à ideal defesa da União em juízo, munir as mais diversas instituições como, por exemplo, Poder Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública, todas diretamente envolvidas no fenômeno da "judicialização da saúde", com o conhecimento necessário para assegurar que tenham uma atuação consciente, crítica

e, sobretudo, voltada para o fortalecimento e aperfeiçoamento do SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE, em cumprimento aos comandos constitucionais.

3. É breve o relatório.

II. DA FUNDAMENTAÇÃO.

DO ACESSO AOS LEITOS DE UTI PELA VIA ADMINISTRATIVA. DA DESNECESSIDADE DE INGRESSO PELA VIA JUDICIAL. DA AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR.

4. Inicialmente cumpre esclarecer alguns pontos acerca do **acesso aos leitos de UTI pela via administrativa.**

5. A gestão destas unidades especializadas de alto custo depende da interação de vários fatores, entre eles infraestrutura, organização e ética na tomada de decisão. Assim, o Ministério da Saúde instituiu a Política Nacional de Regulação do Sistema Único de Saúde – SUS, através da **PORTARIA GM nº 1559**, de 1º de Agosto de 2008. Esta importante Portaria, levando em consideração a necessidade de estruturar as ações de regulação, controle e avaliação no âmbito do SUS, bem como o fortalecimento dos instrumentos de gestão do SUS, garantem a organização das redes e fluxos assistenciais, provendo acesso equânime, integral e qualificado aos serviços de saúde.

6. Conforme o artigo 9º da Portaria GM 1559, estrutura a operacionalização das ações de regulação, *in verbis*:

Portaria GM 1559/2008, Art. 9º - O Complexo Regulador é a estrutura que operacionaliza as ações da regulação do acesso, podendo ter abrangência e estrutura pactuadas entre gestores, conforme os seguintes modelos:

I - Complexo Regulador Estadual: gestão e gerência da Secretaria de Estado da Saúde, regulando o acesso às unidades de saúde sob gestão estadual e a referência interestadual e intermediando o acesso da população referenciada às unidades de saúde sob gestão municipal, no âmbito do Estado.

II - Complexo Regulador Regional:

a) gestão e gerência da Secretaria de Estado da Saúde, regulando o acesso às unidades de saúde sob gestão estadual e intermediando o acesso da população referenciada às unidades de saúde sob gestão municipal, no âmbito da região, e a referência interregional, no âmbito do Estado;

b) gestão e gerência compartilhada entre a Secretaria de Estado da Saúde e as Secretarias Municipais de Saúde que compõem a região, regulando o acesso da população própria e referenciada às unidades de saúde sob gestão estadual e municipal, no âmbito da região, e a referência inter-regional, no âmbito do Estado; e

III - Complexo Regulador Municipal: gestão e gerência da Secretaria Municipal de Saúde, regulando o acesso da população própria às unidades de saúde sob gestão municipal, no âmbito do Município, e garantindo o acesso da população referenciada, conforme pactuação.

§1º - **O Complexo Regulador será organizado em:**

I - Central de Regulação de Consultas e Exames: regula o acesso a todos os procedimentos ambulatoriais, incluindo terapias e cirurgias ambulatoriais;

II - **Central de Regulação de Internações Hospitalares: regula o acesso aos leitos e aos procedimentos hospitalares eletivos e, conforme organização local, o acesso aos leitos hospitalares de urgência;** e

III - Central de Regulação de Urgências: regula o atendimento pré-hospitalar de urgência e, conforme organização local, o acesso aos leitos hospitalares de urgência.

§2º - A Central Estadual de Regulação da Alta Complexidade - CERAC será integrada às centrais de regulação de consultas e exames e internações hospitalares.

§3º - A operacionalização do Complexo Regulador será realizada em conformidade com o disposto no Volume 6 da Série Pactos pela Saúde: Diretrizes para a Implantação de Complexos Reguladores, acessível na íntegra na Biblioteca Virtual em Saúde do Ministério da Saúde: <http://www.saude.gov.br/bvs>

7. **Como o número de leitos em UTI é limitado, o CFM editou uma série de critérios para a admissão e alta de pacientes no atendimento, para respaldar escolhas que os médicos intensivistas de todo o país, tanto de hospitais públicos como privados. Estes critérios foram criados para permitir o USO RACIONAL desses leitos de alto custo, com om objetivo de, assim, permitir que pacientes sejam mantidos ali somente quando seu estado de saúde exigir.**

8. **Segundo o CFM, através da Resolução CFM nº 2156 de 28/10/2016, são 05 (cinco) níveis de prioridade (o menor para pacientes menos grave, com alta probabilidade de recuperação, e o 05, em fase terminal, sem chance de reversão do quadro, que pode ter indicação de cuidados paliativos), são eles:**

Art. 6º. A priorização de admissão na unidade de tratamento intensivo (UTI) deve respeitar os seguintes critérios:

§1º - Prioridade 1: Pacientes que necessitam de intervenções de suporte à vida, com alta probabilidade de recuperação e sem nenhuma limitação de suporte terapêutico.

§2º - Prioridade 2: Pacientes que necessitam de monitorização intensiva, pelo alto risco de precisarem de intervenção imediata, e sem nenhuma limitação de suporte terapêutico.

§3º - Prioridade 3: Pacientes que necessitam de intervenções de suporte à vida, com baixa probabilidade de recuperação ou com limitação de intervenção terapêutica.

§4º - Prioridade 4: Pacientes que necessitam de monitorização intensiva, pelo alto risco de precisarem de intervenção imediata, mas com limitação de intervenção terapêutica.

§5º - Prioridade 5: Pacientes com doença em fase de terminalidade, ou moribundos, sem possibilidade de recuperação. Em geral, esses pacientes não são apropriados para admissão na UTI (exceto se forem potenciais doadores de órgãos). No entanto, seu ingresso pode ser justificado em caráter excepcional, considerando as peculiaridades do caso e condicionado ao critério do médico intensivista.

9. **Vê-se, portanto, que não é todo e qualquer tipo de paciente que faz jus, de acordo com critérios clínicos, aos leitos de UTI, mas somente os pacientes classificados como de prioridade 02 e prioridade 04 é que necessitam de monitorização intensiva. Cabe, portanto, ao médico do hospital fazer a classificação do paciente conforme sua prioridade e informar à Central de Regulação do SUS para que esta aloque o indivíduo, se for o caso, num leito de UTI.**

10. Assim, apenas a Central de regulação do Estado/ Município é capaz de analisar as prioridades de acesso às ações e serviços de saúde, uma vez que o responsável por incluir o paciente no sistema de regulação do SUS é o médico assistente do paciente, ou seja, no Estado/ Município de origem.

11. **Não raro, contudo, o que se observa diante de uma decisão judicial determinando o fornecimento de leitos de UTI é que alguns pacientes que NÃO se beneficiarão da internação na UTI para a mudança de prognóstico, uma vez que sua prioridade, conforme prescrição médica, é 05, 01 ou 03, acabam, em razão da decisão judicial, ocupando estes leitos enquanto que outros, COM REAIS NECESSIDADES, não conseguem a referida vaga, pois ela está ocupada pelo paciente-demandante.**

12. Há, portanto, uma falsa crença por parte da população de que toda e qualquer tipo de estado de saúde mais crítico necessita de internação numa UTI, o que nem sempre é verdade, tanto que o Conselho Federal de Medicina (CFM) regulamentou as prioridades supracitadas. Com isso, houve a um "boom" de demandas por leito de UTI, o que acabou por agravar ainda mais a insuficiência de oferta.

13. **A regulação prevista na Resolução CFM nº 2156 de 28/10/2016, portanto, busca uma regulação justa, baseada em CRITÉRIOS CLÍNICOS, a fim de evitar um "fura fila" por pessoas que não fazem, em verdade, jus a este tipo de leito.**

14. Por conseguinte, a regulação restou por estar sendo muito prejudicada pela judicialização, uma vez que os critérios clínicos, quando da decisão, por muitas vezes são deixados de lado. Prejudicando assim o correto funcionamento da Central de Regulação de Leitos de UTI. Assim, o aumento de pedidos judiciais de internação, cujo atendimento, por não ocorrer à luz dos critérios de prioridades adotados pelo sistema de regulação da CRIH, **compromete a equidade no acesso a leitos de UTI.**

15. É importante salientar, ainda, que o simples fato de o médico acostar nos autos atestado afirmando que o estado do paciente-demandante é crítico não é, a princípio, suficiente para se presumir a necessidade de acesso deste a um leito de UTI, pois, conforme demonstrado acima, há diversas classificações de prioridades. **Para que a demanda judicial seja legítima, é imprescindível que o Autor demonstre que se encaixa na prioridade 02 ou 04 da Resolução CFM nº 2156 de 28/10/2016, que tal condição foi informada à Central de Regulação do SUS e que, mesmo tendo seguido todo o trâmite administrativo devido, ainda assim não teve acesso ao leito de UTI, caso contrário trata-se, em verdade, de AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR, pois, primeiro, a demanda judicial em nenhum momento lhe trará um efetivo benefício, já que a internação na UTI não é capaz, por si só, de mudar o seu quadro clínico (ausência, portanto, da "utilidade") e, segundo, a utilidade buscada no processo poderia muito bem ser alcançada por outras vias (ausência, portanto, da "necessidade").**

16. Portanto, observando-se que o Autor em nenhum momento comprovou que seu estado de saúde é classificado como prioridade 02 ou 04 (conforme a Resolução CFM nº 2156 de 28/10/2016) e que em nenhum momento comprovou sua inscrição na Central de Regulação do SUS (responsável por classificar a lista de acordo com as referidas prioridades), pode-se concluir que o mesmo NÃO necessita efetivamente deste tipo de leito e que, portanto, **o autor carece de interesse processual, devendo a presente petição inicial ser integralmente INDEFERIDA, nos termos do art. 330, III, do NCPC.**

DA REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS. DA DESCENTRALIZAÇÃO DO SUS. DA IMPOSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL PELA UNIÃO.

17. O art. 198, I, da Constituição Federal determina que o Sistema Único, de Saúde será organizado de acordo com as uma série de diretrizes, dentre as quais está a **descentralização, com direção única em cada esfera de governo**. Respeitando a determinação constitucional, o art. 9º da Lei nº 8.080/1990 afirma que a direção do SUS será exercida em cada esfera de governo, explicitando, nos artigos 16, 17 e 18 do referido dispositivo legal, qual é a competência da União, dos Estados e dos Municípios.

CF-88, Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

18. Vê-se, portanto, que atendendo ao preceito constitucional, a Lei Orgânica do Sistema Único de Saúde – SUS (Lei nº 8.080/90), no que se refere à distribuição das competências, das atribuições e das responsabilidades de seus vários órgãos integrantes, teve como objetivo, não apenas de **evitar a sobreposição de estruturas administrativas, mas para conferir eficiência, economicidade e agilidade ao sistema, condição indispensável a garantir aos cidadãos, da melhor maneira possível, o acesso universal e igualitário aos serviços de saúde.**

19. Compete à UNIÃO, na condição de gestora nacional do SUS, promover a descentralização para os Estados e Municípios dos serviços e ações de saúde, respectivamente, de abrangência estadual e municipal.

Lei nº 8.080/1990, Art. 16. A direção NACIONAL do Sistema Único da Saúde (SUS) compete:

XIV - elaborar normas para regular as relações entre o Sistema Único de Saúde (SUS) e os serviços privados contratados de assistência à saúde;

XV - **promover a descentralização para as Unidades Federadas e para os Municípios**, dos serviços e ações de saúde, respectivamente, de abrangência estadual e municipal;

20. Ora, a Lei nº 8.080/1990 prevê expressamente que a execução dos serviços de saúde competem originalmente aos Municípios e que aos Estados cabem a função de executar supletivamente as ações e os serviços de saúde.

Lei nº 8.080/1990, Art. 17. À direção ESTADUAL do Sistema Único de Saúde (SUS) compete:

I - **promover a descentralização para os Municípios** dos serviços e das ações de saúde;

III - prestar apoio técnico e financeiro aos Municípios e **executar supletivamente ações e serviços de saúde**;

Art. 18. À direção MUNICIPAL do Sistema de Saúde (SUS) compete:

I - planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e **gerir e executar os serviços públicos de saúde**;

21. **Nota-se, portanto, que a obrigação de prestar MATERIALMENTE serviços de saúde constitui-se atribuição legal dos ESTADOS e MUNICÍPIOS**, devendo-se ressaltar que à União competem às atribuições previstas no art. 16 da Lei nº 8080/90, dentre as quais se inclui a formulação de políticas públicas relacionadas ao Sistema Único de Saúde, nos seus diversos aspectos, de forma ampla e genérica, assim como o repasse de dotações do orçamento da Seguridade Social destinadas ao financiamento do Sistema Único de Saúde, nos termos do art. 31 da multicitada lei. Nesse particular, veja-se o que dispõem os referidos dispositivos:

Lei nº 8.080/1990, Art. 16. A direção NACIONAL do Sistema Único da Saúde (SUS) compete:

II - participar na **formulação e na implementação das políticas**:

a) de controle das agressões ao meio ambiente;

b) de saneamento básico; e

c) relativas às condições e aos ambientes de trabalho;

Art. 31. **O orçamento da seguridade social destinará ao Sistema Único de Saúde (SUS)** de acordo com a receita estimada, os recursos necessários à realização de suas finalidades, previstos em proposta elaborada pela sua direção nacional, com a participação dos órgãos da Previdência Social e da Assistência Social, tendo em vista as metas e prioridades estabelecidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias.

22. Com a descentralização, o SUS remete a execução das ações e serviços públicos de saúde para os **entes locais**, bem como a regulação, controle e avaliação da sua prestação pela iniciativa privada, que, próximos da população, **possuem a melhor condição de avaliar as necessidades mais prementes e desenvolver as condutas mais eficazes de prevenção e tratamento, bem como as de regulação, controle e avaliação dos serviços prestados.**

23. Corroborando ainda mais com esse entendimento de que é necessário se respeitar as competências da União, dos Estado e dos Municípios, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) elaborou uma série de enunciados relativos ao direito à saúde, dentre os quais se observa a regra de que, nas condenações judiciais sobre ações e serviços de saúde, devem ser observadas, quando possível, as regras administrativas de repartição de competência entre os gestores.

ENUNCIADO Nº 08 DA I JORNADA DE DIREITO DA SAÚDE (CNJ): Nas condenações judiciais sobre ações e serviços de saúde devem ser observadas, quando possível, as regras administrativas de repartição de competência entre os gestores.

24. Em suma, **a União NÃO tem como proceder MATERIALMENTE à disponibilização dos leitos**, uma vez que os hospitais da rede pública são geridos e administrados segundo a rede de saúde credenciada pelos Estados e Municípios. Desta forma, após todo o exposto, conclui-se que **o Ministério da Saúde NÃO tem acesso à regulação estadual ou municipal relativa as leitos de UTI, tampouco algum tipo de hierarquia nesta esfera**, restando assim impossibilitado de cumprir as decisões judiciais cujo objeto seja o fornecimento de leitos de UTI's.

25. **Cabe, portanto, aos Estados e Municípios a correta execução direta das ações e serviços de saúde, no âmbito do SUS**, inclusive no que diz respeito à disponibilização de leitos de UTI.

26. **Vê-se, assim, que é imprescindível a RETIRADA da UNIÃO do polo passivo desta demanda, uma vez que, mesmo que venha a ser judicialmente condenada, NÃO terá como cumprir a decisão e sua manutenção implicará mera perturbação do processo, o que causará prejuízo à parte Autora e à própria Administração da Justiça como um todo.**

DA REALIZAÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL. DA RESERVA DO POSSÍVEL. DO DEVIDO CUMPRIMENTO DO DEVER CONSTITUCIONAL DA UNIÃO NO QUE DIZ RESPEITO AOS REPASSES AO SUS.

27. É de conhecimento notório que a implementação de uma política pública necessariamente pressupõe uma disponibilidade financeira, mas que, em que pese os valores vultosos relativos ao orçamento da saúde, as verbas para implementar as chamadas "políticas públicas de saúde" são LIMITADAS, sendo impossível a realização de todas as ações de saúde a todas as pessoas.

28. Portanto, cabe ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo, poderes responsáveis pela implementação das políticas públicas, por terem, nas palavras de Luís Roberto Barroso, a capacidade de analisar a "**macro-justiça**" da questão, a competência para realizar as chamadas "**escolhas trágicas**", ou seja, o estado de tensão dialética entre a necessidade estatal de tornar concretas e reais as ações e prestações de saúde em favor das pessoas, de um lado, e as dificuldades governamentais de viabilizar a alocação de recursos financeiros, sempre tão dramaticamente escassos, de outro.

29. **Conforme demonstrado acima, a função da UNIÃO na consecução das políticas públicas de saúde não é a prestação direta dos serviços, uma vez que esta é competência dos Estados e dos Municípios, mas o seu financiamento (art. 31 da Lei nº 8.080/1990), o que foi devidamente realizado, conforme se observa no sítio eletrônico "<http://www.fns.saude.gov.br/visao/consulta/repasse/repasseDoDia.jsf>", no qual é possível se analisar os valores repassados pelo Fundo Nacional de Saúde (FNS) POR DIA ou POR MÊS aos Estados e Municípios. A título de curiosidade, somente em janeiro de 2017, a UNIÃO transferiu o valor de R\$ 4.944.250.669,59 (quatro bilhões, novecentos e quarenta e quatro milhões, duzentos e cinquenta mil, seiscentos e sessenta e nove reais e cinquenta e nove centavos), ou seja, quase 05 (cinco) BILHÕES de reais aos Estados e Municípios para a realização das políticas públicas de saúde, dentre as quais se observa a implantação de novos leitos de UTI e a manutenção dos já existentes.**

EMPENHOS PARLAMENTARES IMPROBITIVAS		
Processos	Quantidade Processos	Valor
INVESTIMENTO		
INCENTIVO PARA CONSTRUÇÃO DE POLOS DE ACADÊMIA DA SAÚDE - BRASIA (PI)	1	188.000,00
CAPS 1 (CONSTRUÇÃO)	1	480.000,00
RESTRUTURAÇÃO DA BASE DE SERVIÇOS DE ATENÇÃO BÁSICA DE SAÚDE	5	988.810,00
RESTRUTURAÇÃO DE UNIDADES DE ATENÇÃO ESPECIALIZADA EM SAÚDE	17	12.061.390,00
MÉDIA E ALTA COMPLEXIDADE AMBULATORIAL E HOSPITALAR		
INCRUMENTO TEMPORÁRIO DO LIMITE FINANCEIRO DO MFC - PARCELA ÚNICA	8	37.351.488,00
Total	27	42.052.778,00

Total de Processos	488
Desembolso do mês	4.944.250.809,56

Consulta por Mês: 2017

30. Tais valores são suficientes para garantir não só o chamado "mínimo existencial", entendido como o direito subjetivo de todos ao acesso a recursos mínimos para uma existência digna, consubstanciado, sobretudo, no princípio da dignidade da pessoa humana, mas suficientes para que a saúde pública brasileira seja de excelência, o que, infelizmente, ainda não se concretizou por circunstâncias alheias à vontade do ente público federal, uma vez que a realização dos serviços públicos de saúde não dependem única e exclusivamente de atividades desenvolvidas pela UNIÃO. Tanto é verdade que a própria Constituição Federal previu que a organização do Sistema Único de Saúde será DESCENTRALIZADA. **Resta inequívoco, portanto, que a UNIÃO tem regularmente CUMPRIDO COM O SEU DEVER CONSTITUCIONAL.**

31. Ora, quando o constituinte disse que o direito à saúde era "universal" e "integral", o que ele quis dizer foi: que os serviços públicos de saúde, dentre aqueles que, dentro da lógica do razoável, são disponibilizados pelo Poder Público, poderão ser utilizados por quem dele quiser fazer uso. Contudo, ao longo dos anos, o que se observou foi um elasticamento da hermenêutica a interpretar que a universalidade e a integralidade diziam respeito ao dever de realização de todo e qualquer tipo de serviço de saúde a toda e qualquer pessoa, sem considerar a realização das políticas pública.

32. O art. 196, caput, da Constituição Federal, tão utilizado para deferir os pleito de saúde em face da UNIÃO, dispõe expressamente que a saúde é um direito de todos e dever do Estado, mas que deve ser "garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos". No mesmo sentido, o art. 198, II, da Constituição Federal autoriza que sejam dadas prioridades a determinadas áreas ("com prioridade para as atividades preventivas").

CF-88, 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.

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

(...) II - atendimento integral, **com prioridade para as atividades preventivas**, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

33. Tendo em vista que a UNIÃO tem garantido, dentro da lógica do razoável, muito mais do que o "mínimo existencial" e que os recursos públicos são limitados e já foram devidamente transferidos aos setores prioritários, **não é temerário alegar a "reserva do possível"**, que consiste na ideia de que a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria condicionada à capacidade financeira do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos – disponibilidade esta que estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público.

34. **Vê-se, portanto, a REAL AUSÊNCIA DE RECURSOS, pois, conforme organização orçamentária autorizada pelo Poder Legislativo, os valores já estão comprometidos com a consecução de outras políticas públicas de saúde e, conforme exposto acima, os valores devidos para a construção e manutenção de leitos de UTI já foram devidamente repassados aos entes federativos responsáveis pela gestão desse serviço público.**

35. A UNIÃO não está aqui tentando exonerar-se dolosamente do cumprimento de suas obrigações constitucionais. Pelo contrário, invoca a "reserva do possível" exatamente porque, infelizmente, é incapaz de realizar todos os serviços públicos de saúde sozinha, visto que já cumpriu com o seu dever constitucional e deslocar os recursos remanescentes para atender a esta demanda judicial implicaria, em verdade, em omissão da UNIÃO em relação a outros deveres constitucionais. Trata-se, portanto, de justo motivo objetivamente aferível, conforme se observa nos dados apresentados acima.

36. Por fim, não se pode olvidar que a responsabilidade da UNIÃO em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde.

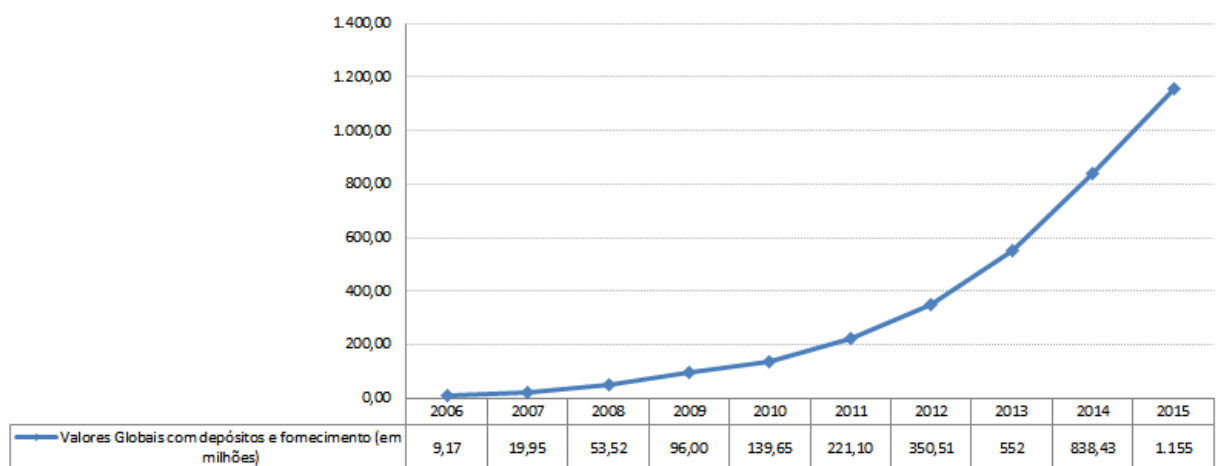
DO PREJUÍZO ÀS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE. DO SOPESAMENTO DO DIREITO À VIDA DE UM PARTICULAR DIANTE DO DIREITO À VIDA DE TODA A COLETIVIDADE.

37. Segundo Maria Paula Dallari Bucci, políticas públicas são programas de ação governamental que resultam de um processo ou um conjunto de processos juridicamente regulados, com o objetivo de coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

38. Em decorrência da harmonização de poderes, em que os três poderes devem juntar-se para alcançar os objetivos fundamentais do Estado, as políticas públicas ficaram a cargo, principalmente, do Poder Executivo e do Poder Legislativo, posto ser função típica do Legislativo a elaboração das leis e do Executivo a prática de atos de administração. Ou seja: compete à Administração Pública efetivar os comandos gerais contidos na ordem jurídica, sendo seu dever implementar ações e programas para garantir a prestação dos serviços públicos.

39. Como toda e qualquer ação estatal, a implantação das políticas públicas envolve gasto de dinheiro público e, como os recursos são limitados, cabe ao Poder Público priorizar e escolher onde as verbas disponíveis serão investidas, devendo sempre, é claro, buscar a concretização dos preceitos constitucionais e infraconstitucionais.

40. Contudo, o que tem se observado, na prática, através do excesso de judicialização, é uma indevida ingerência do Poder Judiciário na realização das políticas públicas de saúde sob o pretexto de garantir o direito à vida a um particular. **Conforme cálculos elaborados pela CODEJUR do Ministério da Saúde, a partir dos dados da CDJU/MS, os gastos públicos com valores globais com depósitos e fornecimento de medicamentos em razão de decisões judiciais teve um crescimento abrupto de cerca de R\$ 9,17 milhões em 2006 para mais de R\$ 01 BILHÃO em 2015.** Importante salientar que neste valor incluem-se somente os valores pagos com o fornecimento de medicamentos, estando excluídos os gastos com tratamentos e outros tipos de demandas, como o fornecimento de leitos de UTI.

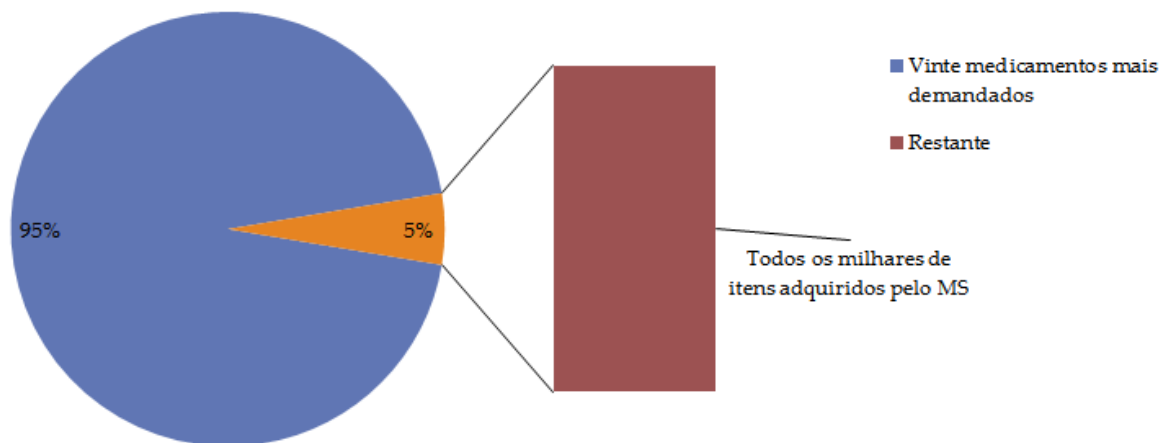


Fonte: Cálculos CODEJUR a partir de dados CDJU/MS

41. Dentro desse valor de mais de R\$ 01 bilhão de reais gastos na aquisição de medicamentos pela UNIÃO, 95% dele destinou-se à compra de somente 20 tipos de medicamentos, que, por sua vez, atenderam somente 1.174 pacientes. Ou seja, somente 05% do valor supracitado foi destinado à compra de medicamentos que já são fornecidos pelo SUS e que, portanto, destina-se ao atendimento da população como um todo.

Medicamentos com maior impacto financeiro em 2015	
Nome dos medicamentos de alto custo	valor empenhado
1) Eculizumabe, 10 Mg/ML, Solução Injetável	R\$ 369.963.304,00
2) Galsulfase, 1 Mg/ML, Concentrado para Perfusão Injetável	R\$ 167.178.583,82
3) Idursulfase, 2 Mg/ML, Solução p/ Infusão Venosa	R\$ 84.252.421,17
4) Elosulfase Alfa, 1 Mg/ML, Solução Injetável	R\$ 70.635.232,53
5) Alfagalsidase, 1 Mg/ML, Solução p/ Infusão	R\$ 69.212.543,91
6) Betagalsidase, 35 Mg, Pó Liófilo p/ Injetável	R\$ 46.651.215,22
7) Lomitapida, 10 Mg	R\$ 41.420.509,51
8) Alfaglicosidade	R\$ 20.11.036,75
9) Atalureno, 250 Mg, Granulado para Suspensão Oral	R\$ 18.049.541,95
10) Laronidase 0,58mg/ml	R\$ 16.617.078,12
11) Inibidor de Esterase, Inibidor de Esterase C1 Humana, 500 Ui, Pó Liófilo para Injetar	R\$ 14.088.143,71
12) Lomitapida, 5 Mg	R\$ 8.565.831,93
13) Abiraterona Acetato 250 mg	R\$ 5.201.781,60
14) Brentuximabe Vedotina 50mg	R\$ 4.942.901,16
15) Atalureno, 1000 Mg, Granulado para Suspensão Oral	R\$ 4.748.643,28
16) Terizidona 250 mg	R\$ 4.424.896,00
17) Tafamidis, 20 Mg	R\$ 4.151.560,94
18) Mercaptamina, Sal Bitartarato, 75 Mg	R\$ 3.403.005,95
19) Bevacizumabe 25 mg/ml	R\$ 3.196.367,49
20) Mipomersen, Sódico, 200 Mg/ML, Solução Injetável	R\$ 2.970.638,36
TOTAL GASTO PARA AQUISIÇÃO DESSES MEDICAMENTOS	R\$ 959.785.237,40

Gráfico - Valores relativos gastos na aquisição de medicamentos e insumos pela CDJU (ano-base 2015)



• Fonte: Cálculos CODEJUR a partir de dados CDJU/MS

Conclusão: poucos medicamentos representam a maior parte do gasto.

- Tais valores foram destinados ao atendimento de demandas individuais: pouquíssimos beneficiários se comparados com o total de atendimentos do SUS.
- Em 2015, foram atendidos 4855 pacientes/autores em razão do cumprimento de ordens judiciais, sendo que R\$ 845.175.420,03 foram gastos para o atendimento de apenas 1174 pacientes:

Quantidade de pessoas beneficiadas pela fornecimento dos medicamentos mais custosos (ano-base: 2015)			
Medicamento	Quantidade de pacientes	Gasto total com aquisição do medicamento	Gasto por paciente
U/Soliris (eculizumab)	281	R\$ 309.963.304,00	R\$ 1.106.595,38
Z/Elaprase (idorsulfase)	132	R\$ 84.292.421,17	R\$ 638.275,91
H/Fabrazyme (fotagafostat)	115	R\$ 46.651.215,22	R\$ 405.661,74
A/Aldurazyme (larunilase)	53	R\$ 16.617.078,12	R\$ 313.529,77
S/Myovane (allagrofconidase)	38	R\$ 20.111.036,75	R\$ 529.237,80
N/Naglazyme (galsulfase)	135	R\$ 167.178.583,82	R\$ 1.078.571,50
R/Replagal (allagrofconidase)	288	R\$ 69.212.543,91	R\$ 240.321,35
F/Fustapid (fustapida)	59	R\$ 49.986.341,44	R\$ 847.226,12
V/Vimirin (telosulfase)	53	R\$ 70.635.232,53	R\$ 1.332.740,23
TOTAL	1174	R\$ 845.175.420,03	

42. Ou seja, muitas vezes envolvidos pela compaixão social que o tema desperta, os juízos e os tribunais concedem medicamentos e/ou tratamentos caríssimos a uma só pessoa sem levar em consideração o impacto que tais decisões trazem ao orçamento público, inviabilizando a implementação de outras políticas públicas – até mesmo na área da saúde – que a Administração já tinham pré-estabelecido. Tais demandas individuais não raramente constituem verdadeira “furação de fila” sem qualquer resultado social na implementação da política pública propriamente dita.

43. **Ora, exatamente por não serem os recursos infinitos, o dinheiro para pagar um tratamento individual determinado por uma decisão judicial necessariamente sairá do montante reservado a outro programa de saúde, que, por sua vez, foi pensado para atender a população como um todo e com o objetivo de sanar um problema social mais grave.**

"No contexto da análise econômica do direito, costuma-se objetar que o benefício auferido pela população com a distribuição de medicamentos é significativamente menor que aquele que seria obtido caso os mesmos recursos fossem investidos em outras políticas de saúde pública, como é o caso, por exemplo, das políticas de saneamento básico e de construção de redes de água potável. Em 2007, por exemplo, no Estado do Rio de Janeiro, já foram gastos com os programas de Assistência Farmacêutica R\$ 240.621.568,00 – cifra bastante superior aos R\$ 102.960.276,00 que foram investidos em saneamento básico. Tal opção não se justificaria, pois se sabe que esta política é significativamente mais efetiva que aquela no que toca à promoção da saúde".

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: Revista Jurídica: UNIJUS. Minas Gerais: UNIUBE, 2008.

44. **Tais condutas põem em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos. Não se trata, nesses casos, de corrigir uma política pública de saúde que esteja equivocada, mas mera oneração do erário público sem observância da reserva do possível.**

45. Nesse caso, **o erário público federal está sendo duplamente onerado**: na primeira vez, quando repassa os valores ao FNS e, numa segunda vez, quando, mesmo já tendo cumprido o seu dever constitucional, é obrigado solidariamente a cumprir uma decisão judicial.

46. Assim, **tais decisões impedem a Administração de se planejar e comprometem o atendimento ao cidadão**, pois, embora tais decisões atendam às necessidades individuais dos jurisdicionados, considerando-se o todo, **impedem a otimização das políticas públicas** no que diz respeito à promoção da saúde.

47. **Exigir que a UNIÃO pague leitos em UTI em hospitais particulares a um demandante de forma desordenada, irracional e individualista não irá contribuir para a real implementação dos direitos sociais no país. Pelo contrário, a concessão indiscriminada de decisões judiciais nesse sentido tende a piorar ainda mais a questão da saúde pública e dos recursos orçamentários**: em reportagem de 07 de março de 2015, no jornal Folha de São Paulo (acesso pelo link: "<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/03/1599582-acao-judicial-para-acesso-ao-sus-explode-em-cinco-anos.shtml>"), a jornalista Natália Cancian informa que o número de ações judiciais individuais para o acesso ao SUS “explodiu” nos últimos 05 anos, bem como os gastos com elas: a busca pelo direito à saúde levou o Ministério da Saúde a repassar R\$ 2,3 bilhões para o custeio de medicamentos e tratamentos após determinações judiciais – valor este que é quase o dobro do que o governo gasta, por ano, com o programa Mais Médicos e um pouco menos do que o valor gasto com o programa Farmácia Popular, que dá desconto na compra de medicamentos.

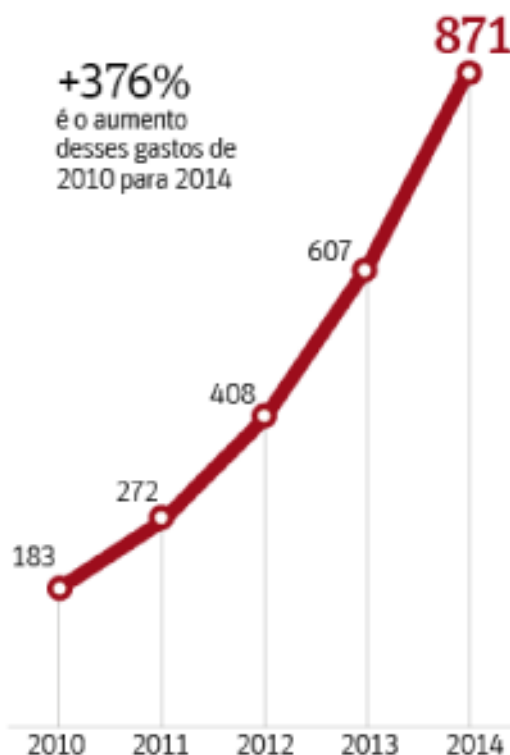
SAÚDE NA JUSTIÇA

Cresce o volume de ações contra o governo por medicamentos e tratamento



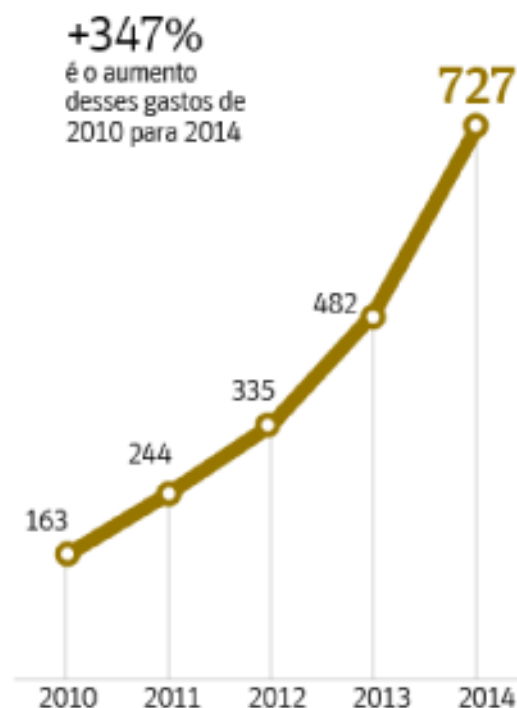
CUSTO TOTAL*

Total repassado para cumprimento de ações judiciais, por ano, em R\$ milhões (corrigidos pela inflação**)



CUSTO PARA REMÉDIOS*

Apenas para fornecer medicamentos após ações contra a União, por ano, em R\$ milhões (corrigidos pela inflação**)



*Inclui apenas ações contra a União; não inclui demandas judiciais contra Estados e municípios
**Valores corrigidos pelo IPC-A, com base em fev.2015

Fonte: Ministério da Saúde

48. Em 2010, somente contra a União foram propostas 5.966 demandas cujo objeto era o fornecimento de remédios, tendo sido, nesse ano, gasto o valor de R\$ 183 milhões de reais para o custeio de medicamentos em razão de decisões judiciais. Em 2014, contudo, esses números eram bem maiores: as demandas contra a União praticamente dobraram (foram 12.932 ações) e os gastos quase quadruplicaram (perfizaram o montante de incríveis R\$ 727 milhões de reais!).

49. Vê-se, portanto, que o Poder Judiciário não tem sido instado a se manifestar somente em caso de ineficiência ou de ilegalidade, mas tem sido, para muitas pessoas, a primeira alternativa, por ser, a curto prazo, o caminho mais fácil e ágil. Todavia, como se tem demonstrado, isso, a longo prazo, acentua ainda mais o problema das políticas públicas de saúde.

50. Outro problema advindo do excesso de demandas individuais para a concessão de medicamentos é que tal fato acaba por beneficiar uma parte da população mais abastada, que tem consciência de seus direitos e busca por eles por meio de ações judiciais. Os mais pobres, por não terem consciência do direito que lhes assiste e/ou por não terem ciência de como pleitear por eles, acabam sofrendo duas vezes: por não têm acesso ao Poder Judiciário (já que, infelizmente, as Defensorias Públicas e o Ministério Público ainda não estão presentes em boa parte das comarcas do país) e por terem os recursos que seriam destinados às prestações coletivas de saúde destinadas ao cumprimento de demandas individuais. Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco citam estudos que confirmam tal fato:

"O levantamento [de um estudo realizado pelo Estado de São Paulo] também evidenciou que, geralmente, as pessoas beneficiadas pela intervenção do Poder Judiciário são as que possuem melhores condições socioeconômicas e acesso à informação, o que resulta em uma verdadeira assimetria do sistema. Essa constatação foi feita levando-se em consideração dados como o local de residência dos autores das demandas e o elevado número de ações propostas por advogados particulares – 74% dos casos analisados.

Esse quadro indica o desenvolvimento de situação completamente contraditória ao projeto constitucional, quando do estabelecimento de um sistema de saúde universal, que não possibilitasse a existência de qualquer benefício ou privilégio de alguns usuários". (grifos nossos)

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

51. **Observa-se, portanto, que a concessão individual e indiscriminada de acesso a leitos de UTI por meio de decisões judiciais, não tem desafogado o sistema público de saúde, mas criado um verdadeiro efeito cascata: quanto maior a concessão de leitos em demanda individuais, mais pessoas ingressarão no Poder Judiciário, por meio de demandas individuais, pedindo tal acesso, de forma que, assim, serão destinados menos recursos para a efetivação das políticas públicas (coletivas) de saúde, o que piora a qualidade no serviço público de saúde e, por consequência, gera mais demandas individuais no Poder Judiciário.**

52. Além disso, vemos, ainda, que tal situação gera uma grave insegurança jurídica, uma vez que se observam soluções diferentes para casos muito semelhantes, de modo que, em vez de conferir maior eficiência e maior equidade às políticas públicas definidas pelo Executivo, esta atuação dos tribunais só contribui para desorganizar os serviços públicos existentes e para acentuar as desigualdades no acesso a eles (NUNES, 2011, p 59).

53. Assim, não poderia o Poder Judiciário decidir as questões das políticas públicas de maneira individualizada, como o é, por exemplo, numa demanda entre um credor e um devedor, mas deveria fazê-lo a partir de uma perspectiva COLETIVA, o que é possível, principalmente, por meio de controle e/ou fiscalização da execução das políticas públicas já existentes. as demandas coletivas e abstratas são capazes de diminuir os efeitos indesejáveis das demandas individuais de medicamentos, de modo a permitir a efetiva realização das políticas de saúde.

DA INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NO PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DA SEPARAÇÃO DE PODERES.

54. Já vimos que compete, **as políticas públicas ficaram a cargo, principalmente, do Poder Executivo e do Poder Legislativo**, posto ser função típica do Legislativo a elaboração das leis e do Executivo a prática de atos de administração.

55. **As políticas públicas são marcadas pela discricionariedade administrativa**, que consiste nos atos em que a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito. Isso ocorre por duas razões, quais sejam: primeiro, porque as políticas públicas pressupõem um Estado provedor e, segundo, porque as normas que tratam de políticas públicas são normas pragmáticas previstas muitas vezes na própria Constituição Federal.

56. Diante disso, entende-se que **a atuação judiciária nesses casos importaria um verdadeiro desrespeito à legitimidade democrática, pois retiraria dos poderes legitimados pelo voto popular a prerrogativa de decidir como os recursos públicos devem ser gastos**. Ora, o povo, que paga os impostos, é que deve – por meio de seus representantes democraticamente eleitos – decidir em que áreas devem ou não os recursos ser alocados, e não o Poder Judiciário.

57. O Estado Democrático é um Estado vinculado à Constituição e à lei, mas esta vinculação abrange também **o Poder Judiciário, que não pode exercer funções e tomar decisões que não cabem nas suas competências constitucionais**. A este propósito, importa, aliás, salientar que, sendo o orçamento aprovado por uma lei do orçamento do Poder Legislativo, carece de legitimidade o ato de um juiz que se proponha a alterar essa lei, modificando a afetação das receitas constantes da lei do orçamento, ou que cometa ao Executivo o dever de alterar para poder cumprir a sentença do juiz. Nem o Poder Judiciário nem o Poder Executivo podem usurpar competência reservada do Poder Legislativo. **Aceitar o contrário seria abrir um caminho perigoso do ponto de vista da estrutura do estado democrático.**

58. Por fim, importante salientar, ainda, que, um operador do direito não tem conhecimento específico para instituir as políticas públicas de saúde, mesmo instruídos com laudos técnicos, pois seu ponto de vista, baseado somente na “micro-justiça” (ponto de vista do autor da demanda), não seria capaz de rivalizar com a “macro-justiça”, cujo gerenciamento é feito pela Administração Pública.

59. Veja bem, não se está aqui dizendo que o Poder Judiciário deve deixar de tutelar os direitos fundamentais. Pelo contrário, o Poder Judiciário, como já vastamente discutido, não só pode como deve atuar diante da inércia dos demais poderes. O que não se admite, contudo, é que o Poder Judiciário queira ser mais do que pode ser, presumindo demais de si mesmo e, **a pretexto de promover os direitos fundamentais de uns, causar grave lesão a direitos da mesma natureza de outros tantos.**

DA NECESSIDADE DE PERÍCIA MÉDICA E DA NECESSIDADE DE RESPEITO À ORDEM CRONOLÓGICA DA FILA.

60. Conforme exposto acima, cabe ao MÉDICO classificar a prioridade do paciente, de forma que, apesar da boa vontade e dos esforços de todos os operadores do direito para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária, falta ao Poder Judiciário a expertise necessária para julgar de plano este tipo de demanda, de forma que **é imprescindível que, antes de decidir acerca da tutela antecipa ou mesmo do mérito em si, que seja ajuizada perícia médica para análise do quadro de saúde do Autor**, porque, caso contrário, poder-se-á estar tirando um paciente que efetivamente necessita da internação numa UTI para alocar um indivíduo que não necessitaria nela estar.

61. Contudo, caso o douto magistrado entenda que o Autor faz sim jus ao direito ora pleiteado, **para que haja efetivo respeito ao princípio da isonomia, é imprescindível que, mesmo diante de uma decisão judicial determinando a liberação de leito de UTI para o paciente-demandante, que seja ressaltado o seguinte: necessidade de que seja RESPEITADA A ORDEM CRONOLÓGICA daqueles que já se encontrem na fila de espera com quadro de saúde semelhante ao apresentado pela parte autora.**

II. DA CONCLUSÃO.

62. Diante do exposto, conclui-se:

- o Como o número de leitos em UTI é limitado, o CFM editou uma série de critérios para a admissão e alta de pacientes no atendimento, para respaldar escolhas que os médicos intensivistas de todo o país, tanto de hospitais públicos como privados. Estes critérios foram criados para permitir o USO RACIONAL desses leitos de alto custo, com o objetivo de, assim, permitir que pacientes sejam mantidos ali somente quando seu estado de saúde exigir.
- o Segundo o CFM, através da Resolução CFM nº 2156 de 28/10/2016, são 05 (cinco) níveis de prioridade (o menor para pacientes menos grave, com alta probabilidade de recuperação, e o 05, em fase terminal, sem chance de reversão do quadro, que pode ter indicação de cuidados paliativos). Vê-se, portanto, que não é todo e qualquer tipo de paciente que faz jus, de acordo com critérios clínicos, aos leitos de UTI, mas somente os pacientes classificados como de prioridade 02 e prioridade 04 é que necessitam de monitorização intensiva. Cabe, portanto, ao médico do hospital fazer a classificação do paciente conforme sua prioridade e informar à Central de Regulação do SUS para que esta aloque o indivíduo, se for o caso, num leito de UTI.
- o Para que a demanda judicial seja legítima, é imprescindível que o Autor demonstre que se encaixa na prioridade 02 ou 04 da Resolução CFM nº 2156 de 28/10/2016, que tal condição foi informada à Central de Regulação do SUS e que, mesmo tendo seguido todo o trâmite administrativo devido, ainda assim não teve acesso ao leito de UTI, caso contrário trata-se, em verdade, de AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR, devendo a presente petição inicial ser integralmente INDEFERIDA, nos termos do art. 330, III, do NCPC.
- o O art. 198, I, da Constituição Federal determina que o Sistema Único, de Saúde será organizado de acordo com as uma série de diretrizes, dentre as quais está a descentralização, com direção única em cada esfera de governo. Respeitando a determinação constitucional, o art. 9º da Lei nº 8.080/1990 afirma que a direção do SUS será exercida em cada esfera de governo, explicitando, nos artigos 16, 17 e 18 do referido dispositivo legal, qual é a competência da União, dos Estados e dos Municípios.
- o A obrigação de prestar MATERIALMENTE serviços de saúde constitui-se atribuição legal dos ESTADOS e MUNICÍPIOS, devendo-se ressaltar que à União competem às atribuições previstas no art. 16 da Lei nº 8080/90, dentre as quais se inclui a formulação de políticas públicas relacionadas ao Sistema Único de Saúde, nos seus diversos aspectos, de forma ampla e genérica, assim como o repasse de dotações do orçamento da Seguridade Social destinadas ao financiamento do Sistema Único de Saúde, nos termos do art. 31 da multicitada lei.
- o Em suma, a União NÃO tem como proceder MATERIALMENTE à disponibilização dos leitos, uma vez que os hospitais da rede pública são geridos e administrados segundo a rede de saúde credenciada pelos Estados e Municípios. Desta forma, conclui-se que o Ministério da Saúde NÃO tem acesso à regulação estadual ou municipal relativa aos leitos de UTI, tampouco algum tipo de hierarquia nesta esfera, restando assim impossibilitado de cumprir as decisões judiciais cujo objeto seja o fornecimento de leitos de UTI's.
- o Vê-se, assim, que é imprescindível a RETIRADA da UNIÃO do polo passivo desta demanda, uma vez que, mesmo que venha a ser judicialmente condenada, NÃO terá como cumprir a decisão e sua manutenção implicará mera perturbação do processo, o que causará prejuízo à parte Autora e à própria Administração da Justiça como um todo.
- o A função da UNIÃO na consecução das políticas públicas de saúde não é a prestação direta dos serviços, uma vez que esta é competência dos Estados e dos Municípios, mas o seu financiamento (art. 31 da Lei nº 8.080/1990), o que foi devidamente realizado, conforme se observa no sítio eletrônico "<http://www.fns.saude.gov.br/visao/consulta/repass/repassDoDia.jsf>", no qual é possível se analisar os valores repassados pelo Fundo Nacional de Saúde (FNS) POR DIA ou POR MÊS aos Estados e Municípios.

- Tais valores são suficientes para garantir não só o chamado "mínimo existencial", mas suficientes para que a saúde pública brasileira seja de excelência, o que, infelizmente, ainda não se concretizou por circunstâncias alheias à vontade do ente público federal, uma vez que a realização dos serviços públicos de saúde não dependem única e exclusivamente de atividades desenvolvidas pela UNIÃO. Tanto é verdade que a própria Constituição Federal previu que a organização do Sistema Único de Saúde será DESCENTRALIZADA. Resta inequívoco, portanto, que a UNIÃO tem regularmente CUMPRIDO COM O SEU DEVER CONSTITUCIONAL.
- Há uma REAL AUSÊNCIA DE RECURSOS, pois, conforme organização orçamentária autorizada pelo Poder Legislativo, os valores já estão comprometidos com a consecução de outras políticas públicas de saúde e, conforme exposto acima, os valores devidos para a construção e manutenção de leitos de UTI já foram devidamente repassados aos entes federativos responsáveis pela gestão desse serviço público.
- Exatamente por não serem os recursos infinitos, o dinheiro para pagar um tratamento individual determinado por uma decisão judicial necessariamente sairá do montante reservado a outro programa de saúde, que, por sua vez, foi pensado para atender a população como um todo e com o objetivo de sanar um problema social mais grave. Tais condutas põem em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos. Não se trata, nesses casos, de corrigir uma política pública de saúde que esteja equivocada, mas mera oneração do erário público sem observância da reserva do possível.
- Nesse caso, o erário público federal está sendo duplamente onerado: na primeira vez, quando repassa os valores ao FNS e, numa segunda vez, quando, mesmo já tendo cumprido o seu dever constitucional, é obrigado solidariamente a cumprir uma decisão judicial.
- As políticas públicas ficaram a cargo, principalmente, do Poder Executivo e do Poder Legislativo, posto ser função típica do Legislativo a elaboração das leis e do Executivo a prática de atos de administração. As políticas públicas são marcadas pela discricionariedade administrativa e a atuação judiciária nesses casos importaria um verdadeiro desrespeito à legitimidade democrática, pois retiraria dos poderes legitimados pelo voto popular a prerrogativa de decidir como os recursos públicos devem ser gastos.
- Cabe ao MÉDICO classificar a prioridade do paciente, de forma que, apesar da boa vontade e dos esforços de todos os operadores do direito para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária, falta ao Poder Judiciário a expertise necessária para julgar de plano este tipo de demanda, de forma que é imprescindível que, antes de decidir acerca da tutela antecipada ou mesmo do mérito em si, que seja ajuizada perícia médica para análise do quadro de saúde do Autor, porque, caso contrário, poder-se-á estar tirando um paciente que efetivamente necessita da internação numa UTI para alocar um indivíduo que não necessitaria nela estar.
- Contudo, caso o douto magistrado entenda que o Autor faz jus ao direito ora pleiteado, para que haja efetivo respeito ao princípio da isonomia, é imprescindível que, mesmo diante de uma decisão judicial determinando a liberação de leito de UTI para o paciente-demandante, que seja ressalvado o seguinte: necessidade de que seja RESPEITADA A ORDEM CRONOLÓGICA daqueles que já se encontram na fila de espera com quadro de saúde semelhante ao apresentado pela parte autora.

À consideração superior.

Brasília, 02 de março de 2017.

CAROLINA SOFIA FERREIRA GOMES MONTEIRO
ADVOGADA DA UNIÃO

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00737002795201732 e da chave de acesso 89d6f524

Documento assinado eletronicamente por CAROLINA SOFIA FERREIRA GOMES MONTEIRO, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 25511378 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): CAROLINA SOFIA FERREIRA GOMES MONTEIRO. Data e Hora: 02-03-2017 09:40. Número de Série: 13811499. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv4.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE
GABINETE DA CONSULTORIA JURÍDICA
ESPLANADA DOS MINISTÉRIOS, BLOCO G, EDIFÍCIO SEDE, 6º ANDAR, CEP 70058-901.

DESPACHO n. 14342/2017/CONJUR-MS/CGU/AGU

NUP: 00737.002795/2017-32

INTERESSADOS: CONSULTOR(A) JURÍDICO(A) DO MINISTÉRIO DA SAÚDE

ASSUNTOS: FORNECIMENTO DE LEITOS DE UTI

APROVO o DESPACHO nº 12015/2017/CONJUR-MS/CGU/AGU e o PARECER nº 00213/2017/CONJUR-MS/CGU/AGU.

Ao APOIO, para:

- a) abrir tarefa à Procuradoria-Geral da União (PGU/AGU) para ciência e análise quanto à possibilidade de inclusão no repositório do SAPIENS como subsídio de defesa da União;
- b) abrir tarefa à Consultoria-Geral da União (CGU/AGU) e à Secretaria-Geral de Contencioso (SGCT) para ciência;
- c) abrir tarefa às Procuradorias Regionais da União na 1ª, 2ª, 3ª, 4ª e 5ª Regiões e às Procuradorias da União nos Estados (PU/AP, PU/AC, PU/RR, PU/RO, PU/PA, PU/AM, PU/TO, PU/AL, PU/GO, PU/MT, PU/MS, PU/MG, PU/PR, PU/SC, PU/MA, PU/PI, PU/CE, PU/SE, PU/RN, PU/PB, PU/BA, e PU/AL, às quais requer-se dêem ciência às Procuradorias Seccionais;
- d) encaminhar cópia do despacho, do parecer supracitados e deste despacho de aprovação à SAS/MS para ciência;
- e) após a adoção das medidas acima, abrir nova tarefa ao Coordenador de Subsídios Jurídicos, que adotará as medidas necessárias a incluir o parecer no *site* da CONJUR/MS e da AGU.

Brasília, 10 de março de 2017.

SÉRGIO EDUARDO DE FREITAS TAPETY
ADVOGADO DA UNIÃO
CONSULTOR JURÍDICO JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00737002795201732 e da chave de acesso 89d6f524

Documento assinado eletronicamente por SERGIO EDUARDO DE FREITAS TAPETY, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 28983926 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): SERGIO EDUARDO DE FREITAS TAPETY. Data e Hora: 14-03-2017 10:31. Número de Série: 7451720718980708163. Emissor: AC CAIXA PF v2.
