

**UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC
CURSO DE DIREITO**

LUANA BÚRIGO MEDEIROS

**O FORNECIMENTO GRATUITO DE LEITE COM FÓRMULA ESPECIAL E O
FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL**

CRICIÚMA

2013

LUANA BÚRIGO MEDEIROS

**O FORNECIMENTO GRATUITO DE LEITE COM FÓRMULA ESPECIAL E O
FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL**

Trabalho de Conclusão do Curso, apresentado para obtenção do grau de bacharel em Direito, no Curso de Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC.

Orientador(a): Prof.^a Msc. Sheila Martignago Saleh

CRICIÚMA

2013

LUANA BÚRIGO MEDEIROS

**O FORNECIMENTO GRATUITO DE LEITE COM FÓRMULA ESPECIAL E O
FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado pela Banca Examinadora para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, no Curso de Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense - UNESC, com Linha de Pesquisa em Direito Sanitário e Constitucional.

Criciúma, 4 de julho de 2013.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Sheila Martignago Saleh - Mestrado - (UNESC) - Orientadora

Prof. Fabrizio Guinzani – Especialização – (UNESC)

Prof. Israel Rocha Alves – Graduação – (UNESC)

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer a Deus e a Nossa Senhora;

Aos meus pais, Maria Dolores Búrigo Medeiros e Juarez de Souza Medeiros, que, com muito carinho e apoio, não mediram esforços para que eu chegasse até esta etapa de minha vida;

Ao meu namorado, Samuel Luiz Goudinho, por seu apoio em tudo o que faço;

À Professora Sheila Martignago Saleh pela paciência e lições que permitiram a elaboração da presente monografia;

Às amigas Bruna da Rocha Cechinel, Damaris Cardoso de Souza, Manuela do Prado Soares e Tailine Fátima Hijaz pela amizade e pelo apoio constante no decurso da graduação e na realização deste trabalho;

“A insatisfação é a principal motivadora do progresso.”

Thomas A. Edison

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo estudar a possibilidade de fornecimento gratuito de leites com fórmulas especiais à crianças portadoras de alergia à proteína do leite de vaca à luz do fenômeno da judicialização da saúde, abrangendo os direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana, a separação dos Poderes e a reserva do possível. Utiliza-se o método hipotético-dedutivo, com a utilização das técnicas de pesquisa teórica bibliográfica, quantitativa e prescritiva. Inicia-se a partir dos direitos fundamentais, do princípio da dignidade da pessoa humana, do direito à vida e à saúde, passando pela problemática do Sistema Único de Saúde e, conseqüentemente, o fenômeno da judicialização da saúde, utilizando-se principalmente dos princípios da separação dos poderes e da reserva do possível, e, por fim, analisa-se a jurisprudência do Tribunal Regional Federal 4ª Região sobre o tema. A pesquisa chega à conclusão de que as demandas requerendo fornecimento de leites com fórmulas especiais vêm sendo confirmadas tanto pelos Juízos de primeira quanto de segunda instância, uma vez que utilizam a jurisprudência do STF, STJ e do TRF4 no intuito de afastar os argumentos da Administração Pública e fazer prevalecer os direitos fundamentais. Portanto, diante dessa confirmação de que está sendo fornecido o leite através do Judiciário, constata-se o cabimento de protocolo clínico para dispensação de fórmulas especiais.

Palavras-chaves: direitos fundamentais; judicialização da saúde; fórmula infantil especial; alergia ao leite de vaca.

LISTA DE FIGURAS

Gráfico 1 – Percentual de decisões em que os entes federados ou os pacientes recorreram ou agravaram.....	55
Gráfico 2 - Decisões do TRF4.....	59
Gráfico 3 - Teor das decisões do TRF4	60
Gráfico 4 - Percentual de decisões que concederam ou negaram antecipação da tutela	68

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

APLV – Alergia à Proteína do Leite de Vaca

APP – American Academy of Pediatrics

ASBAI – Associação Brasileira de Alergia e Imunopatologia

CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

IgE – Imunoglobulina E (anticorpo)

IL – Intolerância à Lactose

nº. – Número

OMS – Organização Mundial de Saúde

p. – Página

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUS – Sistema Único de Saúde

TPO – Teste de Provocação Oral

TRF4 – Tribunal Regional Federal da 4ª Região

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 DIREITOS FUNDAMENTAIS	12
2.1 A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	12
2.1.1 As dimensões (gerações) dos direitos fundamentais	13
2.1.1.1 Dos direitos de primeira dimensão	14
2.1.1.2 Dos direitos de segunda dimensão	15
2.1.1.3 Dos direitos de terceira dimensão	18
2.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS EM ESPÉCIE	18
2.2.1 Dignidade da pessoa humana	19
2.2.2 Direito à vida	23
2.2.3 Direito à saúde	24
3 PROBLEMÁTICA DA SAÚDE NO BRASIL	28
3.1 SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – SUS	28
3.2 DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE	32
3.2.1 Limites e possibilidade de concretização judicial do direito à saúde	34
3.2.1.1 Separação dos Poderes	34
3.2.1.2 Reserva do Possível	39
4 LEITES COM FÓRMULAS ESPECIAIS	47
4.1 ALERGIA AO LEITE DE VACA E INTOLERÂNCIA À LACTOSE	47
4.1.1 Causas e Sintomas	48
4.1.2 Diagnóstico e Tratamentos	50
4.1.2.1 Leites com fórmulas especiais	51
4.2 JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO E O FORNECIMENTO DO LEITE COM FÓRMULA ESPECIAL	53
4.2.1 Considerações acerca da posição do Estado e do Paciente	54
4.2.1.1 Direitos da criança e do adolescente	55
4.2.2 Posição do Judiciário	59
4.2.3 Possibilidade de protocolo clínico para dispensação de fórmulas infantis especiais	69
4.2.3.1 Assistência Farmacêutica	70
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	73
REFERÊNCIAS	76

APENDICE A - TABELA COM DADOS DOS PROCESSOS PESQUISADOS NO TRF4	80
APENDICE B – TABELAS COM DADOS PARA ELABORAÇÃO DOS GRÁFICOS	84
ANEXO A – PROTOCOLO CLÍNICO PARA NORMATIZAÇÃO DA DISPENSAÇÃO DE FÓRMULAS INFANTIS ESPECIAIS À PACIENTES COM ALERGIA À PROTEÍNA DO LEITE DE VACA, ATENDIDOS PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – SUS, DO ESTADO DE SÃO PAULO	85

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho possui como objeto o estudo da possibilidade de fornecimento gratuito de leites com fórmulas especiais à crianças com alergia à proteína do leite de vaca frente a judicialização da saúde no Brasil.

A Organização Mundial de Saúde afirma que o leite materno é o alimento ideal para crianças de primeira infância, devendo ser única fonte alimentar até os 6 (seis) meses de idade. Ocorre que por diversos fatores, há crianças que são impedidas de consumirem o leite materno ou leite comum como, por exemplo, devido à alergia ao leite de vaca. Nesses casos são indicadas fórmulas infantis especiais que suprem a necessidade para desenvolvimento adequado da criança, mas que, em regra, não são disponibilizadas pelo Poder Público.

A judicialização da saúde justamente ocorre em casos como o exposto em que o Estado não dá a devida assistência às pessoas. Tal fenômeno é de grande relevância uma vez que o número de demandas pleiteando medicamentos e outros insumos no Judiciário é significativa e é vista como única forma de dar amparo imediato aqueles que não foram assistidos pelo Estado. Assim, importante se faz o estudo de forma pormenorizada do tema ora proposto.

Sendo assim, a presente pesquisa tem como objetivo geral: Estudar a possibilidade de fornecimento gratuito de leites com fórmulas especiais à crianças portadoras de alergia à proteína do leite de vaca à luz do fenômeno da judicialização da saúde, abrangendo os direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana, a separação dos poderes e reserva do possível. Possui, ainda, como objetivos específicos: Estudar a teoria dos direitos fundamentais, bem como o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais aplicáveis ao tema exposto; Estudar o fenômeno da judicialização da saúde, utilizando-se principalmente dos princípios da separação dos poderes e da reserva do possível; Analisar a patologia da alergia à proteína do leite de vaca e o uso de fórmulas infantis especiais, bem como o entendimento jurisprudencial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região sobre o fornecimento do referido leite.

Para alcançar os objetivos propostos será utilizada no decorrer do trabalho a pesquisa bibliográfica, utilizando-se doutrinas, artigos eletrônicos e legislações, bem como o posicionamento da jurisprudência a respeito do tema. Ou seja, o método a ser utilizado é hipotético-dedutivo, com a utilização das técnicas de

pesquisa teórica bibliográfica, quantitativa e prescritiva. Para tanto, necessário cindir-se a pesquisa em três capítulos.

Diante da grandeza dos direitos fundamentais e de que estes são indispensáveis a condição humana, são básicos para o homem em sociedade, o primeiro capítulo tratará dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana.

Iniciar-se-á o primeiro capítulo com o estudo da teoria dos direitos fundamentais, percorrendo as três clássicas dimensões dos direitos fundamentais, bem como apresentando o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais específicos aplicáveis ao tema exposto, quais sejam, o direito à vida e à saúde.

No segundo capítulo, far-se-á uma abordagem da problemática da saúde no Brasil, envolvendo inicialmente a apresentação do Sistema Único de Saúde – SUS e sua falta de efetividade, o que acarreta no aparecimento da judicialização da saúde. Diante disso, analisar-se-á este fenômeno, levantando-se para tanto, principalmente, os princípios da separação dos poderes e da reserva do possível.

O terceiro capítulo será constituído do tema central deste trabalho. Iniciar-se-á com pormenorizado estudo a respeito da alergia ao leite de vaca, suas causas, sintomas, diagnóstico e tratamento. Em seguida, analisar-se-á o posicionamento constante na jurisprudência do TRF4 a partir de uma amostra de 30 (trinta) decisões proferidas nos anos de 2011 e 2012 num total de 81 (oitenta e uma) decisões relacionadas à processos de diferentes subseções Judiciárias de Santa Catarina acerca do fornecimento do leite com fórmula especial para tratamento da referida doença, utilizando-se dos argumentos das partes e do direito da criança e do adolescente. Para a realização da pesquisa utilizou-se como palavras-chaves “Neocate”, “Peptamen”, “Pregomin” e “Aminomed”. Por fim, analisar-se-á o cabimento de protocolo clínico para dispensação de fórmulas especiais através da Assistência Farmacêutica prevista no SUS.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Inicialmente, diante da observação que as diversas doutrinas trazem direitos do homem, direitos humanos e direitos fundamentais como sinônimos, ou não diferenciam da melhor forma, torna-se pertinente diferenciar estes termos.

Os direitos do homem são direitos naturais não positivados ou ainda não positivados. São direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos, portanto, de caráter inviolável, intemporal e universal. Os direitos humanos se aplicam aos documentos de direito internacional. Já os direitos fundamentais são direitos reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de um Estado. (CANOTILHO, 2003)

Portanto, como características formais dos direitos fundamentais tem-se que eles podem ser designados como todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional e que esses direitos e garantias, tidos como fundamentais, recebem da Constituição um grau mais elevado de garantia ou segurança, ou seja, são imutáveis ou pelo menos sua mudança é dificultada. Por outro lado, do ponto de vista material, os direitos fundamentais variam conforme a ideologia, o Estado, os valores e princípios que cada Constituição consagra, ou seja, cada Estado tem seus direitos fundamentais específicos. (SCHMITT, Carl, *apud*, BONAVIDES, Paulo, 2006)

Em outras palavras, pode-se dizer que os direitos fundamentais são aqueles imprescindíveis ao homem no seio da sociedade, são direitos indispensáveis à condição humana, são direitos básicos, fundamentais. (SIQUEIRA JR., OLIVEIRA, 2007)

Com efeito, a vinculação essencial dos direitos fundamentais à liberdade e à dignidade da pessoa humana traz o significado de universalidade desses direitos como ideal para a pessoa humana. (BONAVIDES, 2006)

Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 267) expressam a importância dos direitos fundamentais ao afirmarem que:

Os direitos fundamentais assumem posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado, e que os direitos que o Estado tem em relação ao indivíduo se ordenam ao objetivo e melhor cuidar das necessidades dos cidadãos.

Nesse mesmo sentido, Mendes, Coelho e Branco (2009) verificam que a vinculação dos direitos fundamentais e os poderes públicos se dão devido à previsão constitucional destes direitos, o que os torna parâmetro de organização e de limitação aos poderes constituídos. Portanto, estes autores afirmam que “os atos dos poderes constituídos devem conformidade aos direitos fundamentais e se expõem à invalidade se os desprezarem”.

Constata-se que a expressão “direitos fundamentais” esta ligada a um rol básico de direitos que surgem do direito natural e da evolução histórica constituindo um mínimo que deve ser observado em qualquer sociedade. (SIQUEIRA JR., OLIVEIRA, 2007)

Destarte, os direitos fundamentais são atrelados a um longo processo de aspectos históricos e sociais importantes que mudaram a história. A análise da origem e evolução histórica dos direitos do homem é sem dúvida de grande relevância. Assim, neste trabalho, utilizar-se-á, de modo especial, a classificação temporal dos direitos dividida em dimensões, com intuito de fazer referência a alguns aspectos relevantes e a fim de propiciar a compreensão da importância e função destes direitos.

2.1.1 As dimensões (gerações) dos direitos fundamentais

Há diversas formas de classificar os direitos fundamentais. Pode-se mencionar, por exemplo, a classificação legal instituída na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 para os direitos e garantias fundamentais que se divide em direitos e garantias individuais e coletivos, direitos sociais, direitos de nacionalidade, direitos políticos e direitos de criação, organização e participação em partidos políticos.

Contudo, a doutrina especializada apresenta um conceito de direito fundamental estreitamente ligado à evolução da sociedade como um todo. A

sociedade ao evoluir se depara com novas necessidades e as falhas no ordenamento vigente. Assim diante da necessidade de solução para essas falhas, do preenchimento de lacunas, surgem novos direitos que vão se moldando conforme os tempos avançam. Essa classificação temporal é dividida, pela doutrina, em gerações ou, melhor, dimensões. Tal classificação se baseia na ordem histórica cronológica em que os direitos surgem e passam a ser constitucionalmente reconhecidos.

São diversas as dimensões estudadas atualmente, mas, no momento, faz-se necessário breve apanhado das clássicas três primeiras dimensões.

2.1.1.1 Dos direitos de primeira dimensão

A evolução histórica dos direitos do homem teve início na Inglaterra. Ressalta-se, porém, que os gregos desenvolveram valores, como a liberdade e a igualdade, que se constituem em axiomas da dignidade da pessoa humana e que o cristianismo e o próprio judaísmo, por sua vez, desenvolveram a idéia da dignidade e da importância do homem, por intermédio da máxima de que o homem foi criado a imagem e semelhança de Deus. (SIQUEIRA JR., OLIVEIRA, 2007)

Ocorre que, após a Idade Média ou “idade das trevas”, a Europa, do século XII e XIII, possibilitou o surgimento de uma nova classe, a burguesia. Esta nova classe dominante, além de todos os movimentos da idade moderna, colocaram em cheque a sociedade estatal da idade média. O iluminismo trouxe novamente o conceito de direitos do homem, que se exteriorizaram nos processos revolucionários da Revolução Francesa e da independência dos Estados Unidos e traziam como ideal central a dignidade da pessoa humana. (SIQUEIRA JR., OLIVEIRA, 2007)

Nos séculos XVI e XVII foram conhecidos os grandes instrumentos de direitos humanos: o *Habeas Corpus Act*, de 1679; a Declaração dos Direitos, de 1689, resultado direto da Revolução Gloriosa da Inglaterra; as

Declarações de Virgínia (1776) e Francesa (1789). (SIQUEIRA JR., OLIVEIRA, 2007)

A primeira geração dos direitos teve seu ponto de sustentáculo na Revolução Francesa. Siqueira Jr. e Oliveira (2007, p. 70 e 71) afirmam que:

[...] O ícone da história dos direitos humanos é a Revolução Francesa e a conseqüente Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), que representou o fim do antigo regime (*ancien régime*), com a queda da monarquia absoluta e dos privilégios feudais. Os direitos humanos também tiveram destaque na Inglaterra com a transição da monarquia absoluta para a monarquia constitucional. Mas os momentos ineludíveis na materialização dos direitos humanos foram a Revolução norte-americana, de 1776, a Declaração de Direitos de Virgínia, a Declaração da Independência e a própria Constituição dos Estados Unidos da América, que se consubstanciaram como marco importante na concretização dos direitos humanos. [...]

Assim, são direitos de primeira dimensão os direitos de defesa do indivíduo perante o Estado, são aqueles que impõem um dever de abstenção do Estado em certas matérias ou domínios da atividade humana, ou seja, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. São integrados pelos direitos civis e políticos, dos quais são exemplos o direito à vida, à inviolabilidade de domicílio, dentre outros. A doutrina chama tais direitos de liberdades públicas negativas ou direitos negativos, pois exigem do Estado um comportamento de abstenção. (BONAVIDES, 2006 e SARLET, 2001)

2.1.1.2 Dos direitos de segunda dimensão

O individualismo do século XVIII traduz-se exatamente no Estado Liberal, que possuía como característica ter uma atitude negativa, em especial perante os problemas sociais e econômicos. Isso fez surgir um capitalismo desumano e escravizador e assim foi que o século XIX conheceu os problemas advindos da Revolução Industrial. Nesse momento nascem os direitos de segunda dimensão a partir do aparecimento de uma nova classe social. Constata-se que ao tempo em que essa classe se submetia a condições desumanas em fábricas, ela também se movimentava no sentido de realizar reivindicações em prol da dignidade da pessoa humana e dos mais básicos direitos sociais. (SIQUEIRA JR., OLIVEIRA, 2007)

Nesse passo, de acordo com Siqueira Jr e Oliveira (2007, p. 72):

A igualdade teórica e absoluta do Estado Liberal abriu espaço para a desigualdade real e o surgimento das injustiças sociais. No Estado em que tudo é permitido, o mais forte oprime o mais fraco. O Estado Liberal realmente gerou grandes injustiças. [...] A crise econômica de 1929 demonstra a ineficiência da passividade do Estado Liberal, gerando exigências de intervenção do Estado na economia. O liberalismo econômico traduzia-se no *laissez-faire*, *laissez-passer*, possibilitando um egoísmo econômico.

Segundo os ensinamentos de Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 267):

O descaso para com os problemas sociais, que veio a caracterizar o *État Gendarme*, associado às pressões decorrentes da industrialização em marcha, o impacto do crescimento demográfico e o agravamento das disparidades no interior da sociedade, tudo isso gerou novas reivindicações, impondo ao Estado um papel ativo na realização da justiça social. O ideal absenteísta do Estado liberal não respondia, satisfatoriamente, às exigências do momento. Uma nova compreensão do relacionamento Estado/sociedade levou os Poderes Públicos a assumir o dever de operar para que a sociedade lograsse superar as suas angústias estruturais. Daí o progressivo estabelecimento pelos Estados de seguros sociais variados, importando intervenção intensa na vida econômica e a orientação das ações estatais por objetivos de justiça social. [...] São direitos de segunda geração, por meio dos quais se intenta estabelecer uma liberdade real e igual para todos, mediante a ação corretiva dos Poderes Públicos. Dizem respeito a assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer etc.

Dessa forma, esse quadro de desigualdade somado à Revolução Industrial e às reivindicações da nova classe, deu impulso ao surgimento dos direitos de segunda dimensão, exigindo atitude positiva do Estado frente aos problemas sociais e econômicos. A materialização dos direitos de segunda dimensão ocorreu, inicialmente, na Constituição Mexicana, de 1917, na Rússia, de 1918, e na da República de Weimar, de 1919. Os direitos sociais, agora nas referidas constituições, passam a ser considerados direitos fundamentais. (SIQUEIRA JR., OLIVEIRA, 2007)

Portanto, os direitos de segunda geração são os direitos econômicos, sociais e culturais, que exigem uma prestação positiva do Estado. São as liberdades positivas, reais ou concretas. Nessa esfera, não exige do Estado uma abstenção que se verifica numa atitude negativa, mas a ação do

Estado com o intuito de alcançar o bem comum. (SIQUEIRA JR., OLIVEIRA, 2007)

Sobre os direitos sociais, Costa e Reis (2011, p. 24/25) afirmam que:

Os direitos fundamentais sociais denominam-se assim porque historicamente se partiu da idéia de intervenção do Estado na vida social. O protagonismo estatal implica a obrigatoriedade de o Poder Público pôr à disposição dos cidadãos os meios necessários para que estes alcancem suas finalidades, ou seja, que possibilite o desenvolvimento de suas potencialidades, seja como forma de autorrealização, seja para garantir uma participação livre, igual e respeitada nos variados processos sociais.

Ainda, conforme Queiroz (2002, p. 15):

Os direitos e garantias sociais ostentam uma outra dimensão. O seu reconhecimento, frequentemente, tende a obrigar os poderes públicos a intervir em proveito dos governados. Mais do que uma obrigação de *non facere* traduzem-se numa obrigação de *facere*: uma actividade positiva, uma *acção* por parte dos poderes públicos. Traduzem obrigações positivas de solidariedade que impendem sobre o Estado e, por seu intermédio, sobre o conjunto dos membros do corpo social.

Ressalta-se aqui que os direitos de primeira e segunda dimensão não são antagônicos e contraditórios entre si. Os direitos civis e políticos (primeira dimensão) exigem uma prestação negativa do Estado, são direitos individuais em face do Estado, ao passo que os direitos econômicos, culturais e sociais (segunda dimensão) exigem uma prestação positiva do Estado, ou seja, uma intervenção política concreta para a implementação dos referidos direitos.

Essas duas vertentes da atuação estatal (positiva e negativa) são perfeitamente compatíveis e igualmente de real importância, pois a plena realização dos direitos individuais surge com a realização dos direitos sociais, ou seja, os direitos de segunda dimensão reforçam e consagram a plenitude da dignidade da pessoa humana, que é ponto crucial dos direitos fundamentais. (SIQUEIRA JR., OLIVEIRA, 2007)

Nesse sentido, Lafer (1988, p. 127) discorre:

A primeira geração de direitos viu-se igualmente complementada historicamente pelo legado do socialismo, vale dizer, pelas reivindicações dos desprivilegiados a um direito de participar do “bem-estar social”, entendido como os bens que os homens, através de um processo coletivo, vão acumulando no tempo. É por essa razão que os assim chamados direitos de segunda geração, previstos pelo *welfare state*, são direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade. [...] O titular desse direito, no entanto, continua sendo, como nos direitos de primeira geração, o homem na sua

individualidade. Daí a complementaridade, na perspectiva ex parte populi, entre os direitos de primeira e de segunda geração, pois estes últimos buscam assegurar as condições para o pleno exercício dos primeiros, eliminando ou atenuando os impedimentos ao pleno uso das capacidades humanas.

2.1.1.3 Dos direitos de terceira dimensão

Os direitos humanos de terceira dimensão, por sua vez, são os verificados pela tutela dos interesses difusos e coletivos, já que são concebidos para proteção não do homem isoladamente, mas de coletividades, de grupos, como a família, o povo, a nação, coletividades regionais ou étnicas e a própria humanidade. São exemplos de direitos de terceira dimensão o direito à paz, ao desenvolvimento, à qualidade do meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural. (MENDES, COELHO, BRANCO, 2009 e LAFER, 1988).

Com a finalidade de encerrar este tópico apenas cabe frisar que ao dispor dos direitos humanos em dimensões ou gerações está-se a indicar caráter cumulativo, ou seja, cada direito de cada dimensão interage com os das outras e, nesse processo, deve-se dar a compreensão (MENDES, COELHO e BRANCO, 2009).

Pode-se verificar, portanto, que a evolução histórica dos direitos do homem e, conseqüentemente, fundamentais tem concreta ligação com a dignidade da pessoa humana e que esta é o alicerce dos direitos fundamentais. Diante disto, é de suma importância um breve estudo dessa relação, bem como melhor aprofundamento dos direitos fundamentais à vida e à saúde.

2.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS EM ESPÉCIE

Como visto, após verificar a trajetória histórica dos direitos na sociedade, faz-se necessário aprofundamento quanto a alguns direitos fundamentais específicos, quais sejam, os direitos fundamentais à vida e à saúde.

O princípio da dignidade da pessoa humana será explanado neste item não como um direito fundamental, mas como um pilar de sustentação dos direitos fundamentais e do ordenamento jurídico como um todo.

2.2.1 Dignidade da pessoa humana

Inicialmente, é necessário frisar que a dignidade da pessoa humana possui destaque em nossa Constituição, estando prevista em seu artigo 1º, inciso III, o qual preceitua que a República Federativa do Brasil, formada pelos Estados, Municípios e Distrito Federal, constitui-se como Estado de Direito e possui, como um de seus fundamentos, a dignidade da pessoa humana. (BRASIL, 2013 A)

Ainda, este princípio também é mencionado, direta e indiretamente, em outros dispositivos constitucionais como, por exemplo, no artigo 227 que impõe à família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurar à criança e ao adolescente o direito à dignidade. (BRASIL, 2013 A)

A dignidade da pessoa humana sobressai, ao menos na Constituição brasileira, sobre os demais valores ali elencados tendo em vista sua proeminência axiológica, elemento este que será a seguir melhor analisado. (MARTINS, 2003)

Conforme Sarlet (2004), o constituinte de 1988, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu categoricamente que o Estado existe em função da pessoa humana, ou seja, que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal.

Verifica-se, ainda, que a dignidade da pessoa humana se encontra em determinada posição na CRFB/88 a mostrar que não é mais uma norma, mas que esta, para além de seu enquadramento como princípio fundamental, é também norma definidora de direitos, garantias e deveres fundamentais. (SARLET, 2004)

Ao conceituar o princípio da dignidade da pessoa humana, Sarlet assevera que há aqueles que apontam a dignidade da pessoa humana como algo inerente à natureza humana, no sentido de qualidade inata pura, e outros que dizem que ela não deve ser exclusivamente assim apontada, necessitando

observar um sentido cultural, na qual o sentido natural e cultural se complementam mutuamente.

Diante disso, o referido autor conceitua a dignidade da pessoa humana como:

[...] qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade. Esta, portanto, compreendida como qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana, pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida [...] (SARLET, 2004, p. 41)

Barroso diz que os direitos fundamentais incluem a liberdade (autonomia da vontade), a igualdade (ser tratado com a mesma dignidade que todas as pessoas) e o mínimo existencial (condições de educação, saúde e renda que permitam acesso aos valores civilizatórios e a participação no processo político). Sarlet (2004) assevera que o princípio da dignidade da pessoa humana justamente implica no respeito e consideração do Estado e da comunidade frente aos direitos fundamentais para que seja assegurado à pessoa as condições existenciais mínimas para uma vida saudável. Destaca-se que esse mínimo existencial não pode ser compreendido apenas como um conjunto de prestações suficientes para assegurar somente a existência da vida humana, deve assegurar o mínimo para uma vida com dignidade, no sentido de uma vida saudável. (SARLET, 2009, *apud*, SALEH, 2011)

É nesse sentido que Sarlet (2004) demonstra a relevância da constatação de que a dignidade da pessoa humana é limite e tarefa dos poderes estatais e também da comunidade em geral, referindo a uma dimensão defensiva e prestacional da dignidade.

De acordo com o autor:

Dignidade como limite e tarefa do Estado, da comunidade e dos particulares [...] o princípio da dignidade da pessoa impõe limites à atuação estatal, objetivando impedir que o poder público venha a violar a dignidade pessoal, mas também implica (numa perspectiva que se poderia designar de programática ou impositiva, mas nem por isso destituída de plena eficácia) que o Estado deverá ter como meta permanente, proteção, promoção e realização concreta de uma vida com dignidade a todos
[...] Nesta linha de raciocínio, sustenta-se, com razão, que a concretização do programa normativo do princípio da dignidade da

pessoa humana incumbe aos órgãos estatais, especialmente, contudo, ao legislador, encarregado de edificar uma ordem jurídica que atenda às exigências do princípio. Em outras palavras – aqui considerando a dignidade como tarefa -, o princípio da dignidade da pessoa humana impõe ao Estado, além do dever de respeito e proteção, a obrigação de promover condições que viabilizem e removam toda sorte de obstáculos que estejam a impedir as pessoas de viverem com dignidade. (SARLET, 2004, p. 110/111)

Quanto à proeminência axiológica da dignidade da pessoa humana anteriormente citada, ressalta Martins (2003) que o reconhecimento expresso que ela se trata de princípio fundamental implica em reconhecê-la como parâmetro objetivo de harmonização entre os dispositivos constitucionais e de todo o sistema jurídico, obrigando o intérprete a buscar uma concordância prática entre os dispositivos. Com isso, Martins conclui que “[...] A dignidade da pessoa humana fornece, portanto, ao intérprete uma pauta valorativa essencial à correta aplicação da norma e à justa solução do caso concreto.”

Neste ponto, colhe-se explicação de Sarlet:

[...] Importa considerar, neste contexto, que, na sua qualidade de princípio e valor fundamental, a dignidade da pessoa humana constitui – de acordo com a preciosa lição de Judith-Martins-Costa, autêntico “valor fonte que anima e justifica a própria existência de um ordenamento jurídico”, razão pela qual, para muitos, se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa.

[...] impõe-se seja ressaltada a função instrumental integradora e hermenêutica do princípio, na medida em que este serve de parâmetro para aplicação, interpretação e integração não apenas dos direitos fundamentais e das demais normas constitucionais, mas de todo o ordenamento jurídico. De modo especial, o princípio da dignidade da pessoa humana – como, de resto, os demais princípios fundamentais insculpidos em nossa Carta Magna – acaba por servir de referencial inarredável no âmbito da indispensável hierarquização axiológica inerente ao processo hermenêutico-sistemático [...] (2004, p. 70/80)

Sustenta-se que o princípio da dignidade da pessoa humana dá sentido ao ordenamento jurídico, sobressaindo-se como ponto de partida e ponto de chegada para a hermenêutica constitucional contemporânea. A dignidade humana, portanto, é vista como super-princípio, a orientar tanto o Direito Internacional como o Direito Interno. (PIOVESAN, 2010)

E é diante de tudo isso que se pode concluir que o princípio da dignidade da pessoa humana é considerado, inclusive por muitos autores, o

princípio de maior hierarquia das ordens jurídicas que o reconhecem. (SARLET, 2004)

Com esses conceitos e esclarecimentos, pode-se verificar a grandeza do princípio da dignidade da pessoa humana e, segundo Sarlet, sua íntima e - pode-se até dizer - indissociável vinculação com os direitos fundamentais. (2004)

Segundo Sarlet (2004), a dignidade da pessoa humana na sua condição de valor e princípio normativo fundamental que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais em todas as dimensões. Assim, conclui o ilustre autor que “[...] sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade”.

Importante ressaltar que muito embora os direitos fundamentais encontrem seu fundamento muitas vezes na dignidade da pessoa humana e tendo em vista que deste próprio princípio podem ser deduzidos direitos fundamentais, não há como reconhecer que existe um direito fundamental à dignidade. (SARLET, 2004)

Nesse sentido segue ensinamento de Sarlet (2004, p. 69/70):

[...] Assim, quando se fala – no nosso sentir equivocadamente – em direito à dignidade, se está, em verdade, a considerar o direito a reconhecimento, respeito, proteção e até mesmo promoção e desenvolvimento da dignidade, podendo inclusive falar-se de um direito a uma existência digna, sem prejuízo de outros sentidos que se possa atribuir aos direitos fundamentais relativos à dignidade da pessoa. Por esta razão, consideramos que neste sentido estrito – de um direito à dignidade como concessão – efetivamente poder-se-á sustentar que a dignidade da pessoa humana não e nem poderá ser, ela própria, um direito fundamental.

Assim, em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa. Diante disso, verifica-se que os direitos fundamentais são como exigências e concretizações deste princípio. (SARLET, 2004)

Conforme Sarlet (2004, p. 59), o que se percebe claramente é que:

[...] onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação

do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana a esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiça.

Assim sendo, a dignidade da pessoa humana implica em um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa proteção em caso de ato degradante ou desumano, bem como venham a garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável. (SARLET, 2004)

2.2.2 Direito à vida

A existência humana é o pressuposto elementar de todos os demais direitos e liberdades dispostos na Constituição. O direito à vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte, portanto, não faria sentido declarar qualquer outro se, antes, não fosse assegurado o próprio direito de estar vivo para usufruí-lo. (MENDES, COELHO, BRANCO, 2009)

Sobre tal ponto, discorre Alexandre de Moraes (2004, p. 63/64):

O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos. A Constituição Federal proclama, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à sua subsistência.

O constituinte brasileiro, diante da importância do direito à vida, o proclamou logo no art. 5º da CRFB/88, dentre os direitos e garantias fundamentais. Ainda, devido ao reconhecimento de que o direito à vida deve ser protegido e, sobretudo no caso em que o seu titular se achar mais vulnerável, a Constituição também estabelece em seu art. 227 que “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida”. (BRASIL, 2013 A)

Ainda quanto à positivação deste direito, o Brasil é signatário de diversos tratados internacionais como bem exemplifica Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 394):

[...] A convenção Americana de Direitos Humanos – o Pacto de San José -, de 1969, declara, no seu art. 4º, que “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida”, acrescentando que “esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção” e que “ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”. Da mesma forma, o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos das Nações Unidas, de 1968, explicita que “o direito à vida é inerente à pessoa humana” e que “este direito deverá ser protegido por lei”, além de dispor que “ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida”. Nessa diretriz, a Convenção de Direitos das Crianças, de 1989, entende “por criança todo ser humano menor de 18 anos de idade” (art. 1º), assevera que “os Estados-partes reconhecem que toda criança tem o direito inerente à vida” (art. 6º - 1) e estabelece que “os Estados-partes assegurarão ao máximo a sobrevivência e o desenvolvimento da criança” (art. 6º - 2).

Verifica-se assim que o direito à vida é um direito de defesa e, ao mesmo tempo, um direito de proteção, pois impede que os poderes públicos e indivíduos atentem contra a existência de qualquer ser humano e também exigem prestações do Estado em adotar providências para proteger a vida como, por exemplo, o dever positivo de os poderes públicos fornecerem medicamentos indispensáveis à sobrevivência do doente. (MENDES, COELHO, BRANCO, 2009).

2.2.3 Direito à saúde

A busca pela saúde é uma realidade presente desde os primórdios da humanidade. (SCHWARTZ, 2001)

A Organização Mundial da Saúde (OMS) define como saúde "um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidades". Este conceito encontra-se no preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS) e é considerado um marco teórico-referencial do conceito de saúde¹. Conforme Germano Schwartz (2001, p. 35), tal conceito é “o primeiro princípio básico para a felicidade, as relações harmoniosas e a segurança de todos os povos”.

¹ Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO), 1946. Disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>> Acesso em 4 de maio de 2013.

A OMS, portanto, alargou o conceito de saúde, adentrando na chamada “promoção” da saúde ao propor que a saúde não seja apenas a ausência de doenças, mas também um completo bem-estar seja físico, mental ou social.

Schwartz ao relacionar o direito à saúde e as dimensões dos direitos, mostra que a grandeza desse direito o leva a estar presente em várias, senão em todas, gerações/dimensões do direito. Porém, apenas a fim de exemplificar, o autor estabelece que a saúde ao ser um dos principais componentes da vida, seja como indispensável para sua existência, seja como elemento agregado a sua qualidade, faz com esse direito seja um direito de primeira dimensão. Já ao ser reconhecido como direito social, exige do Estado prestações positivas no sentido de garantia/efetividade da saúde, logo, é também um direito de segunda dimensão. Por fim, a saúde pode ser compreendida como de terceira dimensão já que nesta se encontram os direitos transindividuais, ou também chamados de difusos e coletivos. (SCHWARTZ, 2001)

A CRFB/88 estabeleceu no art. 6º, dentre os direitos sociais, o direito à saúde. O art. 23, inciso II, por sua vez, atribuiu a competência referente aos cuidados da saúde à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios. Ainda, mais uma vez o art. 227 também estabelece que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à saúde. (BRASIL, 2013 A). Destacamos também o exposto nos artigos 196 e 197 da Carta Constitucional:

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. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. (BRASIL, 2013 A)

Ainda, vale ressaltar a lei nº 8080/90 que dispõe sobre as condições para promoção, proteção e recuperação da saúde, bem como estabelece a

organização e funcionamento do Sistema Único de Saúde – SUS, este que será abordado no próximo capítulo. (BRASIL, 2013 C)

Conforme Schwartz (2001, p.42/43), a saúde é:

[...] antes de tudo um fim, um objetivo a ser alcançado. Uma “imagem-horizonte” da qual tentamos nos aproximar. É uma busca constante do estado de bem-estar. [...] então, a saúde, para efeitos da aplicação do art.196 da CF/88, pode ser conceituado como: “um processo sistêmico que objetiva a prevenção e cura de doenças, ao mesmo tempo que visa a melhor qualidade de vida possível, tendo como instrumento de aferição a realidade de cada indivíduo e pressuposto de efetivação a possibilidade de esse mesmo indivíduo ter acesso aos meios indispensáveis ao seu particular estado de bem-estar”.

Schwartz (2001), ao citar Dallari, afirma que o fato de a saúde ser direito fundamental do homem é indiscutível, pois: “ninguém tem dúvida de que o artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Organização das Nações Unidas, assinada pelo Brasil, quando enumera a saúde como uma das condições necessárias à vida digna, está reconhecendo o direito humano fundamental à saúde”.

Os direitos sociais são autênticos direitos fundamentais dos cidadãos. Com o reconhecimento normativo, doutrinário e jurisprudencial de que a saúde é direito fundamental do homem, temos que as normas constitucionais referentes à saúde são normas de aplicabilidade imediata e de eficácia plena, caráter este reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal. A saúde é, portanto, direito público subjetivo oponível contra o Estado, compartilhando desse sentimento o Supremo Tribunal Federal: “o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art.196)”. (Recurso Extraordinário 271.286/RS, Relator Ministro Celso de Mello, Informativo STF nº210, de 22/11/2000, p. 3). (SCHWARTZ, 2001)

Diz-se que uma norma garante um direito subjetivo quando o titular de um direito tem, face ao seu destinatário, o direito a um determinado ato, e este último tem o dever, perante o primeiro, praticar esse ato. (CANOTILHO, 2003)

Sobre isso, Schwartz ensina que (2001, p.57):

A saúde é *direito fundamental do homem*, tornando a norma do art.196 da CF/88 auto-aplicável e de eficácia imediata. Que as políticas públicas de saúde são o meio primeiro de efetivação deste direito (conforme a locução do texto constitucional expressa em seu artigo 196), e que a atuação do Poder Judiciário ocorre em um momento posterior, onde se constata a não-ação ou inércia estatal na proteção do direito à saúde. E, mais, que essa mesma saúde deve ser interpretada como um *direito público subjetivo oponível contra o Estado*, sempre: (1) que o bem da vida esteja em jogo no caso concreto; (2) agregado ao requisito anterior, deve haver prova, também no caso concreto, de que o tutelado não possui condições financeiras de arcar com as despesas sanitárias (medicamentos, consultas, exames, internações, novos tratamentos, etc.) referentes ao seu estado de saúde sem que haja comprometimento de seu sustento próprio e de sua família.

Nestes artigos pode-se encontrar também que o dever do Estado em relação à saúde deve ser garantido mediante políticas sociais e econômicas. Aqui, estamos diante de um Estado interventor e também diante da primazia da ação estatal positiva na defesa do direito à saúde e jamais da inércia. Essas políticas sociais e econômicas, deveres do Estado, têm como objetivo a redução de riscos de doenças e outros agravos, o acesso universal igualitário às ações e serviços, que visam promover, proteger e recuperar a saúde. (SCHWARTZ, 2001)

Assim, sendo a saúde é direito fundamental do homem, a norma do art. 196 da CRFB/88 se reveste de aplicabilidade imediata e eficácia plena, por força do disposto no artigo 5º, § 1º, da Carta Magna, motivo pelo qual o direito à saúde é considerado direito público subjetivo oponível contra o Estado. Com isso gera vínculo jurídico gerador de obrigações entre o Estado-devedor e o cidadão-credor no que concerne ao direito à saúde, sendo as políticas públicas de saúde o instrumento primeiro para a realização do disposto no art. 196. (SCHWARTZ, 2001)

Portanto, tratando-se o direito à vida e o direito a uma vida digna bens fundamentais do homem, o direito à saúde se insere no mesmo caminho, visto que para que o direito à vida e uma vida digna se realizem é necessário que sejam oportunizadas as condições necessárias de proteção à saúde (VIEIRA, VIEIRA, 2011). É necessário que se estabeleça a vida como valor universal e a saúde como meio de vida, assim muito mais do que qualidade de vida, um valor ético-universal a ser perseguido. (SCHWARTZ, 2001)

3 PROBLEMÁTICA DA SAÚDE NO BRASIL

3.1 SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – SUS

Como já detalhadamente explicado no capítulo anterior, a saúde é um direito fundamental do ser humano e o Estado deve prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

Diante disso, criou-se o Sistema Único de Saúde, implementado após a Constituição de 1988, como sistema organizacional de saúde adotado pelo Brasil.

Este sistema encontra respaldo no art. 196 da CRFB/88, o qual preceitua que, a saúde deve ser garantida mediante a formulação e execução de políticas públicas que visem à redução do risco de doenças e outros agravos, garantida as condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 2013 A)

A “redução de risco de doenças e outros agravos” se refere a medidas preventivas de saúde relacionadas a doenças conhecidas e outras doenças ou agravos destas que surjam. Quanto ao “acesso universal e igualitário às ações e serviços” tem-se que o cidadão tem direito a ser atendido pelo SUS pelo simples fato de ser cidadão. Tal expressão abarca a saúde como direito de qualquer pessoa. Esse sistema ao visar a “promoção, proteção e recuperação” da saúde, traz a idéia de, além da atuação preventiva e posterior (quando a doença se manifesta), de um processo ligado a qualidade de vida e também a um processo que se constrói e se modifica mediante influência social. (SCHWARTZ, 2004)

O Sistema Único de Saúde, portanto, é o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público.

Essas ações e serviços públicos de saúde integram, conforme o art. 198 do mesmo diploma, uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo

um sistema único, organizado segundo as diretrizes de descentralização, atendimento integral e participação da comunidade. A integralidade pode ser vista em quatro sentidos: na idéia de construção de um sistema único de saúde; no sentido da organização de uma prática de saúde integral; no sentido da formulação de políticas pautadas na atenção integral; e, no sentido das relações entre trabalho, educação e saúde, na formação e gestão do trabalho em saúde. A descentralização justamente ocorre pela regionalização e pela hierarquização. Na regionalização pode-se estabelecer o perfil na saúde daquele território e a hierarquização corresponde a divisão por níveis de complexidade dos serviços de saúde às regiões. (SALEH, 2011). Além disso, a gratuidade é característica fundamental para que seja alcançado o acesso universal para as pessoas que o necessitam.

Ainda, o legislador ao definir no art. 197 da CRFB/88 que as ações e os serviços de saúde são de relevância pública, o legislador quis enunciar a saúde como um estado de bem-estar prioritário, sem o qual o indivíduo não tem condições de gozar de outras oportunidades proporcionadas pelo Estado. (SCHWARTZ, 2004)

O Sistema Único de Saúde está regulamentado pela Lei nº. 8080 de 19 de setembro de 1990 que dispõe sobre as condições para promoção, proteção e recuperação da saúde, organização e funcionamento dos serviços de saúde. (BRASIL, 2013 C)

No art. 5º desta lei estão previstos os objetivos do SUS, quais sejam, a identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde; a formulação de política de saúde destinada a promover, nos campos econômico e social e a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas. (BRASIL, 2013 C)

Prevê o art. 6º do mesmo diploma que estão incluídas no campo de atuação do SUS a execução de ações de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica; vigilância nutricional e orientação alimentar, e formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde. (BRASIL, 2013 C)

A direção do SUS é única, sendo exercida em cada esfera do governo. No âmbito da União é exercida pelo Ministério da Saúde, nos âmbitos Estaduais e Municipais pelas respectivas Secretarias de Saúde. (Art. 9º, BRASIL, 2013 C)

A União, os Estados e os Municípios elaborarão e realizarão, em seu âmbito administrativo, normas técnico-científicas, pesquisas e estudos para promoção, proteção e recuperação da saúde. (Art. 15, BRASIL, 2013 C)

Portanto, administrativamente, compete a União, aos Estados e Municípios tomarem frente quanto administrar os recursos e finanças destinados a saúde, avaliar e informar a quanto anda a saúde da população, organizar e promover políticas aplicadas a saúde, planejar e executar os projetos de atendimento ao cidadão dentre outros.

Ocorre, todavia, que as diretrizes e os objetivos nem sempre são seguidos e alcançados devido a diversos fatores. Isso acaba tornando o sistema ineficaz e obsoleto. O Estado, através do SUS, presta serviço de forma insuficiente, acarretando acesso precário dos cidadãos a este órgão.

A não aplicação do art. 196 da CRFB/88 é claro desrespeito. A saúde é direito social e processo sistêmico que, portanto, depende de atuação estatal. E é nesse aspecto político, na vontade dos poderes públicos de implementarem políticas de saúde, que reside um dos fatores de maior importância da problemática da saúde no país. O fato é que a saúde é deixada de lado em detrimento de outras opções que a vontade política julga mais conveniente. (SCHWARTZ, 2001)

Segundo Schwartz (2001), é uma questão ético-política visto que ou existe o respeito pelo ser humano, conferindo-lhe a saúde que necessite para viver dignamente, ou lhe é sonogado seu direito constitucionalmente reconhecido, demonstrando o desrespeito de seus representantes para com ele.

Diante disso, há a necessidade de análise constante das políticas públicas de saúde, bem como verificação da necessidade da população para que sejam criadas outras políticas públicas que atendem de forma integral as expectativas da sociedade na área da saúde, uma vez que se as políticas

implementadas fossem suficientes para efetivar o direito à saúde, não seriam necessárias outras atividade ou que outros órgãos tivessem que reparar essa atuação/inércia estatal.

A União legisla sobre defesa a saúde e sua proteção através de normas gerais. Estas são, na verdade, declarações de princípios que implementam diretrizes sanitárias e devem ser obedecidas em todo território nacional. Contudo, os Estados podem complementar a legislação federal e os Municípios as legislações federais e estaduais no tocante a saúde, sempre que o interesse público assim o exigir. Dessa forma, verifica-se que a competência legislativa sanitária é concorrente. (SCHWARTZ, 2004)

Sobre o conceito de políticas públicas, convém transcrever a definição de Appio (2005, p.136):

As políticas públicas podem ser conceituadas, portanto, como instrumentos de execução de programas políticos baseados na intervenção estatal na sociedade com a finalidade de assegurar igualdade de oportunidades aos cidadãos, tendo por escopo assegurar as condições materiais de uma existência digna a todos os cidadãos.

A falta de aplicação de políticas públicas ou a inexistência de políticas públicas junto ao SUS demonstra sua ineficácia operacional, quando seu dever é prestar e facilitar o acesso do cidadão aos serviços de saúde de forma igualitária, integral e universal.

Não poderá qualquer ente da federação eximir-se da responsabilidade de assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação ou congêneres necessário à cura, controle ou abrandamento de suas enfermidades, sobretudo as mais graves, alegando ser responsabilidade de outro ente federado ou de que este atendimento está vinculado à previsão orçamentária ou, ainda, alegando qualquer outra desculpa esfarrapada.

Ao SUS não é permitido esse tipo de situação uma vez que esse deve, observando o princípio da dignidade da pessoa humana, promover a saúde e, assim, proteger o maior bem de toda pessoa, a vida.

Apesar do SUS ser, teoricamente, bem estruturado, contando com organização regional, orçamento próprio etc., não está sendo capaz de

alcançar integralmente o objetivo para o qual foi criado. Possui um déficit quanto ao atendimento, à estrutura física, às políticas públicas atuais dentre outras, deixando de ser igualitário, universal e integral. Nesse sentido Saleh (2011, p. 13) afirma:

Apesar de todo o cuidado na elaboração das leis respectivas, o Sistema Único de Saúde Brasileiro é ineficaz. Talvez, pela deficiência em relacionar os medicamentos essenciais, talvez sua ineficácia se encontre na distribuição dos mesmos, ou, quem sabe, porque atribuir somente ao Estado a responsabilidade para a efetivação de direitos sociais seja uma utopia.

Ainda, Saleh cita relevante observação de Vial (2006, *apud*, 2011, p. 15):

Há um significado avanço tecnológico na área da saúde (assim como em outras esferas da vida social), com Constituições que garantem o direito à saúde; existem políticas de saúde que pretendem garantir a universalidade dos serviços de saúde, mas, ao mesmo tempo, há crianças morrendo no primeiro ano de vida, mulheres morrendo por abortos mal praticados, cidadãos morrendo nas filas dos serviços de saúde. Todos esses dados são facilmente observados na realidade do dia-a-dia. (...) Neste quadro, observa-se que muitas pessoas têm acesso a determinados bens e serviços, não através de uma efetiva inclusão social, mas através da exclusão. (...) Uma questão aparece como consenso: o Estado é fundamental, ou seja, é a condição *sine qua non* para a implementação de políticas sociais mais inclusivas. Contudo, é preciso falar de outro tipo de Estado: um estado forte, no sentido social, que seja capaz de enfrentar as estratégias excludentes de uma sociedade complexa e paradoxal como a atual

E é nesse momento, na falta de amparo dos cidadãos pelo SUS (Estado), que o Judiciário aparece como única solução para intervir na tentativa de sanar certas falhas apresentadas pelo sistema.

3.2 DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Como dito anteriormente, as políticas públicas são ações implementadas pela Administração Pública para concretizar os direitos assegurados pelo sistema jurídico vigente, estas são necessárias uma vez que nada vale o mero reconhecimento formal dos direitos sem instrumentos para efetivá-los na prática. Por outro lado, essas realizações são atos administrativos que, em tese, são discricionários segundo critérios de

conveniência e oportunidade, mas sempre visando interesse público. (FREIRE JR., 2004)

É no âmbito dessa discricionariedade que ocorrem os embates entre o direito à vida, à saúde e a falta, a omissão do Estado frente às políticas públicas voltadas a saúde, trazendo seus inúmeros argumentos no intuito de se eximir de suas responsabilidades. E é nesse confronto que surge a necessidade de intervenção do Poder Judiciário.

Cabe ressaltar que a atuação judicial far-se-á em um momento posterior ao da constatação de que as ações positivas estatais não garantiram o direito à saúde. É, portanto, uma atuação secundária em relação ao dever dos poderes públicos, especialmente do executivo, pois inexistiria necessidade de uma decisão derivada do sistema judiciário caso tais poderes cumprissem com seu papel. (SCHWARTZ, 2001)

Os tribunais têm apresentado constante entendimento de que é dever do Estado fornecer tratamentos, remédios e outras formas de atendimento que se façam necessários para efetivação do direito à vida, à saúde e com respeito à dignidade da pessoa humana.

Apesar disso, vem crescendo dentro do Judiciário o número de demandas que têm como objetivo medicamentos, tratamentos ou outros insumos dos mais diversos. O Poder Judiciário então em muitas decisões assegura o acesso à saúde de forma integral a aqueles que recorrem a ele, garante procedimento e medicamentos que estão nos protocolos do SUS, como também aqueles que não estão. Não se refere aqui apenas a medicamentos e as listagens desatualizadas, mas também a inúmeras políticas públicas, a inúmeros protocolos que poderiam ser elaborados se fossem verificadas as reais e atuais necessidades.

A judicialização da saúde, portanto, é fenômeno relevante visto que, além ser grande aliado das pessoas que não tiveram o devido amparo estatal, traz inúmeras consequências. Essas decisões do Judiciário, sem dúvida, acabam por refletir no Estado e são essas consequências e outros “impedimentos legais” que o poder público e alguns doutrinadores sustentam

como adequados para fundamentar a não possibilidade de intervenção do Poder Judiciário nas questões políticas relativas à saúde.

Nesse momento, passa-se a analisar alguns argumentos do Poder Público que impediriam a atuação judicial nas demandas de saúde e breve considerações acerca da concreta possibilidade da atuação judicial.

3.2.1 Limites e possibilidade de concretização judicial do direito à saúde

3.2.1.1 Separação dos Poderes

Aristóteles, John Locke e Rousseau foram quem, inicialmente, mencionaram o princípio da separação dos poderes e conceberam doutrina sobre o tema, mas foi Montesquieu que definiu e divulgou tal teoria. Essa teoria teve objetivação positiva nas constituições das ex-colônias inglesas da América, concretizando-se em definitivo na Constituição dos Estados Unidos de 1787. Na Revolução Francesa tornou-se um dogma constitucional, a ponto de o art. 16 da declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 declarar que não teria constituição a sociedade que não assegurasse a separação dos poderes. Foi considerado, portanto, como de extrema relevância para a garantia dos direitos do homem. (SILVA, 2004)

Na legislação brasileira vigente, o princípio da separação dos poderes encontra-se positivado no art. 2º da CRFB/88, o qual prevê que são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Cabe esclarecer que apesar da nomenclatura separação dos poderes, o poder estatal é uno. Ocorre que a separação é na distribuição de determinadas funções estatais a diferentes órgãos do Estado. (FREIRE JR., 2004)

Com a ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs uma nova visão da teoria da separação dos poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos Executivo e Legislativo e destes com o Judiciário, isto fez com que hoje esse princípio não seja tão rígido. Portanto, nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência

são absolutas, há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, visando a busca do equilíbrio necessário a realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados. (SILVA, 2004)

Tendo em vista essa teoria, parte da doutrina sustenta ser inadmissível a intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas visto que seria grave violação na esfera dos outros poderes. Aduzem que as decisões políticas devem ser tomadas por representantes eleitos pelo povo que possam ser substituídos periodicamente através do sistema eleitoral, esses representantes foram escolhidos para estabelecer a pauta de prioridades na implementação das políticas sociais e econômicas. Aos juízes faltaria essa legitimidade para decidir acerca das questões políticas, ou seja, a substituição do legislador/administrador público pela figura do juiz não se mostraria politicamente legítimo. Além disso, o Poder Judiciário não possui o aparato técnico para a identificação das reais prioridades sociais, necessitando, nestes casos, das informações prestadas pela própria Administração Pública. (APPIO, 2005)

Ressalta-se também no fato de que a atividade-fim do Judiciário é a de revisão dos atos praticados pelos demais Poderes e não sua substituição, enquanto que a atividade-fim da Administração é estabelecer uma pauta de prioridades na execução de sua política social, executando-a de acordo com critérios políticos, gozando de discricionariedade (APPIO, 2005). A discricionariedade do administrador público significa que ele pode optar em prestar um ou outro serviço, atendendo ao interesse público que lhe pareça mais conveniente. Sendo que essa liberdade do administrador, segundo a teoria da separação dos poderes de Montesquieu, seria inatacável (ROSSATO, LÉPORE, CUNHA, 2010).

Para melhor elucidação do argumento, seguem palavras de Barroso (p. 10 e 22):

[...] impugnação a atuação judicial na matéria, repetidamente formulada, diz respeito a intrincada questão da legitimidade democrática. Não são poucos os que sustentam a impropriedade de se retirar dos poderes legitimados pelo voto popular a prerrogativa de decidir de que modo os recursos públicos devem ser gastos. Tais recursos são obtidos através da cobrança de impostos. E o próprio

povo – que paga os impostos – quem deve decidir de que modo os recursos públicos devem ser gastos. E o povo pode, por exemplo, preferir priorizar medidas preventivas de proteção da saúde, ou concentrar a maior parte dos recursos públicos na educação das novas gerações. Essas decisões são razoáveis, e caberia ao povo tomá-las, diretamente ou por meio de seus representantes eleitos.

[...]

O princípio democrático, por sua vez, se expressa na idéia de soberania popular: todo poder emana do povo, na dicção expressa do parágrafo único do art. 1º da Constituição brasileira. [...] A idéia de governo da maioria se realiza, sobretudo, na atuação do Executivo e do Legislativo, aos quais compete a elaboração de leis, a alocação de recursos e a formulação e execução de políticas públicas, inclusive as de educação, saúde, segurança etc.

Portanto, sob o fundamento da insuficiência das políticas públicas existentes e, diante da omissão do legislador e do Poder Executivo, os juízes estariam invadindo a esfera de competência dos outros poderes, exercendo uma atividade positiva quanto à efetivação dessas políticas, porém desprovidos do conhecimento técnico e de representatividade popular para tal.

De forma contrária a esta posição, outra parcela da doutrina afirma que a intervenção judicial nas políticas públicas não viola o princípio da separação dos poderes, uma vez que este precisa ser adequado e interpretado ao tempo e ao Estado em que se encontra.

Em relação à separação dos poderes Facchini (2007) ressalta que:

Ao Poder Judiciário, habituado a julgar e solucionar litígios interpartes, o ideário de uma democracia de moldes substanciais atribui-lhe um novo papel, que não substitui, mas complementa e se agrega às suas antigas, clássicas e rotineiras funções. **É possível transformá-lo em um poderoso instrumento de controle e implementação de políticas públicas na medida em que os demais poderes omitirem-se quanto aos seus deveres institucionais de criar e executar políticas públicas, buscando a transformação do existente na direção do horizonte fixado na Constituição Federal. O princípio da separação dos poderes, dessa forma, só revela a sua utilidade caso seja interpretado como doutrina dos *checks and balances*, ou seja, como instrumento limitador do abuso do poder mediante o recíproco controle entre os três poderes estatais.** (Grifou-se)

Nessa conjuntura, percebe-se a contraposição entre a teoria da *separation des pouvoirs* e a doutrina americana dos *checks and balances*. Enquanto a primeira foi interpretada e aplicada no sentido de obstar a possibilidade de qualquer interferência dos magistrados no campo de atuação

dos outros poderes, a segunda foi inspirada no recíproco controle e equilíbrio que deve existir entre os poderes estatais. (FACCHINI, 2007)

Desse modo, sob tal perspectiva, é possível explicar porque o Poder Judiciário pode exercer o controle da constitucionalidade das leis e dos atos administrativos, ao passo que aos Poderes Legislativo e Executivo é permitido intervir no momento da escolha e nomeação dos juízes para instâncias superiores. Em um Estado Social e Democrático de Direito como o Brasil, é inconcebível a concepção da separação dos poderes como sendo um princípio que impõe o afastamento de qualquer ingerência entre os três poderes. A interferência recíproca sempre ocorreu e, na sociedade contemporânea, é imperiosa até como forma de equilibrar o poder. (FACCHINI, 2007)

Em relação à atual interpretação do princípio da separação dos poderes, colaciona-se a lição de Bonavides (2006, p. 634):

Tocante ao princípio da separação dos Poderes, enquanto inspirado pela doutrina da limitação do poder do Estado, é uma coisa; já inspirado pela teoria dos direitos fundamentais, torna-se outra, ou seja, algo distinto, ali exhibe rigidez e protege abstratamente o conceito de liberdade desenvolvido pela relação direta indivíduo-Estado; aqui ostenta flexibilidade e protege de maneira concreta a liberdade, supostamente institucionalizada na pluralidade dos laços e das relações sociais (...). Na equação dos poderes que se repartem como órgãos da soberania do Estado nas condições impostas pelas variações conceituais derivadas da nova teoria axiológica dos direitos fundamentais, resta apontar esse fenômeno da transferência e transformação política: a tendência do Poder Judiciário para subir de autoridade e prestígio; enquanto o Poder Legislativo se apresenta em declínio de força e competência. (Grifou-se)

Ademais, é função do Poder Judiciário, desde que provocado em face da inércia da jurisdição, intervir sobre o exercício das atividades e atos dos demais Poderes, na medida em que é o Poder constitucionalmente responsável pela função de verificar a compatibilidade destas atividades com a Lei Fundamental. Neste ínterim, colaciona-se trecho do julgamento proferido na ADPF nº. 45², *in verbis*:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas

² BRASIL. STF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 45. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=45&processo=45>> Acesso em 6 de maio de 2013.

públicas [...], pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. **Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre ele incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.** (BRASIL. STF. ADPF nº. 45. Ministro relator: Celso de Mello. Data decisão: 29/4/2004) (Grifou-se)

Verifica-se que a postura mais ativista do Poder Judiciário decorre da nova leitura da separação de poderes, adequada ao tempo de globalização, sendo que a separação de poderes não pode mais ser interpretada da forma clássica. (FREIRE JR., 2004)

O sistema jurídico não pode substituir o sistema político na escolha das políticas públicas, no entanto, possui relevante papel em efetivá-las, assim como em impor ao Estado, quando há ofensa aos direitos fundamentais, uma atuação política comprometida com a escolha e efetivação de políticas públicas.

Leciona Schwartz (2001) que a saúde, que é direito público subjetivo e fundamental do homem, quando lesionada não pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário. O Judiciário, no constitucionalismo contemporâneo, possui como tarefa principal garantir a observância e cumprimento dos direitos fundamentais do homem, ele está constitucionalmente obrigado a assegurar o cumprimento dos direitos fundamentais.

Os magistrados exercem seu poder em nome do povo e em prol dos ideais inscritos na Constituição. O juiz é o intérprete constitucional qualificado, competindo-lhe zelar pelos valores consignados na Constituição e garantir o respeito e efetivação dos direitos fundamentais e sociais. (FREIRE JR., 2004)

Portanto, sempre que um juiz ou tribunal estiver atuando para preservar um direito fundamental previsto na constituição ou dar cumprimento a uma lei existente, estes poderão interferir nas deliberações dos órgãos Legislativo e o Executivo impondo ou invalidando ações administrativas e políticas públicas. (BARROSO)

3.2.1.2 Reserva do Possível

A reserva do possível foi primeiramente aplicada pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha em dois processos envolvendo o acesso de cidadãos ao estudo do curso de medicina nas Universidades de Hamburgo e Munique. As Cortes Administrativas solicitaram uma decisão da Corte Constitucional Federal a respeito da compatibilidade de certas regras legais estaduais, que restringiam o acesso ao ensino superior, com a Lei Fundamental. Ocorreu que o número de estudantes na universidade praticamente dobrara e o desenvolvimento das universidades não acompanhou este número. Para que isso fosse resolvido o governo teria que desembolsar um valor significativamente alto, o que seria irreal em uma situação de pós-guerra. Assim, restringiram o número de vagas para o ensino superior, de fato não era possível atender toda a população. (OLSEN, 2006)

A decisão do caso citado se deu tendo por base a razoabilidade da alocação dos recursos. Assim, segundo a reserva do possível, mesmo que o Estado dispusesse dos recursos não se poderia impor a ele uma obrigação que fugisse aos limites razoáveis. Isso poderia acarretar no comprometimento da noção de Estado Social, uma vez que estaria se colocando a liberdade individual muito acima dos objetivos comunitários. (OLSEN, 2006)

Ao buscar o significado do princípio da reserva do possível Canotilho (2008) conclui que a realização dos direitos sociais caracterizar-se-ia pela gradualidade da realização, ou seja, a realização dos direitos sociais em conformidade com o equilíbrio econômico-financeiro do Estado; pela dependência financeira relativamente ao orçamento do Estado; pela tendencial liberdade de conformação do legislador quanto às políticas de realização destes direitos e pela insusceptibilidade de controle jurisdicional dos programas político-legislativo, a não ser em caso de contradição a normas constitucionais ou ultrapassem dimensões razoáveis.

No Brasil, há um grande número de demandas judiciais pleiteando tratamentos médico-hospitalares de elevado custo, bem como para

fornecimento de medicamentos especiais ou outros insumos, as quais são constantemente contestadas pelos entes federados sob o argumento da reserva do possível. Tal princípio é utilizado pelo Estado como argumento para se eximir do compromisso de efetivar os direitos sociais, ante a ausência e ou insuficiência de recursos financeiros ou falta de previsão orçamentária para tal despesa.

O princípio em tela tem oportunizado diversas controvérsias na doutrina e na jurisprudência, passa-se agora a análise de sua utilização como justificativa a não-efetivação pelo Estado dos direitos fundamentais e sociais.

Um dos argumentos em defesa do princípio da reserva do possível diz respeito à impossibilidade de custear despesa não prevista na lei orçamentária anual, cuja legitimidade de iniciativa do projeto de lei é do Poder Executivo, a ser, posteriormente, deliberado e votado pelo Legislativo. (APPIO, 2004)

Assim, não compete ao Poder Judiciário determinar o implemento ou intervir em uma política pública social sem indicar a respectiva fonte de custeio dessas despesas. É preciso que as receitas e despesas referentes a programas sociais estejam previamente estabelecidas na lei orçamentária anual, pois senão os juízes estariam adentrando em uma seara exclusiva de cunho eminentemente administrativo e técnico atinentes aos Poderes Legislativo e Executivo. (APPIO, 2004)

Nesse sentido, o Poder Judiciário não deveria assim interferir nas programações, planejamentos e atividades próprias do Executivo e Legislativo, pois justamente não domina conhecimento específico necessário para interferir em políticas de saúde. O juiz está atrelado apenas em casos concretos, a micro-justiça, ao invés da macro-justiça, cujo gerenciamento é competência da Administração Pública. (BARROSO)

A decisão sobre as prioridades a serem conferidas pelo Poder Público na área da saúde é essencialmente uma decisão política que refoge do âmbito do controle judicial, razão pela qual as ações individuais em face do Estado não podem implicar a substituição da atividade administrativa. (APPIO, 2004)

Assim sendo, numa democracia, não se pode concordar com a substituição pelos juízes, do exercício desse poder político, sob pena de esvaziamento dos demais Poderes da República, eleitos pelo voto popular. (APPIO, 2004)

Outra questão é a limitação fática dos recursos financeiros do Estado, o que compromete a plena implementação dos direitos sociais. Os defensores do princípio alegam que o Estado não ostenta recursos ilimitados no plano assistencial para atender todas as pretensões individuais. Portanto, estes direitos estariam vinculados a existência de condições materiais, especialmente econômicas, para seu atendimento. (APPIO, 2004)

Argumento em prol da reserva do possível é também que a assistência prestada pelo Estado a pretensões sociais individuais afrontaria o princípio da isonomia na medida em que haveria alguma redução dos recursos destinados a saúde da coletividade. (APPIO, 2004)

Segundo Appio (2004):

Trata-se, por conseguinte, de um equívoco na aplicação do que Aristóteles chamava de “justiça distributiva”, na medida em que acaba promovendo a quebra do princípio da igualdade entre os cidadãos, impondo aos menos afortunados má-sorte de não estarem judicialmente representados. Se os recursos são escassos e os medicamentos têm alto custo, evidentemente que haverá um racionamento dos recursos que acabará por prejudicar os menos afortunados na sociedade. Afecções que já se julgavam definitivamente debeladas no século XII, como dengue, malária e tuberculose, vitimarão milhares e talvez milhões de cidadãos, mas alguns poucos serão poupados porque tiveram a representação judicial adequada.

Aduzem, os adeptos de tal corrente, que a decisão judicial que determina a aquisição de medicamento de alto custo ou um tratamento médico-hospitalar para um ou mais entes da Federação a fim de atender a pretensões individuais ou pretensões restritas de um determinado grupo, acabaria fatalmente por prejudicar o restante da população. Barroso assevera nesse sentido fazendo a seguinte observação: “O que está em jogo, na complexa ponderação aqui analisada, é o direito à vida e à saúde de uns *versus* o direito à vida e à saúde de outros. Não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nessa questão.” Appio diz, portanto, ser evidente afronta ao princípio da isonomia dos cidadãos, consagrado no art. 5º, I, da Constituição Federal,

uma vez que se reduz os recursos que seriam destinados à toda coletividade, podendo até mesmo inviabilizar o sistema de saúde pública no país. (APPIO, 2004)

Vistos esses argumentos, verificamos que não há dúvidas da legitimidade dos Poderes Legislativo e Executivo para eleger os programas sociais que serão priorizados na Administração, uma vez que são legítimos representantes eleitos pelo povo. Todavia, como solucionar demandas trazidas ao Judiciário devido à falta de leitos hospitalares, medicamentos e outros tratamentos diversos quando, teoricamente, não há recursos financeiros suficientes?

Não parece razoável diante dos princípios e valores constitucionais a mera negativa dessas demandas sob o argumento de que essas despesas não foram previstas no orçamento anual, de que o Poder Judiciário não pode intervir em questões de competência de outro poder ou de que simplesmente não há recursos. Não estamos falando de coisas, mas sim da vida de seres humanos, bem este sem dúvida mais relevante de qualquer sociedade, pressuposto de todos os demais direitos existentes. Assim, para assegurar o respeito aos direitos fundamentais e conferir aos ditames da Constituição a máxima efetividade, deve-se superar argumentos acerca dos orçamentos públicos e direito financeiro.

Quanto aos limites fáticos, reconhece-se que o Estado possui limitações financeiras em razão do elevado percentual de despesas que lhe oneram. Entretanto, a alegada escassez de recursos públicos não pode justificar a supressão de direitos fundamentais, mormente quando em risco a integridade física dos seus cidadãos. A vida é o bem primordial a ser tutelado pelo Estado e este não pode exonerar-se de tão importante dever sob a alegação de limitações orçamentárias.

Dworkin (*apud*, APPIO, 2006), neste aspecto, cita o princípio do resgate, segundo o qual a saúde e a manutenção da vida humana seriam os bens mais importantes de uma comunidade, razão pela qual deveríamos aplicar todos os recursos financeiros possíveis para salvar uma vida, por

menores que sejam as chances de sobrevivência e por maiores que sejam os custos envolvidos.

Deve haver a máxima cautela quando o Poder Executivo invoca o argumento da reserva do possível para justificar a sua omissão na área da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente de cunho social. A mera alegação de inexistência de verbas orçamentárias para a implementação das políticas públicas exigidas judicialmente não pode ser motivo suficiente a caracterizar a impossibilidade jurídica ou fática. A limitação de recursos econômicos do Estado é uma realidade que não pode ser ignorada. Contudo, tais limitações não podem eximir o ente público de seus compromissos constitucionais e proteção aos direitos fundamentais.

Cabe ressaltar que o Estado alega em sua defesa a deficitária disponibilidade de recursos para assegurar a efetividade dos direitos sociais, mas não faltam recursos para custear propaganda institucional, por exemplo. Assim, antes de o Estado se desincumbir de seus deveres constitucionais em garantir ao povo, direitos primordiais como a saúde, deve comprovar obstáculo real e legítimo ao inadimplemento, demonstrando sua boa vontade com cortes orçamentários em áreas não-essenciais, supressão de desperdícios públicos e otimização de todos os recursos existentes, sob pena de incorrer em grave violação aos direitos fundamentais. (FREIRE JR., 2004).

Nesse passo, adverte Justem Filho (2011, p. 156):

[...] a cláusula da 'reserva do possível' – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Ou seja, a realização dos direitos fundamentais não é opção do administrador público. Os direitos que estão intimamente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana não podem ser limitados em razão da escassez de recursos quando esta é fruto da discricionariedade do administrador. (JUSTEM FILHO, 2011)

A respeito do princípio da reserva do possível e a prestação estatal ao direito à saúde, destaca-se a lição Sarlet (2004, p. 322):

Por mais que os poderes públicos, como destinatários precípuos de um direito à saúde, venham a opor – além da já clássica alegação de que o direito à saúde (a exemplo dos direitos sociais prestacionais em geral) foi positivado como norma de eficácia limitada – os habituais argumentos da ausência de recursos e da incompetência dos órgãos judiciários para decidirem sobre a alocação e destinação de recursos públicos, não nos parece que esta solução possa prevalecer, ainda mais nas hipóteses em que está em jogo a preservação do bem maior da vida humana. Não nos esqueçamos de que a mesma Constituição que consagrou o direito à saúde estabeleceu – evidenciando, assim, o lugar de destaque outorgado ao direito à vida – uma vedação praticamente absoluta (salvo em caso de guerra regularmente declarada) no sentido da aplicação da pena de morte (art. 5º, inc. XLVII, alínea a). **Cumpra lembrar, mais uma vez, que a denegação dos serviços essenciais de saúde acaba – como sói acontecer – por se equiparar à aplicação de uma pena de morte para alguém cujo único crime foi o de não ter condições de obter com seus próprios recursos o atendimento necessário, tudo isto, habitualmente sem qualquer processo e, na maioria das vezes, sem possibilidade de defesa, isto sem falar na virtual ausência de responsabilização dos algozes, abrigados pelo anonimato dos poderes públicos. O que se pretende realçar, por ora, é que, principalmente no caso do direito à saúde, o reconhecimento de um direito originário a prestações, no sentido de um direito subjetivo individual a prestações materiais (ainda que limitadas ao estritamente necessário para a proteção da vida humana), diretamente deduzido da Constituição, constitui exigência inarredável de qualquer Estado (social ou não) que inclua nos seus valores essenciais a humanidade e a justiça. (Grifou-se)**

Enfim, analisando o conflito entre questões de direito financeiro e orçamentário e a materialização dos direitos fundamentais, conclui-se que a vida e a saúde da população devem preponderar. A CRFB/88 em seu art. 196 estabelece que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas” e tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, conforme prescreve o art. 1º, inciso III. Assim, há que se privilegiar a efetivação das políticas públicas na área da saúde. (BRASIL, 2013 A)

A prévia inclusão de despesas no orçamento não é um fim em si mesmo e, em se tratando de assegurar o acesso aos direitos fundamentais como, por exemplo, a saúde pública, as normas constitucionais devem ser interpretadas em prol da máxima efetividade dos direitos fundamentais. (FREIRE JR., 2004)

Nesse sentido, o papel do Poder Judiciário em salvaguardar os direitos fundamentais e sociais e assegurar a máxima efetividade à Constituição assume uma enorme relevância. Em relação ao tema, Streck (2004, p.15) pontifica que:

A eficácia das normas constitucionais exige um redimensionamento do papel do jurista e do Poder Judiciário (em especial da Justiça Constitucional) nesse complexo jogo de forças, na medida em que se coloca o seguinte paradoxo: uma Constituição rica em direitos (individuais, coletivos e sociais) e uma prática jurídico-judiciária que (só) nega a aplicação de tais direitos.

Diante do exposto, percebe-se que se existirem omissões estatais em implementar políticas públicas voltadas à saúde, sejam essas demandas individuais ou coletivas, o Poder Judiciário deverá, lastreado na parcela de soberania que lhe cabe e consubstanciado na defesa e efetividade dos direitos fundamentais, ordenar que o Estado efetive o direito fundamental à saúde, seja realocando verbas destinadas a outros serviços, como verbas destinadas a setores não essenciais, seja pela inclusão da despesa no orçamento do ano seguinte.

Uma vez apresentadas as defesas em prol dos dois principais argumentos da Administração Pública frente às demandas judiciais relacionadas à saúde e sua impossibilidade de aplicação, deve-se observar que é nítida a inércia da Administração Pública frente aos problemas sociais na área da saúde. A falta de criação de políticas públicas para solucionar os casos ou dar melhor amparo as pessoas faz com que haja a clara possibilidade de intervenção do Poder Judiciário.

Além disso, vale destacar que é sólida a posição de que são solidários e responsáveis pelo acesso a saúde a União, os Estados e os Municípios, uma vez que o artigo 196 da CRFB/88 traz em seu texto que a saúde é dever do Estado, sem indicar qual o ente federado vai incidir esse dever, além de outras questões a serem mais bem abordadas no próximo capítulo. (BRASIL, 2013 A)

Dallari (apud, ROSSATO, LÉPORE, CUNHA, 2010, p. 112/113) afirma que:

[...] essa exigência legal é bem ampla e se impõe a todos os órgãos públicos competentes para legislar sobre a matéria, estabelecer

regulamentos, exercer controle ou prestar serviços de qualquer espécie para promoção dos interesses e direitos de crianças e adolescentes. [...]. Assim, também, a tradicional desculpa de 'falta de verba' para a criação e manutenção de serviços não poderá mais ser invocada com muita facilidade quando se tratar de atividade ligada, de alguma forma, a crianças e adolescentes

A condição primordial para o desenvolvimento de qualquer regime democrático é a vida do ser humano, esta não pode ser colocada em segundo plano por distorções ideológicas que objetivam esconder reais e egoístas interesses. A saúde não pode estar condicionada a discursos vagos, promessa políticas e ideologias cambaleantes. (SCHWARTZ, 2001). A saúde não pode estar subordinada as teorias de aspectos apenas econômicos. O Estado deve observar a dignidade da pessoa humana, deve observar a proteção integral à pessoa, buscando uma sadia qualidade de vida. Isso tudo deve ser o norte para escolha do medicamento ou congênere a ser fornecido pelo Estado. (SALEH, 2011)

Se faz necessária uma ampla e imediata atenção do Estado no que se refere as políticas públicas voltadas a saúde, rompendo essa cápsula que o próprio Estado criou para repelir suas obrigações, justificando sua inércia. Deve-se atuar de forma ativa e concreta em prol dos direitos fundamentais, direitos humanos e demais valores trazidos pela nossa carta maior.

Feitas tais considerações, passa-se ao exame do objeto principal deste trabalho.

4 LEITES COM FÓRMULAS ESPECIAIS

4.1 ALERGIA AO LEITE DE VACA E INTOLERÂNCIA À LACTOSE

A alergia à proteína do leite de vaca (APLV) e a intolerância à lactose (IL) são reações adversas do organismo que precisam ser remediadas através da isenção ou redução do leite e seus derivados da dieta alimentar. O leite de vaca é um dos alimentos que mais pode influenciar as reações alérgicas nas pessoas. Segundo especialistas, este tipo de reação pode desencadear diversos problemas. (ALERGIA OU...)

Com o avançar da idade, desde os primeiros anos de vida, existe uma tendência natural ao desenvolvimento da incapacidade de absorver a lactose, acarretando a intolerância à lactose. É possível que os sintomas da intolerância à lactose apareçam em crianças pequenas, mas o mais normal é eles surgirem em crianças maiores, adolescentes e, principalmente, adultos. Ainda, pode perdurar até o final da vida ou pode ser transitória, apresentando-se em vários graus. (SOBRE...)

Por outro lado, a alergia à proteína do leite mostra-se mais comum entre crianças da primeira infância. Além disso, mostra-se mais complicada de ser tratada, visto que o leite é o principal alimento nesta fase da vida, tendo um papel fundamental no crescimento e desenvolvimento da criança. (ALERGIA..., 2010)

A alergia ao leite de vaca atinge cerca de 5% das crianças com menos de 3 anos, já os adultos, raramente têm a doença. Metade das crianças com alergia à proteína do leite de vaca melhora por volta de 1 ano de idade. A maioria (90%) está curada ao completar 3 anos. São poucas as pessoas que continuam alérgicas por toda a vida. (ALERGIA...)

Importante ressaltar que para a elaboração de política pública é realizado estudo detalhado acerca de vários elementos que envolvam a doença. Portanto, em uma pesquisa para dispensação de fórmulas infantis especiais devem ser levadas em conta diversas doenças como a intolerância à lactose e a alergia à proteína do leite de vaca. Porém, para o presente estudo

focar-se-á na alergia à proteína do leite de vaca, uma vez que mais grave e comum entre as crianças de primeira infância.

A alergia à proteína do leite de vaca é uma reação alérgica às proteínas presentes no leite de vaca ou em seus derivados. Isso ocorre, porque assim que as crianças nascem seu intestino ainda está imaturo e a ingestão dessas proteínas pode iniciar um processo de inflamação no aparelho digestivo. O organismo identifica, através do sistema imunológico, a proteína do leite como um agressor, devendo assim, ser combatido. (ALERGIA..., 2010)

4.1.1 Causas e Sintomas

A influência genética/familiar é o fator mais associado ao desenvolvimento da alergia. Filhos de pais alérgicos possuem 75% de chances de ter alguma alergia. Além disso, os hábitos de limpeza, as vacinas e os antibióticos têm sido considerados como possíveis causas do aumento das alergias alimentares, uma vez que acarretam alterações no sistema imunológico e aumentando as chances de desenvolver alergias. (ALERGIA AO...)

Outro fator associado à alergia alimentar, principalmente à proteína do leite de vaca (APLV) é o contato precoce com o alimento. Ao nascer, o intestino e o sistema imunológico da criança ainda estão em fase de maturação, ou seja, ainda estão “aprendendo” a fazer a digestão dos alimentos e a defender o organismo contra substâncias nocivas. O alimento ideal para as crianças de primeira infância é o leite materno e é através deste que pequenas quantidades das proteínas que a mãe consome passam à criança, fazendo com que este vá lentamente tendo contato e se “acostumando” com os alimentos que consumirá no futuro. Esse processo chama-se desenvolvimento de tolerância. (ALERGIA AO...)

No entanto, se a criança ingere leite de vaca precocemente, as chances de desenvolver APLV aumentam, tendo em vista que o seu organismo ainda está “aprendendo” a fazer a digestão dos alimentos e, assim, pode ter dificuldade para digerir o leite de vaca e absorver suas proteínas inteiras. O

sistema imunológico da criança de primeira infância, que também ainda está em fase de amadurecimento, pode confundir a proteína do leite de vaca com algo nocivo e começar a reagir, desencadeando a alergia. (ALERGIA AO...)

Os sintomas vão depender do tipo de manifestação da alergia que podem ser mediadas por IgE, não mediadas por IgE e mistas.

As reações mediadas por IgE são denominadas desta forma, pois o organismo produz anticorpos específicos do tipo IgE para os alérgenos alimentares. No caso da APLV, o organismo produzirá anticorpos IgE específicos para as proteínas do leite de vaca que a criança é alérgica. Elas são consideradas imediatas, pois os sintomas aparecem logo após o contato com o alimento. Os sintomas mais comuns neste caso são: diarreia e vômito em jato, edema de lábio, língua ou palato (céu da boca); urticária (empipocamento do corpo), asma, rinite e anafilaxia (coceira, dificuldade para respirar, fechamento da garganta). Os exames de sangue (RAST) e de pele (prick teste) podem ajudar na investigação, pois estes exames pesquisam anticorpos IgE. (ALERGIA AO...)

Já as manifestações não mediadas por IgE (ou mediadas por células) são aquelas em que o organismo não produz anticorpos IgE específicos. Nestes casos a reação é mediada por outras células. O grande diferencial deste tipo de reação clínica é que os sintomas são tardios, podendo aparecer horas ou dias após a ingestão do leite ou do alimento que a pessoa é alérgica. Além disso, não é possível diagnosticar a alergia através dos exames de sangue (RAST) e de pele (prick teste), uma vez que nestes exames verificam apenas os anticorpos IgE. Os sintomas mais comuns neste caso são: inflamação do intestino acompanhada de diarreia com sangue ou não, vômito (não imediato à ingestão do leite), dores na região abdominal, assaduras e vermelhidão perianal, recusa alimentar, irritabilidade e choro excessivos, baixo ganho de peso. Pode ocorrer também constipação intestinal (intestino preso, fezes ressecadas). (ALERGIA AO...)

Ainda, algumas crianças podem apresentar os dois tipos, denominadas como manifestações mistas. Nestes casos, podem surgir sintomas imediatos e tardios à ingestão do leite. Os mais comuns são: refluxo,

dores abdominais decorrentes da gastrite, dores na região do peito decorrente da esofagite, asma e dermatite atópica (ressecamento com ou sem descamação e lesão da pele). (ALERGIA AO...)

4.1.2 Diagnóstico e Tratamentos

A APLV é difícil de ser diagnosticada e, mesmo que o paciente possua um dos sintomas acima citados, não necessariamente a causa será a alergia alimentar. Há outras doenças cujos sintomas são parecidos e podem confundir com APLV, como, por exemplo, refluxo, dermatite, cólicas entres outros. (ALERGIA AO...)

O diagnóstico da APLV deve ser feito com base em investigação minuciosa da história clínica da criança e dieta de exclusão (também conhecida como dieta de eliminação) que se trata de uma dieta onde o alimento suspeito de ocasionar a alergia é completamente eliminado da dieta. Por exemplo, se a suspeita é de APLV, o leite de vaca e todos os alimentos que podem conter proteínas do leite de vaca (por exemplo, bolachas, pães, manteiga, bolos, panqueca, queijos, iogurtes, etc) são retirados da dieta. (ALERGIA AO...)

Em casos de crianças com suspeita de APLV, recomenda-se a continuidade do aleitamento materno e que a própria mãe faça a dieta de exclusão. Caso a mãe não esteja amamentando, recomenda-se o uso de fórmulas ou dietas especializadas à base de proteínas extensamente hidrolisadas ou à base de aminoácidos. (ALERGIA AO...)

Esta dieta de exclusão deverá ser realizada por 1 a 6 semanas. Se neste período o paciente não melhorar, deve-se verificar se houve algum erro, se a fórmula está ocasionando alergia. Mas se após as 1 a 6 semanas de dieta de exclusão a criança estiver melhor, o teste de provocação oral (TPO) deverá ser realizado. (ALERGIA AO...)

O TPO consiste na oferta de alimentos em doses crescentes e intervalos regulares, sob supervisão médica, com concomitante monitoramento de possíveis reações. Se a criança não apresentar reação alérgica, há duas possibilidades, ou os sintomas não eram ocasionados por alergia alimentar, e

sim por alguma outra doença; ou a criança apresentava alergia alimentar, porém desenvolveu tolerância durante as semanas de dieta de exclusão. Se por outro lado o TPO desencadear alguma reação alérgica, o diagnóstico da alergia alimentar está confirmado. Lembrando que nesse caso se deve excluir totalmente a proteína do leite, pois até mesmo alimentos “contaminados” com proteínas do leite podem desencadear o processo alérgico. (ALERGIA AO...)

O tratamento da APLV consiste na realização da dieta de exclusão por no mínimo 6 meses. O sucesso do tratamento das alergias alimentares depende do adequado seguimento da dieta. Quase sempre a APLV tem cura. Para verificar se houve este desenvolvimento de tolerância, novos TPOs deverão ser realizados a cada 6 a 12 meses. (ALERGIA AO...)

4.1.2.1 Leites com fórmulas especiais

Os leites com fórmulas especiais são, portanto, o tratamento adequado para crianças que possuem alergia à proteína do leite de vaca.

Nos últimos anos, houve um aumento nas opções de fórmulas infantis especiais, cada vez mais a indústria aprimora as fórmulas com a finalidade de oferecer um “substituto” ao leite materno capaz de suprir as necessidades de cada criança. (ALERGIA ALIMENTAR...)

O leite materno é considerado pela Organização Mundial da Saúde o alimento ideal nos primeiros meses de vida das crianças. Porém, no caso de APLV, a mãe deve aderir a uma dieta especial isenta de leite de vaca e seus derivados. Caso a mãe não consiga aderir a essa dieta ou os sintomas não melhorarem ou a mãe não puder mais amamentar, então, há indicação de fórmulas infantis. (PASSOS, 2012)

A fórmula infantil é um alimento em pó preparado com água e que proporciona uma nutrição completa e balanceada, podendo ser usada como dieta exclusiva ou complementar. (PASSOS, 2012)

Tendo isso em vista, abordaremos as mais importantes fórmulas infantis disponíveis, suas indicações e restrições em relação ao tratamento de APLV.

Estão disponíveis no mercado fórmulas à base do leite de vaca e à base de soja, com proteínas extensamente hidrolisadas ou parcialmente hidrolisadas (quando a proteína é fragmentada para evitar reações alérgicas). Há ainda as isentas de lactose e com 100% de aminoácidos livres. Todas são acrescidas de ferro e vitaminas e possuem maiores concentrações de nutrientes. (PASSOS, 2012)

As *fórmulas parcialmente hidrolisadas* não são recomendadas ao tratamento da APLV, pois em sua composição há proteínas intactas, conferindo alto grau de alergenicidade. As *fórmulas sem lactose* são compostas de proteínas íntegras, portanto apresentam alto grau de alergenicidade, nesse caso é indicado só em caso de controle da ingestão de lactose, como é necessário em casos de intolerância à lactose, mas para APLV não é indicado. As *fórmulas à base de soja*, embora tenham melhor palatabilidade, não são consideradas hipoalergênicas. A Associação Brasileira de Alergia e Imunopatologia – ASBAI e a American Academy of Pediatrics – APP, recomendam a introdução somente após o 6 meses de vida, nos casos das Alergias Mediadas por IgE. Caso, a APLV seja Não Mediada por IgE, o uso desta fórmula não é recomendável, devido ao grau de reação alérgica. Outros *leites como o de cabra, ovelha e outros mamíferos* são tão alergênicos quanto ao leite de vaca. (ALERGIA ALIMENTAR...)

Já as *fórmulas extensamente hidrolisadas* são recomendadas para o tratamento da APLV. São fórmulas à base de proteína do soro do leite ou da soja, extensamente hidrolisada, encontrando-se na forma de aminoácidos livres (mas não 100%) e/ou peptídeos (compostos resultantes da união entre dois ou mais aminoácidos). Cerca de 90% dos pacientes com APLV apresentam melhora dos sintomas. Sua desvantagem é que o sabor dessas fórmulas não é muito agradável e têm alto custo. Ex: Alfaré, Pregomin, Peptamen e Peptamen Júnior; NAN H.A. (ALERGIA ALIMENTAR...; PASSOS, 2012)

As *fórmulas de aminoácidos livres* são consideradas as únicas hipoalergênicas, pois as proteínas se encontram na forma de aminoácidos. Também são isentas de lactose, sacarose, frutose, galactose e glúten. Indicadas para intolerantes à lactose, aos celíacos, indivíduos com

galactosemia, alérgicos à proteína do leite de vaca (IgE mediada ou não), má absorção intestinal, síndrome do intestino curto, doença de Chron e diarreia grave. Sua tolerabilidade é eficaz em mais de 90% dos pacientes em uso, portanto, igualmente indicada em caso de APLV. Essas fórmulas também têm alto custo. Ex: Aminomed (Comidamed), Neocate (Support), Neocate Advance, Vivonex Pediatric (Novarts) e Vivonex Plus. (ALERGIA ALIMENTAR...; PASSOS, 2012)

As fórmulas de soja podem causar alergia em até 6 de cada 10 crianças com APLV. As fórmulas ou dietas extensamente hidrolisadas ocasionam alergia em 1 de cada 10 crianças com APLV. Somente as fórmulas ou dietas de aminoácidos são realmente toleradas pelas crianças com APLV. (ALERGIA AO...)

Questão importante a ser ressaltada é o valor de tais leites especiais que varia bastante dependendo de cada estabelecimento. Tomemos por exemplo o leite Neocate, uma vez que mais solicitado nas demandas judiciais, no qual o preço varia de R\$ 148,00 (cento e quarenta e oito reais) à R\$ 224,20 (duzentos e vinte e quatro reais e vinte centavos) a lata de 400g³.

4.2 JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO E O FORNECIMENTO DO LEITE COM FÓRMULA ESPECIAL

É possível encontrar na jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região demandas acerca da concessão de leites com fórmulas especiais à crianças com alergia à proteína do leite de vaca ou soja/intolerância à lactose.

Ao realizar a pesquisa, analisou-se uma amostra que 30 (trinta) decisões proferidas, nos anos de 2011 e 2012, num total de 81 (oitenta e uma) decisões referentes a processos de diferentes subseções judiciárias em Santa Catarina, que envolvam na demanda a mesma doença, ou seja, alergia ao leite

3 Preços obtidos nos seguintes sites:

<<http://www.cliquefarma.com.br>>;

<<http://www.nutriservice.com.br/categoria.php?categoria&id=30>>;

<<http://www.onofre.com.br/alimentos-infantis/leites-e-formulas-infantis/251/03>>.

Acesso em 21 de março 2013.

de vaca ou soja/intolerância a lactose e que requeiram uma dentre as marcas Neocate (ou Neocate Advance), Pregomin (ou Alfare), Aminomed e Peptamen Junior (vide tabela apêndice A).

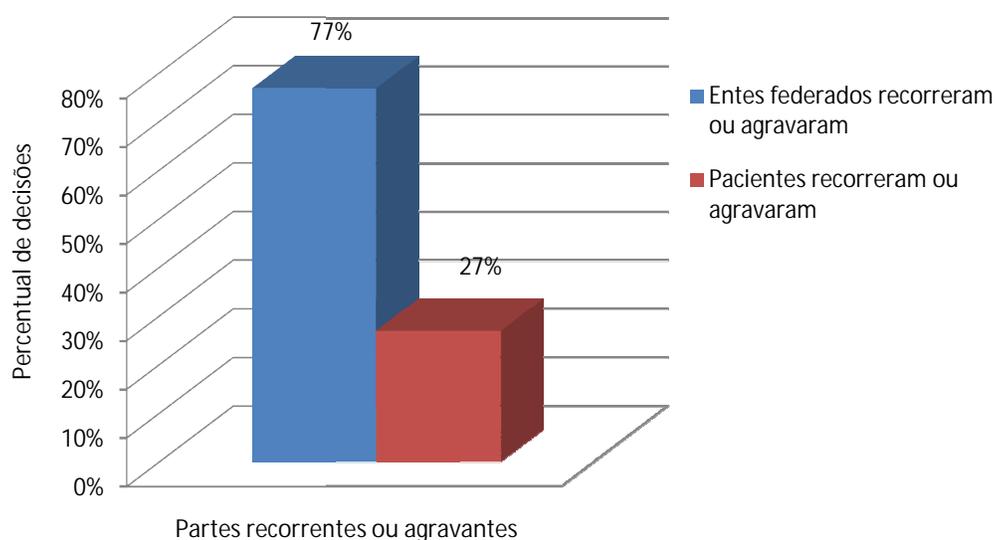
4.2.1 Considerações acerca da posição do Estado e do Paciente

Nas referidas demandas judiciais levadas à Segunda Instância, pode-se verificar que os entes federados (União, Estado e Município) apelaram ou agravaram em 77% (setenta e sete por cento) da amostra, conforme gráfico abaixo, e trouxeram como argumentos mais corriqueiros: ilegitimidade para figurarem no pólo passivo (no caso da União por ser gestora e financiadora do SUS e não executora das atividades, e no caso do Estado e Município que cabe a União financiar medicamento excepcional); ausência de litisconsórcio passivo necessário nas demandas de saúde (inviável chamamento ao processo); vedação ao fornecimento de medicamentos não padronizado pelo Ministério da Saúde; afronta do princípio da isonomia visto que o direito à saúde é universal e igualitário não podendo ser restringido a uma pessoa, além de trazer risco de prejuízo a outros pacientes do SUS.

Além disso, alegaram inexistência dos pressupostos legais para antecipações de tutela (necessidade de perícia); impossibilidade de análise do pedido, pois o Judiciário não pode realizar juízo de valoração acerca da conveniência e oportunidade de atuação administrativa, tendo em vista o princípio da separação do poderes; não previsão de fornecimento de alimento, não há legislação expressa sobre obrigatoriedade de fornecimento de fórmulas alimentares no âmbito do SUS; necessidade de observância do princípio da reserva do possível (respeito aos limites do orçamento público).

Tais argumentos serão analisados no penúltimo tópico juntamente com o posicionamento do Poder Judiciário nessas demandas.

Gráfico 1 – Percentual de decisões em que os entes federados ou os pacientes recorreram ou agravaram (vide tabela 2 no apêndice 2)



Por outro lado, a parte autora, que são as crianças representadas pelo responsável ou pelo Ministério Público, apelaram ou agravaram em 27% (vinte e sete por cento) da amostra, conforme gráfico acima, alegando que as fórmulas especiais são indispensáveis à saúde e desenvolvimento da criança e fundamentam com o direito à saúde, à vida, a responsabilidade do Estado e, principalmente, se atendo aos direitos da criança previstos na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente que trazem a prioridade absoluta no tocante à saúde. Além disso, demonstra que a interferência judicial nessas demandas é necessária e indispensável visto que houve a resistência do Estado para sua solução o que viola os direitos acima referidos.

Com base nisto, vale, para complementação do objetivo deste trabalho, apresentar e detalhar a aplicação dos direitos da criança previstos na CRFB/88 e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

4.2.1.1 Direitos da criança e do adolescente

Com a Constituição da República Federativa do Brasil, bem como com o Estatuto da Criança e do Adolescente, as crianças passaram a ser

consideras sujeitos de direito e assim possuem os direitos inerentes a pessoa humana, como direito à vida, direito à saúde entre outros.

A proteção à infância, que é um direito fundamental, fica resguardada pelo art. 6º da CRFB/88 (BRASIL, 2013 A). O art. 227 do mesmo diploma estabelece que:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 2013 A)

O parágrafo primeiro do dispositivo anteriormente citado inclusive ressalta que o Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, mediante políticas públicas específicas. (BRASIL, 2013 A)

Ainda, confirmando o previsto na Constituição, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/90) veio fortalecer ainda mais os direitos das crianças. (BRASIL, 2013 B)

No art. 3º do Estatuto está expresso que a criança goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, inclusive estando consignado que deverá ser assegurado, por lei ou por outro meio, todas as oportunidades e facilidades a fim que possibilitar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. (BRASIL, 2013 B)

O art. 4º, parágrafo único, por sua vez, disciplina o que seria a "absoluta prioridade" prevista tanto na Constituição quanto no Estatuto:

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude. (BRASIL, 2013 B)

Além disso, é estabelecido que a proteção à vida e à saúde realizar-se-á mediante a efetivação de políticas sociais públicas. Inclusive está consignado que o atendimento se dará por intermédio do Sistema Único de Saúde que garantirá acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde, permitindo assim o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência. (art. 7º, 11, BRASIL, 2013 B)

Ressalta-se que diz expressamente no art. 11, § 2º, do ECA, que "Incumbe ao poder público fornecer gratuitamente àqueles que necessitarem os medicamentos, próteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação". (BRASIL, 2013 B)

É importante frisar para o objetivo do presente estudo, o princípio da absoluta prioridade e a teoria da proteção integral à criança (art. 1º do ECA) que estão atrelados aos direito à vida, à saúde, à alimentação e à dignidade (BRASIL, 2013 B). Isso porque foi através dos dispositivos acima citados que foram consagradas a Teoria da Proteção Integral, esta que é voltada à efetivação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, objetivando proporcionar, por meio de políticas públicas, proteção e garantia ao desenvolvimento da criança e do adolescente e o princípio da prioridade absoluta dos direitos da criança e do adolescente que determina a primazia incondicional dos interesses e direitos relativos à infância e à juventude. (CUSTÓDIO, 2006, *apud*, VIEIRA, VIEIRA, 2011; VERONESE, SILVEIRA, 2011)

Ainda, quando a definição do que seria a "absoluta prioridade", Wilson Donizeti Liberati (*apud*, ROSSATO, LÉPORE, CUNHA, 2010, p. 99) doutrina:

[...] Por absoluta prioridade entende-se que, na área administrativa, enquanto não existirem creches, escolas, postos de saúde, atendimento preventivo e emergencial às gestantes, dignas moradias e trabalho, não se deveriam asfaltar ruas, construir praças, sambódromos, monumentos artísticos etc., porque a vida, a saúde, o lar, a prevenção de doenças são mais importantes que as obras de concreto que ficam para demonstrar o poder do governante.

Além dessas teorias, o fato de a criança encontrar-se na condição de pessoa em desenvolvimento, e por ser certa a fragilidade natural dela decorrente, a criança e adolescente necessitam que sejam assegurados direitos e garantias especiais. (VERONESE, SILVEIRA, 2011)

Assim, tomando todo o exposto, percebe-se que a responsabilidade em garantir os preceitos acima é, também de forma solidária, mas principalmente de forma primária, da Administração Pública através de políticas públicas (SARLET, 2004; ROSSATO, LÉPORE, CUNHA, 2010).

[...] responsabilidade primária e solidária do poder público. Ele determina, à administração pública, o dever de conferir plena efetivação dos direitos assegurados à crianças e adolescentes em todo o ordenamento jurídico, deixando claro que, salvo nas hipóteses expressamente ressalvadas, é de responsabilidade primária e solidária das três esferas de governo – sem prejuízo da municipalização do atendimento e da possibilidade da execução de programas por entidade não governamentais – a efetivação de tal mandamento. (ROSSATO, LÉPORE, CUNHA, 2010, p. 84)

Porém, nota-se que essa obrigatoriedade do poder público na efetivação dos direitos fundamentais e, principalmente, no âmbito de crianças e adolescentes protegidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, tais como fornecimento gratuito de medicamentos, próteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação de diversos males, não ocorrendo, levam a busca da tutela jurisdicional para exigência de cumprimento desses deveres pelo Poder Público, através do Poder Judiciário. “Isso porque, muitas das vezes o Poder Executivo descumpra com essa determinação do Estatuto, deixando crianças e adolescentes desamparados no momento em que estão com a sua saúde fragilizada”. (ROSSATO, LÉPORE, CUNHA, 2010)

Portanto, sendo as crianças verdadeiros sujeitos de direito a merecer a mais ampla e completa proteção do Estado para que se desenvolvam física, mental, moral e socialmente, é preciso que os seus direitos civis e políticos como também os direitos econômicos, sociais e culturais sejam assegurados pelo Estado, pela família e pela sociedade. (SARMENTO, IKAWA, PIOVESAN, 2010)

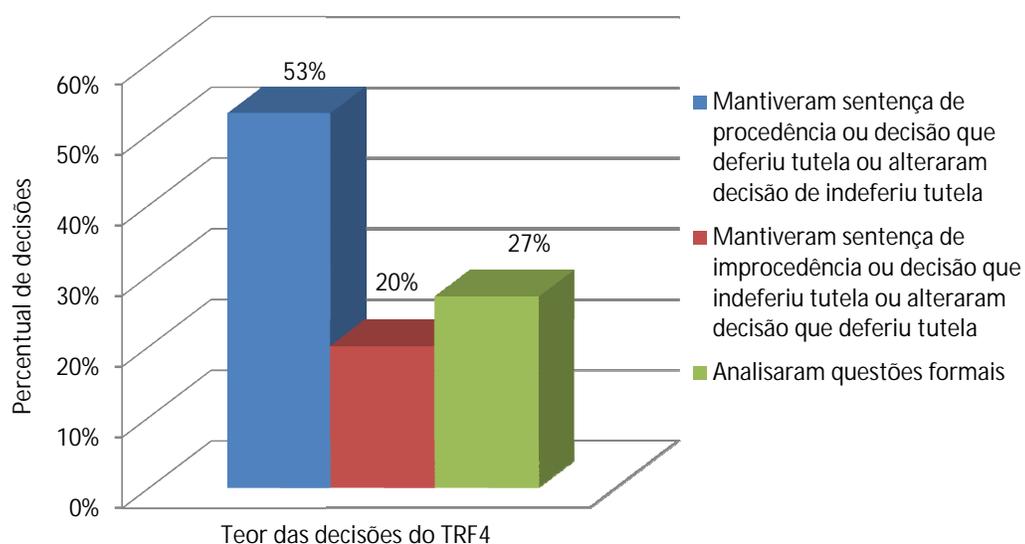
Diante disso os Poderes Executivo e Legislativo estão vinculados em implementar os direitos econômicos, sociais e culturais das crianças,

atribuindo-lhes absoluta prioridade, devendo orientar suas ações de forma coordenada e estratégica. Os poderes públicos não podem afastar suas obrigações. (SARMENTO, IKAWA, PIOVESAN, 2010)

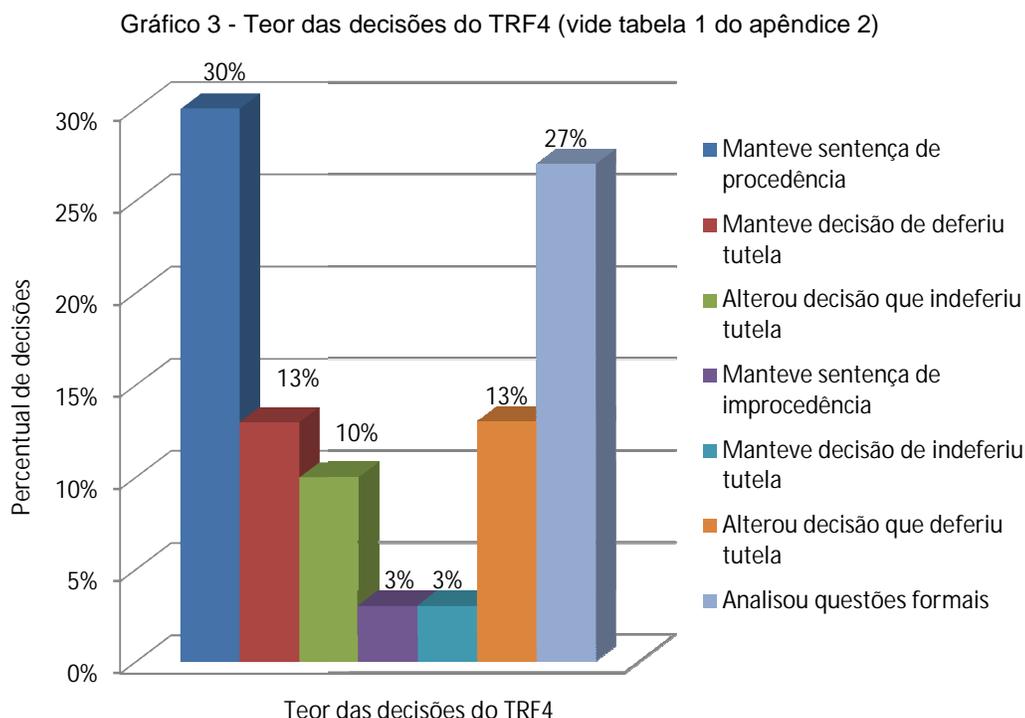
4.2.2 Posição do Judiciário

Entre as decisões pesquisadas, verificou-se, conforme gráficos, que em 53% (cinquenta e três por cento) da amostra foram mantidas as decisões que deferiram a tutela antecipada ou a sentença de procedência e alteraram as decisões que indeferiram a tutela antecipada no primeiro grau. Por outro lado, em 20% (vinte por cento) as Turmas do Tribunal mantiveram as decisões que indeferiram a tutela antecipada ou a sentença de improcedência e alteraram as decisões que deferiram a tutela antecipada no primeiro grau. Esclareça-se que em 27% (vinte e sete por cento) da amostra foram vistas questões processuais, não chegando ao mérito da questão, como nulidade do processo devido a não intervenção do Ministério Público, encaminhamento dos autos a outro juízo tendo em vista ser incabível chamamento ao processo.

Gráfico 2 - Decisões do TRF4 (vide tabela 1 no apêndice 2)



Especificando, para melhor compreensão, o demonstrado no gráfico acima, segue gráfico discriminado o percentual de processos de cada decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:



Tendo em vista os principais argumentos trazidos pela Administração Pública (demandados) e pelos demandantes no item 4.2.1, é necessário verificar o posicionamento do Judiciário sobre tais.

Inicialmente, quanto à ilegitimidade dos entes federados de figurarem no polo passivo dessas demandas e a questão da ausência de litisconsórcio passivo necessário, na jurisprudência analisada percebe-se que são levadas em consideração a jurisprudência do STF, STJ e do próprio TRF4 no sentido de que o SUS é formado pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios:

Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. **Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde.** Fornecimento de medicamento: Zavesca

(miglustat). FÁRMACO REGISTRADO NA ANVISA. NÃO COMPROVAÇÃO DE GRAVE LESÃO À ORDEM, À ECONOMIA, À SAÚDE E À SEGURANÇA PÚBLICAS. POSSIBILIDADE DE OCORRÊNCIA DE DANO INVERSO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (BRASIL. STF. STA 175 AgR/CE. Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente). Tribunal Pleno. Data publicação: 30/04/2010)⁴

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ART. 105, III, "B". EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45/2004. HONORÁRIOS DE ADVOGADO DEVIDOS PELO ESTADO À DEFENSORIA PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE. CONFUSÃO. ART. 1.049 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - SUS. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS.

(...) 4. Sendo o Sistema Único de Saúde (SUS) composto pela União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios, impõe-se o reconhecimento da responsabilidade solidária dos aludidos entes federativos, de modo que qualquer um deles tem legitimidade para figurar no pólo passivo das demandas que objetivam assegurar o acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros.

5. Recurso especial parcialmente provido. (BRASIL. STJ. REsp 674.803/RJ. Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA. SEGUNDA TURMA. Data publicação: 06/03/2007)⁵

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. ENTES POLÍTICOS - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. DIREITO AO RECEBIMENTO DE MEDICAMENTOS - REQUISITOS. INEXISTÊNCIA DE LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO.

1. A União, Estados-Membros e Municípios têm legitimidade passiva e responsabilidade solidária nas causas que versam sobre fornecimento de medicamentos.

2. A jurisprudência da Turma é firme no sentido de que, em se tratando de fornecimento de medicamentos, existe solidariedade entre os entes da Federação, mas não litisconsórcio necessário. Escolhendo a parte, contudo, litigar somente contra um dos entes, não há como obrigar ao chamamento ao processo.

3. Para fazer jus ao recebimento de medicamentos fornecidos por entes políticos, deve a parte autora comprovar a sua atual necessidade e ser aquele medicamento requerido insubstituível por outro similar/genérico no caso concreto. (BRASIL. TRF4. APELREEX 2007.70.05.003167-0. Terceira Turma. Relatora Maria Lúcia Luz Leiria. Data publicação: 08/09/2010)⁶

⁴ BRASIL. STF. Agravo Regimental na Suspensão na Tutela Antecipada 175/CE. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>> Acesso em 5 de maio de 2013.

⁵ BRASIL. STJ. Recurso Especial 674.803/RJ. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>> Acesso em 5 de maio de 2013.

⁶ BRASIL. TRF4. Apelação/Reexame Necessário 2007.70.05.003167-0. Disponível em <<http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php>> Acesso em 5 de maio de 2013.

Portanto, impõe-se o reconhecimento da responsabilidade solidária, de modo que qualquer um deles tem legitimidade para figurar no polo passivo das demandas que objetivam assegurar acesso a medicação. Além disso, citam a posição da ex-Ministra do STF Ellen Gracie (SS 3205, Informativo 470-STF⁷) no sentido de que:

A discussão em relação à competência para a execução de programas de saúde e de distribuição de medicamentos não pode se sobrepor ao direito à saúde, assegurado pelo art. 196 da Constituição da República, que obriga todas as esferas de Governo a atuarem de forma solidária.

Para sustentar tal posicionamento, os julgadores também fazem referência ao direito à saúde como direito social, um direito subjetivo de caráter eminentemente constitucional, cujo prestador da obrigação é o Estado que deve desenvolver programas necessários para que, em conjunto, os três entes públicos alcancem o fim maior que é a eficácia desse direito.

Fundamentam suas decisões com base no art. 196 e 198 da Constituição Federal e no art. 9º da lei nº. 8080/90 para ressaltar que a saúde é dever do Estado (União, Estados e Municípios) e que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único. Além disso, a CRFB/88 expressamente vincula verbas das esferas federal, estadual e municipal para o financiamento do SUS. (BRASIL, 2013 A e C)

Assim, alegações que o sistema é um conjunto ramificado e complexo de atividades estruturadas em diversos níveis de atuação política (descentralizado) e que deve ser observada a responsabilidade de cada um é claramente rechaçada, pois o SUS conserva uma unicidade prevista constitucionalmente que obriga todos os seus integrantes e gestores à execução das ações e serviços necessários à promoção, proteção e recuperação da saúde pública. Logo, a existência de normas administrativas estabelecendo uma atuação prioritária de cada ente de acordo com a

⁷ BRASIL. STF. Informativo 470. Disponível em <<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo470.htm#transcricao1>> Acesso em 5 de maio de 2013.

complexidade do caso não afasta a obrigação de todos na correta implementação das políticas públicas de saúde.

Portanto, essa interpretação da norma constitucional e a crescente judicialização do direito à saúde, deu margem a uma ampla discussão. Restou consubstanciado que a solidariedade foi claramente sedimentada, mas, quanto à discussão se essa responsabilidade solidária é obrigatória ou facultativa, e se, portanto, cabível o chamamento ao processo dos demais entes quando apenas um ou alguns são demandados, tem-se que o entendimento majoritário diz ser facultativa e, portanto, a ação pode ser proposta contra qualquer um dos responsáveis solidários. Em consequência, é incabível o chamamento ao processo dos entes não demandados. Tal entendimento se deu com base em jurisprudência como as que seguem:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. CHAMAMENTO AO PROCESSO. **Se a parte escolhe litigar somente contra um ou dois dos entes federados, não há a obrigatoriedade de inclusão dos demais.** Agravo desprovido. (BRASIL. TRF4. AGRAVO DE INSTRUMENTO 0005769-88.2010.404.0000/SC. TERCEIRA TURMA. Relator CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ. Data publicação: 12/05/2010)⁸

PROCESSUAL CIVIL. MEDICAMENTOS. LEGITIMIDADE. SOLIDARIEDADE. LITISCONSÓRCIO PASSIVO FACULTATIVO. **Havendo solidariedade passiva entre os entes federados no que se refere ao fornecimento de medicamentos, não há falar em litisconsórcio passivo necessário. Tratando-se da hipótese de litisconsórcio facultativo e excluído o ente que justificava a tramitação do feito da Justiça Federal, correta a decisão que determina a devolução dos autos à Justiça Estadual.** (BRASIL. TRF4. AGRAVO DE INSTRUMENTO 0004517-50.2010.404.0000/SC. QUARTA TURMA. Relatora MARGA INGE BARTH TESSLER. Data publicação: 24/05/2010)⁹

Quanto às alegações de violação aos princípios da separação do poderes, da reserva do possível e da isonomia, a jurisprudência traz o entendimento do STJ no sentido de que a prerrogativa de formular e executar políticas públicas é primariamente dos Poderes Legislativo e Executivo. Porém é possível a intervenção do Poder Judiciário sempre que os órgãos estatais

⁸ BRASIL. TRF4. Agravo de Instrumento 0005769-88.2010.404.0000/SC. Disponível em <<http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php>> Acesso em 5 de maio de 2013.

⁹ BRASIL. TRF4. Agravo de Instrumento 0004517-50.2010.404.0000/SC. Disponível em <<http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php>> Acesso em 5 de maio de 2013.

competentes, ao descumprirem suas obrigações, vierem a comprometer com sua omissão a eficácia e a integralidade de direitos sociais. Ligado a isso, a questão de serem meras normas programáticas, de forma a não lhe dar eficácia, são mereces guardadas visto que a jurisprudência determina que a interpretação de norma constitucional deva levar em conta a unidade da Constituição, máxima efetividade dos direitos fundamentais e a concordância prática entre eles.

Fundamentam ainda que o mínimo que se espera do Estado é saúde e educação. Ainda que o custeio de tratamento de doenças onere os cofres públicos, tal ônus é inerente ao Estado dado caráter assistencial a ele incumbido. Portanto, o Estado não pode simplesmente evocar, diante da dificuldade financeira, a cláusula da "reserva do possível" para obstar a efetividade dos direitos sociais.

Foram usadas jurisprudências do STF e STJ como as que seguem para fundamentar as posições acima assumidas:

Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (...) entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde - que se qualifica como direito subjetivo inalienável a todos assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, "caput", e art. 196) - ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo, uma vez configurado esse dilema, que razões de ordem ético-jurídica impõem, ao julgador, uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas. (...) a missão institucional desta Suprema Corte, como guardiã da superioridade da Constituição da República, impõe, aos seus Juízes, o compromisso de fazer prevalecer os direitos fundamentais da pessoa, dentre os quais avultam, por sua inegável precedência, o direito à vida e o direito à saúde. (BRASIL. STF. STA 175 AgR/CE. Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente). Tribunal Pleno. Data publicação: 30/04/2010)¹⁰

ADMINISTRATIVO - RECURSO ESPECIAL - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - BLOQUEIO DE CONTAS DO ESTADO - POSSIBILIDADE.

¹⁰ BRASIL. STF. Agravo Regimental na Suspensão na Tutela Antecipada 175/CE. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp> > Acesso em 5 de maio de 2013.

(...)

2. Embora venha o STF adotando a "Teoria da Reserva do Possível" em algumas hipóteses, em matéria de preservação dos direitos à vida e à saúde, aquela Corte não aplica tal entendimento, por considerar que ambos são bens máximos e impossíveis de ter sua proteção postergada.

3. Recurso especial não provido. (BRASIL. STJ. RESP 835687. Relatora ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA. Data publicação: 17/12/2007)¹¹

ADMINISTRATIVO - CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS - POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS - DIREITO À SAÚDE - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - MANIFESTA NECESSIDADE - OBRIGAÇÃO DO PODER PÚBLICO - AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES - NÃO OPONIBILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL.

1. Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de fundamental importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. (...) (BRASIL. REsp 771.537/RJ, Rel. Min. Eliana calmon, Segunda Turma, DJ 3.10.2005). Agravo regimental improvido. (STJ. AGRESP 1136549. Relator HUMBERTO MARTINS. SEGUNDA TURMA. Data publicação: 21/06/2010)¹²

Quanto à ofensa ao princípio da isonomia, o Judiciário reconhece as consequências do deferimento judicial de medicamentos estranhos aos administrativamente disponibilizados, sem que haja qualquer planejamento da Administração Pública. Contudo, o que prevalece é que o direito à vida e à saúde, que são embaixadores dos pedidos de fornecimento de medicação, são bens máximos e inafastáveis de proteção necessária e fundamental.

Os argumentos que dizem respeito à vedação de fornecimento de medicamentos não padronizados pelo Ministério da Saúde são observados seguindo a linha de precedentes do STF, o qual indica que a análise judicial de pedidos de dispensação gratuita de medicamentos e tratamentos pressupõe que se observe, primeiramente, se existe ou não uma política estatal que abranja a prestação pleiteada pela parte. Se referida política existir, havendo

¹¹ BRASIL. STJ. Recurso Especial 835687. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>> Acesso em 5 de maio de 2013.

¹² BRASIL. STJ. Agravo Regimental no Recurso Especial 136549. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>> Acesso em 5 de maio de 2013.

previsão de dispensação do tratamento buscado, não há dúvida de que o postulante tem direito subjetivo público a tal, cabendo ao Judiciário determinar seu cumprimento pelo Poder Público.

De outro lado, não estando a prestação buscada entre as políticas do SUS, as circunstâncias do caso concreto devem ser observadas, a fim de que se identifique se a não inclusão do tratamento nos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do Sistema, trata-se de omissão legislativa/administrativa ou está justificada em decisão administrativa fundamentada/vedação legal. Afinal, o medicamento ou tratamento pleiteado pode não ser oferecido pelo Poder Público por não ter registro na ANVISA ou ser experimental, por exemplo. Outrossim, a prestação pode não estar inserida nos Protocolos por força de entendimento no sentido de que inexistem evidências científicas suficientes a autorizarem sua inclusão (hipótese de decisão administrativa fundamentada).

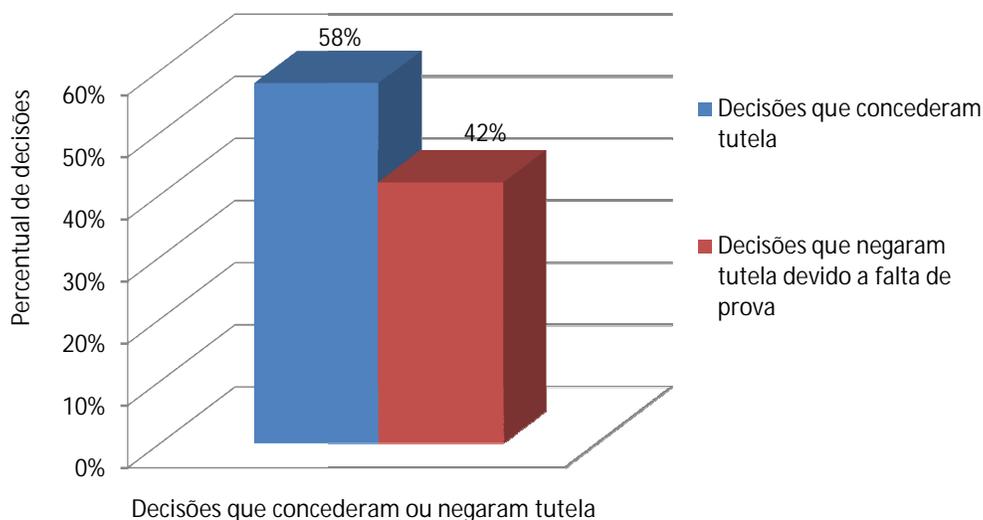
Se o medicamento ou procedimento requerido judicialmente não estiver incluído nas políticas públicas de saúde, mas houver outra opção de tratamento para a moléstia do paciente, deve-se, em regra, privilegiar a escolha feita pelo administrador. Finalmente, se o medicamento ou procedimento postulado não constar das políticas do SUS, e tampouco houver tratamento alternativo ofertado para a patologia, ou se o oferecido não for adequado a pessoa (resistência ao fármaco, efeitos colaterais do mesmo, conjugação de problemas de saúde, etc), nesses últimos casos, ficando suficientemente comprovada a ineficácia ou impropriedade da política de saúde existente, é possível ao Judiciário determinar que seja fornecida medida diversa da usualmente custeada pelo SUS. Caso seja pleiteado pelo paciente tratamento novo, ainda não incorporado pelo SUS, tem-se que o Estado pode ser compelido a fornecer a medicação não coberta pelo SUS, já que o paciente não pode ser penalizado pela mora do Poder Público. Devendo-se nesses casos realizar instrução processual para que fiquem configurados os elementos de necessidade e adequação do medicamento pleiteado.

Tais observações são feitas para garantir de um lado que o direito à saúde fique salvaguardado sem que isso, por outro lado, represente a inviabilidade do sistema.

Na referida instrução processual a jurisprudência considera como quatro os requisitos para o fornecimento de medicamentos por entes públicos: **(a)** comprovação da atual necessidade de medicamento; **(b)** o medicamento deverá ser insubstituível por outro similar/genérico no caso em concreto; **(c)** a prescrição do respectivo tratamento deverá ser feita, preferencialmente, por médicos credenciados ao SUS, além da respectiva realização de perícia médico-judicial, se for o caso; e **(d)** demonstração quanto à impossibilidade de arcar com a aquisição dos medicamentos, sem prejuízo do seu sustento e de sua família.

Quanto aos argumentos que trazem a imprescindibilidade da perícia médica, a jurisprudência pesquisada afirma que é realmente necessária, principalmente por não haver previsão da fórmula especial no âmbito do SUS. Mas em sede de antecipação de tutela, esse entendimento é flexibilizado tendo em vista o perigo iminente e de difícil reparação aos pacientes, sendo nesses casos suficiente indícios de necessidade e adequação. No estudo realizado, entre as demandas que versavam sobre tutela antecipada, em 42% (quarenta e dois por cento) das decisões foram mantidas as decisões que indeferiram a tutela antecipada ou alteraram a decisões que deferiram a tutela em primeira instância, sob o argumento de falta de prova. Em contrapartida, em 58% (cinquenta e oito por cento) da amostra as decisões confirmaram a tutela antecipada deferida na primeira instância ou alteraram as decisões que indeferiram a tutela.

Gráfico 4 - Percentual de decisões que concederam ou negaram antecipação da tutela (vide tabela 3 no anexo 2)



A perícia, nesses casos, tem o objetivo de demonstrar a real necessidade e adequação da medicação requerida e sua impossibilidade de substituição, com eficácia equivalente, por medicamentos fornecidos pelo SUS.

É necessário frisar que, conforme o gráfico acima, as decisões que negaram a antecipação da tutela fundamentaram na falta de prova e, portanto, necessidade de perícia e não porque a parte não teria direito ao medicamento pleiteado, por exemplo.

Por outro lado, na amostra analisada observou que 3% (três por cento) mantiveram a sentença de improcedência proferida em primeiro grau. Neste caso, a sentença de primeiro grau julgou improcedente o pedido da inicial sob o fundamento de que compete apenas ao Poder Executivo determinar os medicamentos a serem disponibilizados à população, evitando-se, assim, a invasão da competência administrativa, bem como a quebra do princípio da isonomia entre os destinatários dos serviços prestados pelo SUS e o descumprimento das determinações constitucionais relativas às despesas públicas. Ao ser analisada a apelação do paciente o julgador de segunda instância se mostrou rígido, confirmando o dito acima e levou em conta que no Município do paciente havia disponibilização pela prefeitura de similares ao

pedido, que o atestado médico não era emitido por médico do SUS e que o autor não trouxe negativas do fornecimento do medicamento. Portanto, o paciente deveria percorrer todo o caminho administrativo antes do ingresso da ação judicial. Ressalta-se que nos autos nem ao menos perícia foi designada para verificar o quadro clínico do paciente. Logo, trata-se de clara exceção na jurisprudência pesquisada conforme análise realizada. (BRASIL. TRF4. AC 2009.72.00000102-6. Quarta Turma. Relator (a): Maria Cristina Saraiva Ferreira e Silva. Data julgamento: 16/2/2011)¹³

A questão referente ao fato do leite ser medicamento ou suplemento alimentar não é de grande relevância para a jurisprudência, em alguns acórdãos apresenta-se como suplemento alimentar ou alimento e em outros como medicamento. O que se pode perceber é que na grande maioria das decisões é tratado como se medicamento fosse de tão fundamental que é para crianças, tendo em vista a fragilidade, principalmente nos primeiros meses de vida, e que nessa fase a alimentação e a ingestão de todos os nutrientes necessários são fundamentais para o adequado desenvolvimento físico e mental do ser humano.

Ressalta-se por fim, que a jurisprudência traz como ponto relevante a busca da parte pela rede pública para fornecimento do medicamento pleiteado, com a negativa de existência do medicamento ou documentos que atestem que a paciente já se submeteu a tratamentos disponíveis pelo SUS. Além disso, a prescrição da medicação ou tratamento por médico vinculado ao SUS é mais um ponto positivo visto nessas demandas.

4.2.3 Possibilidade de protocolo clínico para dispensação de fórmulas infantis especiais

A adoção dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas traz elementos robustos que indicam quais medicamentos são destinados para o tratamento de determinadas enfermidades, é uma estratégia mais completa

¹³ BRASIL. TRF4. Apelação Cível 2009.72.00000102-6. Disponível em <<http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php>> Acesso em 5 de maio de 2013.

que privilegia a melhor distribuição de recursos públicos e atendimento integral dos pacientes.

A questão da inclusão dos leites com fórmulas especiais dentro de algum programa do Sistema Único de Saúde pode ser realizada dentro da assistência farmacêutica, assistência alimentar e nutricional ou em programas específicos voltados às crianças. Tal análise cabe ao administrador, o importante é que seja incluído de forma ampla a fim de estabelecer protocolos de como agir com crianças com alergia ao leite de vaca, podendo, inclusive abranger outras doenças ou outras alergias que implicam na necessidade das fórmulas especiais. No tópico seguinte mostrar-se-á a possibilidade de inclusão como um protocolo da assistência farmacêutica e o procedimento a ser adotado conforme a lei 8080/90. (BRASIL, 2013 C)

4.2.3.1 Assistência Farmacêutica

A assistência terapêutica integral, prevista nos arts. 6º e 19-M, I, da Lei 8080/90, compreende também a dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolos clínicos para doenças ou agravos à saúde a ser tratado. (BRASIL, 2013 C)

São protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas, conforme os arts. 19-N, II e 19-O, do mesmo diploma, os documentos que estabelecem critérios para o diagnóstico da doença ou do agravo à saúde; o tratamento preconizado, com os medicamentos e demais produtos apropriados, quando couber; as posologias recomendadas; os mecanismos de controle clínico; e o acompanhamento e a verificação dos resultados terapêuticos. Esses protocolos deverão estabelecer os medicamentos ou produtos necessários nas diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo, bem como indicar qual procedimento em casos de perda da eficácia ou de surgimento de intolerância ou reação adversa relevante provocada pelo medicamento, produto ou procedimento de primeira escolha. (BRASIL, 2013 C)

Conforme determina a Lei 8080/90, alterada pela Lei 12401/2011, em seu art. 19-Q, a incorporação, exclusão ou alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, são atribuições do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (BRASIL, 2013). Essa Comissão possui composição e regimento estabelecido em regulamento próprio e deverá conter a participação de um representante indicado pelo Conselho Nacional de Saúde e um representante, especializado na área, indicado pelo Conselho Federal de Medicina. (BRASIL, 2013 C)

O conselho elaborará relatório levando em consideração necessariamente as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo; e, avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas. (Art. 19-Q, §2º, BRASIL, 2013 C)

Preceitua o art. 19-R do referido diploma que todo o procedimento fará parte de um processo administrativo, a ser concluído em prazo não superior a 180 dias, contados da data em que foi protocolado o pedido, admitida sua prorrogação por 90 dias corridos. O processo observará a apresentação pelo interessado dos documentos e, se cabível, das amostras dos produtos com informações necessárias sobre eficácia, efetividade, segurança etc; realização de consulta pública com divulgação do parecer da Comissão e realização de audiência pública, antes da tomada de decisão, se a relevância da matéria justificar o evento. (BRASIL, 2013 C)

A responsabilidade financeira pelo fornecimento de medicamentos, produtos de interesse para a saúde ou procedimentos aqui referidos será pactuada na Comissão Intergestores Tripartite. A Comissão Intergestores Tripartite significa que será composta por representantes do Ministério da saúde, das secretarias municipais de saúde e das secretarias estaduais de saúde.

Figueiredo (2007, p. 224) aduz no sentido de que se deve primar por soluções que procurem maximizar tanto os direitos fundamentais, como a principiologia instituída constitucionalmente e afirma que:

No que concerne ao fornecimento de fármacos ou à prestação de tratamento em saúde, a elaboração de protocolos terapêuticos pode indicar uma diretriz segura a todas as partes envolvidas, trazendo a opção pela conduta sanitária a ser seguida para foros públicos e científicos.

Como exemplo do referido protocolo, encontra-se anexo Protocolo Clínico para normatização da dispensação de fórmulas infantis especiais à pacientes com alergia à proteína do leite de vaca elaborado pelo Estado de São Paulo. Este protocolo possui fluxograma de como deve ser feito o diagnóstico e tratamento, mecanismos de acompanhamento e avaliação e ficha de avaliação detalhada do paciente para o fornecimento da fórmula. (Anexo A)

A consequência desse protocolo seria que nas demandas que chegariam ao Poder Judiciário os pacientes já teriam se submetido a esse protocolo, mas os tratamentos ali disponibilizados não foram eficazes ou o paciente não se enquadrava nas hipóteses previstas. Isso diminuiu as demandas judiciais e dá melhor amparo aos pacientes, que não saem do sistema apenas com uma folha informando que o medicamento/tratamento não é padronizado e que então o Estado nada pode fazer.

Enfim, a intenção do presente estudo foi analisar desde o direito à saúde como direito fundamental e pressuposto para o direito à vida com dignidade, percorrendo a problemática do Sistema Único de Saúde e, conseqüente, judicialização da saúde que no final das contas ampara os pacientes que foram negligenciados pelo sistema e chegando ao objetivo central do estudo, qual seja, de demonstrar a existência de uma patologia (alergia à proteína do leite de vaca) nas demandas judiciais que não encontra respaldo nos protocolos e diretrizes disponíveis do SUS. Foram apresentados os argumentos das partes nas demandas judiciais que pleiteavam leites com fórmulas especiais para tratamento da referida patologia, inclusive dados e o posicionamento do TRF4 que confirmam a possibilidade de inclusão de fórmulas infantis especiais em política pública de saúde.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho de conclusão de curso abordou-se a possibilidade do fornecimento gratuito de leite com fórmula especial frente ao fenômeno da judicialização da saúde no Brasil.

Inicialmente, observou-se no primeiro capítulo que os direitos fundamentais são aqueles essenciais ao homem no seio da sociedade, são direitos indispensáveis à condição humana e que estão atrelados a um longo processo histórico. Verificou-se que os direitos se moldando conforme os tempos avançam e são estritamente ligados entre si. De tal modo, pode-se dizer que a plena realização dos direitos individuais (primeira dimensão) surge com a realização dos direitos sociais (segunda geração), no presente caso, conclui-se que a saúde é imprescindível ao direito à vida.

Nesse sentido, portanto, a vida é necessária para existência e exercício de todos os demais direitos e o direito à saúde e o princípio da dignidade vêm como principais acessórios aquela, tendo em vista que o direito à saúde é pressuposto para o direito à vida com dignidade.

Destarte, sendo a saúde um direito fundamental social de grande relevância, o Estado brasileiro, com intuito de garantir esse direito, criou o Sistema Único de Saúde (SUS) como sistema organizacional de saúde no país. Ocorre que, conforme se constatou no segundo capítulo, apesar do SUS ser, teoricamente, bem estruturado, possui um déficit quanto ao atendimento, à estrutura física, às políticas públicas atuais dentre outras, não sendo capaz de alcançar integralmente o objetivo para o qual foi criado e, assim, deixando de ser igualitário, universal e integral.

Nesse momento, na falta de amparo dos cidadãos pelo SUS (Estado), é que o Judiciário aparece como única solução para intervir na tentativa de sanar certas falhas apresentadas pelo sistema. Essa situação é chamada de judicialização da saúde e estudou-se tal fenômeno sob a perspectiva do princípio da separação dos poderes e da reserva do possível.

Pode-se concluir, neste aspecto, que não parece razoável, diante dos princípios e valores constitucionais, a mera negativa dessas demandas sob

o argumento de que as despesas não foram previstas no orçamento anual, de que o Poder Judiciário não pode intervir em questões de competência de outro poder ou de que simplesmente não há recursos. Estamos falando da vida de seres humanos, bem este sem dúvida mais relevante de qualquer sociedade, pressuposto de todos os demais direitos existentes. Portanto, quando tiver em questão a proteção a um direito fundamental, o Poder Judiciário poderá intervir nas deliberações do Legislativo e Executivo, superando argumentos acerca dos orçamentos públicos e direito financeiro, a fim de assegurar aos ditames da Constituição a máxima efetividade.

Diante do estudo dos direitos fundamentais e da judicialização da saúde, buscou-se na jurisprudência a existência de uma medicação ou patologia que não encontrava respaldo nos protocolos e diretrizes disponíveis do SUS. Verificou-se que há diversas demandas requerendo leites com fórmulas especiais, principalmente devido à alergia ao leite de vaca em crianças.

A alergia ao leite de vaca é uma reação alérgica às proteínas presentes no leite de vaca e em seus derivados. Esta patologia se mostra mais comum entre criança de primeira infância e, assim, apresenta-se como mais complicada de ser tratada, visto que o leite é o principal alimento nesta fase da vida e tem papel fundamental no crescimento e desenvolvimento da criança. As causas e sintomas, bem como as formas de diagnosticar a patologia são diversos, mas o tratamento consiste basicamente na substituição do leite ou de qualquer derivado por fórmula especial, esta que é adequada para crianças portadores desta patologia.

Ao realizar a pesquisa na jurisprudência do TRF4, selecionou-se uma amostra com 30 (trinta) decisões proferidas, nos anos de 2011 e 2012, em um total de 81 (oitenta e uma) decisões de diferentes subseções judiciárias em Santa Catarina que envolvessem na demanda a mesma doença, ou seja, alergia ao leite de vaca ou soja/intolerância a lactose e que pedissem uma dentre as marcas Neocate (ou Neocate Advance), Pregomin (ou Alfare), Aminomed e Peptamen Junior.

Observou-se que as demandas requerendo leites com fórmulas especiais vêm sendo confirmadas tanto pelos Juízos de primeira instância, quanto de segunda instância, e que as decisões que negaram os pedidos se deram, em sua grande maioria, devido à falta de provas e não por levar em consideração argumentos da Administração Pública. Inclusive cabe ressaltar que os argumentos apresentados pelos entes federados foram rechaçados em vista da jurisprudência do STF e STJ, bem como o próprio TRF4, além do que as fórmulas se mostram vitais para as crianças que necessitam, tendo em vista a fragilidade, principalmente nos primeiros meses de vida, e que nessa fase a alimentação e a ingestão de todos os nutrientes necessários são fundamentais para o adequado desenvolvimento físico e mental do ser humano.

Deste modo, chega-se a conclusão principal do trabalho, qual seja, a possibilidade de fornecimento gratuito de fórmula infantil especial, visto que cabível frente a legislação estudada e confirmada pela jurisprudência. Assim não há motivos para que os entes federados deixem de fixar parâmetros para fornecimento de tal fórmula, uma vez que a elaboração de protocolos pode indicar uma diretriz segura a todas as partes envolvidas.

REFERÊNCIAS

ALERGIA à proteína do leite de vaca (APLV) e seus sintomas. 2010.

Disponível em <

http://www.alergiaaoleitedevaca.com.br/entenda_alergia.php?id=21 > Acesso em 21 de março de 2013.

ALERGIA à proteína do leite de vaca e intolerância à lactose são diferentes. Disponível em <

http://www.alergiaaoleitedevaca.com.br/entenda_alergia.php?id=24> Acesso em 21 de março de 2013.

ALERGIA ALIMENTAR: fórmulas infantis. Disponível em

<http://www.dranutri.com.br/dranutri/?page_id=434> Acesso em 21 de março de 2013.

ALERGIA AO leite de vaca (APLV) é o tipo mais comum de alergia alimentar (AA). Disponível em <

http://www.alergiaaoleitedevaca.com.br/entenda_alergia.php?id=34> Acesso em 21 de março de 2013.

ALERGIA OU intolerância à lactose: leite pode ser causa de problemas comuns. Disponível em < <http://guiadobebe.uol.com.br/alergia-ou-intolerancia-a-lactose/>> Acesso em 21 de março de 2013

APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil.** 1. Ed (ano 2005), 6. repimpr. Curitiba: Juruá, 2009.

_____. **Falta de recursos não pode discriminar direitos coletivos.** 2006.

Disponíveis em< [http://www.conjur.com.br/2006-nov-](http://www.conjur.com.br/2006-nov-21/falta_recursos_nao_discriminar_direitos_coletivos)

[21/falta_recursos_nao_discriminar_direitos_coletivos](http://www.conjur.com.br/2006-nov-21/falta_recursos_nao_discriminar_direitos_coletivos)> Acesso em 2 de abril de 2013.

_____. **O controle judicial das políticas públicas no Brasil.** 2004

Disponível em

<<http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp030958.pdf>> Acesso em 2 de abril de 2013.

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://www.lrbarroso.com.br/shared/download/falta-efetividade-judicializacao-excessiva.pdf>> Acesso em 21 de abril de 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 19. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2006.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>
Acesso em 4 de maio de 2013 A.

BRASIL, Lei 8069 de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Disponível em <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em 4 de maio de 2013 B.

BRASIL, Lei 8080 de 19 de setembro de 1990 (Lei orgânica do Sistema Único de Saúde). Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>
Acesso em 2 de abril de 2013 C.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

_____. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. 1. Ed. São Paulo: Revista do Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008.

COSTA, Marli Marlene Moraes da; REIS, Suzéte da Silva. **Aportes teóricos sobre a fundamentalidade dos direitos fundamentais e sociais**. In: **Estado, política e direito: políticas públicas e direitos sociais**, volume 3. Criciúma, SC : UNESC, 2011.

FACCHINI, Nicole Mazzoleni. **Controle Judicial das Políticas Públicas: a questão da reserva do possível, da legitimação e do princípio da separação dos poderes**. 2007. Disponível em < <http://tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/205-artigos-jun-2007/5459-controle-judicial-das-politicas-publicas-a-questao-da-reserva-do-possivel-da-legitimacao-e-do-principio-da-separacao-dos-poderes>> Acesso em 2 de abril de 2013.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FREIRE JR., Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas no Brasil**. 2004. Disponível em <
<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp098343.pdf>> Acesso em 13 de abril de 2013.

JUSTEM FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 7. ed., rev. atual. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**. 2006. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/.snapshot/nightly.8/teste/arqs/cp007711.pdf>> Acesso em 7 de maio de 2013.

PASSOS, Bruna Di Chiara. **Fórmulas lácteas: saiba diferenciá-las**. 2012. Disponível em <<http://www.semlactose.com/index.php/2012/07/15/formulas-lacteas-saiba-diferencia-las/>> Acesso em 21 de março de 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11. ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

QUEIROZ, Cristina M. M. **Direitos fundamentais: (teoria geral)**. Coimbra: Coimbra, 2002.

ROSSATO, Luciano Alves, LÉPORE, Paulo Eduardo, CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 605 p.

SALEH, Sheila Martignago. **Fraternidade e direito à saúde: o fornecimento gratuito de medicamentos essenciais para a efetivação material do princípio da dignidade humana**. 2011. Disponível em <<http://periodicos.unesc.net/index.php/amicus/article/viewFile/578/565>> Acesso em 21 de abril de 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. 3. ed. rev, atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004.

SARMENTO, Daniel, IKAWA, Daniela, PIOVESAN, Flávia. **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Luman Juris, 2010.

SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde: Efetivação em uma Perspectiva Sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **O Tratamento Jurídico do Risco no Direito à Saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direitos constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2004.

SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. **Direitos humanos e cidadania**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SOBRE a Intolerância à Lactose. Disponível em <<http://www.semlactose.com/index.php/sobre-intolerancia-lactose/>> Acesso em 21 de março de 2013.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Jurisprudência. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>> Acesso em 5 de maio de 2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Jurisprudência. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>> Acesso em 5 de maio de 2013.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. Jurisprudência. Disponível em <<http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php>> Acesso em 5 de maio de 2013.

VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVEIRA, Mayra. **A prioridade absoluta ao direito da criança e a discricionariedade administrativa**: duela entre princípios. In: **Estado, política e direito**: políticas públicas e direitos sociais, volume 3. Criciúma, SC : UNESC, 2011.

VIEIRA, Reginaldo de Souza; VIEIRA, Roseli Schminski. **O direito à saúde da criança e do adolescente**. In: **Estado, política e direito**: políticas públicas e direitos sociais, volume 3. Criciúma, SC : UNESC, 2011.

APENDICE A - Tabela com dados dos processos pesquisados no TRF4

CLASSE	Nº PROCESSO	MUNICÍPIO	DATA DECISÃO	TURMA	APELANTE/ AGRAVANTE	APELADO/ AGRAVADO	LEITE	DISPOSITIVO
AC	5000559-54.2010.404.7215	Nova Trento	14/02/2011	Terceira Turma	Estado de Santa Catarina/ União	Lucas Darós da Luz rep. Andressa Flores Darós	Neocate	Provisório parcial das apelações para afastar impositivo multa diária/Manteve no mérito sentença de 1º grau
AC	5000015-66.2010.404.7215	Brusque	15/02/2011	Terceira Turma	Maria Eduarda Falcão Atanazio rep. Osvaldo Claudinei Atanazio/ Estado de Santa Catarina/ União/ Município de Brusque	Maria Eduarda Falcão Atanazio rep. Osvaldo Claudinei Atanazio/ Estado de Santa Catarina/ União/ Município de Brusque	Neocate	Apelação Brusque e remessa oficial parcialmente providos (retornou o benefício de AJ por falta de requerimento e arbitrou honorários periciais) e demais apelações negadas/Manteve no mérito a sentença de procedência
AC	2009.72.00000102-6	Florianópolis	16/02/2011	Quarta Turma	Felipe Souza	Estado de Santa Catarina/ União/ Município de Florianópolis	Neocate	Negou apelação/Manteve sentença de improcedência que tinha argumento que cabe ao Executivo determinar medicamentos ao povo
AI	5002315-15.2010.404.0000	Biguaçu	23/03/2011	Quarta Turma	Amâbilly da Costa Laureci	Município de Biguaçu/Estado de Santa Catarina/União	Neocate	Deu provimento ao agravo/Alterou decisão que indeferiu tutela
AC	5002854-97.2010.404.7204	Criciúma	05/04/2011	Terceira Turma	União/ Estado de Santa Catarina	Luz Henrique Morona/Graziela Morona e Mariana Morona	Neocate	Deu provimento ao agravo retido, pois inviável chamamento da União e determinou devolução a Justiça Estadual
AI	5002397-12.2011.404.0000	Florianópolis	13/04/2011	Quarta Turma	Benjamin Cambiom de Pontbriand	Estado de Santa Catarina/ Município de Florianópolis/ União	Neocate	Deu provimento ao agravo/Alterou decisão que indeferiu tutela

AI	5004407-29.2011.404.0000	Criciúma	26/04/2011	Terceira Turma	União	Rafael Coelho de Souza rep. Magali Coelho	Neocate	Negou seguimento ao agravo por já ter decidido mesma argumentação do agravo de SC, que deu parcial provimento somente para reduzir valor multa/Mantive tutela
AC	5010354-32.2010.404.7200	São José	19/05/2011	Terceira Turma	Manzete Dion Pres	Estado de Santa Catarina/ União/ Município de São José	Neocate	Proveu apelação MPF declarando nula decisão por falta de intervenção MPF
AC	5000116-69.2011.404.7215	Brusque	21/06/2011	Terceira Turma	União	Camilly Loschner rep. Fabiana do Nascimento Loschner	Neocate	Deu provimento e declarou nula sentença, pois envolveu chamamento da União ao processo, devendo ser remetida a justiça estadual/Mantive decisão tutela até nova apreciação
AC	5009651-04.2010.404.7200	Santo Amaro da Imperatriz	19/07/2011	Quarta Turma	Jaqueline Martins rep. Felipe João Abreu	Estado de Santa Catarina/ União/ Município de Santo Amaro da Imperatriz	Neocate	Proveu apelação MPF declarando nula decisão por falta de intervenção MPF
AI	5008493-43.2011.404.0000	Palhoça	18/08/2011	Terceira Turma	Maria Julia dos Santos Costa rep. Janio Costa	Estado de Santa Catarina/ Município de Palhoça/ União	Neocate	Deu provimento ao agravo/Alterou decisão que indeferiu tutela
AI	5007588-38.2011.404.0000	Florianópolis	24/08/2011	Terceira Turma	União	Bernardo Martinez Bovee rep. Michele Vivian Martinez	Neocate	Deu parcial provimento ao agravo por falta de prova, precisa de pericial/Alterou decisão de 1º grau
AI	5005978-55.2011.404.0000	Navegantes	28/09/2011	Terceira Turma	União	Kaiaia Vieira Silva rep. Giselle Aparecida Vieira da Silva	Neocate Advance	Deu provimento ao agravo por falta de prova/Alterou decisão de tutela de 1º grau
AI	5009816-83.2011.404.0000	Florianópolis	11/10/2011	Quarta Turma	União	Maria Luiza Micheliotto	Neocate	Negou provimento ao agravo/Mantive decisão que deferiu tutela antecipada

AI	5008998-34.2011.404.0000	São José	18/10/2011	Quarta Turma	União	Carolina Candido Frozza	Neocate	Negou provimento ao agravo/Mantve decisão que deferiu tutela antecipada
AI	5008575-74.2011.404.0000	Florianópolis	08/11/2011	Quarta Turma	União	Vinicius marques Dal Bem	Neocate Advance	Deu provimento ao agravo e alterou decisão que deferiu tutela antecipada devido à falta de prova Deu parcial
AI	5009748-70.2010.404.0000	*	23/11/2011	Terceira Turma	União	Anny Carolyni Aurelio Maciel rep. Suelen da Rocha Aurélio	Neocate	provimento ao agravo no sentido de alterar decisão de tutela por falta de prova, é preciso pericia/Alterou decisão tutela
AI	5006020-21.2010.404.0000	Palhoça	23/11/2011	Terceira Turma	Arthur da Rocha	Estado de Santa Catarina/ Município de Palhoça/ União	Pregomin	Negou provimento ao agravo por falta de prova e necessidade pericia/Mantve decisão que indeferiu tutela em 1º grau
AC	5000097-06.2010.404.7213	Presidente Getúlio	13/12/2011	Quarta Turma	Estado de Santa Catarina/ União	MPF	Pregomin	Negou provimentos aos recursos e manteve sentença de 1º grau
AI	5017180-09.2011.404.0000	Capinzal	09/01/2012	Quarta Turma	Estado de Santa Catarina	MPSC	Neocate	Negou provimento ao agravo visto que é litisconsórcio passivo facultativo. Devolveu a justiça estadual
AC/RN	5009317-18.2011.404.7205	Gaspar	11/01/2012	Terceira Turma	Município de Gaspar/ União	MPF	Pregomin ou Alfare	Deu provimento a apelação da União para anular sentença, pois litisconsórcio é facultativo, determinou retorno ou juízo estadual e manteve liminar
AI	5000447-31.2012.404.0000	São José	16/01/2012	Quarta Turma	Município de São José	Amano Frederico de Souza e Brayan de Souza	Aminomed	Deu provimento ao agravo, não há litisconsórcio passivo necessário
AI	5017853-02.2011.404.0000	Lages	17/01/2012	Quarta Turma	Estado de Santa Catarina	MPF	Aminomed	Negou Provimento ao agravo e determinou remessa a justiça estadual

AC	5001976-87.2010.404.7200	Paulo Lopes	25/01/2012	Terceira Turma	União	Jose Luiz Martins rep. Luciana Arlete Martins	Peptamen Junior	Negou provimento apelações/Manteve sentença de 1º grau
AI	5016960-11.2011.404.0000	Brusque	02/05/2012	Terceira Turma	União	Julia Petermann Tomassia rep. Francisca Petermann Tomassia	Neocate	Negou provimento ao agravo/Manteve decisão que deferiu tutela antecipada
AC/RN	5006462-81.2011.404.7200	Florianópolis	19/06/2012	Quarta Turma	União	Maria Luiza Michelotto rep. Renata Farah Pereira de Castro	Neocate	Negou provimento apelação e deu parcial provimento a remessa oficial quanto à contracautela/Manteve a sentença de procedência de 1º grau
AC/RN	5000936-12.2011.404.7208	Navegantes	25/07/2012	Terceira Turma	Estado de Santa Catarina/ União	Kaiaia Vieira Silva rep. Gisele Aparecida Vieira da Silva	Neocate Advance	Negou provimento a apelação da União, proveu parcial apelação SC quanto à contracautela/No mais manteve sentença de procedência 1º grau
AC/RN	5000521-75.2010.404.7204	Araranguá	25/07/2012	Terceira Turma	Estado de Santa Catarina/ União	Lucas Dal Toé Schneider rep. Marcos Aloisio Schneider	Pregomin ou Alfare	Quanto ao agravo retido da União, supriu omissão contracautela, negou provimento agravo retido SC e apelações/Manteve sentença de procedência de 1º grau
AC/RN	5002997-86.2010.404.7204	*	14/11/2012	Terceira Turma	União	Anny Carolyni Aurelio Maciel rep. Suelen da Rocha aurelio	Neocate	Negou provimento a apelação/Manteve sentença de procedência de 1º grau
AC/RN	5000660-90.2011.404.7204	Criciúma	28/11/2012	Terceira Turma	Estado de Santa Catarina/ Município de Criciúma/ União	Rafael Coelho de Souza rep. Magali Coelho	Neocate	Negou agravo retido e apelações/Manteve sentença de procedência de 1º grau

APENDICE B – Tabelas com dados para elaboração dos gráficos

Tabela referente aos gráficos 2 e 3:

JULGADOS DO TRF4					
DISPOSITIVO	Nº. DE PROCESSOS	PERCENTUAL			
Manteve sentença de procedência	9	30%	FAVORÁVEIS (Mantiveram sentença de procedência ou decisão que deferiu tutela ou alteraram decisão de indeferiu tutela)	16	53%
Manteve decisão de deferiu tutela	4	13%			
Alterou decisão que indeferiu tutela	3	10%			
Manteve sentença de improcedência	1	3%	DESAVORÁVEIS (Mantiveram sentença de improcedência ou decisão que indeferiu tutela ou alteraram decisão que deferiu tutela)	6	20%
Manteve decisão de indeferiu tutela	1	3%			
Alterou decisão que deferiu tutela	4	13%			
Analizou questões formais	8	27%	Analisaram questões formais	8	27%
TOTAL	30	100%		TOTAL 30	100%

Tabela referente ao gráfico 1:

RECORRENTES OU AGRAVANTES		
Entes federados recorreram ou agravaram	23	77%
Paciente recorreram ou agravaram	8	27%

Tabela referente ao gráfico 4:

JULGADOS QUE CONCEDERAM OU NEGARAM TUTELA		
Decisões que concederam tutela	7	58%
Decisões que negaram tutela devido a falta de prova	5	42%
TOTAL	12	100%

**ANEXO A – Protocolo Clínico para Normatização da Dispensação de
Fórmulas Infantis Especiais à pacientes com Alergia à proteína do leite de
vaca, atendidos pelo Sistema Único de Saúde – SUS, do Estado de São
Paulo**

Diário Oficial

Poder Executivo

Estado de São Paulo

Seção I

Palácio dos Bandeirantes

Av. Morumbi, 4.500 - Morumbi - CEP 05698-900 - Fone: 3745-3344

Nº 223 – DOE de 28/11/07

Saúde

GABINETE DO SECRETÁRIO

Resolução SS - 336, de 27-11-2007

Aprova Protocolo Clínico para Normatização da Dispensação de Fórmulas Infantis Especiais a pacientes com Alergia à proteína do leite de vaca, atendidos pelo Sistema Único de Saúde - SUS, do Estado de São Paulo

O Secretário de Estado da Saúde,

considerando as disposições constitucionais e a Lei Federal nº 8080, de 19 de setembro de 1990, que tratam das condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, como direito fundamental do ser humano;

considerando a necessidade de sistematizar o atendimento às solicitações de Fórmulas Infantis Especiais para pacientes com alergia à proteína do leite de vaca, no âmbito do Estado de São Paulo;

considerando as recomendações de condutas clínicas reconhecidas internacionalmente e, frente às opções de produtos devidamente registrados e aprovados no País pelos órgãos competentes, resolve:

Artigo 1º - Aprovar o Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas, parte integrante desta Resolução, que normatiza a dispensação de Fórmulas Infantis Especiais para pacientes com alergia à proteína do leite de vaca, bem como os mecanismos de acompanhamento e avaliação do tratamento proposto.

Artigo 2º - Promover a integração entre avaliadores e especialistas nas áreas afins.

Artigo 3º - Divulgar, sob forma de Anexo, o formulário de solicitação dos produtos.

Artigo 4º - Esta resolução entrará em vigor na data de sua publicação.

PROTOCOLO CLÍNICO PARA DISPENSAÇÃO DE FÓRMULAS ALIMENTARES PARA PORTADORES DE ALERGIA À PROTEÍNA DO LEITE DE VACA (APLV)

1. INTRODUÇÃO

A alergia alimentar é definida como um conjunto de reações adversas a alimentos, imunologicamente mediadas, sendo uma das mais freqüentes a alergia à proteína do leite de vaca (ALPV).

A única forma de tratamento da APLV é a exclusão da proteína alergênica da alimentação da criança por um determinado período de tempo, sabendo-se que a maioria dos portadores (80 a 90%) adquire tolerância ao alimento a partir do segundo ou terceiro ano de vida.

As manifestações podem ser mediadas por IgE, não-mediadas por IgE (imunidade celular) ou uma associação destas. Em crianças com APLV existe uma forte associação com história familiar de atopia, introdução precoce de leite de vaca, infecções de trato gastrointestinal em crianças de baixa idade (doença diarréica aguda e persistente) e fatores ambientais.

Nas manifestações imediatas (mediadas por IgE), as manifestações clínicas são: anafilaxia, síndrome da alergia oral, urticária, angioedema, náuseas, vômitos, diarreia, dores abdominais e bronco espasmo, que ocorrem em até duas horas após a ingestão do leite.

Nas manifestações tardias (não mediadas por IgE ou mistas), que ocorrem após mais de duas horas à ingestão do leite, predominam os sintomas relativos ao trato digestivo, havendo eventuais associações com sintomas extra-digestivos (rinoconjuntivite, tosse crônica, estridor laríngeo, asma) e/ou cutâneas (urticária, dermatite atópica). Os sintomas relativos ao trato digestivo são decorrentes de doença do refluxo gastroesofágico, proctocolite alérgica, enteropatia alérgica, enterocolite, constipação intestinal crônica e cólicas exacerbadas do lactente associada à recusa alimentar e a desaceleração ponderal, não responsiva às medidas de apoio ou medicamentosas.

2. DIAGNÓSTICO

Manifestações clínicas (cutâneas, gastrintestinais e/ou respiratórias) desencadeadas pela ingestão de leite e derivados, ou anafilaxia associada à ingestão de leite.

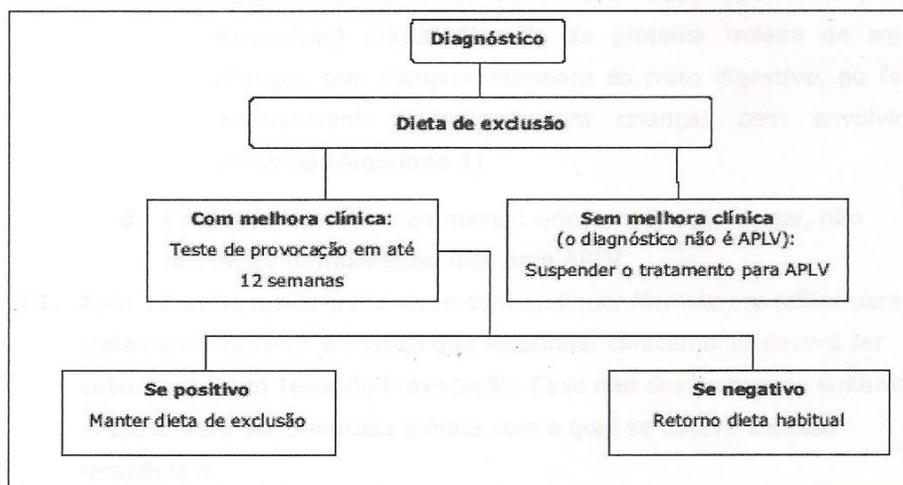
I. Nas reações mediadas por IgE, a associação dos sintomas com ingestão de leite ou derivados ocorre em até 2 horas após a ingestão do leite.

II. Nas reações não mediadas por IgE, ocorrem associações de manifestações digestivas com sinais e sintomas extra-digestivos (rinoconjuntivite, tosse crônica, estridor laríngeo, broncoespasmo) ou cutâneas (urticária, dermatite atópica, angioedema). As reações são, em geral, tardias (mais de 2 horas após exposição ao leite).

III. Quando houver acometimento do trato digestivo, considera-se fundamental descartar malformações do mesmo, distúrbios metabólicos, causas infecciosas ou parasitárias.

IV. Teste de provocação: o teste de provocação não deverá ser realizado em casos de anafilaxia, podendo ocorrer em até 4 horas nos casos de reação mediada por IgE ou ocorrer horas ou dias após a provocação em casos de reação não mediada por IgE.

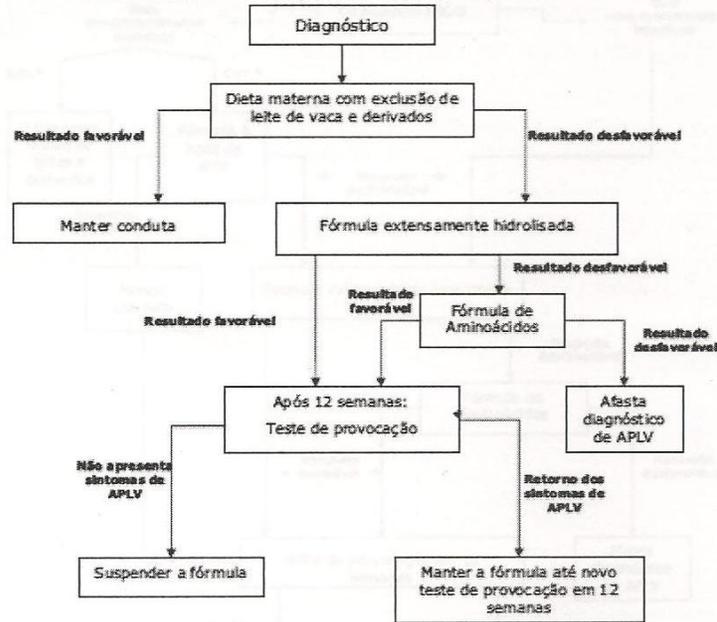
3. TRATAMENTO



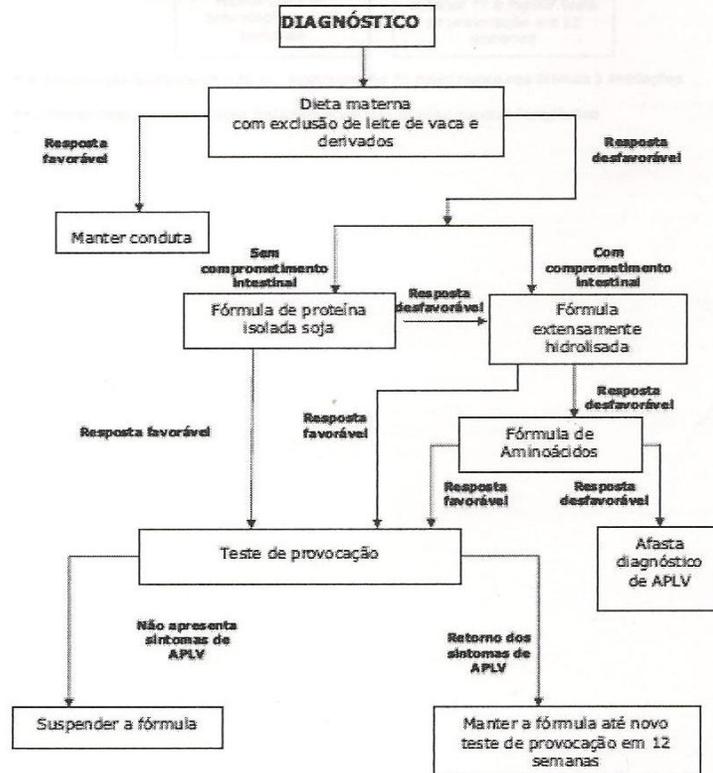
Conduta preconizada de acordo com a faixa etária:

- I. Crianças em aleitamento materno: estimular a manutenção do aleitamento materno e orientar a dieta materna com restrição total de leite de vaca e derivados.
- II. Crianças alimentadas com fórmula à base de leite de vaca ou alimentadas com leite de vaca integral:
 - a. Crianças de 0 - 6 meses: fórmula extensamente hidrolisada (Algoritmo 1)
 - b. Crianças de 6 - 12 meses: (Algoritmo 2)
 - sem comprometimento intestinal: fórmulas de proteína isolada de soja.
 - com comprometimento intestinal: fórmula extensamente hidrolisada.
 - c. Crianças com mais de 12 meses e menos de 24 meses
 - sem comprometimento intestinal e eutróficas: bebida à base de soja associada à refeição de sal.
 - em situações de risco nutricional (definida como crianças abaixo do percentil 10 de peso para idade ou com descendente de traçado da curva de peso para idade após três pesagens sucessivas) utilizar fórmula de proteína isolada de soja em crianças sem comprometimento do trato digestivo, ou fórmula extensamente hidrolisada em crianças com envolvimento intestinal (Algoritmo 3)
 - d. Crianças maiores de 24 meses: orientar refeição de sal, não receberão fórmula específica para APLV
- III. Após 12 semanas de tratamento com qualquer fórmula específica para o tratamento de APLV a criança que responder clinicamente deverá ser submetida a um Teste de Provocação. Caso não desenvolva os sintomas de APLV, deverá ser orientada à dieta com a qual se obteve sucesso terapêutico.
- IV. A criança que, mesmo na vigência de fórmulas específicas para o tratamento de APLV, não responder favoravelmente em 12 semanas, será diagnosticada como não portadora de alergia ao leite de vaca e o tratamento será suspenso.

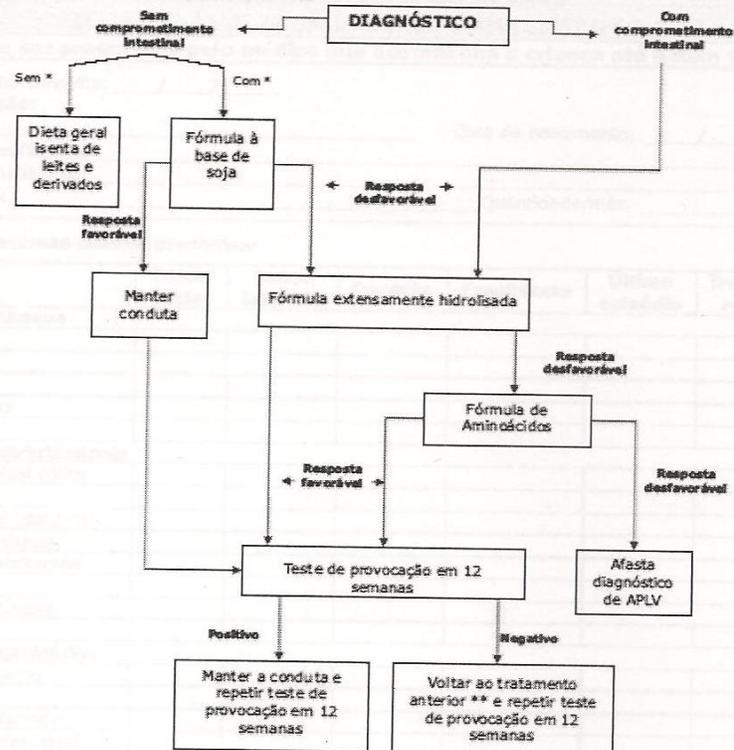
Algoritmos – Protocolo de tratamento da APLV de acordo com a faixa etária
ALGORITMO 1 – Crianças menores que 6 meses



Algoritmos – Protocolo de tratamento da APLV de acordo com a faixa etária
ALGORITMO 2 – Crianças entre 6 e 12 meses



ALGORITMO 3 - Crianças entre 12 e 24 meses



* = Desnutrição ou Percentil < 10 ou desaceleração do crescimento nas últimas 3 avaliações

** = Tratamento anterior: último tratamento em que ocorreu sucesso terapêutico

FÓRMULAS INFANTIS ESPECIAIS						
FICHA DE AVALIAÇÃO PARA FORNECIMENTO						
(Deve ser preenchida pelo médico que acompanha a criança até o item E)						
Data da primeira consulta: ____/____/____						
A) Identificação:						
a. Nome: _____			Data de nascimento: ____/____/____			
b. Nome do profissional: _____						
c. Nome da instituição: _____						
d. Solicitação: _____			Quantidade/mês: _____			
B) Sinais e sintomas clínicos presentes:						
	Idade inicial	Tempo latência	Duração	Frequência	Último episódio	Tratamento recebido
Sintomas cutâneos						
<input type="checkbox"/> urticária						
<input type="checkbox"/> prurido						
<input type="checkbox"/> rush						
<input type="checkbox"/> angioedema						
<input type="checkbox"/> dermatite						
Sintomas gastrintestinais						
<input type="checkbox"/> dor abdominal cólica						
<input type="checkbox"/> diarreia						
<input type="checkbox"/> constipação intestinal						
<input type="checkbox"/> vômitos / náusea						
<input type="checkbox"/> distensão abdominal						
<input type="checkbox"/> flatulência						
<input type="checkbox"/> sangue nas fezes						
<input type="checkbox"/> refluxo						
Sintomas respiratórios						
<input type="checkbox"/> Broncoespasmo						
<input type="checkbox"/> Tosse						
<input type="checkbox"/> Prurido orofarínge						
<input type="checkbox"/> Rinite e Coriza nasal						
<input type="checkbox"/> Edema de laringe						
Outros						
<input type="checkbox"/> Anafilaxia						
<input type="checkbox"/> Cefaléia						
<input type="checkbox"/> Edema labial						
<input type="checkbox"/> Otite						
<input type="checkbox"/> Edema ocular						
* Tempo necessário entre a ingestão do alimento e o aparecimento dos sintomas						
Especifique os sintomas mais exacerbados:						

C) Exames subsidiários realizados (mais recentes):						
Tipo		Data	Resultado			
Hipersensibilidade						
<input type="checkbox"/> Sim <input type="checkbox"/> Não	Prick-test leite de vaca					

<input type="checkbox"/> Sim <input type="checkbox"/> Não	Prick-test soja		
<input type="checkbox"/> Sim <input type="checkbox"/> Não	RAST leite de vaca		
<input type="checkbox"/> Sim <input type="checkbox"/> Não	RAST alfa-lactoalbumina		
<input type="checkbox"/> Sim <input type="checkbox"/> Não	RAST beta-lactoglobulina		
<input type="checkbox"/> Sim <input type="checkbox"/> Não	RAST caseína		
<input type="checkbox"/> Sim <input type="checkbox"/> Não	RAST soja		
Avaliação gastrointestinal			
<input type="checkbox"/> Sim <input type="checkbox"/> Não	Sangue oculto		
<input type="checkbox"/> Sim <input type="checkbox"/> Não	Alfa-1 antitripsina fecal		
<input type="checkbox"/> Sim <input type="checkbox"/> Não	Relação albumina/globulina		
Anatomopatológico			
<input type="checkbox"/> Sim <input type="checkbox"/> Não	Estômago		
<input type="checkbox"/> Sim <input type="checkbox"/> Não	Esôfago		
<input type="checkbox"/> Sim <input type="checkbox"/> Não	Duodeno		
<input type="checkbox"/> Sim <input type="checkbox"/> Não	Reto		
Outros:	Provocação		
D) Avaliação da condição nutricional:			
a. Peso: _____ kg			
b. Estatura: _____ cm			
c. Criança no percentil de peso/idade inferior a 10: <input type="checkbox"/> Não <input type="checkbox"/> Sim			
d. Desaceleração da curva de peso: <input type="checkbox"/> Não <input type="checkbox"/> Sim. Há quanto tempo? _____			
Caso SIM anote os últimos pesos e datas:			
1. Data: ___/___/___ Peso: _____ kg			
2. Data: ___/___/___ Peso: _____ kg			
3. Data: ___/___/___ Peso: _____ kg			
Data: / /	CNS/médico responsável		
Carimbo:	CPF/médico responsável		
Assinatura			
F) Conduta: (uso restrito a SES-SP)			
a. <input type="checkbox"/> No momento, não preenche os critérios			
b. <input type="checkbox"/> Liberado o fornecimento de fórmula especial de _____ latas, por _____ (meses): (quantidade)			
<input type="checkbox"/> Proteína Isolada de soja			
<input type="checkbox"/> Fórmula extensamente hidrolisada			
<input type="checkbox"/> Fórmula de aminoácidos			
c. Data do retorno: ___/___/___ Previsão do teste de provocação: ___/___/___			
Avaliador: _____ Assinatura e Carimbo			